

**Le principe de non-discrimination :
l'analyse des discours
CREDESPO – Université de Bourgogne
Rapport final
Juin 2016**

Dominique ANDOLFATTO, Pr. de science politique, CREDESPO, uB.
Caroline BUGNON, MCF en droit public, CREDESPO, uB.
Laurent DECHÂTRE, Dr. en droit, Paris 2
Denisa DOCAJ, Dr. en droit, Université de Bologne.
Virginie DONIER, Pr. de droit public, membre associée au CREDESPO, CERC, UTLN
Nathalie DROIN, MCF en droit public, CREDESPO, uB.
Maria FARTUNOVA, MCF en droit public, UPEC.
Aurélia FAUTRÉ-ROBIN, MCF en droit privé, Centre Michel de l'Hospital, Université d'Auvergne.
Elsa FOREY, Pr. de droit public, CREDESPO, uB.
Caroline FOULQUIER-EXPERT, MCF en droit public, OMIJ, UL.
Aurore GRANERO, MCF en droit public, CREDESPO, uB.
Matthieu HOUSER, MCF en droit public et en droit de l'Union, membre associé CREDESPO, UFC.
Philippe ICARD, MCF en droit public et en droit européen, CREDESPO, uB.
David JACOTOT, MCF en droit privé, CREDIMI, uB.
Walter JEAN-BAPTISTE, MCF en droit privé CREDESPO, uB.
Arthur JOYEUX, Dr. en linguistique juridique, ELLIADD, LLC, UFC
Yan LAIDIÉ, Pr. de droit public, CREDESPO, uB.
Béatrice LAPÉROU-SCHENEIDER, MCF en droit privé, CRJFC, UFC.
Céline LAURICHESSE, MCF en droit privé, uB.
Clémence LAVIGNE, Doctorante en droit public, CREDESPO, uB.
Aude LEJEUNE, Sociologue, CR CNRS, CERAPS, Université Lille 2.
Denis MARTIN, Juriste au service juridique de la Commission européenne.
Georges MARTIN-BALTAR, Directeur-adjoint de la DIRECCTE de Bourgogne.
Sophie MONNIER, MCF en droit public, CREDESPO, uB.
Laetitia OGORZELEC, Sociologue, MCF, LASA, UFC.
Yves POIRMEUR, Pr en Science Politique, VIP, UVSQ.
Bernard QUIRINY, Pr. de droit public, CREDESPO, uB.
Hélène TOURARD, MCF en droit européen, CREDIMI, uB.

*« Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice », du
Grand Dijon, de l'université de Bourgogne et du Centre de Recherche et d'Etude en Droit
et Science Politique (CREDESPO)*

Rapport final – CREDESPO – Université de Bourgogne
Convention n° 214.04.03.21

Avec les collaborations de :

Isabelle GRAVELAIS, IGR contractuelle, CREDESPO, uB.

Armelle GUIGNIER, IGR contractuelle, CREDESPO, uB.

Juliette OLIVIER LEPRINCE, IGR au CREDESPO, Chargée de mission Egalité et Diversité à l'uB

*« Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice », du
Grand Dijon, de l'université de Bourgogne et du Centre de Recherche et d'Etude en Droit
et Science Politique (CREDESPO)*

**Le principe de non-discrimination :
l'analyse des discours
CREDESPO – Université de Bourgogne
Rapport final
Juin 2016**

Co-auteurs :

Dominique ANDOLFATTO, professeur de science politique, CREDESPO, Université de Bourgogne.

Caroline BUGNON, maître de conférences en droit public, CREDESPO, Université de Bourgogne.

Laurent DECHÂTRE, docteur en droit de l'Université Paris 2.

Denisa DOCAJ, docteure en droit, Université de Bologne.

Virginie DONIER, professeure de droit public, membre associée au CREDESPO, Centre d'Études et de Recherches sur les Contentieux, Université de Toulon.

Nathalie DROIN, maître de conférences en droit public, CREDESPO, Université de Bourgogne.

Maria FARTUNOVA, maître de conférences en droit public, Université Paris-Est, Créteil.

Aurélia FAUTRÉ-ROBIN, maître de conférences en droit privé, Centre Michel de l'Hospital, Université d'Auvergne.

Elsa FOREY, professeure de droit public, CREDESPO, Université de Bourgogne.

Caroline FOULQUIER-EXPERT, maître de conférences en droit public, Observatoires des Mutations Institutionnelles et Juridiques (OMIJ), Université de Limoges.

Aurore GRANERO, maître de conférences en droit public, CREDESPO, Université de Bourgogne.

Matthieu HOUSER, maître de conférences en droit public et droit de l'Union, membre associé au CREDESPO, Université de Franche-Comté.

Philippe ICARD, maître de conférences en droit public et en droit européen, CREDESPO, Université de Bourgogne.

David JACOTOT, maître de conférences en droit privé, CREDIMI, Université de Bourgogne.

Walter JEAN-BAPTISTE, maître de conférences en droit privé CREDESPO, Université de Bourgogne.

Arthur JOYEUX, docteur en linguistique juridique, ELLIADD, LLC, Université de Franche-Comté.

Yan LAIDIÉ, professeur de droit public, CREDESPO, Université de Bourgogne.

Béatrice LAPÉROU-SCHENEIDER, maître de conférences en droit privé, Centre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté, Université de Franche-Comté.

Céline LAURICHESSE, maître de conférences en droit privé, CREDESPO, Université de Bourgogne.

Clémence LAVIGNE, doctorante en droit public, CREDESPO, Université de Bourgogne.

Aude LEJEUNE, sociologue, Chargée de recherche CNRS, CERAPS, Université Lille 2.

« Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice », du Grand Dijon, de l'université de Bourgogne et du Centre de Recherche et d'Etude en Droit et Science Politique (CREDESPO)

Rapport final – CREDESPO – Université de Bourgogne
Convention n° 214.04.03.21

Denis MARTIN, juriste au service juridique de la Commission européenne.

Georges MARTIN-BALTAR, Directeur-adjoint de la DIRECCTE de Bourgogne.

Sophie MONNIER, maître de conférences en droit public, CREDESPO, Université de Bourgogne.

Laetitia OGORZELEC, sociologue, maître de conférences, Laboratoire de Sociologie et d'Anthropologie, Université de Franche-Comté.

Yves POIRMEUR, professeur en Science Politique, Centre de recherche Versailles St-Quentin Institutions Publiques, Université de Versailles, St-Quentin-en-Yvelines.

Bernard QUIRINY, professeur de droit public, CREDESPO, Université de Bourgogne.

Hélène TOURARD, maître de conférences en droit européen, CREDIMI, Université de Bourgogne.

Avec les collaborations de : **Isabelle GRAVELAIS**, ingénieure de recherche contractuelle chargée de la coordination de la convention de recherche n° 214.04.03.21, CREDESPO, Université de Bourgogne.

Armelle GUIGNIER, ingénieure de recherche contractuelle chargée de la coordination de la convention de recherche n° 214.04.03.21, CREDESPO, Université de Bourgogne.

Juliette OLIVIER LEPRINCE, ingénieure de recherche au CREDESPO, chargée de mission Egalité Diversité à l'Université de Bourgogne.

Avertissement

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n°214.04.03.21). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

LISTE DES ABBREVIATIONS

AJCT	Actualité juridique Collectivités Territoriales
AJDA.....	Actualité Juridique Droit Administratif
AJDP	Actualité Juridique Droit Pénal
AJP	Actualité juridique
CPP.....	Code de procédure pénal
C. Trav.....	Code du travail
Dr.Soc.....	Droit Social
EDCE	Etudes et Documents du Conseil d'Etat
AJFP	Actualité Juridique Fonctions Publiques
GELD	Groupe d'Etudes et de Lutttes contre les discriminations
Gaz.Pal	Gazette du Palais
HCI.....	Haut Conseil à l'Intégration
IGAS.....	Inspection Générale des Affaires Sociales
INED	Institut national d'Etudes Démographiques
JCP A.....	Jurisclasseur Edition administration
RFDA.....	Revue Française de Droit Administratif
RDLF.....	Revue des droits et libertés fondamentaux
RDSS.....	Revue de droit social et sanitaire
RDT.....	Revue du droit du travail
RFSP.....	Revue Française de Sciences Politiques
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RTDH.....	Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
RTD Eur	Revue Trimestrielle de Droit Européen
SSL.....	Semaine Sociale Lamy

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	5
CHAPITRE PRELIMINAIRE : EGALITE VS DISCRIMINATION.....	13
PARTIE I : L'APPREHENSION DU PRINCIPE DE NON DISCRIMINATION PAR LE JUGE ADMINISTRATIF.....	105
CHAPITRE 1 : LES CRITERES DE DISCRIMINATION.....	107
CHAPITRE 2 : LES INSTRUMENTS ET LES MODES DE PREUVE DANS LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE PERMETTANT DE SANCTIONNER LES DISCRIMINATIONS	207
PARTIE II : LA SINGULARITE DU DISCOURS DU JUGE ADMINISTRATIF	275
CHAPITRE 1 : UNE DEMARCHE DIFFERENTE DU JUGE JUDICIAIRE.....	277
CHAPITRE 2 : UNE INFLUENCE REDUITE DES JUGES EUROPEENS.....	337

INTRODUCTION

L'ordre juridique français, connaît, depuis longtemps, le principe d'égalité devant et dans la loi. Le juge administratif, dans le cadre de nombreux litiges, a forgé une jurisprudence conséquente afin de préciser les termes de son application. Importer le principe de non-discrimination, issu du modèle anglo-saxon, a soulevé des difficultés avec lesquelles ce juge a nécessairement composé. Pour autant, ce principe sert à dénoncer des traitements irréguliers comme le souligne le rapport récent du Défenseur des droits concernant « les droits fondamentaux des étrangers en France »¹. Aussi, cette étude a consisté pour l'essentiel à mettre en perspective ces deux principes coexistant dans le contentieux administratif. Afin de cerner cette tension entre ces deux notions, il a fallu le croisement de plusieurs disciplines (droit, science politique, sociologie et linguistique) et de nombreux savoir-faire, débouchant, après deux années, sur un point focal : le discours de la juridiction administrative dans la prise en compte du principe de non-discrimination demeure spécifique. Pour aboutir à ce constat, une démarche, en deux temps, a été menée. La première a consisté à confronter les principes d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence administrative afin de mieux appréhender leur place respective et à examiner les instruments utilisés par la juridiction. La seconde, a été de comparer ce discours avec celui des juridictions judiciaires françaises, mais également d'analyser les discours de juridictions d'Etats européens (Allemagne et Italie) et enfin d'apprécier l'influence des deux Cours européennes sur le juge national. Pour satisfaire à cette double démarche une méthodologie en deux phases a été adoptée.

Première phase : Méthodologie relative à la confrontation égalité/non-discrimination

Une analyse préalable de la jurisprudence nous a permis de mettre en lumière certaines tendances liées à l'attachement particulier du juge administratif au principe d'égalité, et à la place secondaire accordée, parallèlement, au principe de non-discrimination. Pour confirmer ces premiers résultats, il a semblé opportun de travailler sur les critères de discrimination explicitement interdits par les textes : l'origine, le sexe, le handicap, le lieu de résidence, l'âge, ou encore l'orientation sexuelle. S'agissant de ce dernier critère, aucun élément probant n'est ressorti de l'étude approfondie de la jurisprudence, puisque la recherche n'a livré aucune décision intéressante à exploiter. Le choix a alors été fait d'écarter ce critère du champ de notre étude, tout du moins, s'agissant de l'analyse de la jurisprudence administrative.

Outre les différents critères reconnus explicitement, nous avons souhaité ajouter une analyse des discriminations fondées sur la précarité sociale, compte tenu de l'acuité du sujet. La méthode retenue dans le cadre de cette première phase de la recherche vise donc à dépasser le

¹ Le Défenseur des droits, *Les droits fondamentaux des étrangers*, [en ligne], 9 mai 2016, 304p. Disponible sur : <http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/736160170_ddd_rapport_droits_etrangers.pdf> (consulté le 20/05/16).

seul périmètre des discriminations explicitement reconnues puisque la jurisprudence administrative semble, dans certains cas d'espèce, consacrer implicitement d'autres critères. Cela tend à démontrer que le juge administratif ne retient pas une conception limitative des critères de discrimination, même si son raisonnement demeure, dans la plupart des décisions, en adéquation avec la formulation classique du principe d'égalité. Cette observation transparaît dans l'analyse des critères, ce qui permet de dégager un fil conducteur par-delà les différentes discriminations, mais elle transparaît aussi dans l'étude des instruments et, dans une certaine mesure, des modes de preuve permettant de faire sanctionner une discrimination. Notre approche matérielle du sujet, fondée sur l'étude des critères de discrimination, s'est ainsi conjuguée avec une approche procédurale centrée sur les instruments et la preuve (charge de la preuve, modes de preuve admis devant le juge administratif, modes de preuve privilégiés par les parties, etc). S'agissant des instruments, l'accent a été mis sur l'analyse du recours pour excès de pouvoir afin d'identifier les moyens permettant de sanctionner une discrimination à travers l'analyse de la jurisprudence administrative, mais également de celle des tables annuelles du *Recueil Lebon* permettant d'identifier les clés d'entrée en la matière.

La première étape de cette recherche a été notamment alimentée par le travail réalisé par Isabelle Gravelais, ingénieure de recherche affectée à ce projet. Cette dernière a élaboré une bibliographie et une base de données numériques contenant les articles de doctrine depuis 2000 traitant de la non-discrimination et/ou de l'égalité devant ou par le juge administratif. Elle a également effectué des recherches de jurisprudences administratives sur les quinze dernières années dans chacun des trois axes de la recherche : critères de discrimination, modes de preuve et instruments. Grâce à l'autorisation délivrée par le Président du Tribunal administratif de Dijon, elle a procédé à ces recherches dans les locaux de la juridiction. Elle a ainsi pu accéder directement aux moteurs de recherche *Ariane* et *Ariane Archives*, dont les bases de données sont beaucoup plus approvisionnées que celle offerte par le moteur de recherche *Arianeweb*, disponible en libre accès sur le site internet du Conseil d'Etat. Elle a effectué le choix des critères de recherche en collaboration avec les enseignants-chercheurs intéressés et les a affinés par la suite en fonction des résultats obtenus. Elle a procédé à ces recherches à partir de 21 mots-clés, tous individuellement croisés avec 6 autres clés d'entrée relatives aux notions de discrimination et d'égalité. Elle a pu fournir près de 7 000 décisions aux membres impliqués dans la recherche, constituant ainsi une partie notable des sources de cette recherche.

Pour mener à bien la première phase de cette recherche, plusieurs séminaires et réunions de travail ont été organisés, au cours desquels a notamment été arrêté un canevas commun de questions pour analyser la jurisprudence administrative :

- Est-ce que le juge emploie le terme « discrimination » ?
- Est-ce que le juge utilise plutôt le principe d'égalité ?
- Par quel texte la discrimination est-elle reconnue ?
- Quel est le degré d'effectivité du droit, objet du recours ?
- Est-ce un critère reconnu par les textes ou par le juge ?
- Est-ce que le principe d'égalité ou de non-discrimination est appliqué à une norme qui est suffisamment précise ?

- Est-ce qu'il existe des critères plus intolérables que d'autres ? Existe-t-il une hiérarchie entre les critères ?
- A partir de quel moment la différence de situation devient-elle illégale ? Devient-elle une discrimination ?

Le 7 avril 2014 marque le lancement de cette recherche avec l'organisation de la première réunion de travail en présence de Virginie Donier, Isabelle Gravelais, Matthieu Houser, Philippe Icard, Yan Laidié, Juliette Olivier Leprince et Bernard Quiriny. Cette réunion avait pour objet de déterminer la méthodologie de la recherche, d'organiser la rédaction de la note méthodologique et d'identifier le travail de recherche de jurisprudence administrative effectué par Isabelle Gravelais, recrutée à cet effet et pour assurer la gestion du projet.

Le 4 juin 2014, une réunion entre les enseignants-chercheurs spécialisés en droit administratif a été organisée principalement afin de répartir du travail de recherche sur l'analyse du discours du juge administratif et de préparer le prochain séminaire de recherche. L'intégration à l'équipe de recherche de Dominique Andolfatto, politiste, de Caroline Bugnon, administrativiste et d'Arthur Joyeux, spécialiste en linguistique juridique a également été abordée à cette occasion. La réunion a eu lieu en présence de Virginie Donier, Isabelle Gravelais, Aurore Granero, Matthieu Houser, Philippe Icard, Yan Laidié, Bernard Quiriny, rejoints au cours de la réunion par Dominique Andolfatto et Caroline Bugnon. Juliette Olivier Leprince était excusée.

Le premier séminaire de recherche a eu lieu le 19 septembre 2014, en assemblée plénière. Il avait pour objet de permettre un échange entre les chercheurs privatistes, comparatistes, politologues, sociologues, linguiste et administrativistes sur la base de la présentation des premiers résultats des travaux de recherche de ces derniers. Dans une volonté d'échange avec l'équipe de Nanterre porteuse du projet sur « La lutte contre les discrimination à l'épreuve de son effectivité », Thomas Dumortier, contractuel recruté dans le cadre de cette recherche, a également été invité à assister à ce séminaire.

A la suite de cette réunion, une première sélection de décisions des juridictions administratives et de conclusions de rapporteurs publics a été opérée et transmises à Aude Lejeune et Laetitia Ogorzelec, les sociologues.

Les 9 et 10 avril 2015 a dès lors eu lieu un second séminaire au cours duquel les administrativistes ont présentés les résultats de leurs recherches. Ce fût l'occasion pour eux non seulement de partager et de confronter leurs conclusions, mais également d'avoir des échanges enrichissants avec Yves Poirmeur et Dominique Andolfatto, les politistes, Arthur Joyeux, le linguiste. La réflexion a par ailleurs été nourrie par les contributions éclairées de Catherine Ribot, professeur de droit public à l'Université de Montpellier, invitée en tant que discutante. Notre étude implique de travailler sur le flou de certains concepts, ce que met en lumière le chapitre préliminaire du présent rapport. Catherine Ribot a beaucoup travaillé sur le développement de la notion de « développement durable », concept flou. Un parallèle intéressant semble alors pouvoir être fait avec la notion de discrimination dont les contours et les potentialités sont encore incertains.

A la suite de ce séminaire des 9 et 10 avril, une sélection plus affinée de noms de rapporteurs publics a pu être opérée conformément à la demande des sociologues formulée en janvier.

Chaque administrativiste devait, dans la mesure du possible, identifier trois noms de rapporteurs publics ayant conclu sur des affaires relatives aux discriminations pour chaque type de juridiction administrative (3 pour les T.A., 3 pour les C.A.A. et 3 pour le C.E.). Une attention particulière a été portée aux noms des rapporteurs publics qui apparaissent de manière récurrente dans les décisions. Chaque nom a été accompagné des décisions, des conclusions et d'un résumé expliquant leurs portées, leurs intérêts, notamment au regard de la recherche. Cette liste, et les documents associés, ont alors été transmis aux sociologues dans les semaines qui ont suivi ce séminaire afin de les aider à construire leur questionnaire et à identifier les personnes à contacter pour mener des entretiens semi-directifs. La seconde phase de l'étude pouvait ainsi débuter.

Seconde phase : Méthodologie relative à la comparaison avec le discours d'autres juridictions et à la perception du discours du juge administratif par la sociologie et par la linguistique

Suite à notre première année de recherche relative à l'analyse du discours du juge administratif en matière d'application du principe de non-discrimination, une réunion s'est tenue le 25 mai 2015 afin de lancer la seconde phase dont l'objet est de comparer ce discours avec celui d'autres juridictions. A participé à cette réunion toute l'équipe de recherche afin d'assurer une adhésion et donc une cohérence à la méthode à adopter. Très vite, à la suite d'une discussion ouverte, il s'est avéré que la reprise de l'ensemble des critères de discrimination issu de la jurisprudence du juge judiciaire français et des juridictions étrangères n'était pas utile. Il s'agissait de dégager les plus topiques, susceptibles de mettre en avant des analogies et des différences dans l'appréhension du principe de non-discrimination entre les ordres juridictionnels. Dès lors, il a semblé nécessaire de construire une grille d'analyse susceptible de servir de référence selon les domaines investis. A cet égard, le choix s'est porté sur les décisions de la Cour de cassation en matière pénale et sociale pour le juge judiciaire français. L'aspect commercial ou civil apparaissait comme second. En revanche l'étude des décisions de la Cour constitutionnelle italienne et du tribunal constitutionnel de Karlsruhe était plus appropriée pour ces juridictions étrangères car elles unifient l'interprétation des notions d'égalité et de non-discrimination. Sur cette base un certain nombre de critères de discrimination ont été retenus : syndicale, au travail, dans la presse, raciale, âge, nationalité, sexe. L'objectif n'étant pas l'exhaustivité mais la comparaison avec le discours du juge administratif.

Après avoir constitué ce panel, une démarche commune a été adoptée, selon les lignes forces suivantes :

- Le juge accepte-t-il ou non d'appliquer le principe de non-discrimination ?
- La préférence va-t-elle vers le principe d'égalité ?
- En cas d'application du principe de non-discrimination quels sont les moyens de preuves retenus (imposées par la loi, créées par le juge, charge de la preuve).
- Le juge admet-il des justifications à la discrimination de la mesure contestée ?
- Le juge applique-t-il un contrôle de proportionnalité ?

Cette approche commune acceptée, les européenistes devaient se confronter à une difficulté supplémentaire : apprécier dans quelle mesure les jurisprudences tant de la CJUE que de la CourEDH pouvaient influencer sur le discours du juge administratif français. A cet égard, il a été décidé de mettre en perspective sur la base de certains critères de discrimination (nationalité, sexe, âge,) si les décisions des deux Cours pénétraient les raisonnements du juge administratif et dans quelle mesure des effets d'évitements n'apparaissaient pas.

Enfin, les chercheurs d'autres sciences ont surtout sollicité auprès des administrativistes une série de décisions significatives du juge : pour les sociologues afin de mener des enquêtes essentiellement auprès des magistrats du Conseil d'Etat s'étant prononcé en matière de discrimination et pour le linguiste afin de fournir des cadrages de la notion de discrimination et de son lexème plus complexe « de principe de non-discrimination ». Pour atteindre cet objectif, le linguiste a créé un corpus formé d'extraits issus du discours du juge administratif (décisions et conclusions) sur la discrimination (environ 7000 formulations). Le critère principalement retenu est la nationalité.

Cette première réunion a donc permis de caler une démarche commune, ensuite chacun a pu travailler en sous-groupes de recherche. Ainsi, l'équipe des européenistes, composée de : Maria Fartunova, Isabelle Gravelais, Matthieu Houser, Philippe Icard, Hélène Tourard s'est réunie le 14 octobre 2015 afin de sélectionner les décisions principales à retenir et de partager les contentieux entre CJUE et Cour EDH. D'autres sous-groupes ont également coopéré lors des mois de septembre et d'octobre, notamment les pénalistes, Béatrice Lapérou-Schneider, Clémence Lavigne, Nathalie Droin, les civilistes Walter Jean-Baptiste, Aurélie Fautré-Robin et les travaillistes : David Jacotot, Cécile Laurichesse, Dominique Andolfato et Gérard Martins-Baltar. Ces travaux partiels ont conduit à l'organisation d'un séminaire les 5 et 6 novembre 2015, auquel ont participé l'ensemble des membres des sous-groupes ainsi que Virginie Donier et Yan Laidié membres du comité de pilotage et les juristes comparatistes, Denisa Docaj et Laurent Dechâtre. A la suite des présentations des différents groupes, et des débats qui suivirent, un canevas définitif concernant cet aspect comparatif s'est dégagé sous la forme de cinq points que chaque chercheur juriste devait aborder :

1°) Comparer la manière dont les juges appréhendent la notion de discrimination.

Plus concrètement, il s'agissait de s'interroger sur les contours de la notion selon le discours du juge observé : la notion de discrimination est-elle entendue restrictivement ? Est-elle au contraire étendue à d'autres notions, telle celle de harcèlement par exemple, ou comment cette notion se concilie-t-elle avec d'autres notions voisines ? Ces différentes questions devaient permettre de mettre en lumière l'attitude rétive du juge à l'égard du terme « discrimination », ou au contraire son aptitude à s'emparer de ce nouveau vocable. Cela devait conduire à mieux saisir le sens donné à la notion de discrimination et à constater qu'elle ne revêt pas nécessairement une dimension péjorative.

Il était également intéressant de s'interroger sur la place que les juges accordent aux discriminations indirectes, au-delà des seules obligations découlant du droit de l'Union européenne.

2°) La place que les juges accordent à l'intention ?

Il s'agissait, dans ce cas, de se demander si une mesure peut-être discriminante en elle-même ou si ce sont les justifications de cette mesure (c'est-à-dire ses motifs) qui démontrent l'action de discriminer. En d'autres termes, il convenait d'interroger les interactions éventuelles entre le contrôle exercé sur les effets d'une mesure et le contrôle exercé sur les motifs.

3°) La charge de la preuve.

Il était intéressant de comparer les solutions retenues par les juges sur ce point sans nécessairement se contenter d'une analyse de la question du débiteur de cette charge. Il convenait ainsi de comparer le raisonnement retenu par chaque juge, notamment pour révéler l'intention de discriminer. Cet élément est utile afin de mieux mesurer les contraintes pesant sur l'auteur d'un acte ou d'une décision en termes de motivation : justification.

4°) L'étendue du contrôle du juge sur les différences de traitement pratiquées.

Lorsque le juge tend à se réfugier derrière la seule application du principe d'égalité, au détriment du principe de non-discrimination (réserve faite des cas dans lesquels il est appelé à faire application du droit de l'Union européenne), la question du contrôle qu'exerce le juge sur les différences de traitement pratiquées mériterait également de faire l'objet d'une comparaison.

La mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité semble en effet se retrouver dans les différents ordres juridiques nationaux. Dès lors, selon l'intensité du contrôle exercé sur l'établissement d'une différence de situation (et sur l'existence d'une égalité de traitement lorsqu'est reconnu un droit à la différence), le principe d'égalité peut paraître suffisant pour sanctionner les discriminations.

5°) En lien avec la question précédente, il convenait également de s'interroger sur l'utilité du principe de non-discrimination pour le droit interne.

La réponse à cette question dépendait de la distinction entre le contrôle qui est exercé sur les actes réglementaires (ou plus largement, sur les mesures d'ordre général) et sur les décisions individuelles. S'agissant des mesures d'ordre général, c'est le principe d'égalité qui a vocation à s'appliquer (excepté lorsque le droit de l'Union européenne trouve à s'appliquer) ; en revanche, dans l'hypothèse où est contestée une mesure individuelle, le contrôle exercé sur les motifs de cette mesure peut inciter le juge à faire application du principe de non-discrimination. Il ne s'agit nullement d'une règle générale car lorsqu'il existe une décision individuelle antérieure, la comparaison peut donner lieu à l'application du principe d'égalité (tel est le sens de la jurisprudence sur le précédent administratif). Ces interrogations ont alimenté notre réflexion finale sur la place que l'on peut accorder au principe de non-discrimination en droit interne eu égard au principe d'égalité.

Sur ces bases, les différents groupes de travail se sont à nouveau réunis en décembre, janvier et février. Pendant toute cette période l'équipe de pilotage (Virginie Donier, Isabelle Gravelais, Matthieu Houser, Philippe Icard, Yan Laidié et Juliette Olivier-Leprince) a assuré le suivi et la coordination des groupes. En cours de période Isabelle Gravelais a été remplacée par Armelle Guignier.

Participent à ce projet :

Dominique Andolfatto, professeur de science politique, CREDESPO, Université de Bourgogne ;

Caroline Bugnon, maître de conférences en droit public, CREDESPO, Université de Bourgogne ;

Laurent Dechâtre, docteur en droit de l'Université Paris 2 ;

Denisa Docaj, docteure en droit, Université de Bologne ;

Virginie Donier, professeure en droit public, membre associée CREDESPO, CERC, Université de Toulon

Nathalie Droin, maître de conférences en droit public, membre associée CREDESPO, Université de Franche-Comté ;

Maria Fartunova, maître de conférences en droit de l'Union, UPEC, Université de Paris Est Créteil Val de Marne ;

Aurélia Fautré-Robin, maître de conférences en droit privé, membre associée CREDESPO, Université de Bourgogne ;

Elsa Forey, professeure de droit public, CREDESPO, Université de Bourgogne ;

Caroline Foulquier-Expert, maître de conférences en droit public, OMIJ, Université de Limoges ;

Aurore Granero, maître de conférences en droit public, CREDESPO, Université de Bourgogne ;

Isabelle Gravelais, ingénieure de recherche contractuelle, CREDESPO, Université de Bourgogne ;

Armelle Guignier, ingénieure de recherche contractuelle, CREDESPO, Université de Bourgogne ;

Matthieu Houser, maître de conférences en droit public et en droit de l'Union, membre associé du CREDESPO, Université de Franche-Comté ;

Philippe Icard, maître de conférences en droit public et en droit européen, CREDESPO, Université de Bourgogne ;

David Jacotot, maître de conférences en droit du travail, CREDIMI, Université de Bourgogne ;

Walter Jean-Baptiste, maître de conférences en droit privé, CREDESPO, Université de Bourgogne ;

Arthur Joyeux, doctorant en linguistique juridique, ELLIADD, A.T.E.R. à l'Université de Franche-Comté ;

Yan Laidié, professeur de droit public, CREDESPO, Université de Bourgogne ;

Béatrice Lapérou-Schneider, maître de conférences en droit pénal, CRJFC, Université de Franche-Comté ;

Céline Laurichesse, maître de conférences en droit privé, CREDESPO, Université de Bourgogne ;

Clémence Lavigne, doctorante en droit public, CREDESPO, Université de Bourgogne ;

Aude Lejeune, chargée de recherches CNRS, CERAPS, Université de Lille ;

Denis Martin, juriste au service juridique de la Commission européenne ;

Georges Martins-Baltar, directeur-adjoint de la DIRECCTE de Bourgogne ;

Sophie Monnier, maître de conférences en droit public, CREDESPO, Université de Bourgogne ;

Laetitia Ogorzelec, maître de conférences en sociologie, LASA, Université de Franche-Comté ;

Juliette Olivier Leprince, ingénieure de recherche, chargée de mission Egalité et Diversité, CREDESPO, Université de Bourgogne ;

Yves Poirmeur, professeur de science politique, VIP, Université de Versailles St Quentin-en-Yvelines ;

Bernard Quiriny, professeur de droit public, CREDESPO, Université de Bourgogne ;

Hélène Tourard, maître de conférences en droit européen, CREDIMI, Université de Bourgogne.

De la collecte des travaux menés tant par les juristes comparatistes que par les sociologues, linguistes et politistes, il ressort clairement une singularité du discours du juge administratif dans l'utilisation du principe de non-discrimination, qui continue à lui préférer le principe d'égalité.

Il est donc indispensable de cerner, dans un chapitre préliminaire, la notion de discrimination et son rapport avec le principe d'égalité, d'en comprendre le sens, la portée et la perception par le juge lui-même.

A la suite de cette clarification, l'analyse révèle que, certes, dans le discours du juge administratif perçoit le principe de non-discrimination (Partie I), mais que sa façon de l'aborder et de l'appliquer demeure singulière (Partie II).

CHAPITRE PRELIMINAIRE : EGALITE VS DISCRIMINATION

Cerner la notion de discrimination, conduit à la mettre en prise avec l'égalité (Section 1), puis à apprécier la place que le juge lui assigne (Section 2).

SECTION 1 : LA NOTION DE DISCRIMINATION EN PRISE AVEC L'EGALITE

Pour tenter d'apprivoiser la notion de discrimination, il s'agit de l'inscrire dans le cadre juridique existant (I) avant de déterminer comment elle est réceptionnée par la doctrine (II).

I. L'inscription dans le cadre juridique français

Deux aspects ont été envisagés : au plan historique, l'arrivée de la notion de discrimination dans le contexte français (A) ; au plan des concepts, les apports de l'approche en termes de discrimination par rapport à l'approche classique en termes d'égalité (B).

On notera pour commencer la complexité du mot même de discrimination, qui peut renvoyer à deux choses : discriminer, c'est d'abord différencier pour appréhender (opération cognitive, sans aucune connotation) – on touche ici à ce qui est *discriminant* ; discriminer, c'est ensuite traiter défavorablement un public vulnérable (avec, cette fois, une connotation négative) – on touche là à ce qui est *discriminatoire*. Une des difficultés possibles en droit administratif tient au fait que le juge et la doctrine emploient souvent la notion dans son sens « neutre », sans connotation négative : discriminer, c'est faire une différence de traitement, sans plus ; certaines discriminations sont légales, d'autres illégales ; les destinataires possibles des discriminations peuvent être des usagers du service public, des agents, des entreprises partenaires, etc. – bref, ce ne sont pas forcément des publics vulnérables (ce qui différencie l'approche administrativiste de l'approche pénaliste, où l'individu ne peut être discriminé que parce qu'il appartient, précisément, à un groupe que le législateur a décidé de considérer comme vulnérable). Autrement dit, le droit administratif possède, au regard de la notion de discrimination, une spécificité traditionnelle de terminologie, qui implique une certaine prudence : ce n'est pas parce que le juge, ou le rapporteur public, ou tel auteur, parle de « discrimination », qu'il faut y lire la même chose que ce que le Défenseur des droits, ou la sociologie, ou les discours publics, entendent par ce terme.

A. Repères historiques

- La notion de discrimination est récente dans le contexte français. Elle y a certes pénétré précocement, mais comme notion *juridique* (et non politique ou sociologique), d'abord par le truchement du droit international des droits de l'homme à partir des années 1950 (Convention de l'OIT sur la discrimination au travail² en 1958, Convention de l'UNESCO sur la discrimination dans l'enseignement en 1960, Convention de l'ONU sur la discrimination raciale en 1965³, Convention de l'ONU sur la discrimination des femmes en 1979⁴,

² Convention n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination (emploi et profession), entrée en vigueur le 15 juin 1960.

³ Résolution 2106 A(XX) du 21 décembre 1965, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, entrée en vigueur le 4 janvier 1969.

Déclaration de l'ONU sur les discriminations religieuses en 1981⁵, etc.), puis en droit interne – droit pénal (loi « Pleven » de 1972⁶) et droit du travail.

- La notion est en revanche longtemps restée étrangère aux sciences sociales et au discours politique ; cette absence s'explique sans doute, dans le premier cas⁷, par la dominance d'une grille de lecture héritée du marxisme, qui envisageait prioritairement les inégalités sous l'angle structurel des rapports de classe (et non sous l'angle individuel des discriminations⁸) ; dans le second, par le discours jacobin traditionnel qui ne voit que des individus abstraits dotés de droits identiques (« logiciel » qui rend impossible de conceptualiser la discrimination), combiné à l'optimisme de l'idéologie de l'Etat-providence selon lequel la résorption progressive des problèmes économiques résoudra *in fine* les problèmes d'intégration.

- La notion de discrimination ne s'impose ainsi en France qu'à partir des années 1990⁹. Dès 1992, deux études pionnières – l'une de l'Ined (« Mobilité géographique et insertion sociale »), l'autre de l'IGAS¹⁰ – ouvrent la voie dans le domaine des difficultés d'accès à l'emploi des jeunes issus de l'immigration, en envisageant leur origine comme critère explicatif possible¹¹. Mais c'est surtout à partir de 1998 que le concept entre dans le discours

⁴ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981).

⁵ Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction (résolution AGNU 36/55 du 25 novembre 1981).

⁶ Loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 de lutte contre le racisme, titre II : « De la répression des discriminations raciales ».

⁷ L. Bereni et V.-A. Chappe, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix*, n° 94, Vol.2, 2011, pp. 7-34.

⁸ « Depuis son introduction dans le champ de la sociologie française, la catégorie de discrimination est entrée en concurrence, dans le travail de description des mécanismes de production des inégalités, avec les analyses – traditionnellement dominantes en France – qui mettent l'accent sur la classe sociale. On perçoit dans certaines critiques de la catégorie de discrimination l'idée que celle-ci serait, en sociologie, le cheval de Troie d'une vision du monde néolibérale qui privilégie l'affirmation formelle d'égalité des chances et occulte la redistribution réelle des revenus. Au passage, affirment ces critiques, le regard scientifique se détournerait des inégalités de classe, considérées comme "structurelles", au profit d'autres inégalités (de genre, de race, etc.) implicitement considérées comme moins centrales » L. Bereni et V.-A. Chappe, *op. cit.* « La hiérarchisation des contradictions du capitalisme dans une théorie unifiante et totale conduit à subordonner les dominations sexistes ou racistes à la lutte des classes. Dans une pensée qui ne conçoit pas le pluralisme des formes d'inégalité mais les présente en concurrence pour la détermination des racines historiques de l'exploitation et de l'aliénation, le sexisme et le racisme occupent une fonction auxiliaire, utiles dans le système capitaliste pour allouer des positions inférieures, mais dotés d'un faible pouvoir explicatif » P. Simon, « Comment la lutte contre les discriminations est passée à droite », *Mouvements*, n° 52, Vol.4, 2007, pp. 155-156.

⁹ D. Fassin, « L'invention française de la discrimination », *R.F.S.P.*, n° 52, Vol.4, 2002 ; A. Tandé, « La notion de discrimination dans les discours de l'action publique en France (1992-2005). Entre intégration et égalité des chances », *Information sociale*, n° 148, vol.4, 2008, pp. 20-31 ; D. Fassin, « Une brève histoire des discriminations », in E. Fassin et J.-L. Halperin (dir.), *Discriminations : pratiques, savoirs, politiques*, La Documentation française-HALDE, 2008, pp. 49-56.

¹⁰ T. Join-Lambert, Michel Lemoine, « Enquête sur l'insertion des jeunes immigrés dans l'entreprise », Inspection Générale des Affaires Sociales, janvier 1992.

¹¹ M. Tribalat : « Pour un scientifique, utiliser des catégories faisant référence à l'origine, à l'ascendance, n'est pas pécher contre la République » ; in « L'enquête mobilité géographique et insertion sociale : une remise en cause des habitudes statistiques françaises », *Espace, populations, sociétés*, 1996, vol. 14, n° 2/3, p. 225.

officiel : rapport du HCI au Premier ministre (*Lutte contre les discriminations*), déclaration de la Ministre du travail au Conseil des Ministres en octobre 1998 sur sa volonté d'ériger la lutte contre les discriminations raciales dans l'emploi en priorité de son action, rapport du conseiller d'Etat Belorgey à la même Ministre en 1999 (*Lutter contre les discriminations*¹²), création du GELD¹³ et lancement de la plateforme téléphonique « 114 », chapitre sur les discriminations dans le rapport annuel de la Direction Populations et Migrations du Ministère de l'intérieur à partir de 1999, « Assises pour la citoyenneté et contre les discriminations » en présence du Premier ministre¹⁴ en 2000. D'autres rapports suivront les années suivantes, sur les mêmes thèmes : rapports Fauroux¹⁵, Begag¹⁶, Versini¹⁷, Bébéar¹⁸, etc. Toutes ces productions sur le sort des immigrés sont marquées par une inflexion du vocabulaire par rapport à ce qu'on pouvait lire dans les années 1980 et 1990 : on ne parle plus d'intégration (accent mis sur la volonté de l'immigré de s'intégrer) mais de discrimination (accent mis sur la société qui discrimine trop¹⁹). Parallèlement, divers travaux apportent une caution scientifique à la notion tout au long des années 2000²⁰.

- Au plan juridique, le droit français subit durant la même période l'influence du droit de l'Union européenne²¹, d'où la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les

¹² J.-M. Belorgey, *Lutter contre les discriminations : stratégies institutionnelles et normatives*, Éditions de la MSH, 2001.

¹³ Convention du 15 avril 1999.

¹⁴ L. Jospin, discours de clôture : « Des discriminations inacceptables peuvent frapper des jeunes [...] Combattre ces phénomènes est une des premières missions des services publics. Le Gouvernement mène avec eux depuis bientôt trois ans, contre les discriminations, une politique globale et solidaire [...] Faire reculer les discriminations, faire progresser concrètement l'égalité est une œuvre de longue haleine. Nous l'avons engagée depuis bientôt trois ans. Nous la poursuivrons avec force ».

¹⁵ R. Fauroux, *Lutter contre les discriminations ethniques au travail*, Rapport au Ministre de l'emploi, juillet 2005.

¹⁶ A. Begag, *La République à ciel ouvert*, Rapport au Ministre de l'intérieur, novembre 2004.

¹⁷ Dominique Versini, *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, Rapport au Ministre de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, 2004.

¹⁸ C. Bébéar, *Des entreprises aux couleurs de la France. Minorités visibles : relever le défi de l'accès à l'emploi et de l'intégration à l'entreprise*, Rapport au Premier Ministre, Institut Montaigne, 2004.

¹⁹ Il y a « inversion de l'imputation causale », affirme Didier Fassin, *op. cit.*, p. 407.

²⁰ Mentionnons : le numéro de la revue *Mouvements* sur le « Modèle français de discrimination » (*Mouvements* 1999/4, hiver 2004) ; D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris : La Découverte, 2003, issu du colloque « Etat et société civile face aux discriminations » organisé par le CERSA (Centre d'études et de recherches de science administrative, CNRS université Paris-II) et le CREDOF (Centre de recherche et d'étude sur les droits fondamentaux, université de Paris-X-Nanterre) à la faculté de droit de l'université de Paris-II, le 21 juin 2002 ; E. Fassin et J.-L. Halperin (dir.), *Discriminations : pratiques, savoirs, politiques*, *op.cit.*

²¹ D. Borrillo, « La politique antidiscriminatoire de l'Union européenne », in D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris : La Découverte, 2003 ; D. Borillo, « Apport philosophique et contribution pratique du droit européen en matière de lutte contre les discriminations », in E. Fassin et J.-L. Halperin (dir.), *Discriminations : pratiques, savoirs, politiques*, *op.cit.*, pp. 33-44.

discriminations²², qui transpose la directive communautaire du 29 juin 2000²³, et la création de la HALDE en 2005²⁴.

- Cette montée en puissance de la notion de discrimination s'accompagne schématiquement de 3 phénomènes.

1° La notion s'élargit : on n'en parle plus seulement dans le domaine de l'accès à l'emploi privé mais dans d'autres domaines comme la fonction publique²⁵, l'accès au logement locatif²⁶, l'accès aux soins²⁷ (multiplication des domaines d'application) ; on ne parle plus seulement de discrimination par l'origine mais par le sexe, le handicap, l'âge, la grossesse²⁸, le patrimoine génétique²⁹, etc. (multiplication des critères).

2° Elle s'approfondit : on raffine le concept (en distinguant par exemple discrimination directe et indirecte), on voit bourgeonner les notions voisines (diversité³⁰, égalité des chances).

3° Elle provoque le débat : certains s'interrogent notamment sur la compatibilité de cette notion nouvelle avec la tradition républicaine³¹. Fait significatif, le même HCI qui avait promu la notion dans son rapport 1998 revient en 2003 vers les notions plus classiques d'intégration et de contrat³².

B. Nouveautés de la notion de discrimination

- Par rapport à la notion d'égalité, la notion de discrimination implique une approche tout à fait différente.

²² Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

²³ 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 ; V. Guiraudon, « Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : l'histoire de la directive "race" », *Sociétés contemporaines*, n° 53, vol.11, pp. 11-32.

²⁴ Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 et décret n° 2015-215 du 4 mars 2005.

²⁵ Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

²⁶ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, titre 2, chapitre 3 : « Lutte contre les discriminations dans la location des logements » (art. 158 à 167).

²⁷ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, nouvel art. L1110-3 du CSP : « *Aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins* ».

²⁸ Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, art. 2 complétant l'art. L122-45 du Code du travail.

²⁹ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, nouvel art. 16-13 du Code civil : « *Nul ne peut faire l'objet de discriminations en raison de ses caractéristiques génétiques* ».

³⁰ M. Doytcheva, « Usages français de la notion de diversité : permanence et actualité d'un débat », *Sociologie*, n°4, vol. 1, 2010, pp. 423-438.

³¹ A.-G. Slama : « Quand on considère l'usage qui est fait en ce moment de la notion de lutte contre la discrimination, il est difficile de ne pas en conclure que ce combat s'exerce surtout contre la démocratie. Cette notion repose sur le principe universaliste d'égalité de tous devant la loi, qui est nécessaire au consensus républicain. Elle devient mortelle quand elle est mise au service d'un particularisme, dans le but de la subvertir », « Discrimination et subversion », *Le Figaro*, 13 novembre 2006.

³² Haut Conseil à l'Intégration, *Le Contrat et l'intégration*, Rapport au Premier ministre, 2003.

1° L'approche en termes d'égalité part du principe (« du haut » : un principe, qui sert de normes aux comportements), l'approche en termes de discrimination part des cas individuels (« du bas » : des cas problématiques, qui appellent une réponse politique³³).

2° L'approche en termes d'égalité met l'accent sur ce qui marche (les problèmes, marginaux, seront résolus par plus d'égalité), l'approche en termes de discriminations sur ce qui échoue (les problèmes, centraux, ne seront résolus qu'au prix d'un changement de logiciel). Donc une approche conservatrice et optimiste opposée à une approche réformiste et pessimiste.

3° L'inégalité n'est pas toujours imputable à quelqu'un ; la discrimination, si (comme but de l'action, ou comme résultat involontaire de l'action). Elle peut donc toujours être combattue, et amène par conséquent à une conception « proactive » du droit.

• Plus profondément, les deux approches actualisent les deux vieilles notions antagoniques que sont l'égalité formelle (ou arithmétique) et réelle (ou géométrique). L'approche républicaine classique privilégiait l'égalité formelle : elle ne voyait que des individus abstraits, dotés des mêmes droits. L'approche nouvelle en termes de discrimination se donne pour but l'égalité réelle : les droits doivent être modulés selon les situations individuelles, pour que des personnes en situation différente soient traitées différemment. Les traiter identiquement, ce serait discriminer les plus faibles³⁴. On peut se référer à la définition du Défenseur des droits : « *La discrimination consiste à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations comparables ou à traiter de manière identique des personnes se trouvant dans des situations différentes* » ; telle est aussi la conception des Cours européennes, avec leur principe de « non-discrimination »³⁵ (qui n'est donc pas la même chose que notre principe d'égalité) : C.J.U.E.³⁶, C.E.D.H.³⁷, Comité européen des droits sociaux³⁸.

³³ « La lutte contre l'inégalité s'appuie sur des constructions formelles ou mathématiques qui servent de repères à la conduite de l'action publique. À l'inverse, la discrimination examine des cas singuliers dont elle tire des principes généraux (...) La lutte contre la discrimination repose ainsi sur un travail de casuistique », D. Fassin, « L'invention française de la discrimination », *R.F.S.P.*, n°52, Vol.4, 2002, pp. 411-412.

³⁴ « L'exigence d'égal traitement [...] comporte inséparablement deux aspects : – obligation de traiter identiquement des personnes dans des situations semblables ; – obligation de traiter différemment, et de manière appropriée, des personnes qui sont dans des situations différentes [...] la discrimination peut résulter tout aussi bien du traitement différent de situations identiques, que du traitement identique de situations incomparables », J.-M. Belorgey, « Discrimination ordinaire / discrimination positive : quelle place pour la différence ? », *Vie sociale*, n°3, 2006, p. 33 ; « L'application de la même règle à tous, sans tenir compte des différences entre les individus, va conserver, voire renforcer les inégalités préexistantes. Mais si le droit prend en compte ces inégalités, il n'est plus formellement égalitaire. On retrouve là la distinction que faisait déjà Aristote entre justice commutative et justice distributive, entre égalité arithmétique et égalité géométrique », D. Lochak, « La notion de discrimination », *Confluences Méditerranée*, n° 48, hiver 2003-2004, p. 15.

³⁵ M. Borgetto, « Egalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit », *Informations sociales*, n°148, Vol.4, 2008, pp. 8-17 ; D. Borillo, « Apport philosophique et contribution pratique du droit européen en matière de lutte contre les discriminations », in E. Fassin et J.-L. Halperin (dir.), *Discriminations : pratiques, savoirs, politiques, op.cit.*, pp. 33-44.

³⁶ C.J.C.E., 13 décembre 1984, *Sté Sernide*, aff. C-106/83, point 28 : « *Le principe de non-discrimination entre producteurs ou consommateurs de la Communauté consacré à l'article 40, paragraphe 3, alinéa 2 [...] veut que [...] des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale* ».

³⁷ C.E.D.H., 6 avril 2000, req. n° 34369/97, *Thlimmenos c. Grèce*, § 44 : « *La Cour a conclu jusqu'à présent à la violation du droit garanti par l'article 14 de ne pas subir de discrimination dans la jouissance des droits reconnus par la Convention lorsque les Etats font subir sans justification objective et raisonnable un traitement différent à des personnes se trouvant dans des situations analogues [...] Toutefois, elle estime que ce n'est pas la*

- Il faut avoir conscience que cette approche en termes de discriminations (négatives) conduit *nécessairement* à une politique de discriminations positives : si traiter identiquement des personnes en situation différente revient à discriminer certaines d'entre elles, il n'y a pas d'autre choix que de les traiter différemment, pour mieux traiter celles qui sont défavorisées. Cette implication est évidemment difficile à intégrer dans le contexte français, attaché à l'idée d'égalité des droits (il y faudrait d'ailleurs une révision constitutionnelle) ; les politiques de lutte contre les discriminations s'abstiennent d'ailleurs d'aller au bout du raisonnement³⁹. Il n'en demeure pas moins qu'il faudra choisir entre l'approche ancienne et l'approche nouvelle, qui ne sont pas compatibles⁴⁰.

- Le risque de l'approche nouvelle consiste probablement dans la multiplication infinie de critères de discrimination nouveaux, fatalité inscrite dans le régime même de la notion de discrimination : si être traité identiquement à des gens qui sont en situation différente revient à être discriminé, alors *tout le monde* est discriminé, parce que *toutes* les situations sont différentes, et on ne voit pas au nom de quoi on accorderait plus de poids à certaines discriminations (par l'origine, le sexe, l'âge, etc.) qu'à d'autres : chaque plainte est recevable. Là où l'approche classique posait d'emblée l'idée que tous sont égaux (idée d'une communauté une et indivisible d'individus égaux, car vus abstraitement), pour ne tolérer les distinctions qu'à titre d'exception, l'approche nouvelle part de l'idée que tous sont différents, et conduit donc forcément à légitimer toutes les distinctions imaginables. Elle ouvre dès lors la porte à un morcellement en micro-communautés revendicatives qui réclament chacune qu'on prenne en compte leur spécificité, avec le risque final d'une explosion pure et simple de la communauté⁴¹.

seule facette de l'interdiction de toute discrimination énoncée par l'article 14. Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes ».

³⁸ Comité européen des droits sociaux 4 novembre 2003 *Association internationale Autisme-Europe c. France*, § 52 : « Le Comité observe [...] que le libellé de l'article E est très voisin de celui de l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. La Cour européenne des Droits de l'Homme a souligné dans son interprétation de l'article 14 que le principe d'égalité le sous-tendant implique [...] de traiter de manière différente des personnes en situation différente [...] En d'autres termes, il faut non seulement, dans une société démocratique, percevoir la diversité humaine de manière positive, mais aussi réagir de façon appropriée afin de garantir une égalité réelle et efficace. A ce titre, le Comité considère que l'article E interdit non seulement la discrimination directe, mais aussi toutes les formes de discrimination indirecte, que peuvent révéler soit les traitements inappropriés de certaines situations, soit l'inégal accès des personnes placées dans ces situations et des autres citoyens aux divers avantages collectifs ».

³⁹ G. Calvès, « Sanctionner ou réguler », *Informations sociales*, n° 148, vol.4, 2008, pp. 34-45.

⁴⁰ « L'égalité de droit et l'égalité de fait [...] entrent en conflit frontal et génèrent une contradiction insurmontable », A.-M. Le Pourhiet, « Egalité et discrimination », p.30 in Félicien Lemaire et Bernard Gauriau (dir.), *Les Discriminations*, Cujas, 2012.

⁴¹ « Pour certains qui restent attachés à l'égalité républicaine, le discours sur les discriminations [...] menac[e] la cohésion nationale : en effet, loin d'interpréter les revendications minoritaires comme une réponse aux dangers de la ségrégation sociale que creusent les discriminations, ils y voient surtout un risque de fragmentation sociale qui pourrait mettre en danger l'égalité devant la loi », E. Fassin, « Actualité des discriminations », in E. Fassin et J.-L. Halperin (dir.), *Discriminations : pratiques, savoirs, politiques*, op.cit., p. 15.

Ce risque potentiel inscrit dans le principe de précaution, invite à apprécier comment la doctrine le réceptionne.

II. La réception du principe de non-discrimination par la doctrine

De tous les principes qui ont émergé sur la scène juridique depuis une quarantaine d'années, c'est sans doute celui de non-discrimination qui a suscité la plus grande perplexité de la doctrine juridique⁴². Structurellement lié à l'évolution des attentes des individus qui aspirent désormais à la reconnaissance de leur singularité qui convertit peu à peu la société démocratique en *société des singularités* dans laquelle « *le fait de la diversité* » devient « *l'étalon de l'égalité* »⁴³, porté dans un « *nouveau contexte* »⁴⁴, par le droit européen et le droit international⁴⁵ et sanctionné en France par le droit pénal⁴⁶, son succès a imposé au juge administratif de procéder à une « *adaptation jurisprudentielle* »⁴⁷ délicate pour l'articuler au principe d'égalité dont la géométrie était jusqu'alors différente. Il a amené la doctrine administrative à procéder à des ajustements conceptuels importants pour le recoder dans les catégories classiques de la discipline et l'intégrer au système symbolique construit par ses soins pour justifier l'existence du droit administratif, en expliquer les logiques et en interpréter les règles⁴⁸. Potentiellement applicable à nombre de situations, difficile à apprécier, susceptible d'être associé à des stratégies juridiques diversifiées de rétablissement de l'égalité, allant de la simple sanction des décisions et comportements qui le violent jusqu'à la mise en

⁴² Sur les définitions de la doctrine : P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Paris : Dalloz, 2004 ; sur ses formes de manifestations : N. Hakim, « Les genres doctrinaux », p.147 in *La doctrine en droit administratif, Actes du 3^e colloque organisé les 11 et 12 juin 2009, à la Faculté de droit de Montpellier par l'Association française pour la recherche en droit administratif*, Paris : Lexis -Nexis, 2010.

⁴³ P. Rosanvallon, *La société des égaux*, Paris : Seuil, Points, 2011, p. 359-360.

⁴⁴ Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité, Extrait du rapport public 1996*, Paris : La documentation française, 1998, p.19.

⁴⁵ Déclaration universelle de 1948, art. 2 : « *Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ».

⁴⁶ La loi 72-546 du 1er juillet 1972 commencera par réprimer la discrimination raciale ; la loi n°75-625 du 11 juillet 1975 ajoutera la discrimination en raison du sexe et de la famille ; la loi n°85-772 du 25 juillet 1985 : la discrimination en raison des mœurs ; les lois n°89-18 du 13 janvier 1989 et n°90-602 du 12 juillet 1990, la discrimination en raison de l'état de santé et du handicap. L'évolution s'est poursuivie par la loi du 16 novembre 2001 sur la lutte contre les discriminations, celle du 4 mars 2002 sur les droits des malades, celle du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, et enfin celle du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine qui ont enrichi l'article 225-1 du Code pénal.

⁴⁷ Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité, Extrait du rapport public 1996, op.cit.* p. 19.

⁴⁸ Sur le travail de la doctrine administrative qui exerce une triple fonction cognitive, analytique et critique : Y. Poirmeur, E. Fayet, « La doctrine administrative et le juge administratif. La crise d'un modèle de production du droit », p.97 et suiv. in J. Chevallier (dir.), *Le droit administratif en mutation*, Paris : PUF, 1993 ; sur la réception doctrinale des arrêts : P. Gonod, « La réception des arrêts par la doctrine juridique », *RFDA*, n°5, 2013, p. 1007. Les relations entre la doctrine universitaire et la doctrine organique sont particulièrement complexes en droit administratif, la première étant née, selon le mot de J. Rivéro « *sur les genoux de la jurisprudence* », « *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif* », in *Etudes et documents du Conseil d'État*, Fasc. 9, 1955, p.27 et suiv., et in A. de Laubadère, A. Mathiot, J. Rivero, G. Vedel, *Pages de doctrine*, t. 1, LGDJ, 1980, p.63.

place, comme aux États-Unis, d'une politique de discrimination positive⁴⁹, il est apparu à la doctrine, sinon comme étranger à la tradition française de l'égalité⁵⁰, du moins comme entretenant avec elle une relation ambiguë qu'elle s'est efforcée de clarifier. L'inventaire rapidement dressé de ses usages français et étrangers montre en effet qu'il permet d'envisager l'égalité de façon différenciée. Potentiellement porteuse de remaniements normatifs substantiels, la greffe du principe de non-discrimination en droit français a contraint le juge administratif à l'incorporer peu à peu à sa jurisprudence et à en fixer, dans les limites laissées par la réglementation, les modalités et le champ d'application. Supposant un travail de catégorisation qui expose toujours ceux qui en ont la charge à voir leurs choix critiqués et leur légitimité contestée⁵¹, cette introduction s'est effectuée lentement. Le droit administratif étant, à la différence du droit privé, marqué de l'empreinte du principe d'égalité, le juge administratif a pu avancer par petites touches successives et s'en tenir à une politique jurisprudentielle des plus prudentes, explicitée par sa *doctrine organique*⁵². Laissant persister ainsi bien des incertitudes, alors que ses usages potentiels concernent des situations d'une grande sensibilité sociale et politique, cette stratégie a alimenté le trouble de la *doctrine universitaire* à l'égard d'un principe perçu comme une pièce importée, énigmatique, insaisissable et de portée variable.

S'il est une chose sur laquelle la doctrine administrative s'accorde, c'est sur le constat qu'à l'instar de la notion d'égalité⁵³, celle de discrimination est des plus difficiles à cerner⁵⁴. Variant avec la conception qu'on en a, revêtant des formes variables selon les périodes et les systèmes politiques, la discrimination ne fait pas plus que l'égalité l'objet d'une « *définition*

⁴⁹ Pour une analyse des différentes définitions : O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris : Economica, 2004, p. 205 et s.

⁵⁰ Consubstantielle de la construction de la distinction du droit administratif et du droit privé, et de la spécification des services publics dont il est un principe cardinal de fonctionnement, cette conception de l'égalité est sans doute constitutive de la *culture juridique* des administrativistes et est donc directement touchée par une culture anglo-saxonne véhiculée par le droit européen qui ne lui est pas congruente et qu'elle reçoit donc avec une relative méfiance. Sur les chocs doctrinaux résultant de l'eupéanisation du droit et sur les « impacts culturels » de la mondialisation : F. Audren, J.-L. Halpérin, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités XIXe-XXe siècles*, Paris : CNRS Éditions, 2013, p. 257-274.

⁵¹ Voir sur les mécontentements soulevés par les catégorisations législatives : F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, Aix-en Provence : PUAM, 1997, p.18.

⁵² Sur cette notion : M. Deguergue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris : LGDJ, 1994.

⁵³ M. Borgetto note ainsi que l'égalité peut prendre « *d'abord la forme d'une égalité devant la règle de droit: il s'agit alors d'une égalité purement formelle ou abstraite, en quelque sorte mathématique car ne prenant pas en compte la situation personnelle de chacun; la forme, ensuite, d'une égalité dans la règle de droit: il s'agit ici d'une égalité plus concrète et réelle car tenant compte des différences de situations dans lesquelles se trouve chacun; la forme, enfin, d'une égalité par la règle de droit: il s'agit dans ce cas d'une égalité qui, si elle se veut toujours concrète, se veut surtout – dans la mesure où les pouvoirs publics utilisent la règle de droit pour réduire les inégalités et rapprocher de l'égalité réelle - beaucoup plus « redistributrice » et « correctrice »*. M. Borgetto, « Égalité, Solidarité, ... Équité ? » in G. Koubi (dir.), *Le préambule de la constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996.

⁵⁴ J. Rivero, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, T. XIV, 1961-1962, Dalloz, 1966, p.345.

assurée »⁵⁵. Sans prétendre en saisir toutes les facettes, la doctrine n'en cherche pas moins fébrilement à dissiper le halo qui l'entoure et en brouille les contours. Confrontant les notions d'inégalité et de discrimination dans le langage courant où il est connoté négativement⁵⁶, D. Lochak observe que contrairement à la première qui est « *d'abord une situation de fait* » tenant « *à des facteurs inhérents aux personnes* », à des « *facteurs exogènes liées aux structures économiques et sociales* » ou « *à la conjonction des deux* », et peut donc « *préexister à tout acte ou agissement d'autrui, la discrimination est le fait d'un agent* », dont les actes ou les agissements discriminatoires produisent de l'inégalité⁵⁷. En principe volontaires, les discriminations peuvent néanmoins provenir de comportements collectifs diffus : « *de l'état des mœurs* » ou des mentalités (...), ou encore du libre jeu de la concurrence – bref, d'effets de système dont personne n'est directement responsable, mais qui néanmoins ne sont pas des faits de nature (comme les inégalités biologiques), mais bien des faits de culture ». A cet égard, D. Lochak se demande s'il n'est pas concevable que soient qualifiés de discriminations « *les phénomènes engendrés par le fonctionnement de nos systèmes économiques et sociaux* » et note que dans des sociétés démocratiques « *qui ont érigé l'égalité en principe fondamental* », les hommes politiques et les citoyens ont tendance à stigmatiser « *les inégalités sociales comme des « discriminations » et à vouloir « les faire disparaître* ». Face à cet usage extensif et relâché de la notion ordinaire de discrimination, la difficulté d'en produire une définition juridique tient à ce « *qu'en droit* » il faudra pour qu'il y ait discrimination, outre que la différence de traitement soit illégitime⁵⁸, « *qu'on puisse rapporter le phénomène observé à un auteur – individuel ou collectif* ». Établir l'existence d'une inégalité, en déterminer la légitimité ou l'illégitimité, en identifier l'auteur – ce qui est spécialement complexe lorsqu'il s'agit de « *collectifs diffus* » - pour savoir si elle résulte bien d'une discrimination : tel est le triple défi auquel est confrontée toute tentative de définition

⁵⁵ G. Vedel, « L'égalité » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines, sa pérennité*, La Documentation française, 1990, p.172.

⁵⁶ D. Lochak indique que « *discriminer, dans le langage courant, ce n'est pas simplement séparer mais en même temps hiérarchiser, traiter plus mal ceux qui, précisément, seront dits victimes d'une discrimination. L'adjectif « discriminatoire », quant à lui, a toujours ce sens péjoratif et désigne exclusivement un acte ou un agissement qui tend à distinguer un groupe humain ou une personne des autres, à son détriment. Le langage juridique a intégré cette connotation négative : en dépit d'un certain flottement terminologique qui conduit parfois à qualifier de discrimination toute différence de traitement, toute distinction opérée entre des catégories de personnes, la volonté de plus en plus nette, tant au niveau international que dans les législations internes, de traquer et de mettre hors-la-loi toutes les formes de discrimination ne laisse aucun doute sur ce point : la discrimination apparaît, y compris d'un point de vue juridique, comme ce qui est fondamentalement à proscrire* ». D. Lochak, « La notion de discrimination dans le droit français et européen », in M. Tsujimura et D. Lochak (dir.), *Égalité des sexes : la discrimination positive en question. Une analyse comparative (France, Japon, Union européenne et États-Unis)*, Société de législation comparée, 2006, p. 43.

⁵⁷ *Ibid.* p. 39-40. Dans son article « *Réflexions sur la notion de discriminations* », elle définissait la discrimination de la façon suivante : elle est « *un traitement inégal reposant sur l'application d'un critère illégitime. Ce qui suppose, d'une part qu'il y ait un résultat effectif et constatable (une action et non une idée), et d'autre part, qu'il s'appuie sur un argumentaire socialement inacceptable (ce qui dépend évidemment du référentiel moral par rapport auquel la société juge les distinctions entre les êtres). Bien entendu, le qualificatif « racial » ne présuppose pas l'existence de « races », mais indique que, pour un certain nombre d'acteurs sociaux, des différences fondées en nature et manifestant une altérité radicale servent à classer les individus et, en l'occurrence, à les traiter inégalement* ». D. Lochak, « *Réflexions sur la notion de discriminations* », *Droit social*, n°11, 1987, p.778.

⁵⁸ Ce qui ne sera pas le cas d'une *discrimination positive*, malgré l'ambiguïté de l'expression qui est un oxymore, puisqu'elle vise à rétablir une égalité illégitimement rompue par un traitement qui a été générateur d'inégalité.

juridique de la discrimination. Combinant des critères de justice sur la base desquels les inégalités sont ou non considérées comme discriminatoires et sur le fondement desquels des discriminations peuvent être prohibées, autorisées, ou encore donner lieu à des actions positives, des critères d'appréciation factuels permettant d'en établir existence et le cas échéant, des critères pour apprécier le caractère proportionné des actions positives, la notion juridique de discrimination semble être, comme celle d'égalité, « *d'abord une intuition, une intuition exigeante, aux limites sans cesse repoussées* » mais qui « *ne peut être mise en formule rationnelle* »⁵⁹. Elle peut l'être d'autant moins qu'en énumérant toujours plus de causes de discriminations assorties d'exceptions et en tendant « *par effet d'optique (...) à placer sur un plan identique des facteurs de discrimination dont certains ne semblent pas pouvoir être légitimés, sinon sous forme de discrimination positive*⁶⁰, tandis que d'autres peuvent l'être dans certaines circonstances », les textes contribuent à la « *dilution de la notion* » et à la dispersion de la catégorie⁶¹. Pour apprivoiser le principe de non-discrimination qui emprunte à cette notion ses incertitudes, la doctrine s'est attachée à cerner l'axiologie dont il relève (A). Principe à l'identité floue, elle s'est efforcée d'en préciser la valeur, d'en cerner les standards d'appréciation, et de déterminer à quelle catégorie juridique il appartient afin de l'acclimater au droit administratif (B).

A. Un principe tirailé entre trois axiologies

Cherchant à insérer le principe de non-discrimination, dont le champ d'application est en constante expansion, dans l'histoire du principe d'égalité, la doctrine propose deux récits différents de la relation qu'elle entretient avec celui-ci. Le premier est *continuiste* et reprend l'analyse classique de J. Rivero qui place les notions d'égalité et de non-discrimination dans le prolongement l'une de l'autre⁶². Élaboré plus particulièrement par le Conseil d'État⁶³,

⁵⁹ G. Vedel, « L'égalité », *op. cit.*, p. 172.

⁶⁰ Encore, la notion de discrimination positive a-t-elle longtemps été niée au nom de la conception universaliste de l'égalité (par exemple la décision « quotas par sexe » du 18 novembre 1982).

⁶¹ A. Fitte-Duval, « Le fonctionnaire et la discrimination : approche administrative et pénale », *AJFP*, n°1, 2003, p. 6. Elle souligne les effets pervers de la stratégie énumérative : « *Outre que l'intégralité des causes ne saurait être prévue, le choix de procéder à l'énumération la plus large des causes à ce jour recensées de discrimination semble tendre à les mettre toutes sur un pied d'égalité, alors qu'une hiérarchisation reste inévitable. Le législateur peut déroger au principe d'interdiction des discriminations conformément au principe d'égalité, qui admet que seules des différences de situation objectives au regard de la portée d'un texte puissent fonder des différences de traitement. Ces dernières ne sauraient être légitimées cependant dès lors qu'elles correspondent à la mise en cause de droits fondamentaux* ».

⁶² Pour lui, « *Le pilier de l'égalité, à son sommet, s'épanouit et se diversifie, tels ces piliers de cathédrales qui évoquent la ligne du palmier, en un bouquet de nervures dont chacune supporte sa part de la voûte* », J. Rivero, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », *op. cit.*, p.343.

⁶³ La *doctrine organique*, qu'on pourrait concevoir dans le sillage d'A. Gramsci comme une sorte d'*intellectuel organique* (J. Caillosse, « Variations autour du rapport public annuel. Sur la réception des fonctions consultatives du Conseil d'État », *AJDA*, n°18, 2013, p. 1034 et s.) se manifeste de trois façons principales : par le rapport public annuel, qui « remplit une triple fonction : « *faire le point des activités contentieuses et administratives du Conseil d'État au cours de l'année écoulée ; (attirer) l'attention des pouvoirs publics sur les difficultés rencontrées par les justiciables dans l'exécution des décisions des juridictions administratives ; (et enfin, étudier) une question de fond sur lequel il propose des orientations de la pratique administrative voire des modifications de dispositions législatives ou réglementaires* » (P. Gonod, « Le redéploiement de la participation à l'élaboration des normes », *RFDA*, n°2, 2015, p.249 et s.), par les conclusions des rapporteurs publics (dont on

auquel il permet de rappeler l'importance de sa contribution à la fabrique du droit – il lui revient d'avoir « *converti en règle de droit* » « *le principe philosophique d'égalité* »⁶⁴ - dans un champ de production normative devenu hautement concurrentiel⁶⁵, il part de l'idée que « le principe de non-discrimination (...) caractérise la conception française » de l'égalité⁶⁶. Au-delà de l'histoire politique⁶⁷, c'est bien sûr la jurisprudence administrative qui est mobilisée pour démontrer que le principe d'égalité en était déjà porteur – ce qui n'est guère difficile puisqu'il a servi de longue date à sanctionner des décisions administratives pour des violations de l'égalité qui, aux termes de la législation récemment adoptée s'analyseraient comme des discriminations prohibées⁶⁸- et que celui de non-discrimination n'en est que le corollaire. Il n'est pas jusqu'aux discriminations positives qu'on « *pourrait (...) rapprocher (...) de la construction jurisprudentielle des différences de situation en estimant qu'un retard économique ou une difficulté voire une détresse sociale n'est qu'un cas particulier de situations différentes* ». Cependant le rapprochement, qui tient essentiellement à ce que la jurisprudence administrative comme le souligne R. Chapus, n'a pas confondu « *l'égalité (...) avec l'uniformité* » en la concevant comme « *égalité proportionnelle* »⁶⁹, a ses limites et il faut donc concéder « *qu'en réalité, l'idée de discrimination positive va plus loin car son objet même est de réduire les inégalités de fait et pas seulement de tenir compte des différences de situation de toute nature* », et finalement conclure que « *la notion de discrimination positive n'est donc pas sans rapport avec celle de différence de situations mais ne lui est pas assimilable* »⁷⁰. Si l'existence d'un lien avec cette construction jurisprudentielle relativement récente ne permet pas vraiment d'y trouver l'origine historique des « discriminations positives à la française », une autre généalogie les rattache à une construction beaucoup plus ancienne : elles s'inscriraient parmi les « *discriminations*

peut considérer qu'elles n'expriment la position du Conseil d'État dans la seule mesure où il les suit et en ce cas, pour les raisons avancées par le rapporteur), enfin par les interventions dans des colloques ou journées d'études des plus hautes autorités du Conseil, dans la mesure où elles s'efforcent de synthétiser la jurisprudence du Conseil et d'indiquer ses lignes d'évolution.

⁶⁴ D. Lochak, « La notion de discrimination dans le droit français et européen », *op. cit.*, p.39.

⁶⁵ Y. Poirmeur, E. Fayet, « La doctrine administrative et le juge administratif. La crise d'un modèle de production du droit », *op.cit.*

⁶⁶ Conseil d'Etat, *Sur le principe d'égalité, Extrait du rapport public 1996, op.cit.*, p.32.

⁶⁷ *Ibid.* Selon le *Rapport* le principe d'égalité loin de s'être épuisé dans le principe de légalité, qui aurait consacré une égalité purement formelle devant la loi, a été « dès l'époque jacobine » vivifié par « une volonté de tendre vers l'égalité réelle ».

⁶⁸ Il en va ainsi en droit de la fonction public de l'arrêt du 28 mai 1954, *Barel* pour les discriminations fondées sur les opinions politiques.

⁶⁹ R. Chapus, *Droit administratif général*, T. 1, Montchrestien, 1990, n° 666, p.426.

⁷⁰ *Conseil d'Etat, Sur le principe d'égalité, Extrait du rapport public 1996, op.cit.*, p.82. Deux exemples de cette différence sont donnés : « lorsqu'une commune instaure un tarif de cantine scolaire moins élevé en faveur des élèves domiciliés dans cette commune (CE, 5 oct. 1984, *Commissaire de la République de l'Ariège*), ou lorsque l'administration prévoit des dispositions plus favorables pour certains corps de fonctionnaires que pour d'autres (CE, 4 nov. 1960, *Association amicale des secrétaires d'administration*), les décisions en cause ne sont pas prises en raison d'une inégalité qu'il conviendrait de réduire : elles ont seulement pour objet de tenir compte de différences de situations qui justifient en elles-mêmes des traitements différents, sous le contrôle du juge administratif. Elles ne constituent pas des discriminations positives ». Un exemple de discrimination positive est donné : « lorsque la loi adapte le code du travail afin d'améliorer l'insertion des travailleurs handicapés, son objet même est de réduire une inégalité en créant une discrimination positive au bénéfice de personnes en situation défavorable ».

justifiées »⁷¹ dont l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en disposant que « *les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* » a créé la catégorie⁷². Loin d'être seulement une innovation exogène, introduite par le droit international et le droit européen ou relevant d'autres branches du droit interne – droit constitutionnel, droit pénal -, le principe de non-discrimination trouverait ainsi en réalité son origine dans le droit administratif. Et il reviendrait au juge administratif d'en avoir été le promoteur, sans pour autant en avoir introduit le mot⁷³. Ce souci continuiste a pu contribuer, dans une certaine mesure, à brouiller la signification propre du principe de non-discrimination en n'en distinguant pas nettement l'axiologie et en la ramenant peu ou prou à celle de l'égalité républicaine qu'il mettrait pourtant à rude épreuve, ou à celle de l'égalité sociale correctrice, passant par « *l'abandon de la généralité de la norme* »⁷⁴, dont l'extension du domaine d'application a accompagné le développement de l'État providence⁷⁵ et qu'il permettrait d'approfondir⁷⁶.

⁷¹ G. Braibant, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 97 ; Il s'agit d'une « notion plus large que celle de discrimination positive. Elle recouvre toutes les différences de traitement que la jurisprudence admet lorsqu'elles sont décidées pour un motif d'intérêt général – ce que la Déclaration de 1789 appelle l'utilité commune – en rapport avec l'objet de la règle. *La discrimination positive est une catégorie particulière de la discrimination justifiée, mise en œuvre par une politique volontariste et dont l'objectif est la réduction d'une inégalité* » (*Rapport cit.*, p. 82-83).

⁷² *Rapport cit.*, p. 83. Le rapport note que le fondement de la progressivité réside plutôt dans l'article 13 de la Déclaration : « 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 ». Cette définition lui permet de conclure que « les discriminations positives se rencontrent fréquemment en droit français », au premier chef en matière fiscale, où la progressivité de l'impôt « sans forcer cette définition (...) est une forme de discrimination positive ». Apparues en matière fiscale, « dans le cadre de la redistribution des revenus », elles seraient sorties de ce domaine « pour s'attaquer » à de nouvelles inégalités en introduisant « une pratique équitable de l'égalité » illustrée, entre autres, par « la réglementation des *zones d'éducation prioritaires* » (Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité, Extrait du rapport public 1996, op.cit.*, p. 85). Le principe d'égalité « *ne fait pas obstacle aux discriminations positives dès lors que la finalité au nom de laquelle elles ont été instaurées relève incontestablement de l'intérêt général* » (*ibid* p. 87).

⁷³ *Ibid*, p. 32. Il souligne en ce sens que la Cour de justice de l'Union européenne a adopté « une démarche comparable à celle du juge administratif français. Elle a jugé notamment, dès 1959, que le fait d'appliquer des règles différentes à des situations comparables constitue une violation du droit communautaire (CJCE, 17 déc. 1959, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson*, aff. 14-59, p. 445), que toute inégalité de traitement doit être justifiée par des différences de situations objectives (CJCE, 24 oct. 1973, *Merkur c. Commission*, aff. 43-72, p. 1055), et que les droits garantis par les traités, au rang desquels se trouve l'égalité, peuvent connaître « certaines limites justifiées par des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits » (CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Hohlenund Baustossgroshandlung c. Commission*, aff. 4-73, p. 491). Les contours ainsi tracés du principe d'égalité communautaire le rapprochent de ce principe de non-discrimination qui caractérise la conception française. L'usage fréquent que la Cour fait du grief de discrimination arbitraire le souligne davantage encore : une disparité de traitement « ne constituerait une violation du principe de non-discrimination que si elle apparaissait arbitraire » (CJCE, *Merkur, cit.*).

⁷⁴ Selon D. Lochak, « *le principe d'égalité se transforme et se lit désormais comme un principe de non-discrimination : n'obligeant pas à traiter tout le monde de la même façon, il implique de distinguer les différences de traitement légitimes, qui trouvent une justification objective et raisonnable dans une différence de situation ou l'intérêt général, et les autres qui, privées d'une telle justification, seront considérées comme des discriminations arbitraires. Il faut donc, dans la multiplicité des distinctions entre catégories d'individus, repérer où finit la différence de traitement normale et légitime, où commence la discrimination injustifiée* ».

⁷⁵ Comme l'explique O. Bui-Xuan, « *le droit public a été contraint d'effectuer des distinctions entre les administrés* », pour faire fonctionner les services publics qui se diversifiaient : « Une certaine catégorisation juridique et l'élaboration de règles de droit propres et adaptées à la spécificité de chaque catégorie d'administrés ou à chaque catégorie d'agents publics est apparue indispensable ». (...) « Qu'elles consistent à créer des

Analysant les « *divergences doctrinales relatives aux discriminations positives françaises* » qui sont un bon analyseur du flottement conceptuel qui a accompagné l'introduction progressive dans le droit positif de plus en plus de discriminations prohibées, O. Bui-Xuan a parfaitement montré l'ampleur de la confusion des genres que ces rapprochements ont produits et que favorisent des définitions mal calibrées englobant sous le même label des causes d'inégalités qui ne sont pas du même ordre⁷⁷. Si certains auteurs s'en tenaient au milieu des années 1990 à la doxa selon laquelle « *les discriminations positives n'ont pas encore droit de cité en France* »⁷⁸ ou « *qu'il n'a jamais été question (...) de mettre en place des dispositifs de « discrimination positive* », car « *ce type de politique se caractérise par l'adoption de quotas préférentiels réservés à tel ou tel groupe minoritaires* »⁷⁹ et distinguaient ainsi clairement la spécificité des causes de discrimination, d'autres ont au contraire, en partant de définitions larges « *permettant de recouvrir une multitude de réalités juridiques* », concluaient que « *non seulement les discriminations positives existent en France, mais qu'elles sont même relativement nombreuses* »⁸⁰. C'est ainsi que la définition que G. Calvès propose de la discrimination positive recouvre le « *principe d'égalité compensatrice ou correctrice* » qui s'est substitué dans le cadre de l'État providence « *à une stricte égalité de traitement entre ayant droit et entre usagers* » et « *un traitement différencié et préférentiel qui vise à contrebalancer les effets de l'exclusion raciste ou sexiste* »⁸¹. Moins restrictive encore, celle

catégories d'administrés et d'agents publics ou à reconnaître juridiquement des catégories socio-professionnelles, les catégories juridiques élaborées à partir de ce que les citoyens *font* ont ainsi toujours existé : par leur biais, l'administration a pris sur le réel. Bien que leur multiplication s'éloigne quelque peu de l'abstraction du citoyen proclamée en 1789, elles restent compatibles avec l'universalisme et l'individualisme. Instaurées dans un objectif gestionnaire et régulateur, elles ne contribuent ni à figer la société, ni à mettre à mal l'unité du corps social ; elles sont par ailleurs conformes au principe d'égalité des droits : tous les individus peuvent par exemples être hospitalisés ou incarcérés et possèdent en principe des droits et des obligations identiques lorsqu'ils se trouvent dans de telles situations ». Le concept d'*égalité catégorielle* aurait été forgé par l'arrêt du Conseil d'État du 9 mai 1913, *Roubaud (RDP, 1913, p. 695)*, mais il a été formulé nettement plus tard par l'arrêt du 4 mai 1945, *Syndicat des entrepreneurs des transports de la Riviera et Société Massena Lafayette* : « le maire de Nice n'a pas porté atteinte au principe de l'égalité qui doit être maintenu entre les entreprises privées concurrentes lorsqu'elles sont placées dans les mêmes conditions ». O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme, op.cit.*, p. 8-9.

⁷⁶ J. Chevallier, « Lutte contre les discriminations et État providence », in D. Borrillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, 2003, p.45 et s.

⁷⁷ O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme, op. cit.*, analyse des pages 204 à 209.

⁷⁸ Ph. Ardant, « L'égalité des personnes en droit français ou la poursuite de l'insaisissable égalité réelle », in *La personne humaine sujet de droit*, Publications de la Faculté de droit de Poitiers, Paris : PUF, 1994, p. 143.

⁷⁹ « Ce qui suppose l'établissement préalable de statistiques de référence, et donc (...) de dénombrements ethniques ou « raciaux » pour chaque domaine où il est censé s'appliquer » : V. de Rudder, C. Poirret, F. Vourc'h, *L'inégalité raciste. L'universalité républicaine à l'épreuve*, Paris : PUF, 2001, p. 196.

⁸⁰ O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme, op. cit.*, p. 205. Les auteurs partageant ce point de vue sont : F. Mélin-Soucramanien, « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *RFDA*, n°5, 1997, pp.906-925 ; CALVÈS (Gwénaële) (dir.), *Les politiques de discrimination positive*, Paris : La Documentation française, 1999, (Problèmes politiques et sociaux, n°822). ; B. Renaud, « Les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité ? », *RTDH*, n°31, 1997, pp.425-460 ; F. Stasse, « Egalité et discriminations positives », in *Regards sur l'actualité*, La Documentation française, 1997 ; F. David, *La notion de discrimination positive en droit public français*, Thèse de doctorat en droit, Université de Poitiers, 2001 ; H. Moutouh, *Recherche sur le droit des groupes en droit public français*, thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux IV, 1996, et A.-M. Le Pourhiet, « Discriminations positives ou injustice ? », *RFDA*, n°3, 1998, pp.519-525).

⁸¹ G. Calvès, « Les politiques de discrimination positive », *op. cit.*, p.3

de F. Mélin-Soucramanien la caractérise comme « *une différenciation juridique de traitement créée à titre temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles* »⁸². Quant à celle de F. Stasse qui la voit comme « *une catégorie particulière de discrimination justifiée qui retient la réduction d'une inégalité comme motif d'intérêt général* »⁸³, elle achève en plongeant plus loin encore dans l'histoire la quête des origines du principe de non-discrimination, d'en effacer la spécificité⁸⁴. Elle conduit tout à la fois à concevoir la discrimination de façon extensive et à en faire une notion attractive, en y rangeant toutes les différences de traitement non justifiées et à n'envisager « *le droit des discriminations* » non « *comme un enrichissement mais comme une redondance* »⁸⁵.

Quelle que soit cette origine, force est de reconnaître, comme le fait le *Rapport* du Conseil d'État sur l'égalité, que « *l'évolution économique, sociale et surtout culturelle de ces dernières décennies modifie la donne en la rendant plus complexe* » : si « *la vigilance contre le risque d'arbitraire demeure un devoir des démocraties* » et si « *le principe d'égalité devant la loi reste à cet égard aujourd'hui comme hier, un outil indispensable* », (...) « *les aspirations à la diversité se font plus pressantes tandis que la montée de l'individualisme suscite un certain retour du citoyen vers la sphère privée* ». Par conséquent, « *le juge est conduit en France et peut être plus encore au niveau communautaire à tenir compte des différences de situations afin d'adapter le principe aux réalités* »⁸⁶. Notion jusqu'à un certain point « *complémentaire du principe d'égalité* », la non-discrimination le déborde. Comme l'explique F. Lemaire « *elle le charge d'un contenu supplétif en procédant d'un dépassement de l'égalité formelle dans la recherche d'une égalité substantielle ou égalité de fait* », ce qui n'empêche nullement le principe d'égalité dans son acception universaliste « *de résoudre de nombreuses situations discriminatoires pour lesquelles le simple respect de l'égalité formelle - à travers l'application de droits identiques - est réclamé*⁸⁷ ; les individus concernés

⁸² F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, Aix-en Provence : PUAM, 1997, p. 207. Il insiste sur le fait que « *contrairement au cas américain (...) où ces distinctions visent essentiellement à favoriser des minorités raciales, afin de permettre leur intégration sociale, en France, ces mesures ont surtout pour objectif d'établir une plus grande égalité dans le domaine de l'emploi et en matière fiscale, non seulement entre les personnes en prenant en compte leur sexe, leur âge ou l'existence d'un handicap, mais également entre les différentes composantes du territoire national* », p. 229.

⁸³ F. Stasse, « *Egalité et discriminations positives* », *op.cit.*, p. 21.

⁸⁴ La progressivité de l'impôt peut alors être requalifiée en discrimination positive.

⁸⁵ L. Cluzel-Metayer, M. Mercat-Bruns, *Discriminations dans l'emploi. Analyse de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de Cassation*, Paris : La Documentation française, 2011, p. 18. Sont cités comme illustrant cette conception les arrêts du Conseil d'État du 24 novembre 1982, *Confédération française démocratique du travail et autres* (« *le principe de non-discrimination entre les sexes est le corollaire quant au recrutement des fonctionnaires du principe d'égal accès aux emplois publics* ») et du 3 septembre 2008, *Confédération des praticiens des hôpitaux* (telle « *discrimination n'est pas contraire au principe d'égalité de traitement entre fonctionnaires d'un même corps* »).

⁸⁶ Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, *Extrait du rapport public 1996*, *op.cit.*

⁸⁷ Le refus du Conseil constitutionnel que soient établies des distinctions entre les hommes et les femmes au sein du corps électoral avant la réforme constitutionnelle du 8 juillet 1999 relative à l'égalité des hommes et des femmes relevait de l'axiologie traditionnelle de l'égalité : Déc. 98-407 DC du 14 janv. 1999, à propos de la loi visant à instaurer la parité entre hommes et femmes dans le cadre des élections régionales.

n'aspirant pour beaucoup à rien d'autre qu'une certaine indifférence à l'égard de « différences » qu'ils voudraient ne pas être prises en compte »⁸⁸.

Le constat de ces discordances amène insensiblement la doctrine vers un second récit, *discontinuiste*, celui-là, qui insiste sur ce qui semble bien marquer un *changement d'axiologie* renvoyant au nouveau type de société démocratique qui émerge progressivement « *dont le mode de composition n'est ni celui de l'universalisme abstrait, ni celui du communautarisme identitaire* », mais celui d'une « *démocratie de reconnaissance* » où s'institutionnalise, selon le mot de P. Rosanvallon une « *égalité des singularités* »⁸⁹ allergique aux discriminations⁹⁰. La doctrine identifie de mieux en mieux les traits de cette forme d'égalité à mesure que le droit enrichit la palette des discriminations sanctionnées⁹¹ et objective les défauts de reconnaissance qui constituent une « *pathologie de la singularité* »⁹² et rongent donc ce nouveau genre de société démocratique⁹³. Admettant qu'on pouvait effectivement situer les notions d'égalité et

⁸⁸ F. Lemaire, « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, n°2, 2010, p.301. L'auteur évoque les opinions politiques et religieuses, et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et renvoie aux analyses de C. Falcoz et A. Bécuwe, « La gestion des minorités discréditables : le cas de l'orientation sexuelle », *Travail, genre et sociétés*, Vol.1, n°21, 2009, p. 69.

⁸⁹ P. Rosanvallon, *La société des égaux*, *op. cit.*, p. 359-360.

⁹⁰ Se référant à « l'éclairante » réflexion juridique de D. Lochak (« Réflexions sur la notion de discrimination », *op.cit.*) ; P. Rosanvallon définit classiquement la discrimination comme « un traitement inégal des personnes en fonction de leur origine, de leur religion ou de leurs convictions, de leur orientation sexuelle, de leur genre ou encore de leur handicap ». P. Rosanvallon, *La société des égaux*, *op. cit.*, p. 360. G. Koubi indique de ce point de vue que « le principe d'égalité a pour objectif de prévenir toute tentative d'utilisation de traits *différentiels* pour la reconnaissance des libertés, pour l'attribution de droits, pour l'octroi d'avantages, pour l'évaluation de mérites, pour la distribution d'honneurs... Le principe de non-discrimination est alors un sous-ensemble du principe d'égalité, il s'attache à des éléments constants, invariables, ne pouvant en aucune manière être pris en considération ». L'articulation des deux principes prétend alors concilier deux séquences : l'égalité prohibe toute forme de distinction en tous domaines, pour toutes situations ; l'égalité oblige les pouvoirs publics à interdire certaines formes de différenciations relatives à quelques traits que la personne n'a pas choisis librement et délibérément » : « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? », in G. Koubi, G. J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris : La Découverte, 2000, p. 71.

⁹¹ Sur les limites de cet enrichissement et son éventuel élargissement au « racisme anti-pauvre » : D. Roman, « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *Recueil Dalloz*, n°28, 2013, p.1911. L'auteur souligne, après G. Calvès (« Communauté homosexuelle » et communauté des citoyens : pour qui sonne le glas ? », *Recueil Dalloz*, n°23, 2005, p.1497) que le droit de la nondiscrimination n'est pas « destiné à assurer une protection à des groupes socialement désavantagés ».

⁹² Pour P. Rosanvallon, « *La discrimination peut être définie (...) comme un déni de similarité (ou de généralité) et de singularité ; elle mêle les deux dimensions. C'est ce qui lui donne sa centralité comme forme de négation de l'égalité dans le monde contemporain. Elle est d'abord une pathologie de la singularité en assignant un individu à une « classe de singularité » jugée dépréciative, diminutive. Celui-ci est par exemple réduit à son origine ethnique ou à son sexe, toutes ses autres caractéristiques personnelles étant gommées ou occultées. On ne le reconnaît pas dans sa personnalité authentique, dans sa véritable et pleine singularité. Il n'est donc pas considéré comme quelqu'un. Mais on lui refuse parallèlement la qualité d'individu quelconque, puisqu'il est socialement enfermé dans une catégorie. La personne discriminée est de cette façon doublement exclue : de la société des semblables autant que de la société des singularités* ». P. Rosanvallon, *La société des égaux*, *op. cit.*, p. 361.

⁹³ Pour S. Henneville-Vauchez et V. Valentin, « *Le droit de la lutte contre les discriminations poursuit pour objectif la conciliation entre liberté individuelle et égalité. Cet objectif se justifie par des considérations à la fois empiriques et théoriques. Empiriquement, il se nourrit du constat selon lequel le libre jeu des libertés individuelles, a fortiori dans les sociétés complexes contemporaines n'est pas de nature à permettre naturellement l'inclusion et la protection égale à tous. Théoriquement, il prend appui sur le fait que l'égalité est, tout comme la liberté, une valeur centrale aux démocraties libérales : en dernier ressort, le projet du droit de la lutte contre les discriminations peut s'énoncer dans la grammaire libérale, en tant qu'il entend simplement*

de non-discrimination dans le prolongement l'une de l'autre tant que cette dernière est restée cantonnée au strict domaine économique et a seulement joué le rôle de principe régulateur des marchés économiques et de réducteur des distorsions de concurrence⁹⁴, ce second récit doctrinal constate qu'une rupture est intervenue lorsque son champ d'application a été étendu à la « *politique sociale* », « *avant d'être consacré comme élément central d'une politique des droits de l'Homme* »⁹⁵ sous l'effet du droit européen et du principe de libre circulation⁹⁶. Cette coupure, qui se manifeste bien dans le déplacement des sources⁹⁷, doit conduire à les distinguer tant dans leur définition que dans leur portée. Apparue en réalité « *récemment dans le paysage* » juridique « *français* », la notion la non-discrimination serait largement d'origine exogène et échapperait par conséquent à la conception universaliste de l'égalité « *héritée de la Révolution* »⁹⁸. La transposition des directives européennes conduirait non seulement à « *appréhender autrement la question des inégalités* » mais aussi à introduire « *des outils issus d'une culture anglo-saxonne fondée sur l'accès au droit* »⁹⁹. Alors que le principe d'égalité des citoyens devant la loi se conçoit « *sans distinction d'origine, de race ou de religion* », ne connaît que des individus abstraits qui doivent être traités identiquement et ont accès aux droits dans les mêmes conditions, la politique européenne de lutte contre les discriminations, inspirée du droit américain, met concrètement « *l'accent sur leur appartenance à un groupe défini en fonction du sexe, du handicap, de l'origine ethnique, de la religion, ou de l'orientation sexuelle* »¹⁰⁰, c'est-à-dire sur des *catégories vulnérables*¹⁰¹, pour constater l'existence de discriminations dans l'accès aux droits qu'elle considère en principe comme insusceptibles d'être justifiées en ce qu'elles assignent à l'individu une identité (dépréciée) qu'il n'a pas eu le « *loisir (...) de choisir ou de maîtriser* »¹⁰² et l'empêchent de manifester sa singularité. Inspirée par la tradition universaliste de l'égalité, la conception française de la lutte contre ces discriminations a donc, selon C. Aubin et B. Joly, un caractère plus restrictif :

permettre l'égal accès de tous à la jouissance et l'exercice de la liberté individuelle ». S. Hennette-Vauchez et V. Valentin, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, Paris : LGDJ, 2014, p. 65.

⁹⁴ On trouve une application classique dans l'arrêt CE, Ass., 1^{er} avril 1938, *Soc. L'Alcool dénaturé de Coubert*, RDP, 1939, p. 487, concl. Latournerie : discriminations illégales en matière de prix de vente des alcools.

⁹⁵ 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 et s.

⁹⁶ Article 7 du traité de Rome instituant la Communauté économique (article 12 du traité relatif à la Communauté européenne). Ce principe et l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité en matière d'emploi, de rémunérations et de condition de travail, allaient à l'encontre de la politique des États dont les législations protectrices réservaient le marché du travail à leurs ressortissants.

⁹⁷ Alors que le principe d'égalité relève du bloc de constitutionnalité (Constitution de 1958, art. 1 : « La France assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion » ; Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. 6 : « Tous les citoyens étant égaux [aux yeux de la loi], 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 » ; Préambule de la Constitution de 1946 alinéa 3, « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à l'homme » et alinéa 5 « nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances »), c'est le droit européen qui pose le plus clairement le principe de non-discrimination.

⁹⁸ C. Aubin, B. Joly, « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française », *op.cit.*

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Cette politique a été inaugurée en France par la loi du 1^{er} juillet 1972 réprimant la discrimination raciale.

¹⁰² A.-M. Le Pourhiet, « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 114, mars-avr. 2001, p. 169.

relevant essentiellement du droit pénal, elle se borne surtout à sanctionner les discriminations intentionnelles et les « *inégalités voulues* »¹⁰³. Adoptant au contraire une approche empirique et une démarche pragmatique, le droit européen l'envisage plus largement : distinguant les causes de discriminations et forgeant des instruments pour en administrer la preuve selon qu'elles sont directes, indirectes¹⁰⁴ ou systémiques¹⁰⁵, il intègre l'existence de discriminations non intentionnelles qui résultent de préjugés ou de pratiques apparemment neutres mais ont indirectement des effets discriminatoires en désavantageant certaines personnes. Dans cette perspective, le constat de ces désavantages peut justifier que soient prises des mesures appropriées – discrimination à rebours¹⁰⁶ – pour les réduire autant que faire se peut et rétablir une certaine égalité des chances¹⁰⁷, ce qui s'apparente alors à de la discrimination positive¹⁰⁸.

¹⁰³ C. Aubin, B. Joly, « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française », *op.cit.*

¹⁰⁴ M.-Th. Lanquetin la définit comme l'hypothèse dans laquelle « une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes [d'une catégorie donnée : race, origine ethnique, religion, sexe, orientation sexuelle, etc.] par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires », in M.-Th. Lanquetin « Discriminations à raison du sexe : commentaire de la directive du 15 décembre 1997 », *Droit social*, n°7, 1998, p.688.

¹⁰⁵ Sur ces discriminations : P. Bataille, « Racisme populaire et relais institutionnels, discrimination systémique et indirecte », in D. Borrillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, *op.cit.*, p. 69 et s.

¹⁰⁶ Assimilées par R. Pelloux aux discriminations positives : il s'agit « d'aider ceux qui se trouvent dans une situation inférieure » des avantages « pour leur permettre d'accéder à des emplois, de se présenter à certains concours, d'être admis à certains stages » (R. Pelloux, « Les nouveaux discours sur l'inégalité, RDP, 1982). Le Conseil d'État en a condamné une qui en application du droit communautaire aboutissait à traiter plus avantageusement les ressortissants des autres États que ses nationaux : CE 6 octobre 2008, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques et a.*

¹⁰⁷ S'inscrit dans cette logique à l'article 5 de la directive 2000/78, transposée par la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, qui oblige l'employeur à « prendre les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent (...) une charge disproportionnée » ; on trouve l'une de ses premières manifestations dans la recommandation du Conseil n° 84/635 du 13 décembre 1984 qui invite les États membres « adopter une politique d'action positive destinée à éliminer les inégalités de fait dont les femmes sont l'objet dans la vie professionnelle ainsi qu'à promouvoir la mixité dans l'emploi (...) afin d'éliminer ou de compenser les effets préjudiciables [résultant] d'attitudes, de comportements ou de structures fondés sur l'idée d'une répartition traditionnelle des rôles entre les hommes et les femmes dans la société ». Sur la notion d'égalité des chances : Y. Poirmeur, « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », in G. Koubi, J. G. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, *op. cit.*, p.91 et s. Sur ses applications dans la lutte contre l'exclusion sociale et les controverses autour de la jurisprudence sur les discriminations tarifaires entre usagers des services publics locaux fondées sur des « différences de situations appréciables » entre eux (CE, *Desnoyez et Chorques* ; CE, 26 avril 1985, *Ville de Tarbes* ; CE, 29 décembre 1997, *Communes de Gennevilliers et de Nanterre* (2 espèces)) ou la création de prestations sociales (CE, 11 décembre 1996, *CCAS Saint André les Vergers*) : M. Borgetto, « Équité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions », in G. Koubi, J. G. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, *op. cit.*, p. 115 et s.

¹⁰⁸ C. Aubin et B. Joly notent toutefois qu'en matière de handicap, la disposition retenue « 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 », mais « vise seulement à compenser les effets du handicap pour remettre la personne qui en est affectée sur un pied d'égalité avec les autres. Le caractère « raisonnable » ou non des aménagements nécessaires doit s'apprécier au cas par cas, dans une situation donnée, ce qui donne ainsi potentiellement au procès une place importante, conformément à l'approche anglo-saxonne du droit », C. Aubin, B. Joly, « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française », *op.cit.*

Si comme le remarque L. Cluzel-Métayer, la discrimination apparaît « *lorsque la différence de traitement repose sur des critères prohibés* »¹⁰⁹, le principe d'égalité et celui de non-discrimination n'ont clairement pas la même géométrie et bien que « *les idées (qu'ils) véhiculent se recourent* », c'est comme le dit A. Haquet « *sans être identiques* »¹¹⁰. Renvoyant à une conception de la personne humaine qui interdit qu'un individu soit défavorisé « *en raison de ses caractéristiques propres, de ce contre quoi, en tant qu'être vivant, (il) ne peut rien, ou (...), de ce qui, en tant qu'être agissant et pensant, appartient à sa liberté la plus irréductible* »¹¹¹, la non-discrimination s'inscrit dans une autre axiologie que celle de l'égalité, ce qui se manifeste sur le plan juridique « *par une indisponibilité des discriminations, en principe insusceptibles de justification, contrairement aux ruptures d'égalité* »¹¹². Malgré leur parenté, ces divergences axiologiques ont pour conséquences que les principes d'égalité et de non-discrimination ne sont ni équivalents ni interchangeable¹¹³. De plus, à la différence du premier, dont la nature juridique est bien connue¹¹⁴, dont le champ d'application et les modalités d'appréciation sont cernées par une abondante jurisprudence, le principe de non-discrimination reste un objet juridique moins bien identifié que la doctrine administrative s'efforce de caractériser.

B. Un principe à l'identité juridique incertaine

Alors que la normativité du principe d'égalité, consacré d'abord comme principe général du droit¹¹⁵, puis comme principe à valeur constitutionnelle¹¹⁶, est pleinement admise par la

¹⁰⁹ L. Cluzel-Métayer, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de Cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, n°2, 2010, p. 309 et s.

¹¹⁰ A. Haquet, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes », *RTD Eur.*, n°2, 2001, p. 305.

¹¹¹ Rapport annuel de la Cour de cassation 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 2009, p. 84.

¹¹² *Ibid.* p. 88.

¹¹³ Pour S.-J. Liéber et D. Botteghi, « *préserver l'égalité et lutter contre les discriminations ne sont pas des concepts substituables* », chron. sous CE, Ass., 30 oct. 2009, *Dame Perreux*. S.-J. Liéber et D. Botteghi, « Mme Perreux (II) - Juger des discriminations, une mission sous contrainte », *A.J.D.A.*, n°43, 2009, p. 2391.

¹¹⁴ Apparu en 1913 (CE, 9 mai 1913, *Roubeau*), sa portée est précisée par les arrêts du Conseil d'État, du 25 juin 1948, *Société du journal l'Aurore* et du, 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, qui indiquent que le principe d'égalité s'oppose à ce qu'un traitement différent soit appliqué à des administrés qui se trouveraient dans une situation identique. Quant à l'arrêt du 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, il précise qu'il n'interdit pas de traiter différemment des personnes qui seraient placées dans des situations différentes, en indiquant que « la fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure ». L'arrêt du 11 avril 2012, *Gisti* formule la règle selon laquelle le principe d'égalité « ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit (...) ». Dernière précision : « la différence de traitement ne doit pas être « manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier » » (CE, 26 novembre 2012, *La Poste*).

¹¹⁵ CE, Ass., 1^{er} avril 1938, *Société de l'Alcool dénaturé* ; CE, sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*.

¹¹⁶ CC, 12 juillet 1979, *Ponts à péage*.

doctrine, elle se divise sur l'existence d'un principe de non-discrimination dont le caractère prescriptif paraît incertain. Tandis que les uns estiment que si principe juridique il y a, ce n'est pas un principe de droit français¹¹⁷, que d'autres n'ont pas de doute sur le fait qu'il s'agit d'un principe issu du droit européen¹¹⁸, certains s'interrogent beaucoup plus sérieusement, comme L. Cluzel-Métayer, sur le fait de savoir si « la prohibition des discriminations peut être considérée comme un principe juridique »¹¹⁹. La question mérite d'autant plus d'être posée qu'il est patent, comme l'auteur le rappelle, que le droit de ne pas être discriminé « *n'est invocable que si la discrimination porte sur des critères énoncés par les textes* » et que « *la prohibition de la discrimination est empirique, fonction de critères établis, s'appréciant au cas par cas* ». Dans ces conditions, cet éventuel principe de non-discrimination n'aurait pas de normativité propre : il emprunterait au mieux celle des prohibitions prévues par les textes et s'épuiserait avec elle. Etrange principe donc sur le plan conceptuel puisqu'il serait comme le dit G. Calvès « *vide, dénué de charge normative propre* »¹²⁰. Reste qu'il est possible comme le suggère L. Cluzel-Métayer de tirer, en suivant la méthode spécifique d'élaboration des principes juridiques qui « *s'induisent de textes épars ou de valeurs supérieures préexistants dans un droit positif* »¹²¹, l'existence de celui de non-discrimination de divers textes qui laissent ouverte la liste des critères prohibés qu'ils dressent -l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne -. Ce rattachement textuel permet de lui retrouver une autonomie normative minimale sans laquelle il n'est pas de principe juridique et de déterminer opportunément sa valeur supra-législative, d'ailleurs confirmée par la jurisprudence¹²². Mais s'il est possible sur cette base, « *d'avancer qu'il s'agit bien d'un principe* », celui-ci n'en est pas moins très spécifique. À cet égard, il se distingue du principe d'égalité par le caractère restrictif de son champ d'application qui en fait seulement « *un principe sectoriel, fonction de critères déterminés* »¹²³. Et comme ces critères ne sont pas tous soumis au même régime juridique, certains auteurs concluent à la pluralité des principes de non-discrimination. M. Houser observe en ce sens que le principe de non-discrimination en raison de l'âge, « *à la différence des autres principes de non-discrimination (race ou sexe)* » (...) « *s'avère plus poreux* »¹²⁴ :

¹¹⁷ R. Fournalès, « La prévention de la discrimination entre hommes et femmes n'est pas une composante nouvelle de l'ordre public », *AJDA*, n°8, 2006, p.439.

¹¹⁸ C. Aubin, B. Joly, « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française », *op.cit.*

¹¹⁹ L. Cluzel-Métayer, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de Cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *op.cit.*

¹²⁰ G. Calvès, « Discriminations », in S. Mesure, P. Savidan (dir.), *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris : PUF, 2006.

¹²¹ P. Morvan, « Principes » in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF, 2003, p. 1203.

¹²² CE, Ass., 30 nov. 2001, *Ministre de la Défense c. M. Diop, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. M. Diop*.

¹²³ L. Cluzel-Métayer, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de Cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *op.cit.*

¹²⁴ M. Houser, « La spécificité du principe de non-discrimination en fonction de l'âge », *RFDA*, n°2, 2010, p.323 ; Le Conseil d'État a récemment sanctionné la condition d'âge fixée pour se présenter au second concours d'agrégation de droit public –agrégation interne- comme étant une discrimination directe, car l'âge en ce cas « [ne] répond pas à une exigence professionnelle essentielle et déterminante » : C. Otero, « Concours interne d'agrégation : la condition d'âge était discriminatoire », *AJFP*, n°5, 2015, p.293.

« évolutif¹²⁵, ses justifications sont très nombreuses » et il faut « pour mettre en évidence une différence de traitement illégitime, que l'on compare la situation de l'intéressé avec celle d'une personne de référence dans une situation comparable ». À y regarder de plus près, comme le font L. Cluzel-Metayer et M. Mercat-Bruns pour les discriminations dans l'emploi¹²⁶, chaque principe de non-discrimination est soumis par la législation qui le prévoit¹²⁷ et par le juge administratif à des modalités de contrôle spécifiques : les justifications des différences de traitement fondées sur l'âge « commencent à faire l'objet d'un contrôle plus approfondi »¹²⁸, la discrimination fondée sur le handicap ou l'état de santé fait l'objet de contrôles différents selon qu'il s'agit d'un refus d'accès à l'emploi public rapporté à l'obligation d'aménagement raisonnable des postes ou fondé sur l'inaptitude physique¹²⁹. Pour F. Lemaire le principe a toutefois davantage de cohérence qu'il y paraît lorsque, au lieu de descendre dans la particularité de l'application de chaque principe, on se place à un niveau de généralité plus élevé. Il lui découvre ainsi une certaine unité dans les modalités d'appréciation des différences de traitement légitimes de celles qui sont illégitimes et arbitraires qu'on retrouve pour tous les critères. Il estime de la sorte que les règles de cette appréciation sont sinon semblables du moins très proches de celles que mobilisent le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État dans la mise en œuvre du principe d'égalité et se résument à la formule maintes fois citée selon laquelle « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »¹³⁰. Il en déduit que ce

¹²⁵ M. Brisse, « La jurisprudence européenne sur les discriminations fondées sur l'âge », *Retraite et société*, 2007, n°2/51, p. 286.

¹²⁶ L. Cluzel-Metayer, M. Mercat-Bruns, *Discriminations dans l'emploi. Analyse de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de Cassation*, op.cit.

¹²⁷ Il faut attendre la loi du 27 mai 2008 (art. 4) pour que les aménagements de la charge de la preuve prévus par la loi du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité qui avait établi un système de preuve reposant sur la présentation de faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination (art. 19 : « en matière de santé, de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services, d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, ainsi que d'accès à l'emploi et de travail indépendants ou non-salariés, chacun a droit à un traitement égal, quelles que soient son origine nationale, son appartenance ou non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie ou une race. Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte en ces domaines établit devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination. Le précédent alinéa ne s'applique pas devant les juridictions pénales ») soient étendus à d'autres critères discriminatoires.

¹²⁸ L. Cluzel-Metayer, M. Mercat-Bruns, *Discriminations dans l'emploi. Analyse de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de Cassation*, op. cit., p. 56-57.

¹²⁹ *Ibid.* p. 60 et s. Dans le premier cas le juge sanctionne l'absence de mise en œuvre de l'obligation positive d'aménagement de l'emploi, en évaluant si l'aménagement était ou non réalisable sans entraîner une charge disproportionnée pour l'administration. Il n'a donc pas besoin « d'aller sur le terrain d'une éventuelle discrimination indirecte » (CE, 30 avril 2004, *Monnier* ; CE, 14 novembre 2008, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale*). La différence de traitement pourra être aussi validée pour des candidats à des postes identiques sur la base de ce que l'un est capable d'assurer les fonctions avec un aménagement et l'autre pas (CE, 29 juillet 2002, *Houama* ; CE, 7 novembre 2005, *Guidoum*). S'agissant du second, le juge exerce un contrôle *in concreto* de l'aptitude physique à exercer la fonction.

¹³⁰ Décisions 78-101 DC du 17 janv. 1979 et 79-107 DC du 12 juill. 1979.

« qu'on peut caractériser comme le principe de non-discrimination constitue en tant que tel un principe auxiliaire et subordonné qui ne fonctionne pas par lui-même, mais seulement en combinaison avec un autre principe, comme l'illustre nettement la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme¹³¹, mais aussi le juge communautaire en exigeant le respect d'objectifs légitimes. Ce qui, en théorie, conduit les juges à effectuer en la matière un contrôle de proportionnalité »¹³².

Brouillant l'identité du principe, la complexité et la variété des procédés de preuve des discriminations qui en font un instrument juridique « *lourd à actionner* »¹³³ ont pu, dans une certaine mesure, accréditer la thèse d'une diversité des régimes et, par voie de conséquence, celle d'une pluralité des principes. Les standards, les indices et les faisceaux de circonstances qui servent à déterminer si les conditions d'existence d'une discrimination sont ou non réunies, en réduisant « *les aléas de son identification* »¹³⁴ - à savoir « *un groupe ou une personne en situation défavorable, une différence de traitement et l'absence de justification de celle-ci* »¹³⁵ - conservent un caractère hétérogène, en dépit de la distinction de deux types de mécanismes discriminatoires différents que des critères plus ou moins précis permettent d'appréhender. La première forme, la *discrimination directe*, consiste selon les textes à traiter différemment des individus placés dans des situations identiques ou identiquement des individus placés dans des situations différentes¹³⁶, ce qui exige de s'assurer de la comparabilité des situations, que les directives européennes préconisent d'apprécier sous des rapports, des temporalités et des angles diversifiés : elles « *invitent à élargir le test de comparabilité* » à des situations décalées dans le temps (...), et même à des situations hypothétiques »¹³⁷, ce qui peut révéler des discriminations dissimulées. La seconde forme, la *discrimination indirecte*, est à l'origine une construction prétorienne de la Cour de Justice de l'Union Européenne. Elle est « *plus difficile à caractériser* » que la discrimination directe car

¹³¹ CEDH 23 juill. 1968, *Affaire linguistique belge* (§ 9 et 10) ; CEDH 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique* (§ 32 et 33).

¹³² F. Lemaire, « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *op.cit.*

¹³³ On étend ici l'observation de J. Chevallier pour la mise en œuvre de la machine pénale, à celle de la juridiction administrative, J. Chevallier, « Lutte contre les discriminations et État providence », *op.cit.*, p.53. Il attribue à la relative inefficacité du droit pour lutter contre les discriminations quotidiennes le recours à d'autres méthodes de prévention, de médiation et de régulation et note que les associations de lutte contre les discriminations « *témoignent assez souvent (...) d'une confiance excessive placée dans le droit* ».

¹³⁴ Sur ces nombreux aléas : A. Fitte-Duval, « Le fonctionnaire et la discrimination : approche administrative et pénale », *op.cit.*

¹³⁵ M. Houser, « La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge », *op.cit.*, p.323

¹³⁶ Pour des raisons de race ou d'origine ethnique « *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* » (directive 2000/43/CE) ; « *lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1er [religion ou convictions, handicap, âge ou orientation sexuelle]* » (directive 2000/78/CE) ; lorsque « *une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable* » (directive 2002/73/CE et directive 2004/113/CE). Il est notable que l'appréciation de ces différences de situations a conduit à voir comme discriminatoires certains avantages réservés aux femmes pour avoir élevé des enfants, considérés jusqu'alors comme compensant les désavantages professionnels qui en résultaient : CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar* ; CE, 29 juillet 2002, *Griesmar*.

¹³⁷ D. Lochak, *op.cit.*

« *non intentionnelle* »¹³⁸. Elle s'analyse comme la conséquence d'une mesure, d'un critère ou d'une pratique apparemment neutre mais qui a pour effet de produire une discrimination¹³⁹. Elle peut être mise en évidence par des approches statistiques démontrant l'existence d'un impact disproportionné pour une catégorie de personnes – mais encore faut-il alors en avoir le droit ou la possibilité¹⁴⁰ –, ou par la démonstration qu'elle produit un désavantage particulier pour les personnes de cette catégorie.

En aménageant fort opportunément la charge de la preuve en 2009, le Conseil d'État, par sa jurisprudence *Mme Perreux*, a, en la faisant peser sur l'administration, quelque peu réduit l'hétérogénéité des régimes des discriminations : en effet, le requérant doit seulement « *soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte* » au principe d'égalité de traitement, tandis « *qu'il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* »¹⁴¹. La doctrine a dans l'ensemble favorablement accueilli la mise en place de ce « *dispositif probatoire prétorien* »¹⁴² unifié, tout en en relevant, dans le sillage des conclusions de M. Guyomar, les limites. Si pour le rapporteur public « *la situation intrinsèquement inégalitaire dans laquelle se présentent les litiges portés devant le juge administratif est compensée par le caractère inquisitorial de l'instruction qui laisse une réelle latitude pour recueillir, outre les pièces du dossier, les éléments propres à asseoir (sa) conviction* », ce sont surtout « *les outils de contrôle dont dispose le juge de l'excès de pouvoir lorsqu'il est soutenu devant lui qu'une décision administrative est empreinte de discrimination* » qui font défaut, « *sauf à ce que l'élément qui révèle l'existence de la*

¹³⁸ F. Lemaire, « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *op.cit.*, La discrimination directe serait « *facile à détecter, car la différence de traitement est clairement établie dans un texte* » : J. Fougerouse, « La discrimination à raison de l'âge », in F. Lemaire, B. Gauriau (dir.), *Les discriminations*, Paris : Ed. Cujas, 2012, p. 85.

¹³⁹ La notion a été consacrée par le droit européen : Directive 2000/43/CE ; « *une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes* » ; directive 2000/78/CE : « [...] *pour les personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes* », ou, (directive 2004/113/CE) pour « *des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe* » – « *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* ».

¹⁴⁰ Produire des statistiques ethniques par exemple...

¹⁴¹ CE, Ass., 30 octobre 2009, *Perreux* « *Considérant toutefois que, de manière générale, il appartient au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction ; que cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes ; que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile* »

¹⁴² L. Cluzel-Metayer, M. Mercat-Bruns, *Discriminations dans l'emploi. Analyse de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de Cassation*, *op. cit.*, p. 76.

discrimination alléguée ressorte clairement des pièces du dossier »¹⁴³. Il y aurait ainsi selon L. Cluzel-Metayer et M. Mercat-Bruns un « *obstacle propre (...) à l'office du juge de l'excès de pouvoir* » qui « *le limite à n'envisager que la décision en elle-même* » et l'amène à n'aborder « *son contexte* » qu'« *à la marge* ». Si bien que le juge administratif « *a des difficultés à appréhender un comportement discriminatoire, en amont de la décision contestée* »¹⁴⁴. Hormis dans les cas où l'administration ne conteste pas sérieusement les faits allégués¹⁴⁵ et où des éléments « *suffisamment nombreux, précis et concordants* »¹⁴⁶ sont avancés, pour faire présumer de l'existence de la discrimination, cette « *avancée au moins formellement considérable* »¹⁴⁷ exige pour être vraiment efficace, que le juge active ses pouvoirs d'instruction. Il faut aussi qu'il exerce un contrôle poussé sur les justifications du défendeur quand il en produit, en avançant que la disposition, le critère ou la pratique dont le caractère discriminatoire est allégué, « *repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* »¹⁴⁸.

Au-delà de ces difficultés de preuve et de réticence du juge administratif à admettre certains types de discriminations – S. Hennette-Vauchez lui reprochant par exemple « *la méconnaissance totale dans laquelle (il) maintient le concept de discrimination indirecte* »¹⁴⁹, c'est enfin l'application du principe de non-discrimination au prisme de celui d'égalité dont la doctrine constate les effets réducteurs. L. Cluzel-Métayer et M. Mercat-Bruns notent sur ce point, qu'à la différence des juges européens qui considèrent qu'une discrimination peut résulter non seulement d'un traitement différent de situations semblables

¹⁴³ M. Guyomar, « Conclusions », *RFDA*, n°6, 2009, p. 1125.

¹⁴⁴ L. Cluzel-Metayer, M. Mercat-Bruns, *Discriminations dans l'emploi. Analyse de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de Cassation*, *op. cit.*, p. 103. Les auteurs notent cependant que « *des évolutions semblent possibles* », qui seraient en germe dans les arrêts CE, 7 juillet 2010, *Mme Claude A*, et CE, 13 janvier 2010, *Commune de Lattes* (contexte de harcèlement). Sur le harcèlement et sa preuve : CE 11 juillet 2011, *Mme Montaut* ; B. Arvis, « *L'action en réparation des préjudices nés du harcèlement moral auprès du juge administratif : premier bilan* », *AJFP*, n°5, 2009, p.259 et suiv.

¹⁴⁵ L'absence d'explications fournies par l'administration ou une défense indigente peuvent, à l'instar de ce qu'avait déjà posé l'arrêt Barel, conduire le juge à tenir le motif discriminatoire avancé par le requérant comme étant établi : L. Cluzel-Metayer, M. Mercat-Bruns, *Discriminations dans l'emploi. Analyse de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de Cassation*, *op.cit.*, p. 93.

¹⁴⁶ M. Guyomar, « Conclusions », *op. cit.*

¹⁴⁷ L. Cluzel-Metayer, M. Mercat-Bruns, *Discriminations dans l'emploi. Analyse de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de Cassation*, *op.cit.*, p. 77.

¹⁴⁸ Ainsi en matière de limite d'âge des contrôleurs aériens, le Conseil d'État examine d'abord si la sécurité aérienne constitue un objectif légitime, puis le lien entre cet objectif et la limite d'âge (rapport entre l'âge et les facultés humaines liées à la sécurité aérienne et sont « *une exigence professionnelle essentielle et déterminante* »), enfin contrôle de la proportionnalité de la limite d'âge. Sur ce contrôle : A. Bretonneau, J. Lessi, « *Limite d'âge des contrôleurs aériens : autorisation de vol* », *AJDA*, n°18, 2014, p. 1029.

¹⁴⁹ S. Hennette-Vauchez, « *Discrimination indirecte, genre et liberté religieuse : encore un rebondissement dans les affaires de voile* », *AJDA*, n°3, 2012, p. 163. Elle tient pour preuve de ce que le juge administratif est mal à l'aise avec ce concept l'arrêt du CE, 14 novembre 2008, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche*, validant « *un décret relatif aux qualifications en sauvetage aquatique et secourisme requises des personnels chargés de l'enseignement physique et sportif alors même qu'il n'édicte pas de mesures de compensation du handicap destinées à permettre à certaines personnes handicapées de pouvoir accéder à ces emplois selon des modalités adaptées* », dont le rapporteur public, R. Keller, estimait que « *[f]orce est de constater (qu'il...) interdit de fait à beaucoup d'entre elles [personnes handicapées] d'accéder à la profession d'enseignant en éducation physique* » (R. Keller, « *Conclusions sur CE 14 novembre 2008, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche* », *AJDA*, 2009, p. 380).

mais aussi d'un traitement identique de situations différentes¹⁵⁰, le Conseil d'État demeure rétif à l'idée d'imposer des traitements différents pour des situations différentes, qui restent donc facultatifs¹⁵¹ et à celle de sanctionner « *des traitements égalitaires de situations différentes* »¹⁵². Si cette « résistance » peut s'expliquer par « *l'impossibilité de remettre systématiquement en cause la généralité de la règle* », elle a pour conséquence « *d'empêch(er) le juge administratif de mettre en évidence certaines discriminations, précisément dissimulées par l'application uniforme de la norme* »¹⁵³. On peut aussi comprendre à cette attitude, qu'à la différence du droit privé consacrant la liberté contractuelle, la libre concurrence et la loi du marché qui « *pousse irrésistiblement à la discrimination* »¹⁵⁴, le droit administratif a été relativement épargné par l'application du principe de non-discrimination en raison de la place occupée par le principe d'égalité dans sa construction et par la façon dont le juge administratif a conçu son application en tenant compte de différences de situations ou de considérations d'intérêt général, mais d'une façon bien spécifique. Le droit de la fonction publique¹⁵⁵ en est une bonne illustration. Irriguée par le principe d'égalité – principe d'égal accès aux emplois publics¹⁵⁶, recrutement par concours et

¹⁵⁰ CJCE, 17 juillet 1963, *Gouvernement de la République Italienne c. Commission*, aff. 13. 63 ; CEDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*.

¹⁵¹ CE, Ass., 28 mars 1997, *Société Baxter* : le principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes soient soumises à des régimes différents, et par conséquent les auteurs d'une ordonnance ne sauraient avoir méconnu ce principe en s'abstenant de prévoir un régime spécial d'imposition pour certaines entreprises qui avaient passé une convention avec les pouvoirs publics en application de l'accord-cadre conclu le 25 janvier 1994 entre l'État et le syndicat national de l'industrie pharmaceutique ; CE, 20 avril 2005, *Union des familles en Europe* : Si le principe d'égalité en droit interne impose, en règle générale, de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ; CE, 14 octobre 2008, *Commune de Saint-Jean d'Aulps* : le principe d'égalité n'implique pas que des abonnés à un service public se trouvant dans des situations différentes soient soumis à des tarifs différents. Cette position est partagée par le Conseil constitutionnel : N. Foulquier, F. Rolin, « Constitution et service public », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°37, 2012, p. 30-31.

¹⁵² L. Cluzel-Metayer, M. Mercat-Bruns, *Discriminations dans l'emploi. Analyse de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de Cassation, op.cit.*, p.18-19.

¹⁵³ *Ibid*, p.19.

¹⁵⁴ D. Lochak, « Loi du marché et discrimination », in D. Borrillo (dir.), *Lutter contre les discriminations, op.cit.*, p.18. L'auteur souligne que « *contrairement à l'administration et aux services publics en général, les personnes privées – particuliers ou entreprises – ne sont pas tenues de respecter un principe général d'égalité et le droit positif ne leur interdit pas de traiter avec autrui sur une base inégalitaire aussi longtemps qu'elles ne violent aucune prohibition précise résultant des textes. Le principe d'égalité cède ici devant le principe de liberté. La liberté du propriétaire, la liberté de l'employeur, la liberté du prestataire de services : autant d'expression du principe civiliste de la liberté contractuelle qui inclut la faculté de traiter différemment et même de façon inégale, en vertu de critères qu'ils déterminent librement, les individus avec lesquels ils s'engagent dans des relations contractuelles* ». (p.17).

¹⁵⁵ CE, Ass., 13 juillet 1962, *Conseil national de l'ordre des médecins*: « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit et qu'elle ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation ou des motifs susceptibles de la justifier* ». Pour une analyse de ce considérant : B. Seiller, « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », in *Mélanges en l'honneur Jean-François Lachaume, Le droit administratif : permanences et convergences*, Paris : Dalloz, 2007, p. 979 et s.

¹⁵⁶ Il s'agit là d'un principe à valeur constitutionnelle : CC, n° 82-153 DC, 14 janvier 1983, *Loi relative au statut général des fonctionnaires, sur la troisième voie d'accès à l'École nationale d'administration*.

reposant sur le mérite¹⁵⁷, système de carrière, égalité de traitement des membres d'un même corps¹⁵⁸ - la fonction publique procède d'une rationalisation et d'une dépersonnalisation des recrutements et des relations de travail congruente avec les valeurs qui sous-tendent le principe de non-discrimination. L'analyse de son contentieux montre que le Conseil d'État a très tôt sanctionné des décisions fondées sur des discriminations aujourd'hui prohibées¹⁵⁹, réduisant ainsi l'ampleur des rectifications à effectuer pour conformer le droit de la fonction publique aux exigences du principe de non-discrimination. Sa résilience s'affaiblit cependant à mesure que la liste des discriminations prohibées destinées à protéger des *catégories vulnérables*¹⁶⁰ qui « convertissent le principe d'égalité en principe de non-discrimination »¹⁶¹, s'enrichit. Bien qu'elles soient souvent assorties d'exceptions dans lesquelles des différences de traitements sont possibles¹⁶², elles contraignent la juridiction administrative à sanctionner

¹⁵⁷ CE 10 janv. 1986, *Fédération nationale des travailleurs de l'État CGT*.

¹⁵⁸ CE, Ass., 6 mars 1959, *Syndicat général CGT de l'administration centrale du ministère des Finances*. CE, Ass., 21 juillet 1972, *Union interfédérale des syndicats de la préfecture de police et de la sûreté nationale*. Il s'agit d'un principe à valeur constitutionnelle : CC, n° 76-67 DC, 15 juillet 1976, *Loi modifiant l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires*. Le principe s'applique donc entre agents d'un même corps et non entre agents de corps différents : CE 11 oct. 1967, *Darpoux*. Il n'en va pas ainsi si est critiquée une norme transversale : A. Bretonneau, J. Lessi, « Limite d'âge des contrôleurs aériens : autorisation de vol », *op.cit.*

¹⁵⁹ Rejets de candidatures fondés sur les croyances religieuses (CE 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre* ; CE, 28 avril 1938, *Weiss* et CE, 25 juillet 1939, *Beis.*) ou les opinions politiques (CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*).

¹⁶⁰ L'article 225-1 du code pénal dispose que « constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation ou identité sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales ». Un article 225-1-1, créé par la loi du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel ajoute que « constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33 ou témoigné de tels faits, y compris, dans le cas mentionné au I du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés ». Ces discriminations sont punies par l'article 225-2 de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : « 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; 3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ; 4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1 ; 5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1 ; 6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale. Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende ».

¹⁶¹ D. Lochak, « La notion de discrimination dans le droit français et européen », *op.cit.*

¹⁶² Il faut signaler que l'article 225-2 du code pénal n'est pas applicable aux termes de l'article 225-3 : « 1° Aux discriminations fondées sur l'état de santé, lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité. Toutefois, ces discriminations sont punies des peines prévues à l'article précédent lorsqu'elles se fondent sur la prise en compte de tests génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie ou qu'elles se fondent sur la prise en compte des conséquences sur l'état de santé d'un prélèvement d'organe tel que défini à l'article L.

des discriminations qui avaient façonné historiquement la construction de la fonction publique, qu'il est de ce fait délicat d'éliminer, et à éviter que soient introduites des discriminations à rebours¹⁶³ pour se conformer au droit européen. À l'issue de l'étude qu'elle en a effectuée de l'évolution du contentieux, L. Cluzel-Métayer constate néanmoins que « *si le Conseil d'État se réfère désormais au principe de non-discrimination* », les deux principes restent « *imbriqués* », et conclut finalement que « *le juge administratif privilégie une conception égalitariste et place, d'une certaine manière, le principe de non-discrimination sous la tutelle du principe d'égalité* »¹⁶⁴. Or les critères auxquels sont repérées les *différences de situations appréciables* et légitimes sont flous¹⁶⁵, obéissent « *à des règles infiniment nuancées* »¹⁶⁶ et laissent, par leur indétermination, une très large place à la subjectivité du

1231-1 du code de la santé publique ; 2° Aux discriminations fondées sur l'état de santé ou le handicap, lorsqu'elles consistent en un refus d'embauche ou un licenciement fondé sur l'inaptitude médicalement constatée soit dans le cadre du titre IV du livre II du code du travail, soit dans le cadre des lois portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique ; 3° Aux discriminations fondées, en matière d'embauche, sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique, lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ; 4° Aux discriminations fondées, en matière d'accès aux biens et services, sur le sexe lorsque cette discrimination est justifiée par la protection des victimes de violences à caractère sexuel, des considérations liées au respect de la vie privée et de la décence, la promotion de l'égalité des sexes ou des intérêts des hommes ou des femmes, la liberté d'association ou l'organisation d'activités sportives ; 5° Aux refus d'embauche fondés sur la nationalité lorsqu'ils résultent de l'application des dispositions statutaires relatives à la fonction publique ; 6° Aux discriminations liées au lieu de résidence lorsque la personne chargée de la fourniture d'un bien ou service se trouve en situation de danger manifeste. Les mesures prises en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques et visant à favoriser l'égalité de traitement ne constituent pas une discrimination ».

¹⁶³ L'ouverture de la fonction publique aux ressortissants européens (CJCE 9 septembre 2003, *Burbeaud*, aff. C-285/01) a engendré un *contentieux de seconde génération* portant notamment sur cette forme de discrimination : F. Melleray, « L'arrêt *Burbeaud* implique-t-il une discrimination à rebours ? », *AJDA*, n°36, 2003, p. 1911 ; sur les discriminations dans les recrutements d'universitaires : CE, 18 octobre 2002, *Mme Barbara Spaggiari* : lorsque à l'occasion du recrutement d'un fonctionnaire, sont prises en compte ses activités antérieures, les autorités administratives ne peuvent opérer de distinction selon qu'elles ont été exercées en France ou dans un autre État membre. En l'espèce « *la commission des spécialistes de l'université Paris III, qui a reconnu la valeur scientifique du dossier de l'intéressée, s'est uniquement fondée sur le fait que celle-ci, professeur des universités italiennes, n'aurait pas une expérience suffisante du système universitaire français ; que si la connaissance du système universitaire français est l'un des critères auxquels la commission peut légalement recourir pour apprécier une candidature, il ressort des pièces du dossier que la commission a entendu, en l'espèce, subordonner la nomination de l'intéressée à l'exercice préalable de fonctions enseignantes dans les universités françaises ; qu'elle a ainsi méconnu les stipulations précitées du traité instituant la Communauté européenne* ».

¹⁶⁴ L. Cluzel-Métayer, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de Cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *op.cit.*

¹⁶⁵ C'est de façon générale, la dimension arbitraire de toute catégorisation qui est en cause. Son acceptabilité politique et sociale dépend des stratégies de justification mises en œuvre par leur auteur et de leur réception (ou non) par les destinataires : Voir les remarques très suggestives de G. Braibant, *Le droit administratif français*, Paris : Presses de la FNSP & Dalloz, 3^{ème} éd., 1992, p. 219-220 qui précise, en s'appuyant sur Héraclite pour qui « *on ne se baigne jamais deux fois dans la même rivière, que les difficultés d'application du principe d'égalité tiennent « d'abord (... à ce que) par définition (il) ne peut s'appliquer qu'à des personnes qui sont, en fait, dans la même situation : à la limite, on pourrait considérer qu'il n'arrive jamais que deux personnes se trouvent dans la même situation, car il y a toujours des différences. (...) Si on applique cette idée de façon générale, on en déduira que l'égalité n'existant pas dans la nature, elle ne peut pas non plus exister en droit. Il faut donc, dans l'application du principe, définir des catégories à l'intérieur desquelles jouera l'égalité* ».

¹⁶⁶ P.-L. Frier, J. Petit, *Précis de droit administratif*, Paris : Montchrestien, 5^{ème} éd., 2008, n° 382, p. 232. S'agissant des services publics, « *elles prennent notamment en compte le caractère ou non obligatoire du service, son domaine d'activité, son mode de financement, le lieu de résidence des usagers, etc.* ». Le nuancier des différences de situations commande alors la variation des traitements : « *s'il s'agit d'un service à vocation sanitaire, des avantages peuvent être accordés selon la situation sociale de chacun, pour faciliter l'utilisation du*

juge¹⁶⁷. Comme l'écrit fort justement B. Seiller, « l'appréciation du degré de différenciation que se reconnaît aujourd'hui le juge administratif repose sur des éléments bien peu objectifs »¹⁶⁸, ce qui expose ses décisions en matière d'égalité et de non-discrimination¹⁶⁹ à être contestées comme moins juridiques que politiques¹⁷⁰.

Il ne faut néanmoins pas négliger que l'application du principe de non-discrimination contribue au renouvellement¹⁷¹ de la véritable « pierre angulaire de l'idéologie juridique du service public »¹⁷² qu'est le principe d'égalité devant les services publics qui interdisait déjà classiquement « de limiter l'accès des administrés aux services publics pour des raisons religieuses, politiques ou toutes autres sans liens avec leur objet »¹⁷³. Mais la fixation par la loi « de critères de discrimination différents de ceux (que le Conseil d'État) avait lui-même posé », pour lutter contre les exclusions différencie les conditions d'accès des usagers aux services publics administratifs facultatifs et aux services publics industriels et commerciaux qui glissent au surplus, peu à peu, avec l'ouverture des marchés à la concurrence, vers le modèle communautaire du *service universel*¹⁷⁴. Avec ces nouveaux critères, c'est le principe d'égalité dont le sens se modifie et dont le périmètre d'application, dans son acception classique –égalité formelle–, se réduit. Soumis à de « fortes variations », il reviendrait à la

service par les plus démunis (CE, 20 octobre 1964, *Ville de Nanterre* (« ce principe ne s'oppose pas à ce que les usagers d'un service public de la nature de celui dont s'agit supportent des tarifs différents », voire bénéficient de la gratuité complète). S'il s'agit au contraire d'un service intervenant dans le secteur concurrentiel, ce critère ne saurait être retenu, car il n'est pas en adéquation avec sa mission, alors qu'il est, au contraire, possible de favoriser les plus importants consommateurs. Le service de distribution des eaux est à même de fixer des tarifs dégressifs en fonction des volumes consommés, mais ne saurait accorder des exonérations aux personnes âgées : son objet est de vendre de l'eau, non de faire de l'assistance sociale (CE, 17 décembre 1982, *Préfet de la Charente-Maritime*) »).

¹⁶⁷ Mais peut-il en aller autrement ? Car en tout état de cause, comme l'écrit D. Lochak, « on ne peut pas dire dans l'absolu que deux situations sont semblables ou différentes et qu'elles justifient ou non par conséquent des différences de traitement ; on ne peut le décider qu'en fonction à la fois relative et subjective et, au regard d'un problème déterminé, car certaines différences peuvent légitimer une différence de traitement dans un domaine et pas dans un autre ». D. Lochak, « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit », in D. Borrillo (dir.), *Homosexualité et droit. De la tolérance à la reconnaissance juridique*, Paris : PUF, 1998, p. 52.

¹⁶⁸ B. Seiller, « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », *op.cit.*

¹⁶⁹ Même si elles sont bornées par un contrôle de la différence du traitement qui ne doit pas être manifestement disproportionné par rapport aux différences de situations qui le motivent (CE, Ass., 28 octobre 2002, *Villemain*) ou excessive par rapport à l'intérêt général qui le justifie (CE, 10 janvier 2005, *MM. Hardy et Le Cornec*).

¹⁷⁰ Pour une dénonciation de la jurisprudence du Conseil d'État sur la parité comme ayant une « dimension indubitablement politique » : D. Roman et S. Hennette-Vauchez, « Note sous l'arrêt du Conseil d'État, Ass., 7 mai 2013, *Fédération CFTC de l'agriculture et autres* », *RFDA*, n°4, 2013, p. 882 et s.

¹⁷¹ V. Donier, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA*, n°6, 2006, p. 1219 et s. L'auteur estime que « le principe de non-discrimination issu du droit communautaire ne se résume (...) pas à la seule interdiction des distinctions fondées sur la nationalité, il implique également l'émergence de politiques tarifaires particulières en faveur des usagers les plus démunis ; ce principe postule ainsi l'établissement de différences de traitement afin d'assurer in fine l'accessibilité tarifaire du service ». C'est cette notion d'accessibilité « qui s'est développée tant en droit interne qu'au sein du droit communautaire, via le service universel » qui favorise l'évolution du principe d'égalité.

¹⁷² G.-J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, Paris : LGDJ, 3^{ème} éd., 2011, n° 1108.

¹⁷³ N. Foulquier, F. Rolin, « Constitution et service public », *op.cit.*, p. 30-31.

¹⁷⁴ Il s'agit d'un « ensemble minimal de services d'une qualité donnée auquel tous les utilisateurs et les consommateurs ont accès compte tenu des circonstances nationales spécifiques à un prix abordable », Communication de la Commission du 11 septembre 1996, *JOECE*, C 281 26 septembre.

doctrine d'évaluer ce qui « *reste de l'égalité* »¹⁷⁵. Pour P.-L. Frier et J. Petit, la mutation est profonde, bien qu'elle se manifeste par la construction d'un nuancier jurisprudentiel des plus complexes : « *plus que l'égalité stricte, la jurisprudence permet (désormais) de garantir, dans le cadre d'une gamme très étendue de solutions subtiles, un accès minimal au service et un traitement non discriminatoire* »¹⁷⁶. Ce sont ces innovations multiformes que la doctrine entend policer en cadrant les usages du principe de non-discrimination, au besoin en l'érigeant en principe constitutionnel¹⁷⁷. Il peut en effet tout aussi bien servir à sanctionner des inégalités jusqu'alors ignorées, voire consacrées¹⁷⁸, par le droit¹⁷⁹ et rendre ainsi l'égalité effective ; être utilisé pour établir une égalité réelle en instaurant, en faveur de groupes discriminés ou défavorisés, des traitements différents, voire des discriminations positives ; ou encore être employé pour justifier l'application de règles juridiques propres à certains groupes, en raison de leur identité spécifique et du respect qui leur serait dû. Au prisme du principe de non-discrimination dont le sens et la portée varient considérablement avec la géométrie qu'on lui donne, ce sont ceux du principe d'égalité qui se brouillent et peuvent se perdre. Si la doctrine ne voit rien à redire lorsqu'il permet de conférer une plus grande portée et pleine effectivité au principe d'égalité républicain en sanctionnant les discriminations prohibées ou infondées¹⁸⁰, elle est plus partagée sur les dispositifs compensatoires destinés à instaurer activement¹⁸¹ une égalité des chances¹⁸², voire l'obtention d'une égalité réelle par diverses mesures de

¹⁷⁵ P.-L. Frier et J. Petit, *Précis de droit administratif*, op. cit., n° 385, p. 233.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ F. Lemaire, « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », op.cit.. De cette manière serait renforcée son autorité normative. Il s'agirait surtout en se tenant « loin de certaines modes différentialistes et de toute hiérarchisation entre les discriminations « limiter les effets pervers ou « négatifs » bien connus de la lutte antidiscriminatoire : 'victimisation, communautarisme, assistance, stigmatisation) », et « sans pour autant que soit exclue une gestion pragmatique des spécificités propres à chaque discrimination, en déterminant et en adaptant les critères d'objectivation (distinctions illégitimes et distinctions légitimes ou justifiées) ».

¹⁷⁸ Sous couvert d'universalisme, le droit public (et privé) français a en réalité, aussitôt la révolution faite, commencé à consacrer des différences entre individus en les soumettant à des droits différents et en instituant des inégalités : les différences entre les hommes et les femmes, conduisant à priver les femmes du droit de vote.

¹⁷⁹ Il est remarquable que ces inégalités puissent tout aussi bien être consolidées par une égalité de principe qui ignore les différences de situation réelles, que par une égalité différentielle qui soumet les catégories à des règles différentes. C'est ainsi une prétendue différence de situation qui justifiait que les femmes n'aient pas le droit de vote et une égalité de principe qui a justifié qu'il leur soit accordé. C'est une différence de situation – l'inégale représentation des femmes et des hommes dans les assemblées – qui a justifié l'introduction du principe de parité.

¹⁸⁰ Comme la décision instaurant un quota limitant l'accès des femmes au concours de commissaire de l'armée de l'air que le Conseil d'État a annulée: CE, 11 mai 1998, *Mme Aldige*.

¹⁸¹ N. Belloubet-Frier juge ainsi que « *la non-discrimination ne constitue qu'une forme d'application du principe d'égalité [...] la non-discrimination porte la marque d'une égalité passive là même où [...] une égalité active est attendue* ». N. Belloubet-Frier juge « Le principe d'égalité, » *AJDA*, n°7, 1998, p. 152.

¹⁸² Dans le rapport de l'usager aux services publics, lorsqu'il n'y a aucune différence de situation appréciable, la dérogation à l'égalité de traitement doit être justifiée par un intérêt général en rapport avec l'objet du service (CE, 29 juin 1951, *Syndicat de la raffinerie du soufre français* (versement plus réduit à un fonds de péréquation pour une seule entreprise, justifié par un intérêt général). En matière de tarification des écoles municipales de musique (service facultatif), la jurisprudence a été versatile. Après avoir annulé des tarifs différenciés fondés sur les revenus des parents, au motif que « *les différences de revenus ne sont pas constitutives en ce qui concerne l'accès au service public de différences de situation justifiant des exceptions au principe d'égalité qui régit cet accès* » (CE, 26 avril 1995, *Villes de Tarbes*), le Conseil d'État en est venu à les admettre dans son arrêt CE, 29 juillet 1997, *Commune de Gennevilliers* : « *eu égard à l'intérêt général qui s'attache à ce que le conservatoire de musique puisse être fréquenté par les élèves qui le souhaitent, sans distinction selon leurs possibilités*

discrimination positive soutenues¹⁸³ ou combattues¹⁸⁴ dans ses franges militantes¹⁸⁵. Même si les « *fissures différentialistes* »¹⁸⁶ sont encore peu nombreuses, certains de ses membres redoutent surtout¹⁸⁷ que la multiplication des traitements inégaux et de discriminations positives, certes justifiées par des différences de situations, ne généralisent une forme d'égalité différentielle aux effets pervers¹⁸⁸ et ne finissent par institutionnaliser, au sein d'un système juridique devenu communautariste, des égalités intra-catégorielles doublées d'inégalités inter-catégorielles¹⁸⁹. Ce n'est pas le moindre mérite de ces analyses doctrinales engagées d'attirer l'attention des juges sur les incidences sociétales de l'interprétation qu'ils font d'un principe à géométrie et de portée aussi variables.

financières, le conseil municipal de Gennevilliers a pu, sans méconnaître le principe d'égalité entre les usagers du service public, fixer des droits d'inscription différents selon les ressources des familles ». Le changement d'appréciation est purement politique et lié à ce qu'on pourrait appeler « l'air du temps » ou à « la sensibilité sociale » du moment, car il est patent, comme le relèvent P.-L. Frier et J. Petit, qu'il n'existait « toujours pas de différences de situation en rapport avec l'objet du service » : P.-L. Frier et J. Petit, *Précis de droit administratif, op. cit.*, n° 383, p. 232.

¹⁸³ D. Roman et S. Hennette-Vauchez blâment ainsi « *la volonté du Conseil de résister à la dynamique propre au principe juridique de parité* » et retracent « *la saga de la parité* » qui a été « *une course d'obstacles jurisprudentiels* ». Elles fustigent le travail de neutralisation qu'il effectue de décision en décision (CE, sect., 22 juin 2007, *Lesourd* ; CE 16 mars 2011, *Marchand...*) et dénoncent « *la jurisprudence du Conseil d'État, comme, avant elle, celle du Conseil constitutionnel, se présente ainsi comme la gardienne d'une certaine conception de l'égalité, formelle (voire formaliste), indifférente tout à la fois aux conditions d'application effective de la norme et à la revendication politique d'une modification du cadre juridique, y compris lorsqu'elle est traduite par la parole répétée du pouvoir constituant* », in D. Roman, S. Hennette-Vauchez, « Note sous l'arrêt du Conseil d'État, Ass., 7 mai 2013, *Fédération CFTC de l'agriculture et autres* », *op.cit.*, p. 882 et s.

¹⁸⁴ A.-M. Le Pourhiet dénonce le « *procès en misogynie juridictionnelle* » que feraient D. Roman et S. Hennette-Vauchez à la jurisprudence du Conseil d'État en matière de parité, et approuve sa décision en se rangeant à l'idée défendue par le rapporteur public selon laquelle « la parité est une dérogation au principe d'égalité » in A.-M. Le Pourhiet, « La loi du genre. À propos de l'arrêt du Conseil d'État, 7 mai 2013, *Fédération CFTC de l'agriculture et autres* », *RFDA*, n°6, 2013, p. 1251.

¹⁸⁵ Sur la doctrine engagée, les ambiguïtés de la fonction doctrinale et les usages militants du droit: D. Lochak, « La profession d'universitaire face à l'engagement », *Droit social*, n°12, 2006, p. 1079.

¹⁸⁶ 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 et s.

¹⁸⁷ Ainsi pour A.-M. Le Pourhiet, « *l'égalité républicaine inscrite dans la Constitution étant précisément une égalité de droit consubstantielle à la liberté de chaque individu, il est indiscutable que les discriminations dites « positives » constituent une entorse aussi bien à l'égalité qu'à la liberté* ». Pour elle « *la Constitution française n'ayant pas plus proclamé l'attachement du peuple français au multiculturalisme qu'au marxisme, l'égalité de « groupes » obtenue au forceps ne fait assurément pas partie des valeurs constitutionnelles et ne s'est introduite dans le texte fondamental qu'à la marge et à la faveur d'une formule pour le moins ambiguë dont la portée exacte est impossible à cerner* ». Elle condamne plus largement « *la logorrhée normative générale, notamment générée par les militances catégorielles et les ressentiments sociétaux* » in A.-M. Le Pourhiet, « La loi du genre. À propos de l'arrêt du Conseil d'État, 7 mai 2013, *Fédération CFTC de l'agriculture et autres* », *op.cit.* . L'attachement à l'égalité républicaine fait de la discrimination positive une sorte de tabou, l'expression elle-même étant « honnie », comme le remarque A. Haquet, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes », *op.cit.*

¹⁸⁸ A.-M. Le Pourhiet, « Discrimination positive ou injustice ? », *op.cit.*, p.519; et « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 114, 2001, p.166.

¹⁸⁹ M. Borgetto voit pour sa part, plutôt le risque d'instauration d'une société duale, par la généralisation incontrôlée de traitements différentialistes pour réaliser une égalité des chances, in M. Borgetto, « Équité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions », *op.cit.*, p.125 et s.

Le juge administratif est bien au cœur de cette tension entre application du principe d'égalité et application du principe de non-discrimination à l'occasion d'un litige, c'est pourquoi il est utile de déterminer la portée qu'il lui assigne.

**SECTION 2 : LA PLACE DU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION DANS LE
CONTENTIEUX ADMINISTRATIF**

Si le principe de non-discrimination est inséré en droit international comme en droit interne, l'enjeu de son application dans un litige est déterminant. On retrouve encore la confrontation avec le principe d'égalité et donc la question de la place que le principe de non-discrimination occupe dans le contentieux. L'examen de la jurisprudence, interroge sur l'origine de ce mot de « discrimination » (I). Son utilisation par le juge administratif laisse à penser qu'il s'agit d'instruments servant à réduire le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative lors de l'édition de décisions individuelles (II), toutefois, l'analyse sociologique révèle un attrait, encore marqué, du juge administratif pour le principe d'égalité (III).

I. Principe d'égalité et/ou principe de non-discrimination ?

S'agissant de l'étude du *discours* du juge, il est apparu nécessaire de compléter l'approche juridique du discours des juges internes et européens par « *une analyse sociologique et linguistique des modes de raisonnement des juges* » afin de montrer les tensions régissant « *les relations entre principe d'égalité et principe de non-discrimination* »¹⁹⁰

Avant d'exposer les résultats et les réflexions générales qu'ils suscitent (B), il est nécessaire de préciser quelques points relatifs à la méthodologie adoptée et les limites intrinsèques à l'étude linguistique (A).

A. Les limites méthodologiques

Le *principe de non-discrimination* est un terme attesté dans le discours des juridictions internationales, européennes et désormais nationales. Pour autant, cette notion est absente du corpus constitutionnel interne. Au point de départ circonscrite au contexte européen (traité de Rome, 1957) et international (DUDH, 1945), elle agit aussi comme un concept de droit positif en contexte interne (en ce qu'il est invoqué par le juge ou les parties et produit des effets de droit).

S'agissant d'une étude autour du *discours* du juge (et non seulement de sa terminologie), il est utile de lier l'analyse de ce discours aux conditions de constitution de corpus. Toutefois, le travail a essentiellement porté sur des corpus de décisions sélectionnées par les juristes, il fallait donc envisager que les décisions marquées du sceau de l'intérêt pour les juristes ne le soient pas nécessairement pour l'analyse linguistique, dans la mesure où l'analyse d'un *discours* est tributaire d'un corpus constitué selon des critères déterminés et justifiés par l'analyste. Il est donc apparu nécessaire de travailler autour de décisions et de rapports publics relatifs à un thème spécifique : le critère de nationalité.

« *La notion s'élargit : on n'en parle plus seulement dans le domaine de l'accès à l'emploi privé mais dans d'autres domaines comme la fonction publique, l'accès au logement locatif,*

¹⁹⁰ CREDESPO, Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours du juge administratif, Rapport intermédiaire, juin 2015.

*l'accès aux soins (multiplication des domaines d'application) ; on ne parle plus seulement de discrimination par l'origine mais par le sexe, le handicap, l'âge, la grossesse, le patrimoine génétique, etc. (multiplication des critères). »*¹⁹¹

La méthodologie a été adoptée en amont, c'est donc une contrainte liée à ce type de recherche. Or, cette approche pourrait être qualifiée de classique : l'analyse procède de la notion de *domaine*, qui fait l'objet d'une remise en cause en terminologie¹⁹². La difficulté vaut pour le droit, en particulier pour les approches terminologiques des droits de l'homme : cette terminologie interroge en elle-même la notion de domaines et avec elle, les notions de *terme* et de *concept*, tels qu'ils ont pu être conceptualisés par la terminologie classique.

Ainsi, le principal intérêt était d'identifier, dans un premier temps, les difficultés rencontrées, non par le juge, mais par les juristes eux-mêmes, dont on présentait que leurs difficultés tenaient essentiellement d'une notion qui échappe aux approches doctrinales classiques. La notion étant invoquée parfois par le juge ou les parties en dehors des critères explicitement reconnus, et sachant que ces critères sont vagues (ce que montrent l'analyse des modes de preuve et des critères effectivement retenus par le juge), nous risquions de ne jamais réussir à circonscrire un domaine. Il était donc impossible de passer outre une donnée fondamentale à savoir : choisir d'interroger le *discours* du juge, c'est supposer :

- un certain nombre de *tensions* entre les décisions du juge interne et les impératifs imposés par le juge européen ;
- envisager des stratégies du juge interne pour ne pas appliquer ou contourner les conséquences du principe sur son raisonnement ;
- ne pas pouvoir limiter notre contribution à la seule analyse linguistique

Nous nous doutions que les collègues juristes engagés dans le projet envisageaient d'observer des phénomènes discursifs (évitements dénommatifs, contournements définitoires). Les collègues avaient bien à cœur d'identifier les processus de désobéissance du juge interne eu égard à l'ordre juridique européen et de ses réticences vis-à-vis du droit européen. Concentrer l'analyse sur le discours du juge et non sur l'analyse de sa terminologie ou l'examen objectif de la logique judiciaire relative à la non-discrimination, présuppose une méfiance, non seulement du juge mais de la doctrine elle-même à l'égard de la désignation (ou du mot) *non-discrimination* comme porteuse d'une notion problématique.

B. Méthodes et résultats

Deux méthodes ont été définies : dans un premier temps, l'analyse des marqueurs épi/métalinguistiques de la doctrine elle-même (spécifiquement, l'analyse des discours de nos collègues), puis à l'analyse des décisions du juge relatifs à un critère retenu : la discrimination selon le critère de la nationalité (premier critère retenu par le juge européen et sanctionné).

¹⁹¹ *Ibid*, p.10

¹⁹² M. T., Cabré, *Terminology: Theory, methods and applications*, Philadelphia PA: John. Benjamins, 1998, 248p., M. Slodzian, « L'émergence d'une terminologie textuelle et le retour du sens », p.61 et suiv. in Henri Béjoint et, Philippe Thoiron (dir.), *Le sens en terminologie*, Lyon : Presses universitaires de Lyon, 2000., J. Sager, *Essays on Definition, Terminology and Lexicography Research and Practice*, 4, 2000, 257p., F. Gaudin, *Socioterminologie, une approche sociolinguistique de la terminologie*, Bruxelles : Duculot De Boeck, 2003, 286p.

Sur la base de ses études, quelques pistes de problématisation ont pu être envisagées.

1. Une analyse de marqueurs épi/métalinguistiques de la doctrine

Si le *principe d'égalité* est depuis longtemps reconnu du juge administratif national comme pierre de touche du « *logiciel jacobin* »¹⁹³, le *principe de non-discrimination* fait quant à lui l'objet d'un emploi beaucoup plus problématique. Les administrativistes engagés dans l'examen des jurisprudences montrent des phénomènes discursifs contradictoires. Dans le rapport intermédiaire, un certain nombre de questions relatives à l'emploi du terme sont soulevés, problèmes qui semblent relever non seulement du *concept* :

- 1) « Notre étude implique de travailler sur le **flou de certains concepts**, ce que met en lumière le chapitre préliminaire du présent rapport. Catherine Ribot a beaucoup travaillé sur le développement de la notion de « *développement durable* », concept flou. »¹⁹⁴.
- 2) « Un parallèle intéressant semble alors pouvoir être fait avec la notion de discrimination dont les **contours et les potentialités sont encore incertains**. »¹⁹⁵ (*Ibid.*)

Mais qui semblent aussi relever de la *forme* linguistique envisagée :

- 3) « On notera pour commencer la *complexité du mot* même de discrimination, qui peut renvoyer à deux choses : discriminer, c'est d'abord différencier pour appréhender (opération cognitive, sans aucune *connotation*) – on touche ici à ce qui est *discriminant* ; discriminer, c'est ensuite traiter défavorablement un public vulnérable (avec, cette fois, une *connotation négative*) – on touche là à ce qui est *discriminatoire*. »¹⁹⁶.

En réalité, il nous semble que les difficultés rencontrées pour saisir les enjeux des discours du juge en matière de discrimination tiennent de la terminologie :

- 4) « Le droit administratif possède, au regard de la notion de *discrimination*, une spécificité traditionnelle de terminologie, qui implique une certaine prudence : ce n'est pas parce que le juge, ou le rapporteur public, ou tel auteur, parle de « discrimination », qu'il faut y lire la même chose que ce que le Défenseur des droits, ou la sociologie, ou les discours publics, entendent par ce terme. »¹⁹⁷.

Il est notable que la doctrine distingue nettement ce qui ressort du concept sociologique, politique, médiatique et ce qui ressort d'un concept ou d'une notion (ici, nous ne trancherons pas cette question), qui produit des effets de droit. La difficulté semble venir d'un problème définitoire. Aucune définition ne peut être obtenue par extraction des contextes d'emploi, en raison de contradictions qui lui seraient inhérentes :

- 1) « Elle provoque le **débat** : certains s'interrogent notamment sur la compatibilité de cette notion nouvelle avec la tradition républicaine. »

¹⁹³ CREDESPO, *op.cit.*, 8.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*

- 2) « Le droit de l'Union **modifie le fonctionnement** du principe d'égalité en **l'associant** avec celui de non-discrimination ».
- 3) « Dès lors, **la discrimination méconnaît** le principe d'égalité. »
- 4) « Le plus fréquemment les notions d'égalité et de non-discrimination en matière religieuse sont **synonymes**. »
- 5) « Le juge administratif a en effet pendant longtemps **assimilé les notions** d'égalité et de non-discrimination dans son discours (I). »
- 6) « Egalité et non-discrimination expriment aux yeux du juge **une même exigence et** sont sanctionnées par la **même condamnation** d'un traitement différent de personnes placées dans des situations identiques. »
- 7) « La transposition de la politique européenne de lutte contre les discriminations en droit français a introduit un **changement important** de perspective dans la jurisprudence administrative, au regard du concept républicain de l'égalité. »
- 8) « L'égalité et le principe de non-discrimination semblent constituer un **couple de plus en plus étroitement lié** dans l'ensemble des ordres juridiques des Etats européens. Il s'agirait même, pour certains auteurs, des **deux faces d'un même principe**. ».

L'analyse du discours du juge administratif montre une relation contradictoire entre *principe d'égalité* et *principe de non-discrimination*. Il apparaît en effet que dans certains cas, les deux occurrences entretiennent une relation

- De synonymie : (4) « sont synonymes », (5) « assimile les notions », (6) « une même exigence »
- D'antonymie : (1) « interrogent la compatibilité avec », (3) « méconnaît »
- De complémentarité : (8) « un couple de plus en plus étroitement lié », « deux faces d'un même principe »
- Traduisant une mutation : (7) « *changement important* »

Ces observations témoignent et expliquent la relative difficulté de circonscrire une définition objective et formelle du *principe de non-discrimination*. Le doyen Gérard Cornu¹⁹⁸ identifiait le type canonique de la définition légale comme le modèle classique aristotélien : identification de l'hypéronyme (genre) et caractérisation des traits distinctifs. Le principe de non-discrimination appartient-il au genre des règles de droit ? Sa définition ne peut se faire qu'à travers l'expérience judiciaire (*a posteriori*). Dans le cas de ce principe, le raisonnement définitoire classique (subsumption des cas particuliers sous la règle générale) ne fonctionne plus. La définition varie selon les critères ou les situations. Il est loisible d'observer que l'emploi de *non-discrimination* est sous-tendu de tensions argumentatives et discursives.

2. *Discrimination en contexte définitoire*

a. *Discrimination en contexte juridique*

Le *Vocabulaire Juridique*-Association Henri Capitant, transmet pour *discrimination*, les données définitoires suivantes :

¹⁹⁸ G.Cornu, *Les définitions dans la loi*, p.77 in *Mélanges* dédiés au doyen Jean Vincent, Paris : Dalloz, 1981

DISCRIMINATION

(Sens général)

Différenciation contraire au principe de l'égalité civile consistant à rompre celle-ci au détriment de certaines personnes physiques en raison de leur appartenance raciale ou confessionnelle, plus généralement par application de critères sur lesquels la loi interdit de fonder des distinctions juridiques arbitraires (sexe, opinions politiques, situation de famille, état de santé, handicap, origine, appartenance ou non-appartenance (vraie ou supposée) à une nation, une ethnie, une race, activité syndicale) Plus rarement, dans un sens neutre syn. de distinction (non nécessairement odieuse). Le sens péjoratif principal a marginalisé, quand il s'agit de la jouissance de droits, le sens étymologique¹⁹⁹.

Il est à remarquer qu'en domaine juridique, la doctrine insiste sur le sens *péjoratif*, donc sur une *connotation* (que la terminologie cherche la plupart du temps à évacuer).

b. *Discriminer en langue générale*

Initialement, le mot base (verbal) *discriminer* peut être défini par des reformulants : *distinguer, classer*. Ce sens initial a progressivement été marginalisé, au profit du sens transmis par le substantif *discrimination*. La recherche des données définitives en langue générale (données du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales) le démontre alors que dans le sens initial du verbe, il est encore premier. Le sens péjoratif du verbe est secondaire (introduit à titre de remarque) et directement rattaché au sens du substantif *discrimination*

DISCRIMINER : Différencier, en vue d'un traitement séparé, (un élément des autres ou plusieurs éléments les uns des autres) en (le ou les) identifiant comme distinct(s).
Synon. *distinguer*.

A.– [Le compl. d'obj. désigne des choses] Commençons par dénombrer et discriminer les problèmes (Du Bos, Journal, 1928, p. 67). Discriminer rhumatismes infectieux et arthrites microbiennes (Ravault, Vignon, Rhumatol., 1956, p. 516): Van Eyck, lui, se demande avant tout de quoi les choses sont faites; il les **discrimine**, les spécifie : la pierre est granit ou marbre, l'étoffe drap, lin ou mousseline. Huyghe, Dialogue avec le visible, 1955, p. 139.

– Emploi abs. Quand la vie nous laissera-t-elle le temps de nuancer et de discriminer? (Du Bos, Journal, 1927, p. 165).

B.– Rare. [Le compl. d'obj. désigne des pers.] C'était une autre affaire de discriminer les visiteurs (Guéhenno, Jean-Jacques, 1952, p. 287).– [Le suj. désigne l'élément permettant la distinction] Les questions qui discriminaient significativement les sujets normaux des sujets présentant un syndrome mental donné (Delay, Psychol. méd., 1953, p. 125).

Rem. 1. On rencontre ds la docum. un emploi abs. avec nuance péj. de discriminer correspondant à discrimination B. En tolérant que l'Europe discrimine, c'est-à-dire maintienne les restrictions financières et commerciales contre les États-Unis tout en abaissant ces restrictions entre pays membres de l'OECE (Univers écon. et soc., 1960, p. 3809).

¹⁹⁹ G.Cornu, *Vocabulaire Juridique*, Paris : PUF, 2015.

Ainsi, *discrimination* concentre un programme de sens dont le verbe est au point de départ dépourvu. La doctrine est donc conduite à distinguer deux concepts transmis par deux adjectifs :

- Celui recouvert par la désignation *discriminant* ;
- Celui recouvert par la désignation *discriminatoire*.

Ces deux désignations sont des dérivés. Mais, si *discriminant* est dérivé du verbe *discriminer*, *discriminatoire* est quant à lui déjà un dérivé de *discrimination*.

Discriminatoire

Adj. – Dér. de *discrimination, qualificatif nécessairement péjoratif (qui a déteint sur le substantif) Ex : mesure, pratique, traitement discriminatoire.

V. inégalitaire, sexiste. Comp. Attentatoire
(Vocabulaire juridique, PUF, 2015)

Discriminant

Adj. ou participe présent dér. *discriminer* (*discriminare*, mettre à part, diviser, séparer, distinguer).

Qui établit ou permet d'établir une distinction entre des éléments. *Propriété, signe discriminant(e)*.

(**Ibid.**)

L'adjectif *discriminatoire* transmet la valeur connotative dont est dépourvu l'adjectif *discriminant*.

En lexicologie, et spécifiquement, pour le vocabulaire juridique, l'emploi de suffixes et de préfixes (affixes permettant de construire des dérivés), permet de construire des « notions ». « Dans l'immense éventail des suffixations possibles, les suffixes qui dominent sont toujours les mêmes » car « les suffixes de dérivation sont porteurs d'une signification »²⁰⁰.

Les adjectifs construits sur la base des participes présent –ant, transmettent la notion d'**actualisation** du verbe :

Ex :

Discriminant : qui discrimine

Diffamant : qui diffame

La dérivation à partir du suffixe –oir(e), construit le sème (sens) des :

« **objectifs**, des fins, des finalités à atteindre, des résultats recherchés. De tels suffixes sont d'autant plus importants que cette indication de tendance ou d'objet peut affecter aussi bien une initiative privée (demande, clause, action), qu'une procédure, une décision de justice, une loi, etc. *Compromissoire* (clause), *Rémunératoire* (donation), *Dérogatoire* (Clause), *attentatoire* (acte ou comportement)... »²⁰¹.

²⁰⁰ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, Paris : Presses Universitaires de France, 2003, p.157.

²⁰¹ *Ibid.*, p.160.

La suffixation en –oire est donc régulière en droit, ainsi qu'en domaine technique ou spécialisé : *Dérogatoire* ; *attentatoire* ; *diffamatoire* ; *abrogatoire*, *ambulatoire* ; *articulatoire*²⁰².

Ex : service de chirurgie *ambulatoire* et non de chirurgie **ambulante*

Ex : *propos diffamatoires/propos diffamants* ; *disposition dérogatoire/disposition *dérogeante*

Dès lors, l'adjectif *discriminatoire* véhicule plusieurs sèmes (notions) : le sème péjoratif de *discrimination* : « action de **rompre** avec l'égalité) + d'avoir pour finalité de.

Le juge est donc amené à juger non un fait objectif (*discriminant*) mais une intention, un comportement : qui a eu pour objet/fonction/comportement de rompre avec l'égalité

3. Conséquences notionnelles et argumentatives

Ainsi, dans le cas d'une *discrimination*,

- Soit le juge sanctionne une situation de discrimination objective (qui discrimine ou a discriminé : rompu avec le principe d'égalité). Dans ce cas, il peut établir une relation d'équivalence ou de complémentarité entre le *principe de non-discrimination* et le *principe d'égalité*. En fait le juge ne raisonne pas avec le sème péjoratif mais avec discriminant.
- Soit le juge est amené à interpréter les causes et motifs de la dérogation/rupture au principe d'égalité. Dans ces cas, il peut invoquer le principe de « discrimination positive ». Dans ce cas, le substantif *discrimination* est le plus souvent employé en concurrence avec d'autres adjectifs ayant pour fonction de préciser les motifs de la rupture et/ou de la dérogation (s'il s'agit de qualifier l'acte ou le comportement d'une administration) : *discrimination justifiable/raisonnable, légale/illégale, proportionnée, indirecte, objective, justifiée*.

S'interroger sur les motifs, les intentions, la fonction de discrimination introduit une variation, dans l'évaluation de la situation (relative au pouvoir discrétionnaire du juge, sa marge d'appréciation). Selon A. Iliopoulou : « *Le juge administratif français adopte un modèle d'égalité par la généralité. Autrement dit, il considère que l'égalité siège dans la généralité de la règle [...] Il refuse alors d'imposer à l'administration de traiter différemment les situations différentes* » (mais lui autorise un réel pouvoir discrétionnaire). A l'inverse, « *le juge communautaire estime que la discrimination consiste à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes.*²⁰³ » »

Il s'agit de vérifier à partir du corpus, ces assertions.

²⁰² P. Lerat, J.-L., Sourieux, *Le Langage du droit*, Paris : Presses Universitaires de France, 1975, p.19.

²⁰³ A. Iliopoulou, « Le principe de non-discrimination devant les juges communautaire et national », p.249 in J.Rossetto et A.Berrambane (dir.), *Regards sur le droit de l'Union Européenne après l'échec du traité constitutionnel*, Presses Universitaires François-Rabelais, 2007.

4. Observations du corpus

a. Plan lexical

Il est à observer que parfois, en ce qui concerne le critère de nationalité, le juge interne et en particulier le Conseil d'Etat, n'évoque pas le *principe de non-discrimination*, mais raisonne avec le *principe d'égalité* (ou emploie *discrimination* sans la charge « discrétionnaire »), ou avec un principe de non-discrimination entendu comme **synonyme d'égalité**, ou de *discriminant*). L'observation ne révèle pas dans ce cas de constructions concurrentielles avec *égalité* :

*égalité légale/illégale

*égalité raisonnable

Lorsqu'il raisonne avec *non-discrimination*, la caractérisation nécessite bien l'emploi d'épithètes (qui construisent parfois des locutions semi-figées, régulières) témoignant de la variabilité notionnelle :

(1) Aff. Harkis 2013

2. Considérant que M. Menchon soutient que la condition relative au statut civil de droit local a été abrogée tant par la loi du 23 février 2005 que par la décision n° 2010-93 QPC du Conseil constitutionnel du 4 février 2011, et que le maintien de cette condition serait, en tout état de cause, constitutif d'une **discrimination illégale** envers les anciens membres des formations supplétives de statut civil de droit commun

(2) Aff. Diop (rapporteur public)

Une autre question est de savoir si elle a commis une erreur de droit en jugeant que cette discrimination n'était pas **justifiée** de manière **objective et raisonnable** et que l'application qui avait été faite à M. Diop de la loi du 26 décembre 1959 était incompatible avec les stipulations de la Convention et de son premier protocole additionnel.

(3) Aff. Riems-Tims (Rapporteur Public)

La CJCE admet certaines dérogations au principe d'interdiction des **discriminations indirectes**, dans des conditions d'ailleurs assez proches de votre jurisprudence ou de celle du Conseil constitutionnel sur le principe d'égalité en droit interne : soit lorsqu'il y a des différences objectives de situation, soit lorsqu'un intérêt général s'attache à la **discrimination** et que celle-ci demeure **proportionnée** au but poursuivi.

b. Plan syntaxique

Il est à remarquer une présence systématique, lorsque le *principe de non-discrimination* est invoqué, de marqueurs énonciatifs construisant la variabilité sémantique de la notion : a) l'alternative, en particulier via des structures conjonctives de types *Soit ... soit ...* (forme dite impropre qui masque l'emploi d'un subjonctif, expression de la distanciation du locuteur vis de la réalité, de la probabilité ou de la vérité de la proposition) b) *Ni ... ni* (idem), ou des complétives introduites par une conjonction de conditionnalité (*Si*)

(4) Aff. Diop 2001

« Une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue est discriminatoire, au sens des stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif d'utilité publique, ou si elle n'est pas fondée sur des critères rationnels en rapport avec l'objet de la loi. »

(5) Aff. Diop (Rapporteur public)

« Nous éprouvons toutefois une gêne qui vient de ce que, somme toute, le système de cristallisation de l'article 71, qui n'affecte pas la liquidation initiale de la prestation de retraite mais se borne à déconnecter celle-ci de l'évolution du point de traitement d'activité valable pour les agents publics français, ne serait pas injustifiable au regard du principe de non-discrimination, s'il prenait en considération non seulement la nationalité du titulaire de droits mais aussi le pays de résidence »

(6) Aff. Diop (rapporteur public)

« Une autre question est de savoir si elle a commis une erreur de droit en jugeant que cette discrimination n'était pas justifiée de manière objective et raisonnable et que l'application qui avait été faite à M. Diop de la loi du 26 décembre 1959 était incompatible avec les stipulations de la Convention et de son premier protocole additionnel. »

(7) Aff. Harkis 2013 (Rapporteur public)

« Et ni le principe d'égalité au sens du droit interne, ni le principe européen de non-discrimination n'interdisent de traiter de la même façon des personnes qui ne sont pas dans des situations identiques ».

(8) Aff. Riams-Tims (Rapporteur public)

« La CJCE admet certaines dérogations au principe d'interdiction des discriminations indirectes, dans des conditions d'ailleurs assez proches de votre jurisprudence ou de celle du Conseil constitutionnel sur le principe d'égalité en droit interne : soit lorsqu'il y a des différences objectives de situation, soit lorsqu'un intérêt général s'attache à la discrimination et que celle-ci demeure proportionnée au but poursuivi. »

c. Plan concurrentiel

Il est aisé de remarquer dans la continuité de ces premiers relevés, la forte présence de lexèmes à connotation déontique, de type *engagement, intention, comportement* :

(9) Aff. GISTI et FAPIL (Rapporteur public)

« Par l'article 6 de cette convention signée à Genève en 1949, ratifiée par une cinquantaine d'Etats dont les fondateurs de la Communauté européenne et publiée, les Etats membres s'engagent à appliquer sans discrimination aux immigrants. »

(10) Aff. GISTI et FAPIL (Rapporteur public)

*« Il en va ainsi, comme le souligne l'arrêt Van Gend en Loos, de ceux qui ferment précisément toute marge de manœuvre parce que les Etats-membres s'engagent à ne pas faire, s'interdisent certains **comportements** précis, par exemple toute discrimination. »*

Elle trouve place au sein d'une convention internationale du travail dont l'objet est de créer des droits pour les particuliers, elle est normative et si ses termes débutent par « les Etats s'engagent à », l'**engagement** consiste à s'obliger à appliquer sans discrimination un traitement qui ne soit pas moins favorable que le traitement national.

d. *Intertexte et interdiscours*

La majorité des occurrences de *discrimination* relevées dans le corpus des décisions et des rapports publics, sont toujours marquées par les emplois systématiques de marqueurs intertextuels et dialogiques (références à des articles conventionnels ou jurisprudentiels en droit international)

(1) Aff. GISTI et FAPIL 2012

*« Considérant que l'article 6-1. de la **convention internationale du travail** n° 97 du 1^{er} juillet 1949 concernant les travailleurs migrants, régulièrement ratifiée, et publiée par le décret du 4 août 1954, publié au Journal officiel de la République française du 7 août 1954, stipule que : « Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à appliquer, sans discrimination de nationalité, de race, de religion ni de sexe, aux immigrants qui se trouvent légalement dans les limites de son territoire, un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'il applique à ses propres ressortissants en ce qui concerne les matières suivantes [...] »*

Cet intertexte n'est pas homogène, puisque plusieurs juridictions s'interposent désormais entre le justiciable et l'administration, pour lesquels la reconnaissance des critères de discrimination n'est pas homogène :

D'ailleurs, pour la **Cour**, la liste de l'article 14 n'étant pas limitative, toute discrimination est **visée par cet article** (cf. CEDH, 28 novembre 1994, Rasmussen, n° 9/1983/65/100).

L'article 26 du Pacte international sur les droits civils et politiques ne saurait être invoqué en l'absence de discrimination relative à l'un des droits énumérés par ce Pacte ;

5. *Conclusions*

Citer les conclusions du rapporteur public dans l'affaire Riams-Tims précédemment évoquée, résume pour partie l'enjeu :

« Pour bien comprendre la portée de cette objection, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, le principe de non-discrimination exprimé à l'article 14 de la Convention, sur lequel nous reviendrons, n'est pas conçu comme un principe général abstrait mais ne peut être invoqué que si le requérant se plaint d'une inégalité de traitement de l'exercice d'une liberté ou la jouissance d'un droit reconnu par la convention. »

En réalité, l'introduction du *principe de non-discrimination* dans le logiciel du Conseil d'Etat (et de l'ensemble des juridictions administratives), dont la doctrine reconnaît qu'il agit en garde-fou du *principe d'égalité*, est relativement circonscrite aux conditions imposées par le droit de l'Union. En effet, d'après de nombreuses observations, le principe de discrimination, en vertu de sa concrétude, interdit une définition stricte du législateur et provoque une instabilité dans l'observation de la règle de droit. Le principe de non-discrimination nous semble plutôt relever du standard juridique²⁰⁴ déjà décrit par Danièle Bourcier, la conduisant à conclure : « *La notion de standard est utilisée dans le domaine juridique avec une sémantique différente. La place du standard en droit - jurisprudentiel ou législatif - a été à l'origine de plusieurs approches théoriques. Pour E. Pound, il se définit comme " une mesure majeure de conduite sociale correcte ". Il partage avec le standard technique plusieurs caractéristiques : 1. il est souvent fondé sur le bon sens (consensuel) et non sur un savoir positif ; 2. Il évolue en fonction de l'environnement et des connaissances ; 3. Il est relié à des situations concrètes.* »²⁰⁵

Elsa Bernard montre pour sa part que si « *tous les auteurs, à l'instar de Pound et de Rials s'accordent sur le caractère indéterminé a priori du standard* »²⁰⁶, la spécificité du standard résulte essentiellement du contexte dans lequel il s'insère, ce qui permet de le distinguer d'autres normes indéterminées, par une « *[...] appréciation des situations et des comportements en terme de normalité, qui favorise le recours à des références externes au droit* »²⁰⁷.

Ces critères révèlent la « *marge d'appréciation de l'interprète* » fondée sur des « *référénts exogènes* » au droit : le « bon sens », le « comportement », c'est-à-dire de système de valeurs, à fort risque polémique. La notion de « concept juridique » elle-même ne peut que s'en trouver bouleversée. Ces unités doivent être rattachées à la notion de *formule* telle qu'elle a été décrite par Krieg-Planque²⁰⁸ ne circulent pas uniquement dans les domaines médiatiques ou dans le champ du politique, mais disposent d'une force juridique. Elles répondent à l'un des critères formels du terme identifié par L. Depecker, en premier lieu, le figement, expression d'un relatif consensus, du moins dans les milieux politiques et médiatiques (et par voie de conséquence, chez les parties), mais interdisent leur identification comme « terme juridique », tant ils échappent à « *[...] la référence à une organisation stable de phénomènes que l'on nomme (dans une certaine mesure c'est le cas des terminologies scientifiques) et une instance autorisée serve de garant à la fixité des conventions (cas notamment, des terminologies juridiques* »²⁰⁹.

Nombre de membres de la doctrine interrogent ces occurrences sous l'angle de l'insécurité tout à la fois juridique et linguistique.

²⁰⁴ E. Bernard, La spécificité du standard juridique en droit communautaire, Bruxelles : Bruylant, 2010, p.46.

²⁰⁵ D. Bourcier, V.Tauziac, « Du standard technique a la norme juridique impacts et enjeux », Ministère de la justice, *Mission de recherche droit et justice, contrat n° 930236*, Rapport final, 1995.

²⁰⁶ E. Bernard, La spécificité du standard juridique en droit communautaire, op.cit.

²⁰⁷ E. Bernard, La spécificité du standard juridique en droit communautaire, op.cit., p.46.

²⁰⁸ A. Krieg-Planque, *La notion de « formule » en analyse du discours. Cadre théorique et méthodologique*. Besançon : Presses Universitaires de Franche-Comté, 2009, 145p.

²⁰⁹ S. Auroux, *Les notions philosophiques*, Tome 1, Paris : Presses universitaires de France, 1990, p. IX.

Si le sens du terme discrimination échappe, il fait quoiqu'il en soit écho dans la jurisprudence du juge administratif, notamment comme des instruments de régulation du pouvoir discrétionnaire des autorités administratives dans l'édition de décisions individuelles.

II. Les instruments de régulation du pouvoir discrétionnaire de l'administration dans l'édition de décisions individuelles

Ainsi que l'écrit Olivier Jouanjan dans sa thèse consacrée au principe d'égalité devant la loi en droit allemand, c'est dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration que « *les discriminations sont les plus sensibles* »²¹⁰. Il nous a donc semblé indispensable de nous interroger, dans le cadre de ce projet de recherche sur le principe de non-discrimination, sur les instruments qui peuvent permettre au juge administratif de réguler le pouvoir discrétionnaire de l'administration lorsqu'il n'existe pas de norme générale. La question qui se pose est alors de savoir si le principe d'égalité peut s'avérer utile pour établir un fil conducteur entre plusieurs décisions individuelles successives présentant un objet similaire. On considère traditionnellement que le principe d'égalité se présente comme un référentiel permettant de justifier l'application de la norme générale, ou au contraire, de l'exclure lorsqu'une différence de situation ou un motif d'intérêt général le justifie²¹¹. Dès lors, le champ du principe d'égalité paraît limité, ce qui ouvre potentiellement la voie à des pratiques discriminatoires dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

Pour autant, l'analyse de la jurisprudence permettra de tempérer cette affirmation dans la mesure où le pouvoir discrétionnaire de l'administration peut être régulé de manière explicite par des directives²¹², appelées aujourd'hui « *lignes directrices* »²¹³. Puisqu'elles sont édictées par l'administration elle-même, il s'agit d'un outil d'autorégulation visant à introduire une certaine dose de cohérence dans l'action administrative (A).

Il ressort également de la jurisprudence administrative que le juge n'hésite pas à déduire de la pratique antérieure de l'administration l'existence de directives implicites qui, sans être formulées dans un texte, révèlent néanmoins la présence d'un fil conducteur pouvant être opposé à l'administration. La prise en compte des précédents administratifs traduit peut-être l'évolution de la jurisprudence en faveur de l'application de la théorie de l'auto-liaison connue du droit allemand (B).

Ces analyses mettront en évidence l'importance du contrôle que le juge exerce sur les motifs d'une décision individuelle dans la lutte contre les discriminations, ce qui nous incitera, dans une troisième partie, à évoquer l'évolution de la jurisprudence s'agissant de la définition de la notion de mesure d'ordre intérieur. La mise en perspective de ces différents éléments démontrera qu'il existe des interactions fortes entre le contrôle exercé par le juge sur les motifs d'une décision individuelle et la lutte contre les discriminations (C).

²¹⁰ O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris : Economica, 1992, p 383.

²¹¹ CE, section, 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, rec. p 274.

²¹² CE, section, 11 décembre 1970, Crédit Foncier de France, rec. p 750, concl. Bertrand.

²¹³ CE, 19 septembre 2014, Jousselin, rec. p 272.

A. Les lignes directrices, une référence implicite au principe d'égalité

Les lignes directrices permettent d'instaurer de la cohérence dans l'action administrative tout en autorisant une certaine souplesse car elles ne lient nullement l'autorité chargée de prendre la décision. Il s'agit d'un instrument relevant de la *soft law*²¹⁴ dont l'administration peut s'écarter en raison de circonstances particulières ou si un motif d'intérêt général le justifie. La directive permet de réguler le pouvoir discrétionnaire de l'administration dans l'adoption de décisions individuelles successives se situant dans une conjoncture semblable ; il n'est pas donc exclu qu'elle puisse servir d'outils pour sanctionner une discrimination (même si le juge n'effectue qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur les motifs justifiant que l'administration n'applique pas les lignes directrices).

Dans son rapport de 2013, le Conseil d'Etat souligne l'utilité des directives pour préserver l'égalité, et il préconise leur utilisation en matière économique (aides aux entreprises) ou en matière sociale (s'agissant, par exemple, de l'octroi de subventions aux opérateurs de politiques sociales). Certaines dispositions de droit positif vont également dans le même sens en incitant les autorités administratives à adopter des lignes directrices. Tel est le cas de l'article L 1111-5 du Code Général des Collectivités Territoriales : « *lorsqu'ils attribuent des aides sociales à caractère individuel, en espèce ou en nature, ou un avantage tarifaire dans l'accès à un service public, les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les groupements de collectivités et les organismes chargés de la gestion d'un service public veillent à ce que les conditions d'attribution de ces aides et avantages n'entraînent pas de discrimination à l'égard des personnes placées dans la même situation, eu égard à l'objet de l'aide ou de l'avantage, et ayant les mêmes ressources rapportées à la composition du foyer* ». La mise en place d'une tarification sociale ou de la gratuité des services publics locaux facultatifs est une décision qui relève du pouvoir discrétionnaire de la collectivité ; pour autant, le Code Général des Collectivités Territoriales invite les autorités locales à instaurer une certaine dose de cohérence dans le souci de ne pas créer de discriminations. Une telle disposition peut s'avérer particulièrement utile dans le cadre d'un recours contentieux, le juge devant s'assurer que les motifs qui sous-tendent la décision ne sont pas discriminatoires. Pourtant, elle ne semble pas être fréquemment invoquée, et donc mobilisée, par les requérants. Parallèlement, la directive n'est probablement pas suffisamment utilisée par l'administration alors même que cet instrument n'a pas pour effet d'anéantir le pouvoir discrétionnaire. Comme l'a clairement indiqué le Conseil d'Etat dans son fameux arrêt *Crédit Foncier de France*, l'administration conserve la possibilité de ne pas appliquer la directive dès lors qu'une différence de situation ou une nécessité d'intérêt général le justifie²¹⁵. Cela suppose donc que toute demande individuelle fasse l'objet d'un examen particulier afin de déterminer si la situation de l'administré est conforme aux lignes directrices fixées. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Bertrand estimait qu'il fallait « *admettre d'une manière*

²¹⁴ Voir en ce sens : Conseil d'Etat, *Etude annuelle du Conseil d'Etat, 2013 : le droit souple*, Paris : La documentation française.

²¹⁵ CE, section, 11 décembre 1970, *op.cit.*

générale que les motifs d'une décision individuelle puissent légalement consister en une référence à la doctrine que l'administration s'est donnée et qui, dès lors qu'elle est appliquée, doit l'être à toutes les situations semblables, à peine de méconnaissance de la règle de non-discrimination ». Selon lui, la directive correspond à « une sorte de codification des motifs susceptibles d'être invoqués par l'autorité administrative » et « la valeur des normes énoncées ne serait reconnue qu'au plan de la motivation des décisions individuelles ». Loin de transformer le pouvoir discrétionnaire en compétence liée, la directive met en lumière les motifs qui doivent guider l'action de l'administration dans l'édition de décisions individuelles, et elle suppose que l'autorité administrative justifie tout écart par rapport aux lignes directrices fixées. Cela contribue indéniablement à la lutte contre les discriminations tout en favorisant le contrôle du juge, mais cela concourt aussi à la mise en œuvre du principe de sécurité juridique (au sens de prévisibilité de l'action administrative) grâce à l'existence d'un fil conducteur entre plusieurs décisions individuelles similaires. Au plan contentieux, il faut en effet rappeler que si la directive ne peut faire l'objet d'un recours direct, les administrés peuvent s'en prévaloir, mais elle peut aussi leur être opposable. Tel est notamment le sens de l'arrêt *Jousselin* dans lequel le Conseil d'Etat estime que l'agence pour l'enseignement français à l'étranger peut édicter des instruments fixant des lignes directrices auxquelles les commissions locales de l'agence doivent se référer²¹⁶. Le Conseil d'Etat rappelle néanmoins qu'elles peuvent y déroger lors de l'examen individuel d'une demande si des considérations d'intérêt général ou les circonstances propres à chaque affaire le justifient. Dans cette espèce, le requérant contestait, par la voie du recours pour excès de pouvoir, le refus de l'agence précitée d'accorder une bourse aux enfants du requérant. Pour confirmer la légalité de cette décision, le juge considère que le requérant n'avait pas respecté les conditions fixées dans la directive, ce qui démontre son caractère opposable.

Par ailleurs, dans cette décision, le Conseil d'Etat procède à une évolution sémantique, le terme de « directive » étant désormais remplacé par celui de « lignes directrices » afin d'éviter toute confusion avec le droit de l'Union européenne. Cela n'apporte toutefois aucune modification de fond, la directive conserve tout son intérêt et même s'il apparaît que le juge administratif ne relie pas expressément les lignes directrices au principe d'égalité, le raisonnement adopté met en lumière l'influence exercé par ce dernier, l'administration pouvant s'écarter de la directive en cas de situation particulière ou de motif d'intérêt général. Sur ce point, Olivier Jouanjan avait remarqué une différence significative avec la théorie allemande de l'auto-liaison qui est expressément rattachée au principe d'égalité s'agissant des directives explicites²¹⁷.

Si les lignes directrices peuvent servir d'outil de lutte contre les discriminations, il reste à savoir comment peut-on véritablement discerner les lignes directrices parmi les nombreux documents et instructions pris par l'administration. Dans une décision du 4 février 2015, le Conseil d'Etat a tenté de tracer une frontière entre lignes directrices et orientations générales,

²¹⁶ Conclusions G. Dumortier, *AJDA* 2014, p 2262.

²¹⁷ O. Jouanjan, Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, *op.cit.* p 372 et s.

les secondes n'étant ni invocables ni opposables²¹⁸. Dans cette espèce, le juge rappelle tout d'abord que l'administration a la faculté de prendre des lignes directrices dont l'administré peut se prévaloir « *dans le cas où un texte prévoit l'attribution d'un avantage sans avoir défini l'ensemble des conditions permettant de déterminer à qui l'attribuer parmi ceux qui sont en droit d'y prétendre* ». Il ajoute « *qu'en revanche, il en va autrement dans le cas où l'administration peut légalement accorder une mesure de faveur au bénéfice de laquelle l'intéressé ne peut faire valoir aucun droit ; que s'il est loisible dans ce dernier cas à l'autorité compétente de définir des orientations générales pour l'octroi de ce type de mesures, l'intéressé ne saurait se prévaloir de telles orientations à l'appui d'un recours formé devant le juge administratif* ».

La décision était relative à un recours formé en droit des étrangers, plus précisément, elle visait à contester une décision de refus d'octroi d'un titre de séjour. Le Conseil d'Etat constate dans un premier temps que la loi n'impose pas au préfet de refuser la délivrance d'un titre de séjour à un étranger qui ne remplirait pas les conditions légales et réglementaires. Il conserve donc la possibilité de régulariser une situation à titre gracieux et exceptionnel. Pour orienter les préfets dans le cadre de ce pouvoir d'appréciation, le Ministre de l'intérieur peut énoncer des orientations générales, mais ces dernières ne créent pas de droits opposables. Le préfet doit donc procéder à un examen au cas par cas pour déterminer s'il y a lieu de régulariser la situation, mais la personne déboutée ne peut se prévaloir de ces orientations générales. Le Conseil d'Etat se refuse à soumettre les mesures gracieuses à des critères opposables et invocables. La définition de lignes directrices ne peut trouver à s'appliquer dans le cas de mesures gracieuses constituant des faveurs de l'administration, ce qui ne manque pas de soulever certaines interrogations eu égard au respect du principe de non-discrimination, les mesures prises à titre gracieux étant *a priori* exclues du champ d'application de ce principe.

Deux autres limites peuvent également être soulignées : d'une part, l'article 7 de la loi du 17 juillet 1978²¹⁹ faisant obligation aux autorités administratives de publier les directives a été abrogé par l'ordonnance du 23 octobre 2015²²⁰, sans être repris dans le code des relations entre le public et l'administration. Cette omission soulève indéniablement la question de l'accès au droit et de la connaissance des directives, condition indispensable à leur utilisation par les requérants. D'autre part, comme l'indique le Conseil d'Etat dans son rapport précité sur le droit souple, on peut regretter que l'administration ne recoure pas davantage aux lignes directrices.

Toutefois, il est des décisions qui tendent à démontrer que le juge ne se limite pas aux seules directives explicites et qu'il n'hésite pas à consacrer l'existence de directives implicites découlant de la reconnaissance de précédents administratifs.

²¹⁸ CE, section 4 février 2015, Ministre de l'Intérieur contre Cortes Ortiz, *RFDA* 2015, p 471, conclusions Bourgeois-Machureau.

²¹⁹ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

²²⁰ Ordonnance n° 2015-1341 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration.

B. Les lignes directrices implicites : le précédent administratif²²¹

En l'absence de directive explicite, la question est de savoir si le juge administratif peut tenir compte des pratiques antérieures de l'administration, c'est-à-dire des décisions individuelles prises dans des situations identiques, pour en conclure que le principe d'égalité impose une certaine dose de cohérence à l'action administrative. Si le juge administratif considère que, de manière générale, l'administration n'est pas liée par ses pratiques antérieures²²², certaines décisions tendent à démontrer une inflexion, sous réserve que certaines conditions soient réunies. Tel est le sens de l'arrêt *Contremoulin* dans lequel le Conseil d'Etat a contrôlé une décision de refus à l'aune des pratiques précédentes de l'administration relatives à l'octroi de dérogations à la carte scolaire²²³. Il en est de même dans une décision du 12 novembre 2007 portant sur le paiement d'heures supplémentaires dans la fonction publique²²⁴ : « *Considérant, toutefois, que Mme A soutient, sans être contredite par le centre hospitalier, que, pour les heures supplémentaires qu'elle a effectuées en juillet et août 2004, l'hôpital disposait de crédits pour faire droit à sa demande et qu'il avait accordé la rémunération des heures supplémentaires effectuées pour la même période par une autre surveillante du service de chirurgie placée dans les mêmes conditions qu'elle ; que Mme A est fondée à soutenir qu'en refusant, par ses décisions des 7 septembre et 20 octobre 2004, sans justification tirée d'un motif d'intérêt général ou de la différence de situation entre les deux surveillantes, d'examiner sa demande et en ne faisant pas application à la requérante du critère retenu pour accorder à au moins une autre surveillante d'un autre service la dérogation pour paiement des heures supplémentaires, le centre hospitalier a méconnu le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires* ».

Selon Gaëlle Dumortier²²⁵, « *tout se passe comme si chaque décision individuelle, dans les critères qu'elle fait apparaître, dévoilait une partie d'une directive implicite qui se dessinerait par effet de cliquet, faisant renaître une norme générale là où il n'y en avait pas* ». Ainsi, même en l'absence de directive formalisée, le juge administratif peut admettre l'existence de lignes directrices fondées sur la prise en compte des précédents lesquels font apparaître, implicitement, les critères que l'administration s'est fixée lors de la prise de décisions antérieures. Le précédent administratif détermine alors à l'administration un certain standard assimilable à un principe de non-retour, étant précisé néanmoins que le juge administratif se limite à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, et qu'il admet que l'administration déroge à ses précédents (lorsqu'ils sont reconnus) pour un motif d'intérêt général. C'est précisément ce qu'illustre la décision du 30 décembre 2010 dans laquelle le juge exclut l'application du précédent administratif pour un motif d'intérêt général : « *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que si, au cours des semaines ayant précédé le dépôt de la*

²²¹ A. Werner, « Le précédent administratif, source de légalité », *AJDA*, 1987, p 435 ; S. Hourson, « Quand le principe d'égalité limite le pouvoir discrétionnaire : le précédent administratif », *RFDA*, n°4, 2013, p 743.

²²² CE, 13 février 1970, Dame Vigan et autres, rec. p 110 ; CE, 24 juillet 1981, Letailleur, rec. tables p 590 ; CE, 7 février 1994, Duchêne, rec. p 55.

²²³ CE, 10 juillet 1995, Contremoulin, *AJDA* 1995, p 925, conclusions Y. Aguila.

²²⁴ CE, 12 novembre 2007, Arnaud, n° 289254.

²²⁵ Conclusions sous CE, section, 30 décembre 2010, Ministre du logement et de la ville, *AJDA* 2011, p 7.

demande de Mme A, le préfet avait fait droit aux demandes de changement d'affectation d'autres occupants du même immeuble, en fondant son appréciation sur la seule situation du logement au sein de la commune de Courbevoie, il résulte de ce qui a été indiqué ci-dessus qu'il pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité, refuser la dérogation sollicitée par Mme A en se fondant sur la nécessité de préserver dans le quartier de La Défense, compte tenu des dérogations qu'il avait déjà accordées dans ce secteur à dominante de bureaux, un nombre suffisant de logements ».

Dans cette espèce, comme dans les décisions précitées, la prise en compte des précédents est reliée à l'application du principe d'égalité. Plus précisément, la prise en compte des précédents permet au juge de combler l'absence de règles générales ou de lignes directrices et de justifier le recours au principe d'égalité. Néanmoins, pour qu'une ou plusieurs décisions antérieures puissent servir de référence, il faut qu'existe une unité de temps, de décideur et d'objet. Le juge ne consent à comparer que ce qui lui semble comparable, et de ce fait, il envisage cette comparaison dans le cadre d'un spectre particulièrement étroit, ce qui ne nous paraît pas critiquable dès lors que l'objectif affiché est de rechercher une cohérence. La mise en lumière de cette cohérence permettra alors au juge d'exercer un contrôle de l'erreur manifeste sur les motifs de l'acte individuel contesté, par comparaison avec les motifs des décisions précédentes.

Il est également intéressant de remarquer que c'est par l'entremise du principe d'égalité et par référence à une fiction juridique que le juge administratif parvient à garantir la cohérence de l'action administrative, et ainsi, à lutter contre les discriminations dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire²²⁶. Cela met sans doute en lumière une évolution du principe d'égalité qui semble plus favorable à l'introduction d'une logique d'auto-liaison en dépit de l'absence de normes générales. Cette jurisprudence tend quelque peu à rapprocher la conception française du principe d'égalité de la conception allemande selon laquelle la prise en compte de la pratique administrative peut servir à sanctionner une inégalité de traitement arbitraire²²⁷.

Très concrètement, cela signifie que la sanction d'une discrimination peut résider dans l'analogie démontrée par le requérant entre sa situation et celle d'un autre administré, la difficulté étant probablement d'avoir connaissance des décisions individuelles prises antérieurement par l'administration. Il n'en demeure pas moins que le précédent administratif démontre que le principe d'égalité recèle de nombreuses potentialités car il ne s'applique pas nécessairement par référence à une norme générale. Cette jurisprudence révèle également l'attachement particulier du juge administratif français au principe d'égalité dans la mesure où cette construction aurait pu s'abstraire de l'égalité au profit du principe de non-discrimination. Puisqu'il n'existe, dans l'hypothèse du précédent administratif, aucune norme générale, le juge administratif aurait pu préférer un autre fondement ; mais au lieu de se référer au

²²⁶ Dans la mesure où les lignes directrices sont ici implicites, et donc fictives, il est permis de penser que le juge use d'une fiction juridique. Sur cette notion, voir D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris : LGDJ, Bibliothèque des thèses, 2000, 632 p. (Bibliothèque des thèses).

²²⁷ O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, op.cit., p 354 et s.

principe de non-discrimination, qui peut *a priori* trouver un terrain d'application idéal dans le champ des décisions individuelles, le juge administratif a choisi d'étendre le périmètre du principe d'égalité (l'égalité devant la loi se transforme alors en égalité devant la pratique administrative).

Pour autant, quel que soit le fondement retenu, cette jurisprudence tend à démontrer que le contrôle que le juge exerce sur les motifs d'une décision est probablement la voie privilégiée pour faire sanctionner une discrimination, ce que démontre également l'évolution de la notion de mesure d'ordre intérieur.

C. Une nouvelle approche des mesures d'ordre intérieur

Outre les lignes directrices explicites et implicites, la jurisprudence récente relative aux mesures d'ordre intérieur tend également à démontrer que le contrôle exercé par le juge sur les motifs de l'acte produit des conséquences intéressantes en matière de lutte contre les discriminations.

Une mesure d'ordre intérieur est un acte dont le champ d'application se limite à la seule organisation interne de l'administration et qui, en application de l'adage *De minimis non curat praetor*, ne donne pas lieu à un contrôle de la part du juge administratif. Le juge justifie cette solution par l'objet de la mesure qui ne porte pas gravement atteinte aux droits et obligations de leurs destinataires. Dans le champ des relations entre l'administration et ses agents, il a ainsi été considéré que l'affectation d'un agent à un autre poste sans modification des tâches qu'il a à accomplir était une mesure d'ordre intérieur²²⁸. En revanche, lorsque la décision a des conséquences sur les droits et la carrière de l'agent, le juge acceptera de le contrôler²²⁹. Il apparaît ainsi qu'il se réfère traditionnellement aux effets que peut produire une décision pour la classer dans le champ de la mesure d'ordre intérieur, ou au contraire, dans le champ de l'acte décisoire.

Cette conception a cependant connu une évolution avec deux décisions rendues en 2015 : dans le premier arrêt en date du 15 avril 2015, était en cause une décision prise par un directeur régional de pôle emploi visant à refuser la candidature d'un agent contractuel de droit public aux fonctions de « correspondant régional justice » de cet établissement²³⁰. Le requérant contestait cette décision au motif qu'elle aurait été prise en considération de ses opinions syndicales et serait donc fondée sur un motif discriminatoire. Le Conseil d'Etat rappelle tout d'abord les règles relatives à la charge de la preuve : « *qu'il appartient au requérant qui soutient qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer du sérieux de ses allégations ; que,*

²²⁸ CE, 8 mars 1999, Butler, rec. tables p 843.

²²⁹ CE, 13 décembre 1991, Syndicat CGCT des employés de la mairie de Nîmes, rec. p 443 : dans cette espèce, le changement d'affectation était en réalité une « mutation comportant des modifications » pour la situation des agents concernés.

²³⁰ CE, 15 avril 2015, n°373893, Mme B. A. *AJDA* 2015, p 1926, note c. Chauvet ; voir également, pour une analyse différente de la décision, L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Variations sur le thème de la mesure d'ordre intérieur dans la fonction publique », *AJDA*, n°38 2015, p 2147.

lorsqu'il apporte à l'appui de son argumentation des éléments précis et concordants, il incombe à l'administration de produire tous les éléments permettant d'établir que la mesure contestée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». Dans la mesure où le requérant n'apporte pas de faits précis et concordants permettant de faire présumer l'existence d'une discrimination, il estime que celle-ci ne peut être démontrée. Il en déduit que « *dès lors qu'elles ne traduisent aucune discrimination, ces décisions, qui ne portent atteinte ni aux perspectives de carrière ni à la rémunération de l'intéressée, ont le caractère de simples mesures d'ordre intérieur, qui sont insusceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir* ». Le juge administratif fait ainsi évoluer la notion de mesures d'ordre intérieur dans un sens plus restrictif : une décision prise par l'administration ne peut être qualifiée de mesure d'ordre intérieur non seulement lorsqu'elle produit des effets sur les droits et obligations de son destinataire, mais aussi lorsqu'elle a été prise en considération de motifs discriminatoires.

Cette solution a été reprise par le Conseil d'Etat dans une décision du 25 septembre 2015 dans laquelle était en cause un changement d'affectation imposé à un agent public. Dans cet arrêt, le juge reprend le raisonnement consacré quelques mois plus tôt²³¹ : « *Considérant que les mesures prises à l'égard d'agents publics qui, compte tenu de leurs effets, ne peuvent être regardées comme leur faisant grief, constituent de simples mesures d'ordre intérieur insusceptibles de recours ; qu'il en va ainsi des mesures qui, tout en modifiant leur affectation ou les tâches qu'ils ont à accomplir, ne portent pas atteinte aux droits et prérogatives qu'ils tiennent de leur statut ou à l'exercice de leurs droits et libertés fondamentaux, ni n'emportent perte de responsabilités ou de rémunération ; que le recours contre de telles mesures, à moins qu'elles ne traduisent une discrimination, est irrecevable* ». Pour autant, les faits de l'espèce ne permettent pas une application positive de ce raisonnement dans la mesure où la décision a été prise dans l'intérêt du service, et que rien ne démontre qu'elle traduit une discrimination.

Au-delà des solutions relatives au fond, les deux décisions précitées mettent en lumière une nouvelle approche de la notion de mesure d'ordre intérieur : si elle se définit, traditionnellement, eu égard à ses effets sur les droits et les libertés du destinataire de la décision, la jurisprudence de 2015 invite à prendre également en compte les motifs de l'acte. Et s'il s'avère qu'il a été pris sur la base de motifs discriminatoires, le juge admettra sa justiciabilité ; le contrôle, ou l'absence de contrôle, du juge sur une décision peut ainsi dépendre des motifs. Combinée à la jurisprudence *Perreux* relative à la charge de la preuve²³², cette solution permettra de faire sanctionner plus facilement les mesures discriminatoires prises dans le cadre de la fonction publique, ce qui devrait permettre de protéger davantage certaines libertés, notamment la liberté syndicale.

Cela étaye donc l'idée selon laquelle le juge administratif tend à encadrer davantage le pouvoir d'appréciation de l'administration dès lors qu'est en cause la lutte contre les discriminations. De même, cette jurisprudence démontre que le principe de non-discrimination, même s'il n'est pas explicitement utilisé par le juge, n'est pas complètement

²³¹ CE, section, 25 septembre 2015, Mme B, *RFDA* 2015, p 1107, conclusions G. Pellissier.

²³² CE, Ass., 30 octobre 2009, rec. p 407.

absent de son raisonnement, il semble au contraire légitimer le renforcement du contrôle exercé sur l'administration lorsqu'elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire.

Cette utilisation silencieuse du principe de non-discrimination par le juge administratif corrobore les points saillants de l'analyse sociologique qui révèle une distance nette de ce juge avec la notion de non-discrimination.

III. Le principe de non-discrimination : Analyse sociologique

L'analyse sociologique met l'accent sur la perception par le juge administratif de principe de non-discrimination. Elle révèle un attachement pour le principe d'égalité (A) qui n'est pas remis en cause par une étude de son raisonnement lors de la mobilisation des deux principes (B).

A. Le principe de non-discrimination chez le juge administratif

L'analyse juridique des usages du principe de non-discrimination chez le juge administratif est combinée avec une analyse sociologique afin de mieux saisir quels sont les éléments considérés comme probants devant les juges internes pour emporter la qualification de discrimination. A travers l'analyse des discours des magistrats, il ne s'agit pas de prendre connaissance des représentations ou des idées que se font les magistrats des discriminations dans l'abstrait, mais plutôt de se pencher sur la manière dont ils mobilisent la catégorie « discrimination » dans leur activité professionnelle, lorsqu'ils sont amenés à qualifier une injustice. Dans quelles circonstances y ont-ils recours? Dans quels cas, au contraire, l'évitent-ils? Quels arguments mobilisent-ils pour expliquer ce recours ou cette absence de recours à la catégorie des discriminations? La focale de l'analyse sociologique est donc placée sur la manière dont les magistrats font usage de la qualification en termes de discrimination dans leur pratique quotidienne. Une approche compréhensive, attentive au discours des acteurs et au sens qu'ils donnent à leurs pratiques, paraît pertinente pour étudier la façon dont les magistrats mobilisent la notion de discrimination dans les cas qui leur sont soumis. Cette attention portée aux dossiers concrets ne vise pas pour autant à analyser, *stricto sensu*, la jurisprudence de la juridiction administrative en matière de non-discrimination, affaire par affaire. Il s'agit plutôt de comprendre comment, au fil des affaires qu'ils ont traitées, les rapporteurs publics mobilisent, évitent ou critiquent le principe de non-discrimination. Pour répondre à ces questions, à travers l'enquête sociologique, nous avons cherché à prendre connaissance du profil sociologique de ces « fabricants du droit administratif »²³³, de leurs pratiques quotidiennes du droit ainsi que de leurs représentations de leur métier, de leur rôle dans la société et des principes d'égalité et de non-discrimination.

Peu de travaux sociologiques ont porté attention au Conseil d'Etat. Dans une œuvre majeure, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Bruno Latour entreprend une analyse ethnographique fine du fonctionnement concret de cette institution et du processus de

²³³ B. Latour, *La Fabrique Du Droit. Une Ethnographie Du Conseil d'Etat*, Paris: La Découverte, 2004.

« fabrique du droit administratif »²³⁴. Il y examine et décrit de façon très détaillée les activités quotidiennes des membres du Conseil d'Etat, les objets qu'ils manipulent et leurs interactions lors des séances d'instruction et des audiences. En outre, on peut citer la recherche de Marie-Christine Kessler, *Le Conseil d'Etat*²³⁵, celle de Jean-Paul Costa, *Le Conseil d'Etat dans la société contemporaine*²³⁶ ou encore le numéro thématique de la revue *Pouvoirs* consacré à cette institution. Danièle Lochack y propose une analyse du Conseil d'Etat en tant qu'acteur politique. Elle montre que cette juridiction a toujours joué un rôle politique important à travers ses décisions²³⁷.

Ces travaux existants n'ont cependant pas porté une attention spécifique aux pratiques et représentations des professionnels qui travaillent dans la plus haute juridiction administrative française, en les envisageant comme des « acteurs du droit » inscrits dans un système social donné²³⁸. Alors que les juges des juridictions judiciaires ont fait l'objet de nombreuses enquêtes de sciences sociales²³⁹, les rapporteurs publics sont restés relativement dans l'ombre²⁴⁰. Cette enquête, même si elle est relativement exploratoire, a pour objectif d'ouvrir de nouvelles pistes de recherche, visant à comprendre le sens que les juges administratifs donnent à leurs pratiques professionnelles, en fonction de leurs parcours et de leurs représentations de leur métier.

Pour répondre à ces interrogations, cette partie sociologique du rapport se présente en trois temps : les méthodes de l'enquête sociologique seront dans un premier temps exposées (1), puis le travail concret des rapporteurs publics sera présenté (2), pour enfin terminer en abordant leur discours en matière d'égalité et de non-discrimination (3).

Cerner la notion de discrimination, conduit à la mettre en prise avec l'égalité (Section 1), puis à apprécier la place que le juge lui assigne (Section 2).

1. Méthodes d'enquête

Cette première section vise à présenter les conditions concrètes de l'enquête sociologique (a) et le profil sociologique des enquêtés (b).

a. Précisions sur la réalisation de l'enquête

Dans le cadre de ce volet sociologique de l'enquête, huit rapporteurs ou ex-rapporteurs publics du Conseil d'Etat ont été rencontrés en face à face dans le cadre d'entretiens dits

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ M.-C. Kessler, *Le Conseil d'Etat*, Paris: Armand Colin, 1968.

²³⁶ J.-P. Costa, *Le Conseil d'Etat Dans La Société Contemporaine*, Paris: Economica, 1993.

²³⁷ D. Lochack, « Le Conseil d'Etat En Politique », *Pouvoirs*, n°123, 2007, pp.19-32.

²³⁸ J. Commaille, *A Quoi Nous Sert Le Droit?*, Paris: Gallimard, 2015.

²³⁹ H. Michel, L. Willemez, *Les Conseils de Prud'hommes Entre Défense Syndicale et Action Publique. Actualité D'une Institution Bicentenaire*, Paris: Mission de recherche Droit et Justice, 2007); Onze collectif, *Au Tribunal Des Couples. Enquête Sur Des Affaires Familiales*, Paris: Odile Jacob, 2013); J.-M. Weller, « Comment Décrire Ce Qu'on Ne Voit Pas? Le Devoir D'hésitation Des Juges de Proximité Au Travail », *Sociologie Du Travail*, n° 53, 2011, pp.349-68.

²⁴⁰ En Belgique, une étude récente examine le raisonnement des auditeurs et conseillers d'Etat J. Colemans, *L'ordinaire Du Contentieux Administratif. Analyse Du Processus Décisionnel Au Conseil d'Etat Belge Francophone*, Thèse de doctorat de sciences sociales, Université de Liège, 2014.

« semi-directifs », c'est-à-dire d'entretiens au cours desquels l'enquêteur guide la personne interviewée autour de différents thèmes définis au préalable, mais dont le déroulement est relativement ouvert afin de laisser la parole aux personnes rencontrées et de suivre leur propre raisonnement. Au cours de ces rencontres, ils ont été amenés à parler de leur parcours professionnel, de leur travail au quotidien au Conseil d'Etat, des dossiers qui les ont marqués durant leur carrière et de leurs aspirations professionnelles. En parallèle, ils ont été interrogés sur les dossiers qu'ils avaient traités en matière de non-discrimination et d'égalité, sur les usages de ces principes dans des dossiers précis et sur la façon dont ils envisageaient l'articulation entre ces deux principes dans les cas concrets auxquels ils ont été confrontés personnellement dans leur pratique.

La sélection des rapporteurs publics à contacter, a été faite à partir des noms des rapporteurs publics qui étaient intervenus dans des décisions qui paraissaient importantes ou qui soulevaient une question particulière en matière d'égalité et de non-discrimination. Dans certains cas, l'approche privilégiée dans les conclusions du rapporteur public reposait sur la rupture du principe d'égalité alors qu'il apparaissait aux chercheurs de droit administratif qu'une lecture en termes de discrimination aurait également été envisageable ; dans d'autres cas, les magistrats avaient explicitement fait référence au principe de discrimination et à son articulation avec le principe de rupture d'égalité.

Avec ceux qui ont répondu favorablement, une rencontre en face à face a été organisée. La très grande majorité des entretiens a eu lieu au Conseil d'Etat. Certains ont eu lieu dans des administrations de la capitale, où les conseillers sont détachés temporairement. Ces entretiens ont duré entre une heure et deux heures et demie et ont été tous enregistrés, à l'exception de l'un d'entre eux. Ils ont ensuite été transcrits. De nombreuses notes ont également été prises durant ces rencontres et à la suite de celles-ci. C'est ce matériel constitué des transcriptions et de ces notes qui servent de support au rapport.

b. Le profil sociologique des enquêtés

Au total, il y a vingt rapporteurs publics en activité au Conseil d'Etat (deux par sous-section). Cinq actuellement en activité, un ancien rapporteur public devenu assesseur de sa sous-section et deux anciens rapporteurs publics qui exercent désormais d'autres fonctions à l'extérieur du Conseil d'Etat ont été rencontrés. Pour compléter ce tableau, un entretien avec un rapporteur public dans une Cour Administrative d'Appel a également eu lieu.

Parmi les rapporteurs du Conseil d'Etat, trois profils peuvent être distingués. Le premier groupe est composé de ceux qui ont fait Science Po Paris puis l'Ecole Nationale de l'Administration et qui entrent au Conseil d'Etat directement à la sortie de l'école, à 24 ou 25 ans, parce qu'ils sont classés dans les 15 premiers de leur promotion et que ce classement leur donne l'occasion d'opter pour l'entrée dans l'un des grands corps de l'Etat, à savoir la Cour des Comptes, l'Inspection générale des Finances et le Conseil d'Etat. Ils sont alors recrutés comme auditeurs. Le deuxième groupe est composé de ceux qui proviennent de ce que l'on appelle le « tour extérieur » et qui ont une expérience de dix ans au moins dans les juridictions administratives (tribunal administratif et cour administrative d'appel) ou dans d'autres

administrations. Ils arrivent au Conseil d'Etat plus tard dans leur carrière, entre 35 et 45 ans, avec une expérience pratique du contentieux administratif. Ceux-là sont directement recrutés comme maîtres de requête. Le troisième et dernier groupe est composé de ceux qui proviennent aussi du tour extérieur, mais qui n'ont pas forcément d'expertise du contentieux administratif. Ils sont recrutés parmi d'anciens ministres, journalistes, professeurs d'université, etc. et entrent directement au Conseil d'Etat comme Conseillers. Parmi les personnes rencontrées dans le cadre de cette enquête, quatre sont issus du premier groupe, trois du deuxième groupe et un rapporteur public est issu du troisième groupe.

Une carrière au Conseil d'Etat est constituée de la succession de plusieurs grades, auxquels on accède exclusivement par ancienneté : Auditeur, Maître des requêtes puis Conseiller d'Etat. En parallèle à ces grades, les fonctions occupées peuvent diverger très fortement. Ces fonctions sont attribuées par le Président de la section du contentieux, en fonction du mérite et de la compétence des membres du Conseil²⁴¹. Généralement, pendant trois ans, les auditeurs qui viennent d'arriver au Conseil d'Etat sont rapporteurs. Ensuite, certains sont choisis, selon des critères méritoires, pour exercer la fonction de responsable du centre de documentation. Plus tard, certains se voient proposer la fonction de rapporteur public lorsqu'un « pupitre se libère » dans une sous-section. Cette fonction est perçue comme prestigieuse au sein de l'institution, ce qui explique qu'un grand nombre de rapporteurs aspirent à devenir rapporteurs publics.

Parmi les huit rapporteurs publics rencontrés, il y avait sept hommes et une femme (au total, il y avait 11 hommes et 9 femmes qui occupaient la position de rapporteur public au moment de notre enquête). Les rapporteurs publics rencontrés proviennent majoritairement de familles des classes supérieures (parents cadres supérieurs, hauts fonctionnaires). Certains proviennent aussi de familles de la classe moyenne (parents petits fonctionnaires, cadres moyens). Ces derniers soulignent le décalage entre leur milieu d'origine et celui de leurs collègues :

« Socialement, mon milieu, c'est un milieu très modeste par rapport à un milieu de mes collègues. Pour la plupart, l'un de leurs parents a fait une grande école, souvent l'ENA. Mais ça peut être aussi Polytechnique ou HEC. On a aussi des conseillers qui sont au Conseil d'Etat de père en fils ou de mère en fille. Il y a une reproduction très importante quand même » (E7).

« Je ne connais pas forcément tous les pédigrées de mes collègues, mais moi je n'habite pas entre le 1^{er}, le 7^{ème} et le 8^{ème} arrondissement. J'ai toujours vécu en banlieue et aujourd'hui encore, je prends tous les jours le train Sarcelles-Paris, donc ça fait que j'ai un point de vue très opérationnel sur les choses, sur la diversité des mélanges sociaux, sur la diversité des attentes sociales, j'ai un regard à 360 degrés. Je n'ai pas un point de vue éthéré » (E5).

Le point commun est qu'ils sont très majoritairement issus de familles dans lesquelles leurs parents étaient fonctionnaires ou salariés de la fonction publique.

²⁴¹ B. Ribadeau Dumas, « Les Carrières Dans et Hors Le Conseil d'Etat » *Pouvoirs*, n° 123, 2007, pp.73-88.

Sur leur engagement militant et leur participation à la vie associative, les rapporteurs publics restent extrêmement frileux à s'exprimer ouvertement. A cet égard, ceux qui ont suivi le parcours classique en interne au Conseil d'Etat restent plus discrets à ce sujet que ceux qui proviennent du tour extérieur, que ce soit ceux qui ont occupé des fonctions où leur orientation politique était explicitement revendiquée ou ceux qui proviennent des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel.

2. Le travail concret des rapporteurs publics

Le rapporteur public a pour mission, lors de l'audience publique, d'éclairer la formation de jugement.

« Il prononce à cette fin des conclusions dans lesquelles il expose publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions soulevées par la requête et sur la solution qu'elle appelle.

Le rapporteur public expose d'abord les circonstances du litige, l'ensemble des arguments échangés entre les parties pendant l'instruction et les questions posées par l'affaire. Il rappelle les règles de droit applicables au litige et les décisions existantes en lien avec l'affaire (la jurisprudence) qui pourraient orienter la solution. Puis il fait connaître son appréciation sur ces points et propose la solution qui, suivant sa conscience, lui paraît la plus appropriée.

Une fois l'audience publique terminée, la décision est mise en délibéré. Le rapporteur public peut assister au délibéré, sauf si une des parties s'y oppose. Cependant, il ne fait pas partie de la formation de jugement et ne participe donc pas à la prise de décision. Il appartient aux seuls juges qui statuent sur l'affaire de décider s'ils suivent la proposition du rapporteur public ou s'ils adoptent un jugement en tout ou partie différent de cette proposition » (« Quel est le rôle du rapporteur public ? », *Le Conseil d'Etat* (site internet), <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Quel-est-le-role-du-rapporteur-public>)

Cette première section, consacrée au travail concret des rapporteurs publics, examine successivement l'organisation du travail et la répartition des dossiers (a), la gratification, satisfaction et frustration liée à l'exercice du métier de rapporteur public (b) et les dossiers qui ont marqué la carrière des juges rencontrés (c).

a. Organisation du travail et répartition des dossiers

La section contentieuse du Conseil d'Etat est répartie en dix sous-sections. Chaque sous-section est composée d'un Président de sous-section, de deux assesseurs, de rapporteurs et de deux rapporteurs publics.

Les dossiers qui entrent au Conseil d'Etat sont répartis, par le Président de la section contentieuse, entre les différentes sous-sections. Chaque sous-section est spécialisée dans une ou plusieurs matières spécifiques. Par exemple, la 7^{ème} sous-section traite principalement des contrats et marchés publics. Mais dans toutes les sous-sections, il y a un contentieux dit « banalisé », c'est-à-dire des matières qui sont réparties entre toutes les sous-sections :

urbanisme, environnement, droit des étrangers, etc. Les rapporteurs publics sont donc à la fois spécialisés autour de certaines questions, mais aussi généralistes car ils ont l'habitude de traiter des dossiers qui sont hors de leur champ de compétence propre.

Lorsqu'un nouveau dossier arrive à la sous-section, il est remis à l'un des rapporteurs de la sous-section qui en fait une première évaluation. Celui-ci examine la requête et les pièces fournies. A partir de là, il établit la liste des moyens présents dans la requête et des solutions que ces moyens semblent devoir appeler. Il rédige une note d'une dizaine de pages reprenant ces différents éléments. Il rédige également un projet de jugement, qu'il soumettra ultérieurement aux autres membres de la sous-section.

« Les rapporteurs sont vraiment la cheville ouvrière, c'est eux qui vont prendre le dossier, qui vont le disséquer, qui vont se faire une opinion, qui vont proposer une solution, puis qui vont formaliser leur réflexion et leur solution dans une note (...) » (E1).

Un réviseur intervient ensuite. A partir de la requête, des pièces et de la note remise par le rapporteur, il se fait une opinion et émet des suggestions de modifications dans une note de révision. Le dossier est ensuite soumis au rapporteur public qui, à son tour, se fait sa propre opinion sur l'affaire. Il prend connaissance de la note présentée par le rapporteur, et de la note de révision du réviseur.

Les rapporteurs publics considèrent que leur travail peut être réparti en trois phases distinctes, qui rythment les semaines de travail. La première phase consiste à dépouiller la requête et les pièces et à préparer les conclusions qui seront présentées lors de l'audience. Ce travail est très solitaire puisque les rapporteurs publics travaillent seuls sur leurs dossiers. La deuxième partie de leur travail consiste à assister aux séances d'instruction de leur sous-section qui, comme leur nom l'indique, sont destinées à instruire les dossiers. Les membres de la sous-section se réunissent et préparent les affaires qui vont passer en jugement. La troisième partie du travail du rapporteur public consiste à prendre la parole lors de l'audience et à présenter publiquement les conclusions qu'il a rédigées. Ces audiences ont lieu une fois par mois environ.

Cette répartition des tâches fait que les rapporteurs publics sont relativement libres dans l'organisation de leur travail quotidien. Outre les séances d'instruction et les audiences, auxquelles ils sont tenus d'assister, ils organisent leur travail comme ils l'entendent. De plus, ils ne sont pas tenus d'être présents au Conseil d'Etat et peuvent travailler à leur domicile ou dans l'endroit de leur choix. Beaucoup considèrent que la charge de travail est relativement importante, ce qui les contraint à « tenir le rythme » et à travailler en soirée ou le week-end, mais qu'ils bénéficient de grandes marges de liberté pour organiser leur travail de rapporteur public. A côté de leurs missions de rapporteur public au Conseil d'Etat, ils exercent souvent d'autres activités extérieures : certains enseignent le droit administratif à l'ENA, Science Po Paris ou dans d'autres universités. D'autres sont conseillers dans diverses commissions. Ils envisagent ces différentes missions comme des compléments nécessaires à leur activité principale, car ils leur permettent de réfléchir autrement, de se poser de nouvelles questions.

Les rapports entre les différents membres du Conseil d'Etat sont qualifiés de façon très variable en fonction des enquêtés. Si certains considèrent qu'ils sont extrêmement formels et distants, d'autres mettent plutôt en évidence le caractère « familial » de la juridiction.

« On est comme une grande famille ici » (E8).

« Il n'y a pas beaucoup d'échanges avec les collègues, ni de convivialité. On a des rapports très formels ici parce qu'on est entourés de gens assez prestigieux, de Parisiens, d'énarques, etc. » (E7).

La plupart des rapporteurs publics disent qu'ils consultent occasionnellement leurs pairs pour discuter d'un rapport qu'ils sont en train de rédiger et pour lequel la solution ne leur paraît pas évidente. Certains se tournent vers des collègues qui n'exercent pas forcément la fonction de rapporteur public mais qui ont une expérience dans l'administration concernée, afin de prendre connaissance de leur éclairage issu de la pratique.

b. *Gratification, satisfaction et frustration dans l'exercice du métier*

Les rapporteurs publics identifient différentes sources de gratification ou de satisfaction liée à leur fonction de rapporteur public. Tout d'abord, ils soulignent de façon quasi unanime la liberté et l'indépendance qui caractérisent leur travail de réflexion et de décision.

« Nous avons une très grande liberté, une indépendance qui fait que nous n'avons, dans notre opinion, à suivre aucune instruction de qui que ce soit. La seule chose à laquelle nous sommes soumis, c'est la légalité, la rigueur de notre travail. La nature même de notre travail consiste à interpréter la loi, la jurisprudence... et à cet aune, de pouvoir dire qui a la bonne interprétation, qui a tort et qui a raison, qui a le droit et qui n'a pas le droit. C'est la seule chose qui nous contraigne. Parce qu'à part ça, nous sommes entièrement libres, de toute pression hiérarchique, de toute pression des collègues même » (E6).

Ensuite, ils mettent également en lumière l'intérêt qu'ils portent au raisonnement juridique et à l'argumentation.

« Rédiger des conclusions, c'est une sorte de jeu, parce qu'il faut arriver, dans un langage en même temps clair et synthétique, sans créer d'*a contrario*, à faire attention à ce que la décision dit mais aussi à tout ce que la décision ne dit pas » (E8).

Enfin, ils soulignent la spécificité de leur position de rapporteur public, par rapport aux juges qui font partie de la formation de jugement. Le fait que leur avis soit entendu publiquement est majoritairement considéré comme un atout indéniable de la fonction car il permet de rendre le travail visible aux yeux des avocats, des universitaires, mais aussi des justiciables. Ils considèrent cependant que cette publicisation de leur avis est également une difficulté car ils se sentent très exposés publiquement.

« En tant que rapporteur public, on n'est pas plus important que les autres juges, puisqu'on ne vote pas. On n'a pas de voix délibérative, mais on a un pouvoir d'influence qui est quand même assez fort, et on publie nos conclusions, ce qui fait que la doctrine universitaire ou les avocats vous identifient vous. C'est donc une fonction extrêmement valorisée parce que, vous incarnez un peu la fonction juridictionnelle, même si dans les

faits, vous n'en êtes qu'un maillon et plus un porte-parole qu'un fabricant au sens strict » (E8).

« En tant que rapporteur public, vous êtes très exposé. Quand j'ai conclu une interprétation sur la loi de 1905, qui est une interprétation dont je suis convaincu qu'elle est conforme à l'esprit du législateur de l'époque, mais qui se traduit par une lecture relativement libérale de la loi, vous savez que vous allez être directement attaqué, que votre nom sera sur internet au bout de deux minutes » (E5).

En contrepartie, les rapporteurs publics soulignent quelques difficultés ou frustrations liées à leur métier. Tout d'abord, la plupart des enquêtés mentionne la distance qui les sépare du « monde réel » et des « justiciables ordinaires ». Ce constat est souvent plus marqué chez ceux qui ont exercé des fonctions similaires dans des tribunaux administratifs ou des cours administratives d'appel. Bien que moins répandu, ce constat est présent également parmi ceux qui ont suivi le « parcours classique » en entrant au Conseil d'Etat comme auditeurs.

« J'ai un souvenir douloureux d'une affaire où j'ai eu le sentiment de parler de sujets extrêmement éthérés pour la personne concernée, qui était devant moi à l'audience. Nous avons, dans nos matières, le contentieux des licenciements des salariés protégés. Et je me souviens d'une affaire où les questions difficiles posées étaient purement des questions de procédure, très complexes même pour des juristes, à moins qu'ils n'aient beaucoup travaillé sur ces questions-là. Donc mes conclusions à l'audience, quand j'ai pris la parole, étaient très techniques et passablement incompréhensibles pour la personne, en tout cas s'agissant des faits et de l'issue finale. En plus, on a la position de juge de cassation, donc on s'exprime seulement sur la façon dont le juge d'appel a jugé l'affaire, ce qui distancie encore plus par rapport aux faits. (...) Donc je me suis rassise, comme c'est la pratique, et le salarié qui avait été licencié, qui n'avait pas le droit à la parole puisque seuls les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation ont le droit de prendre la parole à l'audience, il s'est levé et a demandé : 'Alors finalement, je suis licencié ?' (...). Ca mettait bien en avant le fait que nous avons cette tentation, cette tendance à ne réfléchir qu'à nos constructions intellectuelles. *Ça me pèse cette distance avec la société, avec son fonctionnement concret. A tel point que je me demande parfois si tout cela n'est pas un peu excessif, si le droit n'arrive pas à un niveau de raffinement tel qu'il en finit par se complaire dans son propre fonctionnement* » (E6).

Une autre dimension jugée problématique est l'articulation entre l'application du droit (légalité) et le respect d'idéaux de justice (légitimité). Un rapporteur public exprime sa frustration face à des décisions qu'il a déjà prises, qu'il juge injustes mais conformes à la légalité.

« Le droit est quand même quelque chose d'aride, d'artificiel. On est tenu par la loi, donc on ne juge pas forcément en équité. On n'est pas Salomon et on n'est pas là pour avoir la moindre bienveillance humaine en réalité, à l'égard des personnes dont on voit apparaître la vie, les aspirations, les difficultés. (...) Il faut bien accepter un peu la force injuste de la loi. Il m'est déjà arrivé de devoir conclure froidement à quelque chose qu'au fond je réprouvais et donc j'étais désolé en réalité, pour l'injustice à laquelle ça allait conduire » (E6).

Ensuite, ils font part d'une grande solitude dans l'exercice concret de leur métier. La très grande liberté dans l'organisation du travail, rythmée uniquement par des séances d'instruction et des audiences hebdomadaires, et la teneur même de leur travail de lecture de pièces et de rédaction de rapports fait qu'ils exercent leur métier le plus souvent seuls, devant leur ordinateur, au Conseil d'Etat ou chez eux. Si certains estiment que c'est le prix à payer pour bénéficier d'une grande autonomie d'organisation, d'autres considèrent que cette solitude les pousse à envisager d'autres fonctions, hors du Conseil d'Etat (dans des administrations ou des cabinets ministériels voire même dans des juridictions judiciaires ou dans un tout autre domaine).

c. Les dossiers marquants d'une carrière au Conseil d'Etat

Lorsque les rapporteurs publics mentionnent les dossiers qui ont marqués leur carrière, ils mettent en évidence plusieurs critères qui font qu'un dossier passe du statut de « dossier courant et ordinaire » au statut de « dossier marquant ».

Tout d'abord et assez logiquement, ils se souviennent mieux des dossiers qui ont été en portés devant l'assemblée du Conseil d'Etat, la formation de jugement la plus solennelle de la juridiction, notamment parce qu'ils y ont travaillé plus longtemps, que leur investissement était plus conséquent, mais aussi parce que les enjeux soulevés étaient plus importants.

« Il y a de grosses affaires, des affaires d'assemblée ou de section, le point de droit qui va être tranché est important. On attend de nous aussi que l'on développe particulièrement ce point-là, sous tous les angles, avec peut-être un travail plus doctrinal derrière. Donc ça rend le travail plus intéressant. On travaille plusieurs jours dessus donc on s'en souvient mieux que d'autres dossiers plus petits » (E4).

Ensuite, ils se réfèrent à des affaires qu'ils ont jugées complexes d'un point de vue juridique. Leur complexité a impliqué une réflexion intellectuelle inédite. Ils soulignent également qu'ils gardent davantage en mémoire les dossiers dans lesquels ils ont eu à chercher une solution qui impliquait une transformation de l'état du droit existant, une proposition de jurisprudence nouvelle.

« Un dossier qui m'a marqué, c'est un dossier qui nous a posé plein de questions techniques (...). On n'avait jamais eu ce type de situation et on devait se prononcer sur la question de savoir si on était compétent sur cette question-là, en tant que juges administratifs. On y a passé beaucoup de temps et on a beaucoup réfléchi à la solution » (E7).

Un autre élément qui fait qu'une affaire devient marquante est la possibilité, au moment de l'audience, d'identifier le requérant parmi les membres de l'assistance. Les rapporteurs publics estiment qu'ils ont peu de contact avec la réalité et qu'ils se sentent parfois très éloignés des problèmes concrets des personnes concernées par les décisions qu'ils rendent. Ainsi, un rapporteur public relate que, lors d'une audience, le requérant est intervenu pour qu'on lui explique en langage clair la teneur des propos tenus par le rapporteur public, avant d'être ravisé par le président qui lui a rappelé que les requérants n'avaient pas droit à la parole lors des audiences du Conseil d'Etat. Un autre se souvient d'une dame qui s'est levée et a

poussé un cri lors d'une audience, pour ajouter un élément qu'elle jugeait pertinent, et qui a été invitée à se rasseoir et à se taire. Ces brefs moments où la réalité extérieure pénètre dans les murs du Conseil d'Etat sont jugés marquants. Les rapporteurs publics ont le sentiment d'avoir perçu, à travers ces brèves interventions, toute la détresse humaine et les situations sociales et individuelles compliquées qui se cachent derrière leur travail essentiellement technique et juridique.

« On a eu une affaire où un jeune homme est venu à l'audience. Il était entré à l'hôpital pour soigner quelque chose de bénin et il était ressorti avec une infection nosocomiale, contractée à l'hôpital. (...) Ça avait complètement ruiné sa santé et il était arrivé à l'audience très diminué, avec des cannes, etc. Nous, habituellement au Conseil d'Etat, on voit surtout des avocats, beaucoup plus que les requérants, et donc c'est très impressionnant pour nous les juges, d'être confrontés directement à la faute de l'administration. Enfin, l'hôpital n'était pas vraiment en faute mais c'était sa responsabilité... et donc on était confronté très concrètement et physiquement aux conséquences de la responsabilité de l'hôpital » (E7).

3. Le discours du juge administratif en matière d'égalité et de non-discrimination

Les rapporteurs publics ont eu à traiter de très nombreuses requêtes dans lesquelles l'égalité est invoquée. Ils éprouvent donc des difficultés à parler de leurs dossiers relatifs à ce principe tant ils sont nombreux et diversifiés.

« L'égalité, c'est la tarte à la crème du Conseil d'Etat » (E3).

« L'égalité est un moyen soulevé dans un grand nombre d'affaires, de tous types » (E6)

Par contre, la non-discrimination est un principe qui revient beaucoup moins souvent. Ils ont généralement en tête un ou deux dossiers où cette terminologie a été invoquée. Certains se souviennent très clairement de dossiers qu'ils considèrent comme marquants, dans lesquels ils ont eu à réfléchir à l'application du principe de non-discrimination.

« Je n'ai pas de souvenir d'avoir été confronté à une requête qui formule sa critique en termes de discrimination. En général, les avocats vont se référer à une norme bien identifiée comme telle : soit le principe d'égalité national, soit un texte ou un principe de droit international, mais c'est souvent l'égalité » (E2).

« En matière de non-discrimination, je me souviens de deux affaires jusqu'ici » (E3).

« J'ai eu assez peu de dossiers sur les discriminations, enfin en tout cas où le terme de discrimination était employé. En revanche, on va plutôt parler de méconnaissance du principe d'égalité » (E5).

« Le mot discrimination n'est pas un mot qu'on emploie aisément en jurisprudence » (E5).

Lorsqu'on aborde avec eux les affaires pour lesquels ils ont été sollicités, sur le conseil des juristes de l'équipe spécialisés en droit administratif, certains se souviennent de manière très précise de ces dossiers mais d'autres n'ont qu'un souvenir très diffus de ces affaires. Ceci

montre, d'une part, que la délibération entre les principes d'égalité et de non-discrimination n'est pas forcément jugée « problématique » et « marquante » par les rapporteurs publics et, d'autre part, que certaines décisions ou rapports publics, qui sont discutés au sein du monde scientifique et académique, ne sont pas forcément les dossiers qui ont marqué individuellement les rapporteurs publics.

Dans la plupart des cas où la question de la non-discrimination est invoquée, les affaires en question ne sont pas liées à la matière qui constitue la spécialité de la sous-section. Ils font, au contraire, partie du contentieux banalisé de la sous-section dans laquelle travaillent les rapporteurs publics. Ces derniers estiment d'ailleurs bien souvent que le dossier est arrivé par hasard dans les mains de leur sous-section.

« La question de la discrimination est plutôt apparue dans le contentieux banalisé que nous avons dans chaque sous-section. C'est par ce biais que j'ai été amené à traiter de cas de discrimination » (E3).

Ce troisième paragraphe, consacré au discours du juge administratif en matière d'égalité et de non-discrimination, expose les points de convergence (a) et de divergence (b) repérés par les rapporteurs publics dans les dossiers qu'ils ont eu à traiter, avec une attention spécifique portée à leur réflexion sur la charge de la preuve (c). Pour finir, sera envisagé l'attachement personnel manifesté par certains rapporteurs publics au principe d'égalité (d).

a. Egalité et non-discrimination : deux principes indissociables ?

D'emblée, les rapporteurs publics indiquent qu'ils considèrent l'égalité et la non-discrimination comme deux faces d'un même phénomène, la discrimination étant une rupture du principe d'égalité.

« Pour moi, *a priori*, mais c'est peut-être une conception réductrice de la non-discrimination, mais quand un requérant se plaint que le principe d'égalité a été méconnu, c'est qu'il estime qu'il y a eu une forme de discrimination. Et il y a des atteintes légales à l'égalité et des discriminations qui ne sont pas des atteintes à la légalité, donc c'est deux faces de la même chose (...) Dans ma pratique juridictionnelle, je ne faisais pas la différence entre ce qui pourrait être un sujet de discrimination ou un sujet de méconnaissance du principe d'égalité, pour moi c'est la même chose » (E2).

« Je ne suis pas sûr d'être capable de vous dire la différence qu'il y a entre les deux (l'égalité et la non-discrimination) d'un point de vue juridique. Par exemple, on manie indifféremment le principe français d'égalité et le principe de non-discrimination de la Convention européenne des droits de l'homme, article 14. En tout cas, en matière fiscale, je ne vois pas de différence... » (E8).

Selon eux, dans leur pratique quotidienne, les juges administratifs traitent ces questions de façon très similaire.

« Le principe de non-discrimination, le Conseil d'Etat l'envisage de façon rarement distincte du principe d'égalité. Je dirais que le juge administratif en général, j'adhère globalement moi-même à cette démarche, ne voit pas dans le principe de non-discrimination quelque chose de fondamentalement différent du principe d'égalité » (E6).

Les rapporteurs publics distinguent deux cas de figure, pour lesquels ils adoptent une posture différente. Dans un premier cas de figure, ils peuvent être soumis à des affaires où la discrimination résulte d'un texte général. Ils tendent alors tous à s'accorder sur l'idée qu'il faut considérer qu'il ne s'agit pas d'une rupture « classique » du principe d'égalité. Dans ces cas, ils « rabattent » en quelque sorte la discrimination sur la méconnaissance du principe d'égalité.

« La discrimination, c'est une rupture de l'égalité. Quand elle résulte d'un texte général, on est vraiment dans la rupture d'égalité : égalité des sexes, égalité selon l'âge, etc. (...) L'objet même de la différence de traitement est un petit peu mieux protégé quand on parle de discrimination, mais bon, *c'est des questions de vocabulaire*. Autrefois, on ne parlait pas de discrimination, mais on avait exactement les mêmes raisonnements en application du principe d'égalité » (E4).

Un autre rapporteur public, confronté à la même situation, indique qu'il s'agit, selon lui, d'une divergence entre une lecture juridique du dossier, en termes de méconnaissance de l'égalité, et une lecture sociologique, en termes de discrimination.

« Moi, ce que j'ai eu régulièrement, c'est la question de savoir si, par rapport à l'objectif poursuivi, les critères retenus méconnaissent-ils ou ne méconnaissent-ils pas le principe d'égalité ? A ce moment-là, moi ça m'est arrivé de conclure sur le fait que les critères retenus n'étaient pas pertinents au regard de l'objectif poursuivi et donc qu'il y avait une méconnaissance du principe d'égalité. *On peut qualifier ça en sociologie de discrimination, mais en droit on va dire qu'il y a une méconnaissance du principe d'égalité* » (E5).

Dans le deuxième cas de figure, les rapporteurs publics peuvent être soumis à des affaires où la discrimination est introduite dans une requête individuelle. Dans ces cas, ils estiment que le principe de non-discrimination implique de réfléchir de façon quelque peu différente, et d'élaborer un argumentaire qui prend en compte les spécificités de la non-discrimination par rapport à l'égalité. Ils distinguent alors les deux philosophies qui sous-tendent ces principes.

b. Deux principes, deux origines, deux philosophies

Tous s'accordent à dire que, malgré le fait qu'ils traitent la plupart des dossiers en termes d'égalité et non en termes de non-discrimination, ces deux principes ne reposent pas sur une conception ou une philosophie identique.

Une première différence est que le constat d'une rupture du principe d'égalité implique de démontrer l'existence d'une différence de traitement, alors que la démonstration de l'existence d'une discrimination implique d'aller plus loin dans le raisonnement et de rapporter la différence de traitement à *l'un des critères protégés* par la législation. Ils conçoivent donc la discrimination comme plus restreinte que la rupture du principe d'égalité.

« J'essaie toujours de planter le décor, entre discrimination et inégalité. L'une peut générer l'autre, l'autre n'est pas forcément causée par l'une. » (E5)

« La discrimination, ça consiste à traiter quelqu'un différemment au nom d'un critère particulier, alors que la rupture d'égalité, c'est juste un traitement différent de situations

identiques... c'est ça la distinction peut-être... la discrimination doit être rapportée à un critère, alors que la rupture d'égalité se suffit à elle-même » (E8).

« Le principe de non-discrimination, il est transitif en quelque sorte, il faut être discriminé en fonction de quelque chose » (E7).

Une deuxième différence repose sur la notion de *motif illégitime*, présente dans le concept de discrimination mais pas dans la rupture du principe d'égalité. Les rapporteurs publics considèrent qu'il y a une différence de statut : la rupture d'égalité doit être démontrée par un constat basé sur des faits (une différence de traitement), alors que la notion de discrimination intègre un caractère moral (l'illégitimité d'une différence de traitement). Cette distinction incite un rapporteur à considérer qu'il y a une « dimension morale » dans le principe de non-discrimination qui n'est pas présente dans l'idée d'égalité.

« Quand on utilise le terme discrimination, ce qu'on veut dire c'est que la mesure est prise pour un motif illégitime. Dans le principe d'égalité, il n'y a pas cette notion de motif illégitime. Il y a plutôt le constat d'une simple différenciation de traitement, mais il n'y a pas de condamnation de la légitimité ou de l'illégitimité de la différence de traitement (...) je dirais qu'il y a quelque chose de moral en quelque sorte dans l'utilisation du terme de discrimination » (E6).

« La notion de discrimination est une notion que l'on manie avec prudence, parce qu'il ne faut pas lui faire dire autre chose que ce qu'elle dit. Et on n'accuse pas à tort et à travers les gens de discrimination, quand le vrai problème est un problème d'égalité » (E5).

Une troisième distinction opérée par plusieurs rapporteurs publics entre égalité et non-discrimination concerne la question de *l'intentionnalité*. Un rapporteur public indique qu'il considère qu'il n'y a discrimination que lorsqu'il n'y a pas d'intention de discriminer, voire même une affirmation explicite de cette intention de discriminer. Dans un dossier relatif à un service public qui souhaite limiter l'accès à certaines catégories d'utilisateurs, un rapporteur public a rendu des conclusions qu'il qualifie de « virulentes » et « catégoriques » en faveur de l'accès de tous à ce service. Il considère cependant que la qualification de discrimination n'est pas forcément la plus appropriée à la situation.

« Pour passer au stade de discrimination, je dirais que pour moi, il faut qu'il y ait une intention de discriminer. Il faut pouvoir démontrer que celui qui discrimine, il a dit 'toi, je vais t'imposer un traitement différent pour bien te faire sentir que je ne t'aime pas'. Donc par exemple, 'tu es de couleur, tu es de telle religion, je ne te recrute pas', ça c'est de la discrimination. [...]. Dans cette affaire, leur décision, complètement aberrante certes, était le fait d'un processus complexe de tentative de résolution d'un problème matériel plutôt qu'une représentation idéologique [...]. Donc *c'est vrai que dans les faits, c'est une discrimination, ça ne fait pas de doute, mais en termes d'intention dolosive, je ne suis pas sûr qu'on puisse prêter cette intention* » (E5).

Dans cet extrait, le rapporteur public met très clairement en évidence une conception de la discrimination fondée sur une distinction entre le « nous » et le « eux ». La discrimination n'existe que si elle consiste à mettre à l'écart un individu, en tant que membre d'un groupe avec une identité propre, préalable à la situation de discrimination. Les rapporteurs publics

font une distinction entre différents critères de discrimination, considérant que certains reposent sur une identité collective qui ne peut être violée, alors que d'autres reposent sur une conception plus individualiste de la société.

Une quatrième et dernière grande divergence soulevée par les rapporteurs publics est *la philosophie générale qui sous-tend ces deux principes*. L'un provenant du droit français, l'autre du droit anglo-saxon, introduit en France par le droit de l'Union européenne. Alors qu'en droit français, le principe d'égalité n'interdit pas de traiter de manière différente des personnes qui sont placées dans des situations différentes, il oblige par contre à traiter de manière identique des personnes qui sont placées dans une situation identique. En droit européen, le principe de non-discrimination implique quant à lui de traiter tout le monde de façon identique, même si les personnes sont dans des situations différentes.

« On a une conception différente du principe d'égalité, au niveau du droit de l'Union européenne et au niveau du droit français. Le droit français n'oblige pas à traiter de manière semblable des situations différentes, alors que c'est l'orientation du droit de l'UE » (E2).

« La non-discrimination, c'est un concept assez étranger à notre droit interne, qui est partiellement le droit de l'Union. Sachant que le droit de l'Union vient, pour sa part, essentiellement du droit anglo-saxon. Donc on est embêté par ce principe et par les horizons qu'il ouvre » (E7).

« Dans (une affaire relative à la question de l'âge de la retraite), il s'agissait d'une discrimination indirecte. On est ici à mille lieux du droit national français. Avant qu'on ne le lui impose, le juge français n'avait jamais raisonné de la sorte » (E3).

Les rapporteurs publics soulignent d'ailleurs les fortes divergences d'approches entre les arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne et les arrêts du Conseil d'Etat.

« Il y a clairement une différence de sensibilité entre l'approche défendue par la Cour de justice (de l'Union européenne) et le Conseil d'Etat, en matière de non-discrimination notamment. Le Conseil d'Etat a rendu plusieurs décisions qui ne vont pas dans le sens des arrêts de la Cour de justice (...) » (E3).

Dans les cas où le Conseil d'Etat doit prendre une décision qui va à l'encontre d'orientations données par la Cour de justice de l'Union européenne, plusieurs stratégies sont mises en place pour asseoir la décision du Conseil d'Etat. D'une part, lorsque plusieurs dossiers traitent des mêmes questions juridiques jugées « épineuses », celles-ci sont renvoyées à la même sous-section, au même rapporteur public, qui se spécialise dans ce contentieux particulier et tente d'adopter une ligne de conduite similaire pour l'ensemble des dossiers. D'autre part, les affaires passent devant l'Assemblée, la plus haute formation de jugement du Conseil d'Etat.

« On n'avait pas beaucoup de jurisprudence qui écartait un peu le principe de non-discrimination donc on a voulu donner une certaine autorité à notre décision. Donc c'est monté en assemblée » (E7).

« Si le Conseil d'Etat doit rendre un arrêt qui ne coïncide pas avec celui de la Cour de justice de l'Union européenne, il faut que ce soit rendu devant l'Assemblée du

contentieux. En matière de pension, on a eu plusieurs affaires. Ça fait partie du contentieux banalisé, réparti entre toutes les sous-sections. Mais on a décidé de transmettre tous ces dossiers à la même sous-section pilote, pour avoir une jurisprudence identique autour de ces questions » (E3).

c. La charge de la preuve en matière de discrimination

Les rapporteurs indiquent que la principale divergence entre les principes de non-discrimination et d'égalité est le mécanisme de la charge de la preuve. En matière de discrimination, le Conseil d'Etat a considéré, dans une décision d'assemblée du 30 octobre 2009, que la responsabilité de la charge de la preuve doit « *dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propre à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes* ». Les rapporteurs publics font mention de ce mécanisme spécifique de la charge de la preuve en matière de discrimination.

« Quand on se pose la question de savoir si cette personne en particulier a été discriminée ou pas, là effectivement, on risque d'avoir une approche avec une méthodologie particulière » (E4).

Cependant, les rapporteurs publics indiquent la proximité entre ce système de la charge de la preuve et le régime général qui découle de la preuve d'une rupture d'égalité, lorsqu'il s'agit de juger et d'évaluer le caractère potentiellement discriminatoire de mesures générales, réglementaires ou législatives. Dans ces cas, ils considèrent que les deux mécanismes d'établissement de la preuve de la discrimination ou de la rupture du principe d'égalité se rejoignent très fortement.

« La discrimination, c'est une matière pas comme les autres. (...) Quand un requérant invoque une discrimination, il y a un raisonnement qui est particulier, qui lui est propre (...) et qu'on ne trouve probablement pas ailleurs. La présomption de discrimination, puis la charge de la preuve sont différentes. Mais bon, dans les dossiers que j'ai été amené à traiter, c'était différent : c'était des mesures générales, réglementaires ou législatives, qui instituaient au niveau général la discrimination donc on était plutôt dans une logique assez classique de rupture du principe d'égalité, une différence de traitement qui est inscrite dans la règle générale, donc la méthode de raisonnement n'est pas extrêmement particulière dans ces cas. (...) Dans le dossier de la discrimination fondée sur l'âge, c'était vraiment le cas classique d'une dérogation à un droit, (...) c'est un raisonnement que le juge administratif fait très classiquement dans beaucoup de matières donc là-dessus, on était en terrain connu (E4).

« Evidemment, ce n'est pas parce que les juges administratifs traitent la question de la discrimination comme une rupture du principe d'égalité qu'ils n'appliquent pas les textes qui font mention de la non-discrimination. Notamment, le Conseil d'Etat applique le régime de preuves qui a été imposé par les directives de l'Union européenne pour mettre en évidence les discriminations. *Mais en réalité, le Conseil d'Etat dispose d'un régime de preuves assez proche, ce qui revient à peu près à ce régime de preuves imposé par les directives communautaires.* Donc il n'y a pas vraiment besoin de les appliquer. Même

sans ces directives européennes, le Conseil d'Etat aurait sans doute appliqué un régime de preuves très proche au final. Je pense qu'il (le Conseil d'Etat) aurait sanctionné de la même façon, sans nécessairement appeler ça 'discrimination' mais plutôt 'atteintes à l'égalité' qui se fondent sur un des motifs illégitimes. Donc (la charge de la preuve en cas de discrimination), c'est un exercice que le Conseil d'Etat fait quand la discrimination est invoquée, mais ce n'est pas quelque chose de réellement différencié... » (E6).

Même dans des cas où ils ont à juger des cas individuels, les rapporteurs publics ont le sentiment que le contrôle du juge administratif ne serait pas très différent en l'absence de mesures spécifiques liées à la charge de la preuve en matière de discrimination.

« Dans le contentieux concernant le licenciement des salariés protégés, de façon générale, la discrimination est un sujet récurrent, parce que l'objet même du contrôle que l'administration fait, c'est de vérifier que le véritable motif du licenciement n'est pas la volonté de se débarrasser d'un délégué syndical, d'un représentant d'un comité d'entreprise, bref d'un titulaire d'un mandat syndical. Ce lien avec le mandat est qualifié de discrimination syndicale. Donc dans ce domaine, on pratique assez couramment cette recherche (de preuves), *mais je crois que même si le terme n'existait pas, la réalité du contrôle du juge administratif ne serait pas différente...* » (E6).

Ces différentes réflexions montrent que, malgré le fait que les rapporteurs publics reconnaissent l'approche spécifique de la preuve en matière de non-discrimination, ils ne sont pas forcément enclins à raisonner autrement.

d. *Un attachement au principe d'égalité*

Certains rapporteurs publics rencontrés, principalement ceux issus du « tour extérieur », manifestent leur attachement au principe d'égalité. Ils critiquent, parfois de façon virulente, ce qu'ils considèrent comme une intrusion du droit européen dans le droit français. Ils contestent les interprétations et orientations données par la Cour de justice de l'Union européenne, qu'ils perçoivent comme antagonistes à la définition de l'égalité défendue en droit français.

« J'ai vraiment peu d'enthousiasme personnel pour le raisonnement juridique de la Cour de justice de l'Union européenne » (E3).

« A trois reprises on a été confrontés à des cas de discrimination en fonction de l'âge... Et moi, c'est vraiment ma position personnelle et je suis peut-être encore plus radical que mes collègues, mais on est assez peu enclins à sanctionner les discriminations en fonction de l'âge et je dirais à embêter un peu l'administration parce qu'elle a mis 62 ans au lieu de 65 dans un tel corps (...). On a un peu de mal à suivre ce point de vue-là de la Cour de justice » (E7).

Les critiques de ces rapporteurs publics portent spécifiquement sur deux dimensions. D'une part, ils considèrent que la notion de non-discrimination donne trop de pouvoir d'appréciation au juge, et qu'elle contribue à instrumentaliser le contentieux, suivant par-là une tendance forte du droit anglo-saxon.

« Pour des raisons qui ne sont pas du tout sociologiques mais plutôt juridiques, je suis très sceptique quant à l'utilisation de la notion de non-discrimination. Cette notion donne beaucoup trop de pouvoir au juge qui devient alors un acteur du débat démocratique, alors

que l'équilibre des pouvoirs veut que le juge reste à sa place. La Cour de Justice de l'Union européenne a une vision téléologique et finaliste de son action, et ça me fait peur ce type d'attitude. Il y a clairement une instrumentalisation du contentieux à laquelle je n'adhère pas » (E3).

D'autre part, ces rapporteurs publics critiques considèrent que le principe de non-discrimination repose sur des revendications individuelles de citoyens qui veulent être traités comme d'autres citoyens, sans pour autant être dans la même situation qu'eux. Selon eux, la discrimination repose sur le droit de porter plainte et de réclamer individuellement des droits, au lieu de défendre un principe général d'égalité entre tous les citoyens.

« Derrière la décision que nous avons prise d'écarter la discrimination (dans deux affaires liées à l'âge de la retraite), c'est mon point de vue... mais l'idée était de souligner que le problème du principe de non-discrimination poussé à son extrême, c'est qu'il atomise la société, il l'individualise. On est déjà dans une société très individualiste, et ça fait que le droit se met au service de l'individualisme... au service de la revendication individuelle qui, en gros, est 'je veux la même chose que l'autre' donc on est dans un droit essentiellement revendicatif et individualiste (...) Je trouve qu'élaborer des constructions et des textes juridiques pour satisfaire ce type de revendications, ça n'apporte rien ou alors uniquement une petite satisfaction matérielle concrète à la personne, mais du point de vue de la construction de la société, je ne suis pas certain que ce soit bénéfique d'encourager ce type de revendications » (E7).

Cette critique du principe de non-discrimination se manifeste de façon variable en fonction des critères protégés. Les rapporteurs publics distinguent en effet les différents critères de discrimination reconnus par la loi, établissant que certains doivent être protégés de façon inconditionnelle, tandis que d'autres peuvent faire l'objet d'exceptions, si celles-ci sont justifiées.

« Je pense qu'il faut avoir une réflexion spécifique sur chaque critère de discrimination. Il faut réfléchir à l'histoire de chaque critère (...) Le type de raisonnement qu'on a adopté s'applique principalement à l'âge (dans les affaires relatives à l'âge de la retraite de certains métiers). Dire 'j'ai 45 ans et je devrais être traité comme quelqu'un qui en a 62', je ne comprends vraiment pas ce critère. Par contre, des critères comme la discrimination contre la religion, par exemple, me semblent tout à fait légitimes » (E7).

« Certains critères sont quasiment absolus. On n'a pas le droit de faire une discrimination selon la race ou selon la religion. C'est interdit. Mais pour d'autres, comme le sexe ou l'âge, il peut y avoir des différences de traitement, à condition qu'elles soient justifiées. La directive (européenne) est claire à ce sujet : il y a un droit et puis il y a des cas où l'on peut faire des différences de traitement en fonction de l'âge » (E4).

L'existence de critères jugés « légitimes » par les rapporteurs publics peut être mise en corrélation avec l'idée, déjà soulevée plus haut, d'une approche différente dans le raisonnement du juge, en fonction des motifs de la discrimination. S'ils considèrent que la discrimination porte atteinte à un groupe défini au préalable, avec une identité qui lui est propre (une communauté religieuse par exemple), ils seront plus enclins à sanctionner ce comportement en s'appuyant sur l'arsenal de la non-discrimination. S'ils considèrent au

contraire qu'il s'agit d'une atteinte à des individus isolés, sans identité commune, ils préféreront utiliser la grammaire de l'égalité. Cette distinction en fonction des critères repose, en partie, sur les marges de manœuvre laissées par la directive européenne contre les discriminations, qui sont variables selon les critères de discrimination. Selon les rapporteurs, cette marge d'appréciation permet de prendre en compte l'histoire spécifique de chaque critère de discrimination, plutôt que de les assimiler en considérant que l'on peut traiter de façon identique une discrimination fondée sur l'âge, les convictions religieuses ou le sexe.

« Dans l'affaire de l'âge de la retraite des contrôleurs aériens, il y avait aussi une analyse qu'il fallait dégager pour voir un petit peu quelles étaient les marges de manœuvre que la directive européenne (contre les discriminations) laisse aux Etats-membres. (...) Il faut donc voir comment ça se fait dans d'autres pays européens » (E4).

« La Cour de justice de l'Union européenne laisse une marge d'appréciation au décideur national, en particulier en matière de discrimination fondée sur les rapports entre l'Etat et la religion. Il faut voir si on adopte une approche purement actuelle ou si on tient compte de l'histoire. Concrètement, en France, l'Islam est une religion nouvelle, moins présente dans la société que la religion catholique. Est-ce qu'il faut accorder les mêmes droits en matière de construction de lieux de culte, en matière d'entretien des lieux de culte ? (...) La Cour de justice de l'Union européenne fait des distinctions : elle ne valide pas forcément dans un Etat ce qu'elle a validé dans un autre Etat » (E7).

Dans les cas qui sont cités par les rapporteurs publics, cette marge d'appréciation a permis d'écarter un raisonnement en termes de discrimination et de revenir sur une conception jugée plus « classique » de rupture du principe d'égalité.

Les rapporteurs publics issus du tour extérieur adoptent, en général, une vision plus critique et plus personnelle par rapport aux législations en matière de non-discrimination. Ils suggèrent qu'ils sont peu enclins à utiliser ce principe dans leur activité professionnelle. Ils préfèrent se référer au principe d'égalité, qu'ils jugent plus approprié pour traiter de situations d'inégalités entre individus. Ils considèrent que les fondements philosophiques et juridiques de la non-discrimination ne sont pas en adéquation avec la manière dont ils se définissent professionnellement, en tant que garants de l'Etat de droit. Par opposition, ceux qui sont entrés au Conseil d'Etat à la sortie de l'ENA ont un discours beaucoup plus légaliste sur la question de la non-discrimination, et ne s'autorisent que très peu d'interprétation personnelle sur ce principe.

Conclusions

Dans le cadre de cette enquête collective portant sur le discours du juge administratif en matière de non-discrimination, le volet sociologique visait à éclairer la façon dont les rapporteurs publics se réfèrent, écartent ou critiquent les principes de non-discrimination et d'égalité. Pour ce faire, j'ai porté attention à la manière dont ils définissent leur métier et conçoivent leur pratique quotidienne du droit, mais aussi à leur usage des qualifications d'égalité et de non-discrimination dans des dossiers concrets auxquels ils ont été soumis. L'objectif n'était pas de retracer la jurisprudence de la juridiction en la matière, ni de mettre

en évidence une « ligne de conduite » de l'institution sur ces questions, mais plutôt d'éclairer les positions des acteurs en présence et leurs représentations de ces notions en pratique.

Dans une première section, la méthode qui a permis d'élaborer cette enquête, à partir d'entretiens semi-directifs auprès de rapporteurs publics ou ex-rapporteurs publics au Conseil d'Etat a été brièvement présentée. Une deuxième section a permis de se pencher sur la pratique concrète du métier de rapporteur public, en examinant successivement la répartition des dossiers et les tâches concrètes qu'ils effectuent, les aspects qu'ils jugent valorisant ou dévalorisant dans leur travail, ainsi que les dossiers qui ont marqué leur carrière. La dernière section s'est concentrée spécifiquement sur leur discours en matière d'égalité et de non-discrimination, sur la manière dont les rapporteurs publics tendent à associer ces deux notions et comment ils les articulent dans la pratique. Ils considèrent cependant que ces deux principes reposent sur des philosophies et des modèles juridiques distincts, qui impliquent une différence de raisonnement en matière de charge de la preuve. Cette section s'est achevée en montrant que certains rapporteurs publics manifestent leur attachement au principe d'égalité, au détriment de la non-discrimination.

Cette enquête auprès des rapporteurs publics mériterait d'être étendue à l'ensemble des membres du corps. Malgré son caractère exploratoire, elle ouvre des pistes de réflexion sur la diversité de positionnements des juges administratifs, en fonction de leur parcours professionnel et des représentations qu'ils se font de leur métier.

Ces attitudes des juges administratifs conduit également à s'interroger sur le raisonnement mené par le juge au moment d'utiliser le principe de discrimination ou celui d'égalité.

B. La mobilisation des principes d'égalité et de non-discrimination dans le raisonnement du juge administratif.

Afin de mieux comprendre les données et les modes de preuve qui permettent au juge administratif d'élaborer son jugement, il convient, *dans un premier temps*, de réaliser un état des lieux de la question du *raisonnement* du juge.

1. Caractériser le raisonnement du juge

La production d'un jugement « *procéduralement impeccable* » constitue l'une des priorités vers lesquelles les professionnels du droit s'orientent²⁴². Le souci d'une correction procédurale est d'ailleurs exprimé dans le document même du jugement, à travers le récapitulatif de l'accomplissement effectif de toutes les étapes légalement exigées opéré par le juge. Pour autant, on ne peut réduire le jugement à l'application de règles formelles rapportées à des principes d'ordre supérieur. En effet, si le juge manifeste explicitement son orientation vers un certain nombre de règles de droit, cela ne signifie pas pour autant que la description des

²⁴² B. Dupret, *Le jugement en action : Ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Egypte*, Paris-Genève : Librairie Droz, 2006.

opérations permettant la formulation d'un jugement s'épuise dans la seule énonciation de la règle.

Le raisonnement du juge, tout en étant soumis à un ensemble de règles et de prescriptions procédurales, ne se réduit pas non plus à une simple déduction qui se bornerait à appliquer des règles générales à des cas particuliers. C'est en cela qu'il faut rappeler que son raisonnement se distingue du panlégisme²⁴³ comme du déductivisme²⁴⁴ qui tendent à limiter l'action du juge à une simple application de la loi, ne requérant aucun talent particulier, sinon des compétences professionnelles telles qu'une bonne connaissance des règles juridiques. Dans cette perspective, les faits sont en effet considérés comme étant porteurs d'une identité objective propre, dont la nature s'imposerait d'elle-même à toute conscience attentive.

Le raisonnement du juge est alors présenté comme la constatation objective de la nécessité de rapporter certains faits au texte de la loi qui s'impose à eux²⁴⁵. Dénonçant le caractère illusoire de cette façon d'envisager le raisonnement juridique, A. Garapon souligne que l'activité du juge ne se limite pas à être la « bouche de la loi ». « *Le positivisme juridique, dont est toujours imprégnée notre culture juridique, [explique-t-il], est enclin à réduire la fonction de juger à l'application de la loi. Toute affaire tranchée par la justice a déjà été jugée par le code dont le juge n'est que le porte-voix. La tradition politique héritée de la Révolution aime croire que la force contraignante du droit se trouve dans la loi, et que toute initiative revient donc au législateur* »²⁴⁶.

On imagine aisément que ce mythe ne correspond pas à l'activité effective du juge. Pour s'en assurer, nous pourrions aussi rappeler l'incomplétude de tout système normatif. Une norme ne peut, en effet, recevoir sa pleine signification que dans le cadre de sa mise en contexte par un savoir extérieur à elle. Cette dimension a été notamment mise en lumière par Wittgenstein : s'il y a une règle, souligne ce dernier, il n'y a pas de règles de l'application de la règle. Cela n'est-il pas encore plus vrai si l'on considère la diversité des circonstances à laquelle le juge doit faire face et les lacunes qu'il doit combler devant certains cas d'espèce ? Chargé de formuler un jugement conforme au droit, malgré les obscurités des textes, les insuffisances de la loi et la complexité des faits, comment le juge peut-il s'acquitter de cette tâche complexe ? Si l'article 4 du Code Civil²⁴⁷ lui prescrit de dire le droit, il ne lui indique pas comment procéder.

²⁴³ Nous nous appuyons sur la définition que G. Vannier donne du panlégisme dans son ouvrage *Argumentation et droit*, Paris : PUF, 2001 « Le panlégisme consiste, rappelons-le, à croire que tout le droit peut et doit se trouver dans la loi. Il prétend donc imposer une théorie de la séparation institutionnelle de la raison pratique et de la raison théorique, selon laquelle le juge doit seulement comprendre et appliquer ce que le législateur a décidé » (2001 : 108).

²⁴⁴ Pour le déductivisme, un raisonnement juridique bien mené doit se présenter comme une déduction partant d'une part des prémisses normatives et d'autre part des données du cas d'espèce pour aboutir à un seul jugement vrai.

²⁴⁵ Guillaume Vannier, *Argumentation et droit*. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman, op.cit.

²⁴⁶ A. Garapon, J. Allard, F. Gros, *Les vertus du juge*, Paris : Dalloz, 2008.

²⁴⁷ « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

En réalité, les difficultés que rencontre le juge agissent, en quelque sorte, comme un *révélateur* (au sens photographique du terme) permettant de faire apparaître les spécificités du raisonnement juridique. En effet, le fait que le juge ne puisse appliquer la norme juridique au cas particulier d'une manière *logique et certaine*, le fait que le droit ne se trouve pas tout entier dans la loi, ou encore le fait qu'il puisse exister des qualifications concurrentes susceptibles d'être retenues pour un même cas d'espèce, *révèle* la nécessité d'un travail d'interprétation de la loi.

a. *Le jugement comme interprétation*

Sur la question du raisonnement du juge, on ne peut faire l'économie d'un détour par les travaux de C. Perelman. Ce dernier a en effet jeté les bases d'une exploration des méthodes *pratiques* de jugement et a montré que toute application de la loi est déjà une *interprétation* de la loi en fonction de la situation concrète à laquelle elle doit être appliquée²⁴⁸. Dans cette perspective, le juge n'est pas la « bouche de la loi » mais son *interprète*. Il convient cependant de préciser ce que l'auteur de *La Nouvelle rhétorique* entend par « interprétation ».

Dans le cadre d'un système législatif incomplet et non-transparent, *interpréter* ne consiste pas seulement à clarifier la loi, en s'attachant à dévoiler une signification préexistante, enfouie dans la lettre du texte. *Interpréter* ne se limite pas non plus à retrouver « l'intention » du législateur – intention alors envisagée comme unique et homogène, de sorte qu'un texte ne se prêterait qu'à une seule lecture autorisée qui dégagerait son « véritable sens ». Pour C. Perelman, ces deux modèles d'interprétation s'avèrent impraticables juridiquement et ne correspondent pas à la pratique interprétative des juges. Dans la mesure où l'idéal de clarté, de certitude et d'univocité – auquel le raisonnement juridique officiel prétend – fait cruellement défaut dans les situations auxquelles est confronté le juge, *interpréter* consiste à renouveler le sens de la loi en fonction du contexte et des circonstances toujours singulières qui ne peuvent être prévues par la loi elle-même. Dans cette perspective, plus que d'un sens déposé dans une norme qui sera appliquée à une situation, il s'agit d'une co-construction de sens nécessitant la coopération du législateur (ce sont bien des textes que l'on interprète) et du juge (qui dispose d'un important pouvoir créateur dans la sélection et la mise en résonance de ces textes). L'interprétation renvoie donc, dans les travaux de C. Perelman, à une logique dialectique caractérisée par des opérations de déplacement, de déconstruction et de reconstruction de sens.

²⁴⁸ Le thème de l'interprétation a suscité une importante littérature scientifique dont on se contentera ici de quelques indications bibliographiques : C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation : La nouvelle rhétorique*, Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, (1958) 2009 ; C. Perelman, *Logique juridique*, Paris : Dalloz, 1976 ; C. Perelman, *Éthique et Droit*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990 ; P. Brunet, « Perelman, le positivisme juridique et l'interprétation », pp.189-203 in B. Frydman et M. Meyer, *Chaim Perelman. De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris : PUF, 2012 ; *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, sous la dir. De M. van de Kerchove, Bruxelles : Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1978 ; F. Ost et M. van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles : Bruyant, 1989 ; *Interprétation et droit*, sous la dir. de P. Amselek, Bruxelles-Aix-Marseille : Bruylant – Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995.

Si la réflexion de C. Perelman a sans aucun doute permis de rompre avec le modèle logico-formel défendu par les positivismes juridiques et, ainsi, de progresser dans la compréhension du raisonnement du juge, nous proposons de faire un pas de plus en appréhendant le jugement comme un « accomplissement pratique », en nous appuyant notamment sur les avancées réalisées par les travaux des ethnométhodologues.

b. *Le jugement comme « accomplissement pratique »*

L'ethnométhodologie est un courant sociologique qui se propose d'aborder les phénomènes sociaux différemment des approches dominantes en sciences sociales. Fondée par le sociologue américain H. Garfinkel, à la fin des années 1960, avec l'ouvrage *Studies in Ethnomethodology*, ce programme de recherche s'appuie sur l'étude des activités pratiques et du raisonnement dans des situations courantes d'action. Ce parti pris s'accompagne d'une réorientation de l'analyse : l'explication théorique cède la place à la description des activités pratiques des enquêtés ; la question classique du *pourquoi* est écartée au profit du *comment* : Comment les acteurs sociaux s'orientent-ils dans des situations concrètes ? Comment interprètent-ils la structure sociale et les interactions ? Disposant de ressources et de compétences particulières, comment coordonnent-ils leurs activités de façon à produire, à chaque fois, un ordre local ? Comment résolvent-ils les problèmes qui se posent à eux ? etc. Le changement de perspective est considérable par rapport à la démarche de la sociologie classique : « il s'agit en effet de dire que les faits sociaux ne s'imposent pas à nous, mais qu'ils sont *produits par nous*, qu'ils sont, non pas des "choses", mais des *accomplissements pratiques*. La pratique n'est jamais pure application de règles préétablies, mais suppose une ingéniosité de la part des acteurs sociaux (dans la mesure où l'usage de ces normes est un processus que chacun adapte à chaque situation) »²⁴⁹.

Dans le prolongement des efforts de C. Perelman pour réhabiliter la complexité de la tâche du juge, devant faire face à des situations toujours singulières, on comprendra combien cette perspective peut s'avérer heuristiquement féconde pour mieux comprendre les caractéristiques de son raisonnement. En nous invitant à porter notre attention sur la façon dont les juges conduisent leurs activités méthodiques, en établissant de manière pragmatique ce qui peut être tenu pour adéquat, précis et approprié, la démarche propre à l'ethnométhodologie permet de *retrouver* le travail vivant et méthodique d'ordonnancement, d'enquête, de mise en forme et de mise en sens – réalisé progressivement en situation – qui constitue le jugement comme « réalité objective ».

Avant d'être présenté sous les traits d'une réalité indépendante des actions qui ont été déployées pour le formuler, le jugement peut ainsi *redevenir* une « chose organisationnelle » constituée de tâches singulières à réaliser, dans la contingence des circonstances concrètes où elles ont à être accomplies, de manière *compétente*, avec les seules ressources à disposition.

²⁴⁹ B. Dupret, *Le jugement en action : Ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Egypte*, op.cit.

Mais, si la pertinence d'une telle démarche semble être avérée, comment faire en sorte que les ressorts de ce travail concret de jugement puissent être soumis à investigation ? Comment accéder à cet ordre social localement produit et rationnel en contexte ?

2. Décrire la spécificité du raisonnement juridique

Dans la réponse à l'APR, nous avons proposé d'analyser des dossiers complets d'affaires. Dans un premier temps, une démarche d'enquête devait reposer sur l'analyse d'une dizaine de dossiers d'affaires de discrimination considérés par les professionnels comme « problématiques ». Il s'agissait de recueillir les différentes pièces réunies à cette occasion et d'étudier la manière dont elles peuvent s'articuler, être en lien les unes avec les autres, dont elles se complètent en apportant des éléments différenciés, dont elles se répètent ou se contredisent... Le but était de reconstruire l'architecture du raisonnement du juge en identifiant les éléments qu'il retient comme probants, solides et forts et ceux qu'il considère comme fragiles et faibles.

En permettant d'identifier les « ethnométhodes »²⁵⁰ que les juges utilisent afin de rendre plus claire une situation trouble et incertaine, cette analyse était susceptible de révéler les fondements de leur raisonnement : Principes ou faits ? Induction ou déduction ? Existe-t-il des « allants de soi » automatiquement mobilisés ? Des moments cruciaux ? Des moments d'« épreuves »²⁵¹ ? Des difficultés probatoires ?

Une telle analyse n'était faisable qu'en acceptant de rentrer dans l'épaisseur et la complexité d'un corpus de dossiers. En effet, la question des modes de raisonnement des juges face à l'administration de la preuve en matière de discrimination semble essentielle mais extrêmement difficile à poser telle quelle à des interviewés parce que leurs discours pourraient recouvrir, et non dévoiler, la complexité de leurs pratiques.

H. Garfinkel rappelait, à cet égard, qu'il existe « un écart entre la manière dont un individu agit de façon compétente dans une situation donnée et la description qu'il peut donner de son action. On ne peut pas tenir la seconde pour un compte rendu fidèle de la première. Ce qui se manifeste dans le fait que l'on ne saurait reproduire l'activité en question sur la base de comptes rendus *ex post* de l'activité »²⁵².

De ce point de vue, même s'il est motivé (c'est-à-dire accompagné des éléments traduisant l'existence de l'infraction), le jugement semble, à chaque fois, recouvrir l'ensemble des activités cognitives d'enquête qu'il réunit, en laissant dans l'ombre l'ensemble des jugements intermédiaires et variés qui conduisent progressivement à l'établissement du défaut d'égalité. Dans cette perspective, l'analyse de dossiers complets devait permettre de mettre au jour une réalité et une complexité que la seule analyse des jugements laisse dans l'ombre.

²⁵⁰ Il s'agit des méthodes que les membres d'un groupe social utilisent pour mener à bien leurs actions pratiques.

²⁵¹ Au sens que L. Boltanski et L. Thévenot donnent à ce terme dans leur ouvrage *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

²⁵² H. Garfinkel, *Recherches en ethnométhodologie*, Paris : PUF, 2007, p.14.

Nous n'avons pas eu accès à ce matériel. Ces documents étant inaccessibles, nous avons exploité un corpus de documents plus limité : les conclusions de 20 rapporteurs publics concernant des affaires de discrimination, ainsi que les décisions des juges du Conseil d'État sur ces mêmes affaires.

a. *Description du matériel analysé*

Cas 1/ Aff. SOS Racisme req. 328230

Conclusion : Hedary ccls. C.E. 18 01 2013 req. 328230 SOS Racisme A

Décision : C.E. 18 01 2013 req. 328230 SOS Racisme A

Cas 2/ Aff. avis Marteau req 217017

Conclusion : Schwartz ccls. C.E. avis 03 05 2000 req. 217 027 Marteau

Décision : C.E. Avis 03 05 2000 req. 217017 Marteau A

Cas 3/ Aff. Sauvons l'Université req. 372835

Conclusion : Daumas ccls. C.E. 16 07 2014 req. 372835 Ass. Sauvons l'Université B

Décision : C.E. 16 07 2014 req. 372835 Ass. Sauvons l'Université B

Cas 4/ Aff. Bleitrach req. 301572

Conclusion : Roger-Lacan ccls. C.E. 22 10 2010 req. 301572 Bleitrach A

Décision : C.E. Ass. 22 10 2010 req. 301572 Bleitrach A

Cas 5/ Aff. Wright req. 318565

Conclusion : Boulouis ccls. C.E. 18 11 2008 req. 318565 Wright

Décision : C.E. 18 11 2009 req. 318565 Wright

Cas 6/ Aff. Syndicat nationale des entreprises artistiques req. 264348

Conclusion : Devys ccls. C.E. 20 04 2005 req. 264348 Syn. nat. Ent. artistiques B

Décision : C.E. 20 04 2005 req. 264348 Syn. nat. ent. artistiques B

Cas 7/ Aff. Diop req. 212179

Conclusion : Courtial ccls. C.E. 30 11 2001 req. 212179 Diop

Décision : C.E. 30 11 2001 req. 212179 Diop A

Cas 8/ Aff. El Haddioui req. 311888

Conclusion : Thiellay ccls. C.E. 10 04 2009 req. 311888 El Haddioui A

Décision : C.E. 10 04 2009 req. 311888 El Hadioui A

Cas 9/ Aff. FCPE Rhône req. 329076

Conclusion : Geffray ccls. C.E. 23 10 2009 req. 329076 FCPE Rhône C

Décision : C.E. ord. 23 10 2009 FCPE du Rhône C

Cas 10/ Aff. FNGI req. 318932

Conclusion : Roger-Lacan ccls C.E. 23 07 2010 req. 318932 FNGI

Décision : C.E. 23 07 2010 req. 318932 FNGI B

Cas 11/ Aff. FSGEN req. 311312

Conclusion : Keller ccls. C.E. 14 011 2008 req. 311312 FSGEN B

Décision : C.E. 14 11 2008 req. 311312 FSGEN

Cas 12/ Aff. Girard req. 251176

Conclusion : De Silva ccls. C.E. 24 03 2004 req. 251176 Girard c. Féd. française de Boxe

Décision : C.E. 24 03 2004 req. 251176 Girard c. Féd. française de boxe

Cas 13/ Aff. GISTI et FAPIL req. 322326

Conclusion : Dumortier ccls. C.E. 11 04 2012 req. 322326 GISTI et FAPIL

Décision : C.E. 11 04 2012 req. 322326 GISTI et FAPIL A

Cas 14/ Aff. Jasvir Singh req. 285395

Conclusion : Keller ccls. C.E. 05 12 2007 req. 285394 Ranjit Singh C

Décision : C.E. 05 12 2007 req. 285395 Javir Singh C

Cas 15/ Aff. Laruelle req. 311434

Conclusion : Keller ccls. C.E. 08 04 2009 req. 311434 Laruelle A

Décision : C.E. 08 04 2009 req. 311434 Laruelle A

Cas 16/ Aff. Ville d'Evreux req. 126332

Conclusion : Touvet ccls. C.E. 10 05 1996 Ville d'Evreux req. 126332 A

Décision : C.E. 10 05 1996 req. 126332 Ville d'Evreux A

Cas 17/ Aff. Ministre EDDE Lambois req. 362785

Conclusion : Pellissier ccls. C.E. 04 04 2014 req. 362785 Ministre EDDE Lambois

Décision : C.E. 04 04 2014 req. 362785 Ministre EDDE Lambois A

Cas 18/ Aff. Monnier req. 254106

Conclusion : Collin ccls. C.E. 30 04 2004 req. 254106 Monnier

Décision : C.E. 30 04 2004 req. 254106 Monnier B

Cas 19/ Aff. Poliak req. 322636

Conclusion : Dumortier ccls. C.E. 07 07 2010 req. 322636 Poliak B

Décision : C.E. 07 07 2010 req. 322636 Poliak B

Cas 20/ Aff. union des familles en Europe req. 266572

Conclusion : Devys ccls. C.E. 20 04 2005 req. 266572 Union des familles en Europe B

Décision : C.E. 20 04 2005 req. 266572 Union des familles en Europe B

b. *Limite du matériel et ajustement de la recherche*

Ce matériel ne permet pas de répondre de façon satisfaisante aux questions que nous avons formulées dans la réponse à l'APR. Car, précisément, les « décisions » des juges auxquelles nous avons eu accès masquent la complexité du travail d'élaboration de la preuve et les arbitrages qu'il a fallu réaliser.

Même s'il est motivé, l'expression du jugement *recouvre*, à chaque fois, l'ensemble des activités cognitives d'enquête qu'il réunit, en masquant les jugements intermédiaires qui conduisent progressivement à l'établissement du défaut d'égalité. Dans cet ordre d'idée, les décisions des juges constituent, en quelque sorte, des « boîtes noires »²⁵³ donnant l'illusion d'exister comme autant de réalités autonomes.

²⁵³ Conceptualisée par B. Latour dans son ouvrage *La science en action*, Paris : La Découverte, 1989, la « boîte noire » désigne, métaphoriquement, un fait ou un phénomène (ici un jugement) qui donne l'illusion d'exister comme une réalité autonome, d'avoir une stabilité et de se répandre par lui-même en vertu d'une sorte d'énergie interne.

En revanche, nous avons eu accès, dans les « conclusions » des rapporteurs publics, aux détails du raisonnement de ces derniers sur les affaires analysées. Exposant les circonstances du litige, l'ensemble des arguments échangés entre les parties pendant l'instruction ainsi que les questions posées par l'affaire, rappelant également les règles de droit applicable au litige et la jurisprudence qui seraient susceptibles d'orienter la solution, les conclusions donnent à voir l'ensemble des éléments du dispositif de la décision que le rapporteur public envisage de proposer à la formation du jugement.

Assurant le va-et-vient logique entre la généralité et l'exemplification, entre la catégorisation et l'observation de cas toujours singuliers, entre la preuve et la description, un tel document peut-il nous aider à rouvrir la « boîte noire » du jugement ? Nous faisons l'hypothèse que c'est peut-être en portant notre attention sur la tension (ou plutôt sur le *contraste*) entre la « conclusion » du rapporteur public et la « décision » du juge que nous serons susceptibles de mieux comprendre les ressorts de la mobilisation des principes d'égalité et de non-discrimination.

3. Analyser la formation du jugement grâce aux conclusions des rapporteurs publics

En effet, avant d'être mobilisés par les juges dans leurs décisions, les principes d'égalité et de non-discrimination sont utilisés dans les argumentations des rapporteurs publics en fonction des formes de généralité et des logiques de justification qu'ils activent pour dénoncer une injustice.

À cet égard, une première lecture de notre matériel nous a permis d'observer que l'argumentation des rapporteurs publics prend appui, non seulement sur les faits et les circonstances propres à chaque affaire, mais également sur des valeurs, des hiérarchies et des *lieux communs* envisagés ici comme des rubriques sous lesquelles des arguments peuvent être classés²⁵⁴.

En effet, dans leurs « conclusions », afin de construire leur dénonciation de l'injustice, les rapporteurs publics font appel à des ordres de *grandeurs*²⁵⁵ qui correspondent à une façon de classer les choses et les êtres composant la situation, en distinguant ce qui est « grand » et ce qui est « petit », ce qui a de la valeur et ce qui n'en a pas (ou moins), ce qu'il faudrait écarter ou, au contraire, ce qu'il serait *préférable* de retenir comme élément pertinent pour qualifier et juger une situation...

Nous considérons que ces capacités cognitives (consistant à opérer des rapprochements, à reconnaître des équivalences) et ces procédés de généralisation (consistant à se référer au principe de grandeur qui permet de mettre en relation des personnes et des choses dans un

²⁵⁴ Le *lieu* est, en rhétorique, un terrain d'entente stratégiquement choisi. On parle aussi de *topos* et on présente l'étude de ces *lieux* sous le terme de *topique*.

²⁵⁵ Selon le terme utilisé par Luc Boltanski et Laurent Thévenot dans leur ouvrage *De la justification. Les économies de la grandeur* (1991), c'est-à-dire une équivalence générale sur laquelle fonder l'évaluation de l'injustice dénoncée.

agencement perçu comme juste et justifiable) sont essentiels pour comprendre la logique qui préside à l'arbitrage entre le principe d'égalité et le principe de non-discrimination.

À un premier niveau de lecture, nous avons ainsi distingué deux logiques différentes, reposant sur la mobilisation de *lieux* différents, et permettant des avancées vers un ordre de généralisation différentes.

1/ La première logique que nous avons distinguée prend appui sur des arguments que l'on retrouve dans les *lieux de la quantité*.

Par *lieux de la quantité*, on peut entendre les lieux communs qui affirment que quelque chose vaut mieux qu'autre chose pour des raisons *quantitatives*, parce qu'elle concernerait ou intéresserait, par exemple, le plus grand nombre.

Par ailleurs, on peut considérer comme des lieux de la quantité la préférence accordée au probable sur l'improbable et au stable sur le précaire. Dans cette logique, il est possible d'affirmer, par exemple, que ce qui est plus durable et plus stable est *préférable* à ce qui l'est moins.

On comprendra que, dans cet ordre d'idée, l'exceptionnel est tenu en méfiance au profit de « l'habituel », du « normal » et de ce qui « se présente le plus souvent ».

Perelman observe, à cet égard, que « si le passage de ce qui se fait à ce qu'il faut faire, du normal à la norme, paraît, pour beaucoup, aller de soi, seul le lieu de la quantité autorise cette assimilation, ce passage du normal (qui exprime une fréquence et un aspect quantitatif des choses) à la norme (qui affirme que cette fréquence est favorable et qu'il faut s'y conformer) »²⁵⁶.

On énonce ainsi un lieu de la quantité lorsque l'on affirme que ce qui est profitable au plus grand nombre, ce qui est plus durable et est utile dans les situations les plus variées est *préférable* à ce qui ne profite qu'à un plus petit nombre, est plus fragile, ou ne sert que dans des situations particulières.

N'est-ce pas cette même logique qui préside au travail de généralisation et aux efforts de désingularisation que décrivent L. Boltanski et L. Thévenot pour caractériser la « grandeur civique » ? Ainsi que le rappellent les auteurs des « Économies de la grandeur », *ce qui importe ici* fait l'unité dans la visée de l'intérêt général et d'un bien collectif qui transcendent les contingences individuelles et s'opposent aux intérêts particuliers. Les êtres de la « grandeur civique » sont des hommes et femmes désingularisés, « sans qualité », dont les particularités sont gommées, voire disqualifiées, devenant ainsi commensurables, acquérant de la sorte une « commune humanité ». Dans cette perspective, explique L. Boltanski, « les grands sont ceux qui incarnent le collectif, qui représentent les autres et servent l'expression de la volonté générale »²⁵⁷.

²⁵⁶ C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, op.cit., p.118.

²⁵⁷ L. Boltanski, L. Thévenot, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris : Gallimard, 1991, p. 32.

2/ La seconde logique que nous avons distinguée prend appui sur des arguments que l'on retrouve dans *les lieux de la qualité*.

Les *lieux de la qualité* apparaissent dans l'argumentation, et sont le mieux saisissables, lorsque l'on conteste la vertu du nombre. Elles reposent sur la valorisation de l'unique dont la valeur s'exprime par son opposition au commun, au banal et au vulgaire. Contre ces formes dépréciatives du multiple, l'unique est envisagé comme *original* et, par-là, comme *remarquable* et *précieux*.

Dans cet ordre d'idée, au lieu de la quantité qui affirme la primauté du plus grand bien pour le plus grand nombre s'oppose le lieu de la qualité selon lequel l'unique ou l'irremplaçable sont *préférables* au commun et au banal.

On énonce ainsi un lieu de la qualité, si l'on donne comme raison de préférer quelque chose, le fait qu'elle est unique et rare, irremplaçable ou qu'elle est une occasion qui ne se reproduira plus. C'est un lieu qui favorise l'exceptionnel plutôt que le normal, qui accorde de l'importance à ce qui est difficile et précaire, à ce qu'il faut faire au moment même ou dans l'urgence.

Ainsi, dans une telle perspective, considérer des êtres comme interchangeable, ne pas considérer ce qui fait leur spécificité, c'est les dévaluer. De la même façon, on peut valoriser la valeur du précaire et de l'irréparable sur celle du stable, en affirmant, par exemple, qu'une action acquiert une valeur par le fait même qu'elle ne peut être répétée.

Nous retrouvons ici la logique propre à la « grandeur inspirée » telle que L. Boltanski et L. Thévenot l'ont décrite²⁵⁸ : Privilégiant la singularité, attribuant de la valeur à ce qui précisément échappe ou se soustrait à la mesure, cet état de grandeur est souvent qualifiée négativement de façon à mettre l'accent sur ce qui fait défaut pour *saisir*, *estimer* et *fixer*. Les êtres susceptibles d'incarner la grandeur inspirée sont *grands* par leur originalité, par leur génie propre et par le fait qu'ils sont « uniques ».

Au regard de ce que nous venons de décrire, nous pourrions dire que chacune des deux « grandeurs » constitue un système *cohérent* d'interprétation permettant de fournir des éléments pour caractériser une *situation* et les *êtres* (personnes, objets, institutions, relations...) qui s'y trouvent engagés. Elles constituent, en outre, des logiques de justification différentes permettant de qualifier et de dénoncer une injustice dans la mesure où les *êtres* les plus *grands* selon l'une des logiques de grandeur peuvent être tenus pour insignifiants selon une autre logique.

a. *Hypothèses*

Il nous semble que le croisement des apports théoriques issus de la « nouvelle rhétorique » de C. Perelman²⁵⁹ et des « économies de la grandeur » de L. Boltanski et L. Thévenot peut

²⁵⁸ *Ibid.*, pp.200-206.

²⁵⁹ C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, op.cit.

générer un potentiel heuristique susceptible d'éclairer les logiques qui président à l'utilisation du principe d'égalité et du principe de non-discrimination.

Dans quels types de raisonnement les rapporteurs publics mobilisent-ils ces principes de justice ?

Hypothèse 1 / Nous faisons l'hypothèse qu'il existe une relation entre la mobilisation du principe d'égalité et l'activation de l'ordre de grandeur *civique* dans les argumentations des rapporteurs publics.

Hypothèse 2 / Nous faisons également l'hypothèse qu'il existe une relation entre la mobilisation du principe de non-discrimination et l'activation de l'ordre de grandeur *inspiré* dans les argumentations des rapporteurs publics.

Enfin, nous faisons l'hypothèse que les procédés de « montée en généralité » sont différents selon que le rapporteur public appuie ses arguments sur les *lieux* de la quantité ou de la qualité, selon qu'il cherche à activer, dans son argumentation, la « grandeur civique » ou la « grandeur inspirée ».

Hypothèse 3 / Appuyée sur les lieux de la quantité et sur l'activation d'une grandeur « civique », la mobilisation du principe d'égalité appelle une « montée en généralité » directe et verticale. Elle se fonde sur un travail de désingularisation²⁶⁰ permettant de rattacher un cas particulier (ou une situation particulière) à un principe supérieur commun.

Hypothèse 4 / Appuyée sur les lieux de la qualité et sur l'activation d'une grandeur « inspirée », la mobilisation du principe de non-discrimination appelle une « montée en généralité » indirecte et latérale qui peut prendre deux formes :

- Elle peut être indirecte et latérale par accumulation et comparaison de cas présentés comme similaires ou proches.

Le raisonnement par analogie consiste ici à faire remarquer les points communs et les similitudes entre les situations. La généralisation se construit ainsi sur l'association et la combinaison de cas.

Le développement de l'argument se fait en citant au moins un cas semblable au cas analysé, et en précisant la façon dont on a traité le premier, en demandant que l'on traite le cas analysé de la même façon.

- Elle peut être indirecte et latérale par l'utilisation de la comparaison pour faire apparaître des différences.

Dans ce cas, il s'agit de mettre en lumière le caractère irréductible de la situation évoquée, pour mettre en avant sa singularité.

²⁶⁰ Selon le sens que L. Boltanski donne à ce terme dans son article « La dénonciation » (Boltanski L. Darré Y., Schiltz M.-A., « La dénonciation », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol.51, N°1, pp.3-40, 1984) ainsi que dans son ouvrage *L'amour et la justice comme compétences*, Paris : Métailié, 1990, lorsqu'il examine les procédés qui transforment la protestation (sous la forme de la dénonciation publique), d'acte individuel en acte collectif.

Les principes et les cadres généraux sont évoqués ici pour rappeler qu'ils ne sont pas satisfaisants pour comprendre la situation.

Nous avons tenté de synthétiser ces hypothèses et les variantes de chacune de ces logiques dans un tableau configuré à partir d'un certain nombre de spécifications :

Principe de justice mobilisé	Principe d'égalité	Principe de non-discrimination
Lieu commun de la rhétorique mobilisé	Lieux de la quantité	<i>Lieux de la qualité</i>
Caractéristiques valorisées	Valorisation du plus grand nombre, de la stabilité, de la durée, de la fréquence	Valorisation de l'unique, de l'originalité, de la nouveauté, du précaire
Grandeur mobilisée	Grandeur civique	Grandeur inspirée
Principe supérieur commun constituant l'équivalence entre les êtres (ou rendant possible une qualification des êtres)	Ordre collectif Bien commun Volonté générale	Ordre de la singularité Incommensurabilité Inspiration

Rapport de grandeur entre les êtres	L'adhésion, le pouvoir de représentation	La singularité, l'indépendance, l'intuition, le génie, l'humilité
Forme de l'évidence	La loi, les textes, les règles juridiques	L'analogie, la coïncidence, le signe, la métaphore
Forme de montée en généralité	Directe et verticale Du cas particulier au principe supérieur commun Généralisation fondée sur un travail de désingularisation	Indirecte et latérale 1/ Par accumulation et comparaison de cas présentés comme similaires ou proches 2/ Par comparaison pour faire apparaître des différences et affirmer une singularité Raisonnement par analogie

b. *Analyse du matériel*

1) Les principes de justice et les ordres de grandeur

Hypothèse 1: Il existe une relation entre la mobilisation du principe d'égalité et l'activation de l'ordre de grandeur « civique ».

Le **cas 8** confirme clairement cette hypothèse. Il s'agit bien dans la situation décrite d'une rupture d'égalité devant les épreuves du concours interne de recrutement des officiers de la

Police nationale. Le plaignant s'estime en effet victime de discriminations en raison des questions posées par le jury lors de l'épreuve de l'entretien (« *Retournez-vous souvent au Maroc ?* », « *Est-ce que vous faites le ramadan ?* », « *Votre femme est-elle maghrébine ?* », « *Est-ce que votre femme porte le voile ?* »...) qui l'on conduit à l'écarté par une note éliminatoire.

Cette rupture d'égalité a bien provoqué une discrimination, mais cette dernière est essentiellement présentée comme une rupture du principe directeur de la grandeur civique : « *il est évident, affirme le rapporteur public, que les questions relatives à l'épouse du candidat et à ses habitudes vestimentaires et aux pratiques religieuses du couple n'ont absolument rien à faire dans une épreuve de concours républicain* ». La rupture est flagrante, elle ne se discute pas. L'utilisation des termes « évident » et « absolument » exprime d'ailleurs combien le principe d'égalité renvoie ici à la mobilisation d'un principe fort structurant la situation particulière de manière incontestable.

Dans cette affaire, la discrimination est d'emblée perçue comme une rupture de l'exigence morale de désingularisation qui devrait coder, *a priori*, les situations de concours de la fonction publique. La HALDE, que cite le rapporteur public, l'énonce clairement par sa délibération en affirmant que « *le fait pour un jury d'interroger un candidat sur sa pratique religieuse ou son origine par ce qu'il suppose ou a connaissance de l'appartenance de ce candidat à une religion ou une origine déterminée constitue une atteinte au principe de neutralité, corollaire du principe de l'égalité des candidats à l'accès aux emplois publics (...)* Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques et religieuses, de leur origine... ».

Nous sommes ici dans un cas typique d'illustration de l'idéal de désingularisation propre à la grandeur civique et dans lequel s'incarne notamment la morale du service public. L'exigence de neutralité s'oppose à la personnalisation. Dans la grandeur civique, les individus font le sacrifice de ce qui les distingue. Ils renoncent à leur singularité. Ils sont ainsi capables de s'élever au-dessus de leur existence singulière et de se détacher de leurs intérêts propres pour embrasser l'intérêt général et servir des causes qui les dépassent²⁶¹. Dans cette logique, « les *grands* sont ceux qui incarnent le collectif et qui représentent les autres »²⁶².

N'est-ce pas en ces termes que sont introduites les conclusions du **cas 18** ? La plaignante, explique le rapporteur public, est « *une sportive de haut niveau. Elle a notamment représenté la France aux Jeux Olympiques pour personnes handicapées de Barcelone au titre des compétitions de basket-ball* ». Mais, parce qu'elle est invalide à 80% et qu'elle n'a pas l'usage de ses jambes, la commission nationale d'aptitude à refuser, à quatre reprises, qu'elle se présente au concours externe de l'agrégation d'éducation physique, en la déclarant inapte aux fonctions de professeur d'éducation physique et sportive.

Pour le rapporteur public, les motifs de refus opposés à la plaignante sont clairement entachés d'une erreur de droit au regard « du principe d'égal accès à la fonction publique » ce qui lui

²⁶¹ Voir L. Boltanski, L. Thévenot, De la justification. Les économies de la grandeur, op.cit., pp.138-144.

²⁶² L. Boltanski, L'Amour et la justice comme compétences, op.cit., p.32.

permet de conclure son argumentation en rappelant « *un principe très large d'égalité des droits entre personnes handicapées et personnes valides* ». L'activation d'un ordre de grandeur civique et la mobilisation du principe d'égalité sont ici d'autant plus évidentes qu'il s'agit, *comme dans le cas précédent*, d'une situation de concours de la fonction publique.

On peut rappeler à cet égard que, selon L. Boltanski, « l'épreuve est par excellence le moment de mise en correspondance d'une action et d'une qualification, dans la visée d'une justification prétendant à une validité générale »²⁶³. Nous savons qu'une telle situation place les individus dans des conditions spécifiques. Les particularités doivent être dissimulées « sous un voile d'ignorance »²⁶⁴ de telle sorte que, hors du domaine de l'action encadré par l'épreuve, les états et les capacités des uns et des autres demeurent inconnaissables. On ne peut dès lors pas dire, en toute certitude, « ce dont les gens sont capables »²⁶⁵. Seule l'épreuve doit permettre de résorber cette incertitude et de révéler au grand jour les capacités cachées des personnes. On comprendra ainsi combien le maintien de cette incertitude apparaît comme une condition de la rectitude de l'épreuve. Or, pour que l'issue de l'épreuve demeure incertaine, il faut que l'on ne puisse pas prédire les chances de succès ou d'échec de ceux qui s'y présentent. Pour être pleinement réalisée, la condition du maintien de l'indétermination suppose donc des candidats *également* nus devant l'épreuve, c'est-à-dire *également* dépouillés de toute distinction.

Dans un tel contexte, le rappel d'une particularité – physique ou sociale – provoque une *rupture d'égalité* entre les candidats parce qu'elle conduit à réduire la situation d'incertitude. C'est bien cette idée que l'on retrouve dans les deux cas que nous venons de décrire, mais aussi dans le **cas 11** qui rappelle le principe d'égalité entre les personnes valides et les personnes handicapées.

Le **cas 5** ne conteste pas la rectitude de l'épreuve. Il interroge sa justesse. En effet, souffrant d'un handicap visuel, le plaignant attaque ici les résultats d'un concours interne administratif lors duquel une assistance lui avait été octroyée pour les épreuves écrites. N'étant « manifestement pas adaptée » aux besoins exprimés par le candidat, cette aide ne lui aurait, non seulement, pas permis de « compenser son handicap », mais elle aurait « nui » à son travail. Ce qui est en jeu dans cette situation n'est donc pas seulement le droit à l'égalité devant l'épreuve. Selon les termes du rapporteur public, il s'agit plus précisément du « *droit des candidats handicapés aux concours administratifs à une véritable égalité des chances* ».

Il nous semble que les logiques que nous venons de décrire – propres à ces moments au cours desquels les personnes font preuve de leurs compétences – sont essentielles pour comprendre les ressorts du principe d'égalité. Ne constituent-elles pas, en quelque sorte, le lieu privilégié où cet idéal de justice est mis en pratique ? Dès lors qu'ils se trouvent placés dans un dispositif (concours, épreuves) qui les désingularise et les rend fondamentalement « égaux », les rapports entre les individus doivent être *méritoires*. Détachés de leur particularité, seul leur

²⁶³ L. Boltanski, E. Chiapello, *Le Nouvel esprit du capitalisme*, Paris : Gallimard, 1999, p.410.

²⁶⁴ L. Boltanski, *L'Amour et la justice comme compétences*, op.cit., p.98.

²⁶⁵ *Ibid.*, p.104.

mérite doit permettre de les distinguer. Or le rappel des qualités (*vous avez 62 ans ; vous êtes invalide à 80%*) ou de caractéristiques relevant de la vie privée des personnes (« *votre femme est-elle maghrébine ?* ») fait clairement obstacle à la logique de grandeur civique, la dégrade, la tire vers le particulier et constitue, à ce titre, une injustice qu'il convient de dénoncer en s'appuyant sur le principe d'égalité.

Bien qu'ils diffèrent des situations précédentes en ce qu'ils ne concernent pas un *concours*, c'est néanmoins dans la logique que nous venons de décrire que s'inscrivent les **cas 9** et **15**. En mettant l'accent sur « l'égal accès à un service public de restauration scolaire » et « l'égal accès des enfants à l'éducation », ces cas rappellent que les individus doivent, dans certaines situations propres à la grandeur civique, être traités en tant que membre d'une catégorie auquel pourrait être substitué tout autre membre de la même catégorie. Ainsi, par exemple, que leurs deux parents travaillent ou pas, chaque enfant a le droit d'accéder à la cantine. S'adressant au juge à cet égard, le rapporteur public écrit : « *Vous avez consacré l'intérêt général qui s'attache à ce que les restaurants scolaires puissent être utilisés par tous les parents qui désirent y placer leurs enfants* » (Cas 9). « *Quant aux enfants handicapés, rappelle un autre rapporteur public, ils bénéficient, comme tous les enfants, du droit à l'instruction* » (Cas 15).

Enfin, le **cas 14** nous permet d'entrer plus avant dans l'exploration des liens existants entre l'exigence de désingularisation et le recours au principe d'égalité. Bien qu'il commence par associer des situations différentes (Trois élèves de confession sikhe portant un « keski » – une sorte de sous-turban de couleur sombre – et une élève de confession musulmane exclue de son collège pour avoir refusé de retirer son bandana), le rapporteur public considère qu'elles soulèvent des « questions juridiques identiques ».

Dans l'ensemble des quatre situations rassemblées, l'idée de singularisation (par le fait d'accepter le port du keski ou d'un bandana pour des raisons religieuses) est considérée comme non seulement contraire à la logique de la grandeur civique, mais elle risque en outre de constituer un dangereux précédent susceptible de se généraliser. Ainsi, mettant en garde le juge, le rapporteur précise dans ses conclusions : « *Signalons que votre décision peut avoir des conséquences fâcheuses : des jeunes filles musulmanes, qui avaient accepté de venir en classe tête nue, risquent d'être incitées à porter un bandana ce qui pourrait entraîner de nouveaux contentieux et relancer un débat qui semble s'être apaisé* ».

Parce qu'il pourrait devenir un modèle d'alternative permettant de remplacer le port du voile par un autre signe ostensible d'appartenance religieuse, le rapporteur public considère qu'il serait dangereux de fabriquer un « cas ». Comment dès lors répondre à la délicate question de l'exercice d'une liberté fondamentale (la liberté de conscience) sans pour autant construire de singularités et d'exceptions potentiellement risquées sur le terrain du contentieux religieux ? De l'aveu même du rapporteur, la « mission est périlleuse ». Mais, là encore, l'activation d'un ordre de grandeur civique permet de désamorcer cette difficulté. En effet, le rapporteur public rappelle que l'interdiction, posée par la loi, de toute *distinction* fondée notamment sur la religion, et la sanction qui en résulte, s'appliquent aux élèves de *toutes les religions* (ici aux

élèves de confession sikhe comme à ceux de confession musulmane). Ne visant aucune minorité religieuse en particulier, la portée générale de cette interdiction ne crée, par conséquent, aucune discrimination particulière.

Hypothèse 2 : Il existe une relation entre la mobilisation du principe de non-discrimination et l'activation de l'ordre de grandeur « inspiré ».

Si le recours au principe d'égalité emprunte et formalise cette figure de la personne « sans qualité », la mobilisation du principe de non-discrimination semble, au contraire, s'appuyer sur le rappel insistant des particularités du plaignant et de sa situation. Dans l'ordre de grandeur « inspiré » qui est ici activé, l'état de « grand » est attribué à « ce qui se soustrait à la maîtrise et, particulièrement, ce qui échappe à la mesure »²⁶⁶. Ce monde peu stabilisé doit ainsi affronter le paradoxe d'une grandeur qui privilégie la singularité et qui, à ce titre, écarte ce qui, dans d'autres mondes, soutient et équipe l'équivalence entre les personnes et entre les choses.

Le **cas 4** nous semble exemplaire de cette logique. Il expose les difficultés qu'une avocate atteinte d'un handicap moteur et circulant en fauteuil roulant, rencontre pour accéder aux palais de justice, y circuler et y travailler. Ayant appelé sans résultat l'attention de certains chefs de juridictions sur la carence des aménagements nécessaires pour rendre sa situation moins pénible, et estimant qu'un ensemble de principes et de règles de notre droit imposerait que ces palais de justice fussent aménagés de façon à lui permettre d'accéder aux salles d'audience, elle demande réparation pour le préjudice moral et économique qui en découle.

Afin de caractériser précisément ce préjudice, le rapporteur public rappelle, à plusieurs reprises, les *spécificités* de la « situation concrète » de la plaignante. Selon lui, trois éléments se combinent pour établir son « caractère spécial » :

1/ « *Le premier élément est celui dont l'appréciation est le plus délicat, mais il est impossible de ne pas le prendre en compte. Il a trait à la dignité de la fonction et à l'environnement particulier qui est celui d'un palais de justice, notamment avant une audience. C'est dans un climat parfois tendu par le contexte et la gravité des affaires que le public attend, que les diverses manutentions imposées par l'absence d'aménagements adaptés à la situation d'un avocat se déplaçant dans un fauteuil prennent place* ».

2/ Le second élément qui « *distingue le préjudice de la plaignante de celui d'un prévenu, et plus généralement d'un usager, est sa nature récurrente. Non que la situation d'un justiciable qui verrait les difficultés inhérentes à un handicap s'ajouter à celles d'un procès nous paraisse bénigne, ou acceptable dans son principe. Mais la constante réitération de telles difficultés crée à l'évidence une situation différente* ».

3/ « *Enfin, son préjudice se distingue également de celui d'un agent ou d'un magistrat attaché à une juridiction. Les avocats sont en effet appelés à plaider devant plusieurs d'entre elles, à*

²⁶⁶ L. Boltanski, L. Thévenot, De la justification. Les économies de la grandeur, op.cit., p.201.

un rythme et selon une distribution géographique et temporelle qui sont entièrement aléatoires ». Ainsi, « l'examen de la situation concrète » de la plaignante montre que « la multiplicité des sites concernés » a fait obstacle à ce que les demandes d'aménagement puissent être accueillies, et a « introduit dans l'organisation de son travail un élément constant d'aléa et d'inquiétude » lié à la nécessité de renouveler, à chaque audience tenue dans un palais de justice ou une salle dépourvus d'aménagements, une organisation *ad hoc*.

Un « environnement particulier », une « situation différente », un préjudice qui se « distingue » d'autres préjudices... Le rapporteur public met en lumière le caractère *unique* et *incommensurable* de cette situation. Il met l'accent sur ce qui fait défaut pour saisir et évaluer une telle situation : « *On ne trouve pas de précédent fournissant un repère vraiment topique pour ce faire* ».

C'est dans un tel contexte qu'il discerne « *la portée novatrice de la notion de discrimination indirecte, qui désigne précisément les situations où le respect de l'égalité formelle, appliqué à des situations trop hétérogènes, non seulement ne suffit pas à prévenir la discrimination, mais d'une certaine façon la caractérise* ». Dans cet ordre d'idée, selon le rapporteur public, si une discrimination directe « défavorise intentionnellement une personne en fonction de certains critères définis et vise l'objet d'une mesure particulière », la discrimination indirecte désignera, le plus souvent, « l'effet d'une mesure générale » appliquée à une situation singulière qui nécessiterait des aménagements. Ainsi, les conclusions soulignent qu'« *il résulte nécessairement une efficacité particulière, dans le cas des personnes handicapées, de la notion de discrimination indirecte, puisque le fait de laisser en l'état des pratiques existantes, identiques pour tous, mais dépourvues de toute prise en considération des difficultés de celui qui, dans son travail, souffre de son handicap, créera, à son détriment, un désavantage particulier* ».

Bien qu'il s'inscrive de façon moins évidente dans une logique de valorisation de la singularité, le **cas 7** illustre, en quelque sorte, la seconde face de la notion de discrimination. En effet, si elle consistait dans le cas précédent à traiter de façon identique des situations différentes, elle repose ici sur le fait de traiter de manière différente des situations semblables.

Il est question ici de la conversion des pensions publiques de retraite, dont étaient titulaires les nationaux des pays ou territoires ayant appartenu à l'Union française ou ayant été placés sous le protectorat de la France, en indemnités annuelles viagères non réversibles et non revalorisables. C'est cette « cristallisation » que le plaignant attaque.

Devenu par la suite citoyen sénégalais, il s'était engagé dans l'armée française en 1937 et avait quitté son activité avec le grade de sergent-chef en 1959. Une pension proportionnelle de droit commun lui avait été concédée à cette date. Cette dernière a été « cristallisée » à compter du 1^{er} janvier 1975 conformément à l'article 71 de la loi de finance pour 1960 et des dispositions qui étendent sa portée aux ressortissants sénégalais. En réaction à cette mesure, le plaignant a formé une demande tendant, d'une part, à la revalorisation de sa pension conformément au droit commun et, d'autre part, au paiement du différentiel d'arrérages et des intérêts qu'il estime lui être dus. Poursuivi par sa veuve et ses autres héritiers après son décès,

la demande du plaignant est fondée sur la violation du principe de non-discrimination en fonction de la nationalité.

À cet égard, le rapporteur public ne se contente pas de rappeler que « le principe de non-discrimination n'est pas conçu comme un principe général abstrait ». Il va plus loin en qualifiant de « cynique », « l'approche concrète » que suppose la mobilisation de ce principe juridique : *« Nous avons employé [ce terme] sans lui donner une connotation péjorative. Le cynisme n'est, somme toute, qu'une adaptation à l'approche concrète du principe de non-discrimination (...) À la différence des dissertations sur des principes généraux abstraits, l'approche concrète exige que l'on rende compte de la réalité la plus crue ».*

Ne faut-il pas, en effet, se rapprocher des particularités de la situation ? Dans ce moment du raisonnement, le rapporteur souligne ainsi la situation économique du Sénégal ; il met l'accent sur les spécificités du pouvoir d'achat local et des conditions matérielles de vie dans le pays. Reprenant dans son argumentation les chiffres avancés par le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, il rappelle que *« bien que l'allocation servie à M. Diop n'atteigne que 34% de celle qui lui serait versée en cas de dé cristallisation complète, le pouvoir d'achat de cette allocation représente 5 fois le revenu moyen national au Sénégal. La pension non cristallisée et liquidée sur la même base, qui serait servie à un retraité français, ne représente qu'un tiers du revenu moyen national en France. Bref, le pouvoir d'achat de l'allocation servie à M. Diop au Sénégal serait, selon les chiffres communiqués par le ministre, quinze fois supérieur à celui d'un retraité français vivant en France ».*

Seule l'exploration et la reconnaissance des caractéristiques les plus concrètes et les plus singulières de la situation permettent ici de caractériser pleinement les éléments qui feront l'objet du jugement. Dans la logique qui semble permettre la mobilisation du principe de non-discrimination, on ne part donc pas du principe afin de vérifier s'il est bien respecté dans la situation. On part au contraire de la situation – de « la réalité la plus crue » pour reprendre les termes du rapporteur public – afin d'apprécier si la distinction observée et dénoncée est assortie ou non de justifications objectives et raisonnables.

2) Les montées en généralité

Hypothèse 3 : Appuyée sur les lieux de la quantité et sur l'activation d'une grandeur « civique », la mobilisation du principe d'égalité appelle une « montée en généralité » directe et verticale.

Dans l'ordre de grandeur civique, ce sont les textes réglementaires et les textes de lois qui sont mobilisés comme « forme de l'évidence »²⁶⁷. Ainsi, lorsque la grandeur civique est activée, le Texte, la Règle ou le Principe juridique permettent, le plus souvent, de coder clairement la situation. Nous avons pu vérifier cette hypothèse sur l'ensemble des cas dénonçant une rupture de l'égalité.

²⁶⁷ La forme de l'évidence, explique L. Boltanski, est la modalité de connaissance propre au monde considéré.

Par exemple, dans le **cas 8**, le rappel du principe d'égalité entre les fonctionnaires, et la mobilisation du deuxième alinéa de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983, permettent clairement de donner sens à la situation examinée, « *sans qu'il soit besoin, précise le rapporteur public, d'aller chercher les normes internationales qui prohibent ces pratiques* ». Sans qu'il soit besoin non plus de s'appuyer sur la densité d'une jurisprudence pour asseoir le jugement. Nul besoin de faire appel ici à des situations proches ou comparables ; nul besoin de médiations susceptibles d'orienter la solution. La montée en généralité est directe et verticale, de l'exposé des faits au principe. Le particulier est *pensé* sous le général. Il est *compris* sous le principe. L'opération ne consiste pas tant à explorer la situation qu'à la subsumer sous une règle donnée (ici le principe d'égalité) qui assure son intelligibilité.

Néanmoins, dans certain cas, même si la montée en généralité est directe, elle repose tout de même sur certains préalables résultant d'un examen circonstancié de ses conditions de possibilité. Ainsi, dans le **cas 3**, s'adressant au juge, le rapporteur public rappelle : « *vous n'acceptez de faire jouer le principe d'égalité entre agents publics qu'avec parcimonie, votre jurisprudence étant exigeante sur la condition d'identité de situation qui permet de l'évoquer* ». Et plus loin dans ses conclusions : « *vous n'acceptez de comparer la situation d'agents titulaires que lorsqu'ils relèvent du même corps ou cadre d'emplois* ».

Hypothèse 4 : Appuyée sur les lieux de la qualité et sur l'activation d'une grandeur « inspirée », la mobilisation du principe de non-discrimination appelle une « montée en généralité » indirecte et latérale.

Les conclusions mobilisant le principe de non-discrimination ne procèdent pas à une démarche d'ascension directe vers les *textes*. Au contraire, ces argumentations progressent par l'énumération et le rapprochement de cas considérés comme semblables mais toujours particuliers. Nous pourrions dire ici que la montée en généralité ne s'élabore pas verticalement, sur la base d'un fondement central ou d'un principe fort, mais se déploie horizontalement – ou plutôt *latéralement* – avançant prudemment d'une situation singulière à une autre afin d'explorer toute la complexité de l'affaire examinée.

Ainsi, par exemple, dans le **cas 4** le rapporteur ne fait pas appel à un principe supérieur commun. Son argumentation ne s'envole pas vers un principe abstrait. Elle vise, au contraire, à rendre compte de la particularité et de la complexité du cas. Nous pourrions dire que le processus de dénonciation de la discrimination ne s'appuie pas ici sur une montée en généralité classique. Elle repose, au contraire, sur ce que nous pourrions nommer, avec N. Heinich, une « montée en singularité »²⁶⁸.

Là où les textes existants et les cadres généraux ne suffisent pas à déterminer de façon satisfaisante la situation ou ne s'imposent pas de manière évidente ; mais aussi, là où la généralisation semble disqualifiante (c'est la réduction au général), la « montée en singularité » se construit sur le rapprochement de la situation examinée avec d'autres situations, « différentes » mais « dans le même esprit » pour reprendre les termes du

²⁶⁸ Voir à ce propos N. Heinich, *Ce que l'art fait à la sociologie*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1998 et l'ouvrage de L. Boltanski, *La condition fœtale*, Paris : Gallimard, 2004, p.59.

rapporteur public (allant d'une affaire de discrimination indirecte dans le cas d'un mode de décompte des jours d'absence, en passant par l'accès à un poste de professeur d'EPS à une candidate handicapée, jusqu'à l'examen des missions du service public hospitalier). Ainsi, de situation en situation, de singularité en singularité, les conclusions frayent un chemin vers une décision souhaitable.

Dans le prolongement de ce qui précède, nous pourrions dire que la mobilisation du principe de non-discrimination réclame une sorte d'*ingéniosité* au sens que B. Latour donne à ce terme. Appuyé sur ce principe, le raisonnement ne va pas droit. Il semble, au contraire, reposer sur l'art du courbe. Il est fait de détours et de tâtonnements. Car c'est en effet en s'appuyant sur ce que l'on pourrait nommer une « bibliothèque de cas » que le rapporteur public semble parvenir à rendre progressivement la situation intelligible et jugeable.

Conclusion

Il nous semble indispensable de nuancer ici l'analyse qui précède en soulignant deux éléments :

1/ Si nous défendons l'idée que les mobilisations des principes d'égalité et de non-discrimination reposent sur des raisonnements et des procédés de montée en généralité différents, l'autonomie des hypothèses que nous formulons s'avère problématique dès que l'on examine de près les argumentations des rapporteurs publics. Présentées de façon séparée dans ce document par souci de clarté, ces hypothèses doivent, pour ne pas perdre leur pertinence, être envisagées de façon dialectique. En effet, les argumentations ne se laissent pas forcément réduire à des schémas binaires. Elles combinent parfois des logiques que nous avons distinguées dans notre propos. Ainsi, par exemple, dans le **cas 14**, parce qu'il considère qu'il s'agit d'une « matière nouvelle et délicate », le rapporteur public fait référence, *dans un premier temps de son argumentation*, à d'autres situations. Mais cette comparaison avec d'autres cas vise, *en réalité*, à inviter le juge à dépasser leur prise en compte, à ne pas faire de distinction et à placer l'affaire sous le principe d'égalité. À cet égard, il importe donc de souligner que, dans certains cas, la vérification de nos hypothèses n'est observée que dans les limites de "moments" de raisonnement pouvant être "dialectiquement" renversés dans la suite de l'argumentation.

2/ Les résultats auxquels nous sommes parvenus constituent, au mieux, des pistes d'investigation invitant à tester nos hypothèses sur un échantillon plus important de « conclusions ».

En portant notre attention sur les arguments, les justifications, les procédés de généralisation, les rapprochements et les équivalences mis en œuvre dans les argumentations des rapporteurs publics, il nous semble néanmoins possible de dire que l'égalité recherchée dans la généralité et l'égalité dans la différenciation procèdent de raisonnement différent.

On sait que l'introduction du principe de non-discrimination a opéré deux déplacements importants. S'il est plus restrictif que le principe d'égalité dans sa définition et son périmètre

d'application, il porte également une vision plus pragmatique du principe d'égalité car il se préoccupe de la traduction réelle de la norme d'égalité.

Faisant un pas de plus, il nous semble que la question de la mobilisation des principes d'égalité et de non-discrimination ouvre plus largement sur les procédures d'attribution de qualités à des individus et de grandeurs à des situations. Ces deux principes engagent en effet une qualification différente des personnes, mettant l'accent sur ce qu'elles ont de commun avec d'autres ou, au contraire, d'irréductible... N'est-ce pas dans cette tension entre universalité et singularité, entre général et particulier, que se construit un sens du juste ? N'est-ce pas dans cette tension entre « grandeur civique » et « grandeur inspirée » que s'inscrivent les ressorts présidant aux rappels des principes d'égalité et de non-discrimination ?

PARTIE 1
L'APPREHENSION DU PRINCIPE DE NON
DISCRIMINATION PAR LE JUGE
ADMINISTRATIF

S'interroger sur la prise en compte du principe de non-discrimination par le juge administratif supposait : de connaître les critères inscrits dans les textes susceptibles de faire contentieux dans son prétoire. Aussi, une première étape s'imposait, recenser et examiner la jurisprudence du juge administratif et la classer en fonction des discriminations admises ou rejetées (chapitre I), puis déterminer les instruments utilisés par ce juge pour apporter des réponses aux requérants (chapitre 2).

CHAPITRE 1
LES CRITERES DE DISCRIMINATION

**SECTION 1 : LES DISCRIMINATIONS LIEES A L'ORIGINE ETHNIQUE ET A LA
RACE**

Les discriminations fondées sur la race et l'origine ethnique sont expressément interdites par l'article 1^{er} de la Constitution (« *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* »). S'il existe une échelle des discriminations, cette disposition constitutionnelle laisse à penser que les distinctions fondées sur la race et l'origine ethnique constituent les discriminations les plus inadmissibles aux yeux de l'ordre juridique français et qu'elles seront comme telles, systématiquement sanctionnées par le juge.

En ce sens, on notera que la provocation à la discrimination raciale constitue une atteinte à l'ordre public. Le Conseil d'Etat l'a encore rappelé à l'occasion de l'affaire *Dieudonné*²⁶⁹.

Une discrimination fondée sur la race est constitutive également d'un traitement dégradant ou humiliant contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, comme l'indiquent de nombreuses décisions des juridictions administratives. Dans le contentieux des étrangers, l'appartenance à un groupe ethnique est ainsi prise en compte par le juge administratif quand elle expose l'étranger sous le coup d'une obligation de quitter le territoire français à des traitements dégradants et humiliants dans son pays d'origine. Certes, le fait pour l'étranger de démontrer que l'ethnie à laquelle il appartient est l'objet de discriminations n'est pas suffisant, l'étranger doit encore prouver qu'il risque de subir ces traitements à titre personnel. Ainsi, « *si l'appartenance à un groupe ethnique peut comporter, pour ceux qui en font partie, des risques de se voir exposer à des peines ou traitements inhumains ou dégradants au sens de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il incombe néanmoins à celui qui s'en prévaut d'établir qu'il peut y être personnellement exposé ; que la cour a pu, sans erreur de qualification juridique des faits, juger que la seule appartenance de M. Ba au groupe des maures noirs, quand bien même ceux-ci feraient l'objet d'une domination et de discriminations en Mauritanie, n'était pas de nature à établir qu'il aurait risqué de subir, à titre personnel, en 2010, de tels peines ou traitements* »²⁷⁰. Les allégations quant au risque encouru sont en outre appréciées de façon rigoureuse par le juge administratif. Par exemple, dans un arrêt du 11 décembre 2002 à propos d'une reconduite à la frontière, il est jugé « *que si M. Sidy soutient qu'il appartient à l'ethnie Soninké, laquelle est l'objet de discriminations raciales et de déportations de la part des autorités mauritaniennes et qu'il est personnellement recherché pour son opposition au régime, l'intéressé à qui d'ailleurs l'office français de protection des réfugiés et apatrides a refusé de reconnaître la qualité de réfugié par deux décisions (...), confirmées par la commission des recours des réfugiés (...), n'assortit pas ses allégations de justifications suffisamment probantes relatives aux risques que lui ferait courir le retour dans son pays d'origine ; que par suite le moyen tiré de ce que*

²⁶⁹ C.E., ord., 10 janvier 2014, req. n° 374528, *Dieudonné*.

²⁷⁰ C.E., 29 avril 2013, req. n° 356323, *M. Ba*.

la décision litigieuse méconnaît les stipulations de l'article 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit être écarté »²⁷¹.

Mais cette réserve mise à part, on pense que le juge administratif sera d'autant plus enclin à sanctionner les discriminations ethniques et raciales qu'elles sont expressément prohibées par la Constitution. Dans son rapport public de 1996 sur le principe d'égalité, le Conseil d'Etat soulignait ainsi que le juge administratif avait toujours sanctionné de telles discriminations, qu'elles soient négatives ou positives²⁷². Citant Rivéro, le rapport en concluait que « *le droit public français 's'attache à la généralité de la règle là où la personne est en cause'* alors que *'il s'adapte au concret là où il se trouve en présence des hommes face à leurs travaux et à leurs peines'* ». La jurisprudence ultérieure ne montre pas d'évolutions notables sur ce point. Elle n'est d'ailleurs pas plus abondante que celle que le Conseil d'Etat avait mentionnée en 1996, et ce, sans doute pour la même raison : le respect par les autorités publiques des interdictions posées par l'article 1^{er} de la Constitution.

I. Sur quels fondements juridiques le juge administratif censure-t-il une discrimination raciale et/ou ethnique ?

Sur le fondement de l'article 1^{er} de la Constitution, le Conseil d'Etat annule la circulaire du ministre de l'Intérieur du 5 août 2010 qui, conformément à l'objectif fixé par le Président de la République, prescrit aux préfets d'engager une démarche systématique de démantèlement des camps illicites, « *en priorité ceux des Roms* »²⁷³ : « *Considérant qu'aux termes de l'article 1er de la Constitution : 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 (...); Considérant qu'il résulte de ses termes mêmes que la circulaire du 5 août 2010 vise, par des dispositions impératives à caractère général, à faire évacuer de manière prioritaire les campements illicites de Roms ; que si le ministre soutient qu'elle [la circulaire] a été édictée dans le but d'assurer le respect du droit de propriété et de prévenir les atteintes à la salubrité, la sécurité et la tranquillité publiques, cette circonstance ne l'autorisait pas à mettre en œuvre, en méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, une politique d'évacuation des campements illicites désignant spécialement certains de leurs occupants en raison de leur l'origine ethnique* ». C'est à « l'égalité devant la loi de tous les citoyens », « sans distinction d'origine, de race ou de religion » que le juge se réfère. En revanche, le terme « discrimination » n'est pas employé. On notera aussi la référence aux caractères « indivisible, laïque, démocratique et sociale » de la République, rappelant que l'interdiction des distinctions d'origine, de race ou de religion est intimement liée à ces principes fondamentaux et qu'elle constitue avec eux le socle de la République. Dans cette affaire, l'association requérante avait invoqué d'autres fondements (outre la Constitution et la

²⁷¹ C.E., 11 décembre 2002, req. n° 241178.

²⁷² Conseil d'Etat, *Rapport public sur le principe d'égalité*, Etudes et documents, n° 48, La documentation française, 1997, p. 40.

²⁷³ C.E., 7 avril 2011, req. n° 343387, Association SOS racisme - Touche pas à mon pote.

Déclaration des droits de l'Homme de 1789, la Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne et la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations) mais le rapporteur public, tout en admettant que la discrimination ethnique est prohibée tant par le droit national que par le droit conventionnel, relève que la référence au seul article 1^{er} de la Constitution suffit. Il est suivi par le Conseil d'Etat.

C'est aussi en se référant au principe constitutionnel d'égalité que le Conseil d'Etat transmet au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par Messieurs Opra et Balta contre la loi du 5 juillet 2000 sur le stationnement des gens du voyage²⁷⁴. Dans cette affaire, les requérants invoquaient, outre la liberté d'aller et de venir, une atteinte au principe d'égalité reposant sur des considérations ethniques en se fondant sur l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'Homme (« *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit* ») et sur l'article 1^{er} de la Constitution. Ce moyen retient l'attention du rapporteur public, J-Ph.Thiéllay, lequel n'hésite pas à souligner que : « *le champ d'application de la loi est clairement 'ethnique', ce que la Constitution semble interdire avec force* ». Le Conseil d'Etat transmet en jugeant que « *le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 9 et, (...) de l'article 9-1 [de la loi du 5 juillet 2000] portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment au principe d'égalité devant la loi, soulève une question présentant un caractère sérieux* ».

Les dispositions constitutionnelles ne sont pas les seules sources de référence du juge administratif. Il semble d'ailleurs que celui-ci privilégie des sources plus précises lorsqu'elles existent. Dans ce cas, il n'est plus fait mention ni de l'article 1^{er} de la Constitution ni de l'article 1^{er} de la Déclaration de 1789.

Ainsi, dans le contentieux de la fonction publique, le juge se réfère à la loi du 13 juillet 1983 sur les droits et obligations des fonctionnaires et au principe général du droit d'égal accès aux emplois publics. En témoigne cet arrêt du Conseil d'Etat du 10 avril 2009 à propos du refus d'admission au concours interne d'officier de la police nationale : « *Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dans sa rédaction résultant de l'article 11 de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations : Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses (ou) de leur origine (...); que s'il n'appartient pas au juge de l'excès de pouvoir de contrôler l'appréciation faite par un jury de la valeur des candidats, il lui appartient en revanche de vérifier que le jury a formé cette appréciation sans méconnaître les normes qui s'imposent à lui; Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, lors de l'entretien d'évaluation qui était au nombre des épreuves d'admission subies par M. B, le jury lui a posé plusieurs questions portant sur son origine et sur ses pratiques confessionnelles ainsi que sur celles de son épouse; que ces questions, dont il n'est pas sérieusement contesté par l'administration qu'elles aient été posées à l'intéressé et qui sont*

²⁷⁴ C.E., 28 mai 2010, req. n° 337840, Balta et Opra.

étrangères aux critères permettant au jury d'apprécier l'aptitude d'un candidat, sont constitutives de l'une des distinctions directes ou indirectes prohibées par l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 et révèlent une méconnaissance du principe d'égal accès aux emplois publics ; que le jury a ainsi entaché d'illégalité sa délibération du 5 octobre 2007 »²⁷⁵.

Qu'en est-il des conventions internationales ? Elles sont souvent invoquées par les requérants mais nous n'avons pas trouvé d'arrêt censurant une discrimination raciale ou ethnique sur le fondement d'une disposition internationale.

Parmi celles qui concernent les discriminations raciales et ethniques, toutes n'ont pas d'ailleurs un effet direct, comme le relève Madame Landais en ce qui concerne les articles 1^{er} et 2 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965²⁷⁶.

S'agissant des dispositions invocables devant le juge administratif, leur apport au principe constitutionnel d'égalité est pourtant relevé par Madame Landais dans ses conclusions sur une affaire jugée par le Conseil d'Etat le 5 mai 2008 à propos des documents à fournir pour la délivrance du passeport électronique²⁷⁷. Les requérants faisaient valoir que l'obligation de produire une copie intégrale d'acte de naissance ou, à défaut d'acte de mariage, était plus ou moins facile à remplir pour certaines catégories de citoyens du fait de leur lieu de naissance. C'est donc l'origine qui était visée. Le traitement étant le même pour tous (l'obligation de produire une copie intégrale de son acte de naissance valant pour tout Français), il ne pouvait y avoir rupture du principe d'égalité au sens de l'article 1^{er} de la Constitution. Le commissaire du gouvernement invitait donc le juge à se placer sur un autre terrain que celui du droit interne, lequel, le rappelait-il « *se satisfait de la généralité de la norme* ». Les requérants invoquaient d'ailleurs le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention européenne des droits de l'homme, et plus précisément les dispositions sur la prohibition des discriminations (articles 26 du Pacte et 14 de la Convention), combinées avec la liberté d'aller et venir (articles 12 du Pacte et 2 du quatrième protocole additionnel à la Convention). Invoquer ces dispositions internationales présentait en effet un intérêt pour les requérants qui dénonçaient en l'espèce des discriminations indirectes. Les deux conventions vont retenir, pour cette raison, l'attention du commissaire du gouvernement : « *Le principe de non-discrimination résultant de l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme emporte interdiction non seulement des discriminations directes, comme notre principe d'égalité, mais également des discriminations indirectes, c'est-à-dire celles qui, sous couvert d'un traitement égalitaire, reviennent en réalité à défavoriser dans les faits telle ou telle catégorie de personnes. En clair, la Cour européenne des droits de l'homme exige non seulement que des personnes dans la même situation ne soient pas traitées différemment mais également que des personnes placées dans des situations différentes bénéficient de traitements différenciés. (...) Il nous semble que cette interprétation extensive du principe de*

²⁷⁵ C.E., 10 avril 2009, req. n° 311888, *El Haddioui*, A.J.D.A., 2009, p. 1386.

²⁷⁶ C. Landais, conclusions sur C.E, 5 mai 2008, req. n° 293934, *Mme Koubi* et req. n° 294056, *GISTI*.

²⁷⁷ C.E., 5 mai 2008, req. n° 293934, *Mme Koubi* et req. n° 294056, *GISTI*.

non-discrimination doit également prévaloir pour l'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ».

L'existence d'une discrimination dans la liberté d'aller et venir est finalement écartée par le commissaire du gouvernement qui, tout en admettant que « *l'exigence de production d'une copie intégrale d'acte de naissance ou, à défaut, d'acte de mariage, est (...) certainement plus difficile à satisfaire pour certains Français* », considère qu' « *elle ne fait pas peser sur ces derniers l'obligation de remplir une formalité impossible* ». Le Conseil d'Etat va d'ailleurs se placer sur le terrain de la liberté d'aller et de venir et non sur celui du traitement discriminatoire entre Français selon leur origine.

Ce n'est pas le seul arrêt dans lequel la question des discriminations commises à l'encontre d'une personne à raison de la race ou de l'origine ethnique est mise de côté au profit d'autres moyens ou d'autres discriminations. Pour contester le refus par un maire d'accueillir un enfant dans une classe de la commune, la mère de cet enfant faisait valoir que la mesure était discriminatoire car fondée en réalité sur sa nationalité bulgare, son origine rom et ses conditions d'hébergement en résidence hôtelière²⁷⁸. Le juge ne retient que ce dernier critère pour annuler le refus du maire sans faire référence à l'origine de la requérante. Les décisions juridictionnelles sont néanmoins trop peu nombreuses pour que l'on puisse en conclure que lorsque différents arguments sont invoqués, le juge préfère retenir ceux qui ne se rapportent pas à la prohibition des discriminations raciales ou ethniques.

II. Comment le juge administratif interprète-t-il l'interdiction des distinctions fondées sur la race et l'origine ethnique ?

On l'a vu, le rapport public de 1996 insiste sur la sanction, par le juge administratif, des discriminations négatives et positives lorsqu'elles sont fondées sur des critères interdits par la Constitution. Cette position a été remise en cause dans deux arrêts postérieurs au rapport²⁷⁹. Etaient en cause des mesures réparatrices en faveur des orphelins des victimes des persécutions antisémites pendant l'occupation. Dans ces affaires, les requérants, orphelins de résistants, invoquaient des « discriminations à rebours » reposant sur des critères expressément prohibés par la Constitution. Ce moyen est écarté par le Conseil d'Etat. Ainsi, dans l'arrêt *Pelletier*, il est jugé que le décret a pu, sans méconnaître « *ni le principe constitutionnel d'égalité, ni la prohibition des discriminations fondées sur la race...* », instaurer de telles mesures au profit des seuls orphelins des victimes de persécutions antisémites. C'est donc à une interprétation nouvelle de la prohibition des discriminations raciales et ethniques que se livre le Conseil d'Etat : ce que la Constitution interdit, c'est la discrimination négative uniquement. Comme le relève le rapporteur public dans ses conclusions sur l'affaire *Bidalou* : « *vous avez écarté [dans l'arrêt Pelletier] le moyen tiré de ce que le recours à ce critère [racial] - serait contraire par nature au principe de non-discrimination* ». Cette interprétation permet au juge de passer à l'étape suivante qui consiste

²⁷⁸ T.A. de Cergy-Pontoise, 15 novembre 2013, req. n° 1101769.

²⁷⁹ C.E., Ass., 6 avril 2001, req. n° 224945, *M. Pelletier et autres* et 6 juin 2001, req. n° 214205, *M. Bidalou*.

à vérifier que les personnes se trouvent bien dans des situations différentes. C'est le caractère d'« *extermination systématique* » caractérisant les persécutions antisémites qui le conduit en fin de compte à considérer que les mineurs dont un parent a été déporté dans ce cadre sont « *placés dans une situation différente de celle des orphelins des victimes des autres déportations criminelles pratiquées pendant la même période* ».

Ces deux arrêts sont néanmoins isolés. En dehors de ces cas, le discours du juge reste prudent et fidèle aux considérations générales sur le principe d'égalité du rapport précité même lorsque des discriminations positives sont reconnues par le législateur ou le pouvoir réglementaire.

Ainsi, lorsqu'un décret du 5 juillet 2007 crée les fonctions de délégué interministériel pour l'égalité des chances des Français d'outre-mer, celui-ci étant chargé de prévenir les difficultés rencontrées par les Français d'outre-mer en métropole, d'apporter son concours au Gouvernement pour faciliter l'accès des Français d'outre-mer au travail, au logement et aux services bancaires et de contribuer au renforcement des liens des Français d'outre-mer avec leur collectivité d'origine, le Conseil d'Etat expédie dans un considérant sommaire le moyen tiré de ce que le décret a été pris en méconnaissance du principe d'égalité garanti par l'article 1^{er} de la Constitution. Il considère en effet que « *le moyen n'est pas assorti de précisions suffisantes pour en apprécier le bien-fondé* »²⁸⁰. Dans les conclusions du commissaire du gouvernement, l'accent est pourtant mis sur l'objectif de promotion de « *l'égalité de traitement entre les Français originaires de métropole et ceux originaires de l'outre-mer* » qui sous-tend le décret. Ainsi, « *A supposer que le fait de "cibler" plus particulièrement une catégorie de Français puisse être regardée comme une mesure discriminatoire, les Français de métropole et ceux d'outre-mer ne sont pas placés dans une situation identique et, au surplus, la lutte contre les discriminations répond à un objectif d'intérêt général* ». Cette affirmation peut interpeler. On peut y voir un écho aux arrêts *Pelletier* et *Bidalou*. Le juge, cette fois-ci, s'est gardé d'entrer dans de telles considérations même si, en jugeant que la requête n'était pas suffisamment précise pour en apprécier le bien-fondé, il a entériné implicitement la distinction entre Français originaires de métropole et Français originaires de l'outre-mer.

Dans d'autres affaires, la dimension ethnique de la discrimination contestée par les requérants est occultée par le juge qui met en avant un autre critère de distinction, non prohibé par la Constitution.

Ainsi dans la jurisprudence sur l'accès à l'emploi dans les territoires d'outre-mer, il est fait référence au critère de la résidence et non aux critères ethniques et raciaux pour justifier des discriminations favorables à une partie de la population. En application de l'article 74 al. 10 de la Constitution, la loi organique n° 2004-192 portant statut d'autonomie de la Polynésie française du 27 février 2004 détermine les conditions dans lesquelles cette collectivité d'outre-mer peut prendre des mesures « justifiées par les nécessités locales » en faveur de sa

²⁸⁰ C.E., 7 août 2008, req. n° 309064, *Michel Rémy*.

population en matière d'accès à l'emploi. Aux termes de l'article 18 de cette loi organique, « *La Polynésie française peut prendre des mesures favorisant l'accès aux emplois salariés du secteur privé au bénéfice des personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence sur son territoire ou des personnes justifiant d'une durée suffisante de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité avec ces dernières (...)* Les conditions d'application du présent article sont prévues par des actes prévus à l'article 140 dénommés lois du pays ». Ces conditions ont été fixées par la loi du pays n° 009-8 LP du 19 mai 2009 relative à la protection de l'emploi local dans le secteur privé dont le Conseil d'Etat a été saisi par plusieurs requérants : une société gérant le travail temporaire en Polynésie, la Fédération générale du commerce et un employeur. Aux termes de l'article 1^{er} de la loi du pays, les résidents de Polynésie française sont « *les personnes qui justifient d'une durée de résidence de cinq ans en Polynésie française ou les personnes qui justifient d'une durée de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité de deux ans avec ces dernières* ». Entre autres arguments, les requérants faisaient valoir à l'encontre de cette disposition une erreur manifeste d'appréciation en tant qu'elle excluait du dispositif en cause les enfants, nés d'au moins un parent polynésien, qui ne rempliraient pas ces conditions. Cet argument ne retient pas l'attention du Conseil d'Etat, lequel finit par juger que la loi du pays est illégale, mais pour d'autres motifs. De même, ce moyen avait été écarté par le rapporteur public en se référant à la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi organique du 27 février 2004²⁸¹. « *Il résulte expressément de [cette] décision que la population en faveur de laquelle des mesures discriminatoires peuvent être prises 'ne peut être définie **que**²⁸² comme regroupant les personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence dans la collectivité concernée* ». Le commentaire de cette décision aux cahiers n°16 précise par ailleurs sur ce point, à juste titre, que toute autre conception de la population, faisant intervenir des caractéristiques ethniques (appréhendées par exemple par le lieu de naissance d'un parent), serait contraire à la Constitution et à la déclaration de 1789 ». Le critère, en conclut-il, est « *légalement fondé sur la durée de résidence* ». Il faut comprendre : un critère non prohibé par la Constitution, à l'inverse de l'origine.

L'origine, mise en avant par les requérants pour contester une différence de traitement, est également occultée par le juge dans plusieurs décisions sur la situation des fonctionnaires de l'Etat à Mayotte. En décidant que le décret du 26 novembre 1996 ne s'appliquerait pas « *aux personnels dont le centre des intérêts moraux et matériels se situe dans la collectivité de Mayotte* », le Gouvernement réservait un cas particulier à ces fonctionnaires. Il a été jugé néanmoins que « *le Gouvernement [avait] pu légalement, eu égard à la spécificité des conditions de service à Mayotte et aux exigences du bon fonctionnement des services publics et sans instaurer entre les fonctionnaires concernés des discriminations en fonction de leur origine, limiter la durée d'affectation à Mayotte des fonctionnaires visés à l'article 1^{er} dudit décret, tout en excluant du champ d'application de cette limitation notamment ceux dont le centre des intérêts matériels et moraux se situe dans le territoire où ils exercent leurs fonctions et qui, pour cette raison, ne bénéficient pas des avantages accordés aux autres*

²⁸¹ Conclusions de Julie Burguburu.

²⁸² Le mot est souligné.

fonctionnaires affectés outre-mer ; que par suite, l'association requérante n'est pas fondée à soutenir que cette limitation (...) serait intervenue en méconnaissance du principe d'égalité »²⁸³. Comme cela ressort plus explicitement des conclusions du commissaire du gouvernement, Marie-Hélène Mitjavile, « *Les fonctionnaires en cause se trouvent dans une situation différente selon qu'ils ont ou non à Mayotte le centre de leurs intérêts matériels et moraux* ». Les différences de traitement ne sont pas injustifiées dès lors qu'elles reposent sur un critère de distinction non prohibé par la Constitution.

Comme ces décisions juridictionnelles, la jurisprudence sur les gens du voyage témoigne des réticences profondes du juge administratif à admettre des catégories de personnes constituées en fonction de critères ethniques. La catégorie de « gens du voyage » ne fait référence à aucune ethnie, est-il rappelé dans plusieurs décisions.

Le juge administratif s'abrite ici derrière la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le statut des gens du voyage, la première décision QPC du Conseil constitutionnel à propos du statut des gens du voyage²⁸⁴ étant mentionnée dans les visas des décisions du juge administratif. On l'a vu précédemment, c'est le Conseil d'Etat qui a transmis cette QPC sur la loi du 5 juillet 2000 relative au stationnement des gens du voyage sur des aires spécialement aménagées pour eux. Les requérants faisaient valoir que les dispositions de la loi ne s'appliquaient qu'aux gens du voyage, définis à l'article 1^{er} comme ceux dont « *l'habitat traditionnel est constitué de résidences mobiles* ». Cette notion d'habitat traditionnel, en distinguant les gens du voyage de ceux, qui par choix ou par nécessité, et non par tradition ancestrale, décident de vivre dans de tels lieux, renvoyait, selon les requérants, à des groupes ethniques bien identifiés. Dans le même sens, le rapporteur public soulignait, en se référant à la HALDE, que la législation sur les gens du voyage imposait des obligations à « *un groupe identifié par son mode de vie et ses traditions* ». Le Conseil constitutionnel en a jugé autrement, estimant que le traitement différent qui est réservé aux gens du voyage était « *[fondé] sur une différence de situation entre les personnes, quelles que soient leurs origines, dont l'habitat est constitué de résidences mobiles et qui ont choisi un mode de vie itinérant et celles qui vivent de manière sédentaire* ». Dès lors, la législation n'institue aucune « *discrimination fondée sur une origine ethnique* »²⁸⁵. Les gens du voyage sont identifiés par le Conseil constitutionnel comme des personnes « *dont l'habitat est constitué de résidences mobiles et qui ont choisi un mode de vie itinérant* », quelle que soit leur origine, et donc en dehors de tout critère ethnique.

Les formulations du Conseil constitutionnel sont reprises mot pour mot par le juge administratif, comme en témoignent plusieurs arrêts des cours administratives d'appel. Il est ainsi jugé que « *le législateur, en instaurant des dispositions applicables aux personnes dites gens du voyage... dont l'habitat traditionnel est constitué de résidences mobiles, a entendu*

²⁸³ C.E., 17 novembre 2006, req. n° 272640, *Association des fonctionnaires de Mayotte*. La formule est celle d'un arrêt du Conseil d'Etat du 16 février 2000, *Moschetto*, à propos d'un décret n° 96-1026 du 26 novembre 1996 limitant la durée de l'affectation des professeurs agrégés exerçant leurs fonctions dans les établissements universitaires des territoires d'outre-mer.

²⁸⁴ C.C., Décision n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010.

²⁸⁵ *Ibid.* Dans le même sens, décision QPC du 30 septembre 2011 et décision n° 2012-279-QPC du 5 octobre 2012.

tenir compte de la différence de situation entre les personnes, quelles que soient leurs origines²⁸⁶, dont l'habitat est constitué de résidences mobiles et qui ont choisi un mode de vie itinérant et celles qui vivent de manière sédentaire ; qu'il s'est ainsi fondé sur un critère objectif et rationnel en rapport avec le but que s'est fixé la loi de prévoir l'accueil des gens du voyage dans des conditions compatibles avec l'ordre public et les droits des tiers ; qu'il n'a institué aucune discrimination fondée sur une origine ethnique ; que, dès lors, le requérant ne peut soutenir que, dans l'exercice de la liberté de circulation, les dispositions législatives méconnaîtraient le principe de non-discrimination garanti par les stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »²⁸⁷.

C'est là probablement un discours assez éloigné de la réalité mais qui permet au juge de réaffirmer son attachement à une conception de l'égalité interdisant toute distinction de race et d'origine ethnique, en faveur ou non d'une partie de la population.

²⁸⁶ Nous soulignons.

²⁸⁷ C.A.A. de Lyon, 24 novembre 2011, req. n° 10LY01887.

**SECTION 2 : LE PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION FONDE SUR L'AGE
DANS LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE**

Le principe de non-discrimination fondée sur l'âge irrigue de façon impressionnante le droit positif depuis une dizaine d'années avec un arsenal juridique très divers et une jurisprudence tant communautaire que nationale abondante.

L'article 21 de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre ce principe, confirmant ainsi la position de la Cour de justice de l'Union européenne qui l'a érigé, par son arrêt *Mangold*, en principe général du droit de l'Union en 2005²⁸⁸. Sa jurisprudence postérieure a toujours validé ce positionnement. D'autres dispositions de l'ordre juridique communautaire consacrent également la relation entre la non-discrimination et l'âge, ainsi en est-il de l'article 10 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne selon lequel, « dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union cherche 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 ».

L'article 2 du Traité sur l'Union européenne demeure, pour sa part, moins précis en indiquant que la non-discrimination est une valeur de l'Union. Bien évidemment, le droit de l'Union reconnaît également le principe d'égalité mais lui adjoint le qualificatif d'égalité de traitement en lui donnant une nature transversale (article 10 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne). En termes de droit dérivé, la directive du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail complète les dispositions générales des traités.

La jurisprudence administrative s'inscrit dans le sillage du droit de l'Union avec un certain nombre d'arrêts, qui, depuis quelques années, s'inspirent fortement du droit de l'Union à deux égards :

- Soit en utilisant directement le droit de l'Union
 - o Dans ses affaires du 4 avril 2014 : le Conseil d'Etat examine la conventionalité d'un décret pris sur la base d'une loi au regard de la directive n° 2000/78/CE²⁸⁹ ;
 - o Dans une affaire de 2011 concernant le RSA, le juge semble se référer directement à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux²⁹⁰.
- Soit en utilisant le syllogisme juridique du droit de l'Union : dans ce cadre, l'étude de l'utilisation du critère de l'âge permet de comprendre comment le droit de

²⁸⁸ C.J.C.E., 22 novembre 2005, *Mangold c/ Helm*, aff. C-144/04, *Rec.*, 2005, p. I-09981.

²⁸⁹ C.E., 4 avril 2014, req. n° 362785, 362788, 362806, 362811, 362813, 362815, 362817, 362819, 362821, *Ministre de l'écologie, de l'énergie et du développement durable c. M. Lamblois*.

²⁹⁰ C.E., 27 octobre 2011, req. n° 343943, 343973 et 343974, *CFDT et a., A.J.D.A.*, 2011, p. 2098.

l'Union modifie le fonctionnement du principe d'égalité en l'associant avec celui de non-discrimination. Une caractéristique de cette nouvelle approche réside dans l'affirmation du principe de proportionnalité. La logique communautaire repose, en effet, sur son propre syllogisme, qui irrigue l'ensemble des droits nationaux avec un mécanisme en trois temps :

- l'existence d'une discrimination ;
- la recherche d'un objectif légitime qualifié d'exigence professionnelle ;
- la nécessité d'une proportionnalité entre l'exigence professionnelle et les moyens mis en œuvre créant une discrimination.

Le critère de l'âge, contrairement à d'autres types de discrimination, présente certaines particularités expliquant son régime juridique défini sur le plan communautaire et repris au niveau étatique, notamment dans la jurisprudence administrative. Le critère de l'âge, dans sa relation avec d'éventuelles discriminations repose cependant sur une ambiguïté profonde liée à sa nature. Ce critère s'avère, en effet, paradoxal, car il est porteur de significations ambivalentes : sagesse / enthousiasme ; baisse des performances / inexpérience. L'âge affecte différemment les individus au cours du cycle de la vie. Dès lors, l'approche juridique s'intéresse à tous les âges de la vie, tant concernant des jeunes entrant dans la vie active²⁹¹ que les seniors. La Cour de justice a, par exemple, condamné l'Autriche pour une règle excluant du classement salarial l'expérience professionnelle acquise avant l'âge de 18 ans²⁹² dans le cadre de sa décision *Hütter* de 2008. Dans une autre affaire de 2010, le droit de l'Union s'oppose à une réglementation du travail, qui ne prend pas en compte les périodes de travail accomplies par le salarié avant qu'il ait atteint l'âge de 25 ans pour le calcul du délai de préavis de licenciement²⁹³.

Aussi, c'est à l'aune de cette jurisprudence communautaire abondante que le juge administratif fixe la sienne. Il n'hésite pas, dans la rédaction de ses arrêts, à reprendre la formulation communautaire et à citer des décisions de la Cour de justice. L'étude de sa jurisprudence révèle, plus précisément deux aspects :

- d'une part, l'utilisation du raisonnement communautaire avec l'interdiction des discriminations non-justifiées et non proportionnées fondées sur l'âge (I) ;
-
- d'autre part, la faiblesse intrinsèque du principe de non-discrimination fondée sur l'âge (II).

²⁹¹ Notons sur ce point que si des mesures assouplissant le droit du travail ou l'entravant afin de faciliter l'entrée des plus jeunes sur le marché du travail, certaines limites doivent être posées pour ne pas aboutir à la remise en cause du droit du travail. Comité européen des droits sociaux, 12 mai 2012, *GENOP-DEI et ADEY c/ Grèce*, réclamation n° 66/2011 : violation du préambule de la Charte sociale de 1961 pour des discriminations positives trop fortes en faveur des jeunes en Grèce en autorisant une réduction importante du salaire minimum et les mesures sont appliquées uniformément.

²⁹² C.J.C.E., 18 juin 2009, *David Hütter c. Technische Universität Graz*, aff. C-88/08, *Rec.*, 2009, p. I-05325.

²⁹³ C.J.U.E., 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, aff. C-555/07, *Rec.*, 2010, I-00365.

I. L'interdiction des discriminations non justifiées et non proportionnées fondées sur l'âge

Le juge administratif reprend le raisonnement communautaire et ne censure les discriminations fondées sur l'âge, qu'à la condition qu'elles ne soient pas justifiées et proportionnées (A). Ce faisant, son syllogisme juridique ainsi que la rédaction de ses arrêts s'en trouvent modifiés, une place particulière est désormais réservée aux justifications des discriminations et à leur proportionnalité (B).

A. La censure des discriminations directes non justifiées

La mise en place d'une telle interdiction ne peut être comprise qu'en raison de l'émergence du critère de l'âge dans la sphère juridique (1), expliquant sa censure lors de son utilisation sans motif (2).

1. L'émergence du critère de l'âge

L'âge constitue une caractéristique de l'être humain saisie par le droit. Ce critère, utilisé à diverses reprises pour fixer l'accès à des droits ou régler des situations inextricables en droit électoral²⁹⁴, devient également un élément de régulation de la vie sociale et notamment de la vie professionnelle en raison du vieillissement de la société ou encore du difficile accès des plus jeunes au marché du travail. Les juges sont donc amenés à se prononcer sur d'éventuelles discriminations. A titre d'exemple, le juge constitutionnel a censuré l'âge d'éligibilité des eurodéputés fixée par une loi organique à 18 ans pour les ressortissants des autres Etats membres vivant en France alors qu'elle était fixée à 23 ans pour les Français. Le Conseil constitutionnel en 2000 a estimé, que « *s'il était loisible au législateur de fixer à dix-huit ans l'âge d'éligibilité au Parlement européen, il ne pouvait le faire qu'en traitant également tous les candidats. Dès lors, la discrimination méconnaît le principe d'égalité* »²⁹⁵. La date de cette décision explique un argumentaire fondé principalement sur le principe d'égalité.

L'étude précise de la jurisprudence administrative révèle, en revanche, la transformation des méthodes d'interprétation malgré des réticences dans l'application systématique de la logique communautaire.

Pour bien comprendre cette évolution, il convient de revenir sur quelques affaires plus ou moins anciennes. Dans un jugement du Tribunal administratif de Paris du 17 janvier 1980 à propos d'une commission administrative paritaire étudiant les candidatures au grade d'inspecteur des impôts, le fait d'exclure les candidatures des promus âgés de 50 à 55 ans

²⁹⁴ Par exemple, selon les dispositions de l'article L. 253 du Code électoral, en cas d'égalité de suffrage pour les élections municipales dans les communes de moins de 1 000 habitants, l'élection est acquise au candidat le plus âgé, C.E., 27 février 2015, req. n° 382813, *Elections municipales de Corsica*.

²⁹⁵ C.C., Décision n° 2000-426 DC du 30 mars 2000, cons. 19, *Rec.*, p. 6.

constitue une erreur de droit. Si la notion de discrimination n'est pas abordée, le juge indique que la situation individuelle des titres et des mérites n'a pas été effectuée²⁹⁶.

L'une des premières affaires importante en matière d'âge, avant l'émergence du droit dérivé communautaire, concerne l'introduction d'une limite d'âge fixée à 43 ans pour le remboursement des actes liés à l'assistance médicale à la procréation. Le Conseil d'Etat a censuré cette limite d'âge en indiquant que « *les ministres n'étaient pas compétents pour édicter par le moyen des nomenclatures de telles limitations* ». A aucun moment, la possibilité d'une discrimination fondée sur l'âge n'apparaît dans la rédaction de l'arrêt, bien que cette question soit sous-jacente. Malgré tout, dans les visas de l'arrêt, sont mentionnés le traité sur l'Union européenne et la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ouverte à la signature à New York le 1^{er} mars 1980²⁹⁷.

La formulation des arrêts plus récents illustre cette transformation :

Arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 31 juillet 2014, req. n° 12PA02539, *Mme BERTRAND* :

« la discrimination ainsi créée à l'égard des fonctionnaires territoriaux qui atteignent l'âge de soixante ans sans remplir la condition tenant à la durée de services nécessaire pour obtenir le pourcentage maximal de pension en vigueur constitue une dérogation au principe d'égalité sans rapport avec la norme qui l'établit et qui ne se justifie, en l'état du droit, par aucune considération d'intérêt général »²⁹⁸ ;

Arrêt du Conseil d'Etat du 3 avril 2014, req. n° 355846 :

*« appartient au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction ; que cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu **qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination**, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de **l'égalité de traitement des personnes** »²⁹⁹.*

Cependant, le critère de l'âge irrigue parfois de façon aléatoire la jurisprudence administrative. En effet, le droit de l'Union s'appliquant en fonction des compétences de l'Union, une question liée à l'âge concernant la prestation de compensation du handicap, c'est-à-dire un domaine non couvert par les traités, ne peut pas se voir appliquer les règles

²⁹⁶ T.A. de Paris, 17 janvier 1980.

²⁹⁷ C.E., 27 novembre 2000, req. n° 219375, *Laguette*.

²⁹⁸ C.A.A. de Paris, 31 juillet 2014, req. n° 12PA02539, *Mme Bertrand*.

²⁹⁹ C.E., 3 avril 2014, req. n° 355846, *Tanon*.

communautaires en matière de non-discrimination. Pour le juge administratif dans son arrêt du 4 juillet 2012,

« les principes généraux du droit de l'Union européenne ne trouvent à s'appliquer dans l'ordre juridique national que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit de l'Union européenne ; que le moyen tiré de la violation du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge, en tant que principe général du droit de l'Union européenne, doit donc être écarté dès lors que la prestation de compensation du handicap n'est pas régie par le droit de l'Union »³⁰⁰.

Cet arrêt relatif à la prestation de compensation du handicap est surprenant à la lumière d'un autre rendu à la même époque concernant le RSA. Etait en cause dans cette affaire le décret n° 2010-961 du 25 août 2010 instaurant une différence entre les jeunes de moins de 25 ans un minimum d'activités professionnelles préalables et les jeunes de plus de 25 ans non soumis à cette condition. Dans un arrêt extrêmement détaillé le juge administratif estime successivement qu'il n'y a pas d'atteinte au principe d'égalité ni de non-discrimination fondée sur l'âge prévu par l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux³⁰¹.

2. La censure par le juge administratif des discriminations fondées sur l'âge sans motif

Le juge administratif a également eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur des discriminations fondées sur l'âge sans motif.

Ainsi, est discriminatoire le refus de renouvellement par l'Université de Tours du contrat d'un agent en raison de son âge (61 ans), une personne plus jeune (23 ans) lui ayant été préférée. L'université n'a pas pu apporter des preuves permettant d'écarter la présomption de discrimination³⁰². Par ailleurs, le refus de promotion de l'agent fondé sur l'âge et non sur ses mérites est discriminatoire³⁰³. De même, l'utilisation de l'âge comme critère de sélection à un concours d'accès au grade de directeur de recherche est constitutif d'une discrimination, en l'absence de réglementation faisant appel à ce critère³⁰⁴. La rédaction de cet arrêt du Conseil d'Etat est particulièrement révélatrice en termes de preuve :

« l'appui de ses allégations selon lesquelles elle a été victime d'une discrimination à raison de son âge, Mme POLIAK produit quatre témoignages précis et concordants de membres de cette section, dont trois membres du jury d'admissibilité qui avait siégé le

³⁰⁰ C.E., 4 juillet 2012, req. n° 341533, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*.

³⁰¹ C.E., 27 octobre 2011, req. n° 343974, 343973 et 343943, *CFDT et a.*

³⁰² T.A. d'Orléans, 1^{er} avril 2010, req. n° 0800702, *Gomez*.

³⁰³ T.A. de Toulon, 1^{er} avril 2010.

³⁰⁴ C.E., 7 juillet 2010, req. n° 322636, *Poliak, A.J.D.A.*, 2010, p. 2126 ; *Cah. Cons. const.*, 2011, p. 250, obs. J. Benetti et L. Cluzel-Métayer.

7 avril 2008, faisant état de ce qu'un cadre supérieur de cet établissement public avait mentionné, à l'occasion d'une réunion de la section 36 tenue entre la délibération du jury d'admissibilité et celle du jury d'admission, une « décision » de la direction générale de l'établissement de ne pas promouvoir les personnes de plus de 58 ans dans ce grade ».

Dans un arrêt du 8 décembre 2010 concernant le recrutement de professeurs contractuels dans l'enseignement du second degré, l'article 2 du décret n° 81-535 du 12 mai 1981 prévoyait un âge maximum de 35 ans. Pour le juge,

*« les dispositions contestées du décret litigieux réservent un traitement moins favorable aux personnes qui n'ont pas atteint le seuil d'âge de 35 ans par rapport à celles qui dépassent cet âge ; que, d'une part, **l'application de ce critère peut conduire à traiter de façon différente des personnes qui présentent les titres et les qualifications professionnelles requis par la réglementation** et remplissent par ailleurs les conditions d'aptitude physique, la différence de traitement se fondant exclusivement sur le critère de l'âge respectif de ces personnes ; que, ce faisant, le décret attaqué instaure une **discrimination directe fondée sur l'âge** au sens du b) du paragraphe 2 de l'article 2 de la directive du 27 novembre 2000 »³⁰⁵.*

B. La justification des discriminations

Selon l'approche communautaire, une discrimination fondée sur l'âge peut être validée, à condition qu'elle soit justifiée et proportionnée. Plusieurs catégories de justifications ont été créées par le droit de l'Union et reprises par le juge administratif (1). A cet égard, peu importe la catégorie, le principe de proportionnalité doit s'appliquer (2).

1. Les justifications

Trois justifications prévues par la directive de 2000 sont invocables permettant de justifier des discriminations.

a. Les justifications d'ordre public (article 2§5)

Selon l'article 2 § 5 de la Directive de 2000 sur les discriminations, *« la présente directive ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, 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*

³⁰⁵ C.E., 8 décembre 2010, req. n° 326742, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique (FSGENRP), A.J.D.A., 2011, p. 406.

libertés d'autrui ». Bien souvent, ces justifications d'ordre public ne sont pas invoquées seules mais avec l'appui des exigences professionnelles déterminantes³⁰⁶.

b. *Les exigences professionnelles déterminantes (article 4§1)*

L'article 4§1 de la directive précise que les États « *peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1^{er} [notamment l'âge] 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* ».

Dans cette catégorie peuvent, par exemple, intervenir des questions liées à la sécurité. A partir d'un certain âge, certaines qualités humaines diminuent. La Cour de justice de l'Union européenne a, sur ce point, développé un certain nombre d'indications qui peuvent être reprises par le juge administratif. Ainsi, dans des arrêts *Reinhard Prigge*³⁰⁷ et *Wolf*³⁰⁸, à propos de pilotes de ligne et de pompiers du service technique intermédiaire, le juge de l'Union a considéré que ces professions nécessitaient des capacités physiques qui déclinaient avec l'âge d'où l'existence d'objectifs légitimes justifiant une discrimination fondée sur l'âge.

Bien évidemment, il ne suffit pas de se référer de façon incantatoire à cette catégorie pour constater une dérogation justifiée.

Par exemple, concernant l'existence d'une limite d'âge pour passer le concours interne de l'agrégation en droit, le juge relève que l'existence d'une condition d'âge est « *de nature à empêcher la promotion des maîtres de conférence plus âgés* ». Aussi, « *la discrimination litigieuse ne répond [...] pas à une exigence professionnelle essentielle et déterminante ; qu'il en résulte que la condition d'âge figurant à l'article 49-2 du décret du 6 juin 1984 méconnaît les dispositions précitées de l'article 2 de la loi du 27 mai 2008 et que la décision de rejet de la candidature de M.B..., qui n'est fondée que sur ce motif, est illégale ; que l'intéressé est par suite fondé à demander l'annulation de cette décision* »³⁰⁹.

³⁰⁶ C.J.U.E., 12 janvier 2010, *Dominica Petersen c. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk*, C-341/08, Y. Bot, ccls., *Rec.*, 2010, p. I-00047 ; C.J.U.E., 13 septembre 2011, *Reinhard Prigge et autres c. Deutsche Lufthansa AG*, aff. C-447/09, P. Cruz Villalon, ccls., *Rec.*, 2011, p. I-08003 ; A.J.D.A., 2011, p. 2339.

³⁰⁷ C.J.U.E., 13 septembre 2011, *Reinhard Prigge et autres c. Deutsche Lufthansa AG*, aff. C-447/09, *op. cit.*

³⁰⁸ C.J.U.E., 12 janvier 2010, *Colin Wolf c. Stadt Frankfurt am Main*, aff. C-229/08, *Rec.*, 2010, p. I-00001, Y. Bot, ccls., note L. Driguez, *Europe*, n° 3, mars 2010, comm. n° 16, p. 25. La Cour ne s'oppose pas à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui fixe à 30 ans l'âge maximal pour le recrutement dans le cadre d'emploi du service technique intermédiaire des pompiers.

³⁰⁹ C.E., 26 janvier 2015, req. n° 373746, *Slama*.

c. *Les objectifs légitimes (article 6)*

L'article 6 de la directive 2000 pose, cette fois, des dérogations propres à l'âge concernant des « *objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle* ». Dans ce cas, des différences d'âge sont admises, qui peuvent comprendre :

- 1) 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 ;
- 2) 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 ;
- 3) 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 ».

Dans son arrêt *Mangold* de 2005³¹⁰, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que l'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage, dans la mesure où ces derniers se heurtent à des difficultés importantes pour retrouver un emploi s'affirme comme un objectif légitime (point 59 et 60). Malgré tout, la mesure n'était pas proportionnée.

Dans la décision *Palacios de la Villa* du 16 octobre 2007³¹¹, la Cour a estimé qu'une convention collective espagnole prévoyant la mise à la retraite des salariés ayant atteint l'âge de 65 ans n'est pas contraire au principe de non-discrimination à raison de l'âge. Les partenaires sociaux espagnols poursuivaient en effet des objectifs de politique de l'emploi et du marché du travail tels que mentionnés à l'article 6 de la directive 2000/78/CE³¹².

Le juge administratif s'inspire de cette jurisprudence sur deux points :

i – La question de l'âge minimum pour entrer dans la fonction publique

La modification de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 par l'article 11 de la loi du 16 novembre 2001 prohibe les distinctions entre fonctionnaires en fonction de l'âge. Mais, ce principe n'interdit pas l'établissement de conditions d'âge pour le recrutement dans le but de permettre le déroulement de la carrière des agents concernés. Ainsi, en a décidé le Conseil d'Etat dans un arrêt du 1^{er} mars 2006³¹³ :

³¹⁰ C.J.C.E., 22 novembre 2005, *Mangold c/ Helm*, aff. n° C-144/04.

³¹¹ C.J.C.E., 16 octobre 2007, *Felix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, aff. C-411/05, JAN (M.), ccls., *Rec.*, 2007, p. I-8531.

³¹² C.J.C.E., 12 octobre 2010, *Gisela Rosenblatt c. Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*, aff. C-45/09, *Rec.*, 2010, p. I-09391.

³¹³ C.E., 1^{er} mars 2006, req. n° 268130, Syndicat parisien des administrations centrales économiques et financiers, Dr.adm., n° 5, mai 2006, comm. n° 78.

« qu'en vertu de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dans sa rédaction résultant de la loi du 16 novembre 2001, relative à la lutte contre les discriminations : « (...) Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison (...) de leur âge, (...). / Toutefois (...) des conditions d'âge peuvent être fixées, d'une part, pour le recrutement des fonctionnaires, lorsqu'elles visent à permettre le déroulement de leur carrière, d'autre part, pour la carrière des fonctionnaires, lorsqu'elles résultent des exigences professionnelles, justifiées par l'expérience ou l'ancienneté, requises par les missions qu'ils sont destinés à assurer dans leurs corps, cadre d'emplois ou emploi. » ; que ces dispositions subordonnent la faculté reconnue à l'autorité investie du pouvoir réglementaire de fixer une limite d'âge pour l'accès des fonctionnaires à un concours de la fonction publique à l'objectif de permettre le déroulement de carrière des agents concernés ; Considérant que l'établissement d'un âge limite, pour qu'un agent puisse se porter candidat au concours interne d'accès à l'Ecole nationale d'administration, répond à l'objectif poursuivi par le législateur de permettre le déroulement ultérieur de la carrière des intéressés ; qu'en choisissant de fixer cet âge limite à 35 ans au premier janvier de l'année du concours, l'auteur du décret contesté n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation ».

ii – La question de l'âge maximum pour travailler dans la fonction publique

Dans cette logique, le juge administratif a considéré que l'impossibilité pour un professeur de musique territorial de travailler au-delà de 65 ans constitue un objectif légitime en ce sens que cette mesure promeut *« l'accès à l'emploi par une meilleure distribution de celui-ci entre les générations »*³¹⁴. Ce positionnement a été réitéré à propos de la mise à la retraite d'office des personnels des industries électriques et gazières. Dans cet arrêt, le juge prend la peine malgré tout de préciser que *« des motifs purement individuels qui sont propres à la situation de l'employeur, tels que la réduction des coûts ou l'amélioration de la compétitivité »* ne sont pas recevables³¹⁵.

Le Conseil d'Etat ne manque pas de rappeler que la limite d'âge de 55 ans pour le personnel navigant commercial est justifiée en raison de la *« spécificité des tâches du personnel navigant commercial lorsqu'il travaille en cabine ainsi que des sujétions particulières auxquelles celui-ci est soumis du fait de ses fonctions »*³¹⁶.

³¹⁴ C.E., 22 mai 2013, req. 351183, *Kiss*.

³¹⁵ C.E., 13 mars 2013, req. n° 352393, *Cherence*.

³¹⁶ C.E., 25 avril 2006, req. n° 278105, *Association Avenir Navigant et autres*, A.J.D.A., 2006, p. 906.

2. La proportionnalité

La proportionnalité, selon la conception communautaire, permet de comparer les objectifs recherchés par l'atteinte à la discrimination et la discrimination elle-même, en s'interrogeant sur la possibilité d'atteindre les objectifs définis sans réaliser une discrimination.

La jurisprudence communautaire semble porter une certaine attention à la justification d'une dérogation par plusieurs éléments. Dans l'affaire *Mangold* de 2005, l'atteinte à la discrimination, légitime dans son objectif³¹⁷, est apparue non-proportionnée au juge étant donné qu'elle se fondait seulement sur un seuil d'âge particulier sans autre élément à l'appui. Cette approche a été confirmée dans l'arrêt de 2007 *Palacios*. La Cour de justice prend soin de préciser que « *la réglementation pertinente ne se fonde pas seulement sur un âge déterminé, mais prend également en considération la circonstance que les intéressés bénéficient au terme de leur carrière professionnelle d'une compensation financière au moyen de l'octroi d'une pension de retraite, telle que celle prévue par le régime national en cause au principal, dont le niveau ne saurait être considéré comme déraisonnable* » (point 73).³¹⁸

L'utilisation de la méthode communautaire par le juge administratif s'exprime parfaitement avec l'affaire des ingénieurs de la navigation aérienne avec la limite d'âge fixée à 57 ans applicable à l'ensemble du corps. La Cour administrative d'appel de Marseille, le 17 juillet 2012, avait estimé que l'objectif poursuivi à savoir la sécurité aérienne était légitime. Cependant, la proportionnalité faisait défaut en raison du critère absolu et sans dérogation de la mesure mise en œuvre, à savoir la mise à la retraite, avec l'absence d'obligation de reclassement pesant sur l'administration³¹⁹.

Le Conseil d'Etat a été saisi de cette affaire et il a été amené à s'interroger sur la proportionnalité et la nécessité. Il va retenir la position inverse de celle de la Cour administrative d'appel, en « *considérant que s'il est vrai que les possibilités de reclassement offertes dans le corps des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile sont limitées, celles-ci doivent néanmoins être prises en considération dès lors qu'elles permettent aux ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne de poursuivre, sur leur demande et après examen professionnel, une activité au-delà de la limite d'âge qui leur est applicable* »³²⁰. Cette position interroge à la lumière de l'interprétation menée sur le plan communautaire, qui semble accorder davantage d'attention aux possibilités de reclassement pour admettre que le filtre du principe de proportionnalité est validé.

³¹⁷ « [L]’âge du travailleur concerné pour unique critère d’application d’un contrat de travail à durée déterminée ».

³¹⁸ Op.cit.

³¹⁹ C.A.A. de Marseille, 17 juillet 2012, req. n° 10MA04633, *Dufilh, A.J.D.A.*, 2012, pp. 2304 et 2450.

³²⁰ C.E., 4 avril 2014, req. n° 362785, 362788, 362806, 362811, 362813, 362815, 362817, 362819, 362821, *Ministre de l’écologie, de l’énergie et du développement durable c. M. Lamblois*.

La jurisprudence administrative ne révèle pas les discriminations indirectes subies en raison de l'âge et dénoncées régulièrement par la HALDE, d'autant plus que certaines se conjuguent à d'autres critères, parfois le sexe.

II. La faiblesse intrinsèque du principe de non-discrimination fondée sur l'âge

Une caractéristique majeure du principe de non-discrimination repose sur le fait qu'elle doit se concilier avec d'autres impératifs, notamment la liberté de travailler (A). En outre, on peut se demander si l'âge ne constitue pas en réalité une discrimination d'appui, c'est-à-dire secondaire, permettant en réalité de révéler des discriminations plus flagrantes, lorsqu'elle est associée à d'autres caractéristiques, notamment le sexe (B).

A. La poursuite du droit de travailler au-delà de l'âge légal

L'allongement de la durée de vie explique l'avènement d'un certain nombre d'interrogations. La jurisprudence administrative semblait stabilisée depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 19 novembre 1954, *Greffé*³²¹, selon lequel l'arrivée de la limite supérieure d'âge entraîne la rupture du lien avec le service, principe qui s'impose tant aux agents contractuels qu'aux employeurs publics.

Cette règle, que l'on retrouve dans la fonction publique et les professions réglementées, se heurte à la liberté de travailler, consacré par la Charte des droits fondamentaux. L'étude de la jurisprudence communautaire (1) illustre les limites de la position de la jurisprudence administrative (2).

1. Le droit de l'Union

Dans l'affaire *Georgiev* du 18 novembre 2010, la directive du 27 novembre 2000 « *ne s'oppose pas à une législation nationale qui prévoit la mise à la retraite d'office des professeurs d'université lorsqu'ils atteignent l'âge de 68 ans et la poursuite de leur activité par ces derniers au-delà de l'âge de 65 ans uniquement au moyen de contrats à durée déterminée d'un an renouvelables au maximum deux fois, pour autant que cette législation poursuit un objectif légitime lié notamment à la politique de l'emploi et du marché du travail, tel que la mise en place d'un enseignement de qualité et la répartition optimale des postes de professeurs entre les générations, et qu'elle permet d'atteindre cet objectif par des moyens appropriés et nécessaires* »³²².

Dans une autre affaire de 2010, était en cause une réglementation allemande permettant de retirer l'autorisation de dispenser des soins conventionnés aux médecins dentistes âgés de plus

³²¹ C.E., 19 novembre 1954, *Greffé*, *Rec.*, p. 603.

³²² C.J.U.E., 18 novembre 2010, *Vasil Ivanov Georgiev c. Technicheski universitet*, aff. C-250/09, *Rec.*, 2010, p. I-11869.

de 68 ans³²³. Selon le juge de l'Union, cette limite d'âge s'applique sous réserve de quatre exceptions³²⁴.

Mais, cette décision du 21 juillet 2011³²⁵ est importante, car elle concerne une règle générale, à savoir l'article 50 de la loi relative à la fonction publique du Land de Hesse. En effet, aux termes de cette norme, « *si l'intérêt du service l'exige, le départ à la retraite peut, à la demande du fonctionnaire, être repoussé, au-delà de l'âge de 65 ans, par périodes d'un an au maximum, étant entendu que l'âge de 68 ans ne doit en aucun cas être dépassé. La décision est prise par la plus haute autorité hiérarchique ou par l'autorité qu'elle désigne* » (cité par le point 12 de la décision). Cette décision sonne donc la confirmation du principe posé à plusieurs reprises. Pourtant, rien n'indique que l'ensemble des fonctionnaires pourra bénéficier de ces dérogations, ce qui est d'ailleurs un objectif légitime, sinon, cela viderait de son contenu la mise d'office à la retraite.

La Cour de justice ne se prononce pas sur le fait que tous les fonctionnaires peuvent bénéficier d'un recul de l'âge de départ à la retraite. En effet, loin des idées reçues en la matière, la Cour cherche à renforcer la liberté des Etats membres et écarte ainsi les accusations portées parfois à tort contre l'Union européenne d'un monstre juridique harmonisant à outrance le droit des Etats membres, indépendamment de leur souveraineté. Aussi, selon un considérant de principe, « *en définissant leur politique sociale en fonction de considérations d'ordre politique, économique, social, démographique et/ou budgétaire, les autorités nationales concernées peuvent être amenées à choisir d'allonger la durée de la vie active des travailleurs ou, au contraire, de prévoir un départ à la retraite plus précoce de ces derniers* » (point 65).

2. La jurisprudence administrative

Sous l'influence du droit de l'Union, les Etats membres doivent chercher, dans la mesure du possible, à promouvoir le maintien dans l'emploi. Bien évidemment, cette considération doit être mise en œuvre avec l'obligation d'un départ en retraite pour assurer un renouvellement des générations. Deux principes antagonistes apparaissent donc dont l'articulation s'effectue par le biais du principe de proportionnalité. Concrètement, dans la plupart des cas, à la lumière du droit de l'Union européenne, il conviendrait qu'une possibilité soit offerte à l'agent. Cependant, et c'est là que le bât blesse, la jurisprudence administrative apparaît incertaine. Par exemple, dans une affaire *Kiss* du 24 avril 2013, le Conseil d'Etat considère :

« qu'au nombre de ces objectifs légitimes figure, compte tenu de la marge d'appréciation - dont disposent les Etats membres en matière de politique sociale, la politique nationale visant à promouvoir l'accès à l'emploi par une

³²³ C.J.U.E., 12 janvier 2010, *Peterson*, *op. cit.*

³²⁴ Voir *supra*.

³²⁵ C.J.U.E., 21 juillet 2011, *Fuchs et Kölher*, aff. Jointes C-159/10 et C-160/10.

meilleure distribution de celui-ci entre les générations ; qu'en jugeant qu'un tel objectif justifie objectivement et raisonnablement une différence de traitement fondée sur l'âge telle que celle qui résulte, pour les agents du cadre d'emplois des professeurs territoriaux d'enseignement artistique, des dispositions précitées, la cour n'a pas commis d'erreur de droit »³²⁶

A l'inverse, dans son arrêt *Cherence* 13 mars 2013, le Conseil d'Etat valide le recul de l'âge de départ à la retraite :

« le statut national prévoit en outre le recul de cet âge de mise en inactivité, sous réserve de l'aptitude physique de l'agent à exercer un emploi, notamment lorsque l'agent a encore un enfant à charge ou lorsqu'il n'a pas validé le nombre de trimestres devant être validé au titre du régime des industries électriques et gazières pour obtenir le taux maximum »³²⁷.

Un arrêt du 10 février 2012 de la Cour administrative d'appel de Nantes semble plus en phase avec la jurisprudence communautaire. Dans cette affaire, était en cause un professeur contractuel embauché par l'école des hautes études en santé publique pouvant être mis à la retraite à l'âge de 65 ans. Ce dernier contestait la mesure et souhaitait prolonger. Comme le relève la Cour administrative d'appel,

*« la limite d'âge qui a été opposée au requérant met en oeuvre, ainsi que le fait valoir l'Ecole des hautes études en santé publique, un objectif légitime qui est d'assurer le renouvellement des cadres, de manière nécessaire et proportionnée **en permettant de travailler au-delà de l'âge légal d'admission à la retraite fixé pour ces cadres** ; [...] il résulte de l'instruction que la différence de traitement entre les agents contractuels de droit public et les salariés de droit privé s'applique à des personnes qui se trouvent placés en des situations différentes ; que la limite d'âge en litige ne s'oppose pas, par elle-même, à ce que le requérant poursuive éventuellement son activité professionnelle dans le secteur privé ; que, par suite, les décisions contestées doivent être regardées comme ne reposant pas sur des motifs entachés de discrimination »³²⁸.*

Dans certains cas, au-delà de l'âge légal de départ à la retraite, un mandat peut se poursuivre jusqu'à son terme³²⁹.

³²⁶ C.E., 24 avril 2013, req. n° 351183, *Kiss*.

³²⁷ C.E., 13 mars 2013, req. n°352393, *Cherence*.

³²⁸ C.A.A. de Nantes, 10 février 2012, n° 10NT02197, *Junod*.

³²⁹ C.E., 4 décembre 2013, n° 364207, *Bourdin et autres*.

B. Les discriminations sur l'âge, des discriminations d'appui ?

Le droit évolue vers la reconnaissance des discriminations multiples, c'est-à-dire la situation dans laquelle un individu présente plusieurs caractéristiques aboutissant à un traitement défavorable.

Dans un premier arrêt de 1991, la Cour de justice a considéré que le droit de l'Union « s'oppose à ce qu'une convention collective conclue dans les services publics nationaux prévoie la prise en compte intégrale de l'ancienneté des travailleurs accomplissant au moins les trois quarts de l'horaire de travail normal pour l'accession à un indice de rémunération supérieur, mais seulement la moitié de cette ancienneté pour les travailleurs dont l'horaire a une durée comprise entre la moitié et les trois quarts de celle de l'horaire normal, lorsqu'il s'avère qu'en fait ce dernier groupe de travailleurs comprend un pourcentage considérablement plus faible d'hommes que de femmes »³³⁰.

Dans un autre arrêt, au sein de l'administration fiscale du Land de Brême, la durée de l'expérience professionnelle entraînait une dispense d'examen pour accéder à un certain type d'emploi, notamment ceux relatifs aux fonctions de conseil fiscal. Cette ancienneté était calculée par rapport à une durée minimale de quinze ans mais également par rapport à un travail à temps complet. Pour conclure à l'existence d'une discrimination indirecte, le juge communautaire relève le fait que « que 92,4 % des fonctionnaires d'encadrement de l'administration des finances de Brême travaillant à temps partiel sont de sexe féminin », dès lors l'accès aux fonctions de conseil fiscal sans examen bénéficiera presque uniquement aux personnes de sexe masculin³³¹.

Aussi, on est donc amené à s'interroger sur l'existence de discriminations multiples concernant les femmes âgées.

La prise en compte par le juge administratif du principe de non-discrimination fondée sur l'âge est liée, on l'a vu, à l'influence du droit de l'Union européenne et plus particulièrement de la jurisprudence de la Cour de justice. En effet, dans les Etats membres, de nombreuses questions préjudicielles concernant cette discrimination ont été soulevées devant elle. Ce contentieux, devient, d'ailleurs, pléthorique. Le juge de l'Union a pu, ainsi, influencer sur les contentieux nationaux. A cet égard, le juge administratif a repris, pour partie, la méthode « communautaire », en recherchant d'abord, la présence d'une discrimination entamant le principe d'égalité, puis si la mesure est justifiée et enfin si elle est proportionnelle à l'atteinte portée au principe. Ainsi, si le juge administratif ne peut ignorer le principe de non-discrimination fondée sur l'âge, il l'articule au principe d'égalité, sans véritablement remettre en cause son discours sur le fond.

Certes, si en matière de discrimination, le juge administratif suit, souvent, la même démarche, la nature du contentieux façonne, toutefois, la manière d'appréhender le principe. Ce constat n'est pas confondu dans le cadre des convictions religieuses.

³³⁰ C.J.C.E., 7 février 1991, *Helga Nimz contre Freie und Hansestadt Hamburg*, aff. C-184/89, *Rec.*, 1991, p. I-00297.

³³¹ C.J.C.E., 2 octobre 1997, *Kording / Senator für Finanzen*, aff. C-100/95, *Rec.*, 1997, p. I-5289.

**SECTION 3 : LE PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION EN RAISON DE
CONVICTIONS RELIGIEUSES**

L'étude du discours du juge administratif relativement au principe de non-discrimination en raison de convictions religieuses interroge dans un Etat de droit dans lequel le juge applique la règle selon laquelle la loi est la même pour tous sauf si elle en dispose autrement. En outre, le retentissement médiatique de certaines affaires, que l'on songe à la *Crèche Baby-loup*, celle des parents accompagnateurs de sorties scolaires ou encore le très récent débat sur les affiches dans le métro parisien pour le concert « *au bénéfice des chrétiens d'Orient* » laissent à penser qu'il s'agit là d'un thème sensible. Il convient également de souligner que, selon la Constitution, la France est une République laïque. Or, plus d'un siècle après l'adoption de la loi de séparation entre l'Eglise et l'Etat, les débats sur la laïcité ne sont pas refermés³³².

L'analyse du traitement juridictionnel du principe de non-discrimination en raison de convictions religieuses a d'abord été construite par la recherche d'arrêts et jugements dans lesquels apparaissent les expressions « égalité » et/ou « discrimination » et « religion ». Cette première étape achevée, la recherche s'est ensuite basée sur la réponse aux questions citées dans l'introduction méthodologique afin d'affiner l'analyse. Sur la base de ce canevas, trois axes ont principalement retenu l'attention et seront développés dans les points suivants : la définition de la discrimination religieuse, puis, l'effectivité du critère de la discrimination religieuse et, l'utilité du critère de la discrimination en raison de convictions religieuses.

I. La notion de discrimination religieuse

L'analyse de la jurisprudence administrative démontre que l'application du principe d'égalité en matière religieuse est étroitement liée à la protection de la liberté de religion. Il est, en effet, possible de constater que le principe de non-discrimination en raison de convictions religieuses vient en soutien de la garantie de cette liberté protéiforme³³³ que ce soit sous le prisme de la violation d'une discrimination directe ou sous l'angle d'une discrimination indirecte (B). La lecture des différents arrêts et jugements permet également de découvrir que l'argument utilisé par les parties, en l'occurrence, une atteinte au principe de non-discrimination en raison de convictions religieuses, sert à tenter de faire reconnaître par le juge une multitude d'autres droits (A).

³³² Rappelons que selon J. Rivero, le mot de laïcité « *sent la poudre, il éveille des résonances passionnelles contradictoires ...* », J. Rivero, « Le concept de laïcité », D., 1949, chron., p. 33.

³³³ C. de Salins, « Le juge administratif et la liberté de religion », *R.F.D.A.*, n°6, 2003, pp. 1053-1054.

A. La complétude de la norme

Tout d'abord, les parties se réfèrent à la discrimination religieuse pour faire reconnaître leur liberté de religion. Ainsi, dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 25 octobre 2002 *Commune d'Orange*³³⁴, relatif aux menus des cantines scolaires, la requérante soutenait que les repas servis dans les cantines scolaires portaient atteinte à la liberté religieuse. L'analyse de la jurisprudence administrative montre que les requérants utilisent également ce critère pour faire reconnaître leur droit de manifester leurs convictions religieuses. Outre la jurisprudence très abondante relative au port de signes religieux³³⁵, il est possible de citer en ce sens l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux du 21 décembre 2010 *Grande confrérie de St Martial*, dans lequel des associations, qui s'étaient vues accorder, puis retirer, des subventions publiques, faisaient valoir que ce refus de subventions constituait une entrave au droit de manifester leur religion³³⁶.

Généralement invoqué par le juge administratif pour refuser la reconnaissance d'une discrimination³³⁷, le principe de laïcité est parfois invoqué par les parties. Par exemple, dans un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes du 11 mars 1999 (n° 98NT00357), l'Association "Une Vendée pour tous les vendéens" demandait au juge administratif d'enjoindre au Conseil général de la Vendée de faire retirer un logotype (représentant deux cœurs entrelacés surmontés d'une couronne portant une croix), sur les collèges publics pour faire respecter le principe de laïcité. Derrière l'utilisation du principe de non-discrimination en raison de convictions religieuses, on trouve également invoqué le droit à la liberté d'expression : il pourra ici être cité l'arrêt du Conseil d'Etat du 1er octobre 1980³³⁸ dans lequel l'Union des Athées demande au juge d'avoir le même temps d'antenne audiovisuelle que les principaux cultes pratiqués en France.

Dans un autre domaine, celui du droit à l'exonération fiscale, outre la jurisprudence abondante relative aux établissements du culte³³⁹, il pourra être fait référence, concernant le régime particulier de l'Alsace-Moselle, au jugement du Tribunal administratif de Strasbourg du 18 octobre 1993 dans lequel le juge estime que la discrimination entre services du culte reconnus

³³⁴ C.E., 25 octobre 2002, req. n° 251161, *Commune d'Orange*.

³³⁵ C.E., 2 novembre 1992, req. n° 130394, *Kherouaa* ; C.E., 16 janvier 2006, req. n° 295023 et 295026, *Mlle Bourhayel et Karakoc* ; C.E., 5 décembre 2007, req. n° 295671, *Ghazal., Dr. adm.*, n° 1, janvier 2008, comm. n° 4 ; *A.J.D.A.*, 2007, p. 2343 ; C.E., 6 mars 2009, req. n° 307764, *Akremi, A.J.D.A.*, 2009, p. 1006.

³³⁶ C.A.A. de Bordeaux, 21 décembre 2010, req. n° 10BX00542, *Grande confrérie de Saint Martial*.

³³⁷ *Infra*.

³³⁸ C.E., 1er octobre 1980, req. n° 17651, Union des athées : « L'union des athées n'est, en tout état de cause, pas fondée à soutenir que le principe d'égalité exigerait que soient organisées à son profit des émissions comparables à celles qui sont consacrées aux principaux cultes pratiqués en France et à demander l'annulation de la décision par laquelle le ministre de la culture et de la communication a rejeté sa demande tendant à ce que soient modifiés dans ce sens les cahiers des charges de la société nationale télévision française 1 et de la société nationale radio-france ».

³³⁹ Concernant l'aide financière apportée par certaines collectivités territoriales pour la réalisation de travaux en lien avec des pratiques culturelles, le Conseil d'Etat a rendu cinq décisions d'assemblée du 19 juillet 2011 précisant les conditions dans lesquelles pouvait intervenir ce type d'aides, « Le Conseil d'Etat redéfinit les contours de la laïcité du XXIème siècle », M.-C. Montecler, *AJDA*, n°26, 2011.

et non reconnus en matière d'exonération fiscale n'est pas illégale car elle repose sur des accords conclus entre l'Etat et les institutions représentatives du cultes et sur des dispositions législatives et réglementaires spécifiques à ces départements et qui, en contrepartie de l'avantage accordé, permet des contrôles spécifiques.

Ensuite, en matière de cotisations patronales, on mentionnera l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille du 29 juin 1999 *Organisme de gestion de l'enseignement catholique* dans lequel le juge relève que la différence de traitement ne constitue pas une violation du « principe d'égalité et ne constitue pas non plus une atteinte au principe de non-discrimination énoncé par l'article 14 de la convention européenne »³⁴⁰.

Il est encore possible de citer l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 décembre 2010 *Association Arab Women's solidarity* dans lequel les requérants tentaient de faire reconnaître le droit à l'indépendance des élus³⁴¹. Dans cette affaire, le juge devait se prononcer à l'égard d'une QPC relative à une disposition du Code électoral qui ne prévoyait, selon les requérants, pas d'inéligibilité aux fonctions de conseiller régional des candidats manifestant leurs convictions religieuses. Le Conseil d'Etat ne transmet pas la QPC estimant que la circonstance qu'un candidat à une élection affiche son appartenance à une religion est sans incidence sur la liberté de choix des électeurs et ne met pas en cause l'indépendance des élus. En outre, aucune norme constitutionnelle, et notamment pas le principe de laïcité, n'impose que soient exclues du droit de se porter candidat à des élections des personnes qui entendraient, à l'occasion de cette candidature, faire état de leurs convictions religieuses.

Enfin, dans un jugement du 22 novembre 2011 *Mme Osman*³⁴², le Tribunal administratif ne fait pas droit à la demande la requérante souhaitant l'annulation d'une disposition du règlement intérieur d'une école interdisant aux parents accompagnateurs de sorties scolaires de manifester leurs convictions religieuses notamment par le port de tenues vestimentaires montrant leur appartenance à une religion. Selon la requérante, ce règlement doit respecter et contribuer à la cohésion sociale.

Ensuite, l'analyse des arrêts selon le canevas démontre qu'en matière religieuse il est possible de rencontrer des discriminations indirectes et des discriminations directes.

³⁴⁰ C.A.A. de Marseille, 29 juin 1999, req. n° 98MA01526, *Organisme de gestion de l'enseignement catholique*.

³⁴¹ C.E., 23 décembre 2010, req. n° 337899, *Association Arab Women's solidarity*.

³⁴² T.A. de Montreuil, 22 novembre 2011, req. n° 1012015, *Osman* ; M.-C. De Montecler, « Laïcité : parents d'élèves accompagnant les sorties scolaires », *D.*, 2012, p. 72 ; M.-C. De Montecler, « Laïcité pour les parents d'élèves accompagnant les sorties scolaires », *A.J.D.A.*, 2011, p. 2319 ; A.-L. Girard, « Le voile jeté sur les convictions des accompagnateurs scolaires », *D.*, 2012, pp. 72-75 ; S. Hennette-Vachez, « Discrimination indirecte, genre et liberté religieuse : encore un rebondissement dans les affaires du voile », *A.J.D.A.*, 2012, pp. 163-166 ; Ph. Rouquet, « Les principes de laïcité et de neutralité opposables aux collaborateurs occasionnels de l'enseignement public élémentaire », *A.J.C.T.*, 2012, pp. 105-106.

B. Les discriminations directes et indirectes

L'étude du critère religieux fait apparaître que, comme dans d'autres domaines, on rencontre dans la jurisprudence administrative des discriminations religieuses directes et indirectes.

S'agissant des discriminations directes, on peut relever qu'elles se définissent comme une différence de traitement motivée par une considération religieuse. Dans cette hypothèse³⁴³, le juge relève qu'une différence de traitement est opérée entre des personnes à raison de leur appartenance ou non-appartenance, supposée ou réelle, à une religion. A titre d'illustration, il est possible de citer l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 avril 2009 *El Haddioui*³⁴⁴ dans lequel le requérant s'estimait victime de discriminations religieuses en raison des questions posées par le jury du concours interne d'officier de police, qui l'ont conduit à l'écartier par une note éliminatoire. Ces questions telles que retranscrites dans le mémoire sont les suivantes : « *Retournez-vous souvent au Maroc ?* », « *Quel est votre avis sur la corruption des fonctionnaires de police marocains ?* », « *Etes-vous pour ou contre la discrimination positive en France ?* », « *Quel est votre avis sur l'impossibilité pour un fonctionnaire de police habitant la banlieue de rentrer chez lui en uniforme dans les transports en commun ?* », « *Est-ce que vous faites le ramadan ?* », « *Votre femme est-elle maghrébine ?* », « *Est-ce que votre femme porte le voile ?* », « *Ne trouvez-vous pas bizarre ce Gouvernement de la France avec des ministres arabes et un président à moitié hongrois ?* »³⁴⁵. Dans cet arrêt, le juge administratif sanctionne la discrimination directe : « *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, lors de l'entretien d'évaluation qui était au nombre des épreuves d'admission subies par M. B, le jury lui a posé plusieurs questions portant sur son origine et sur ses pratiques confessionnelles ainsi que sur celles de son épouse ; que ces questions, dont il n'est pas sérieusement contesté par l'administration qu'elles aient été posées à l'intéressé et qui sont étrangères aux critères permettant au jury d'apprécier l'aptitude d'un candidat, sont constitutives de l'une des distinctions directes ou indirectes prohibées par l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 et révèlent une méconnaissance du principe d'égal accès aux emplois publics ; que le jury a ainsi entaché d'illégalité sa délibération du 5 octobre 2007 ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, M. B est fondé à en demander l'annulation* ».

Il est également possible de faire mention du jugement du Tribunal administratif de Paris 16 février 1989 dans lequel le juge administratif a annulé la note d'un maire signalant que les enfants soumis à un régime d'ordre médical ou religieux ne pouvaient être acceptés à des séjours de sports d'hiver organisés par la commune.

Concernant les discriminations indirectes : elles se caractérisent par une mesure apparemment fondée sur un motif neutre mais qui peut créer une différence de traitement pour des

³⁴³ F. Messner, P.-H. Prélôt, J.-M. Woehrling, *Droit français des religions*, Lexis Nexis, deuxième édition, 2013, p. 84.

³⁴⁴ C.E., 10 avril 2009, *El Haddioui*, req. n° 311888, *op.cit.*

³⁴⁵ J.-Ph. Thiellay, ccls. sur C.E., 9 mars 2009, *El Haddioui*, req. n° 311888.

personnes en raison de leurs convictions religieuses. En pareil cas, le juge sanctionne la discrimination si les moyens utilisés³⁴⁶ pour poursuivre le but recherché apparaissent comme soit non légitimes soit non proportionnés. Il convient toutefois de souligner que les hypothèses où le juge sanctionne les discriminations indirectes sont rares. Par exemple, dans un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 16 octobre 2008, les requérants (notamment des commerçants de confession juive) faisaient valoir que l'arrêté municipal, fixant les dates et heures d'ouverture des marchés, portait atteinte indirectement à leur liberté religieuse en leur imposant d'ouvrir le samedi sans prévoir de dérogations fondées sur la pratique religieuse³⁴⁷. Le juge répond que les dispositions de l'arrêté n'ont pas eu pour objet et ne sauraient avoir légalement pour effet d'interdire aux commerçants qui en font la demande de bénéficier individuellement des autorisations de fermeture nécessaires à l'exercice d'un culte ou à la célébration d'une fête religieuse, dans la mesure où ces dérogations ne seraient pas incompatibles avec le bon fonctionnement du marché et le respect de la mission d'intérêt général qui s'attache au service offert aux usagers (Cette solution a été confirmée par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 23 décembre 2011 *Marché Riquet*).

Il est encore possible de citer le jugement du Tribunal administratif de Montreuil concernant les accompagnatrices de sorties scolaires³⁴⁸.

Ces deux premières typologies des discriminations religieuses permettent de soulever une première difficulté à l'égard de la mise en œuvre par le juge administratif du principe de non-discrimination en raison de convictions religieuses, c'est-à-dire l'appréciation plus ou moins rigoureuse des motifs justifiant des discriminations indirectes illégales : se pose donc, dans un second temps, la question de l'effectivité du principe de non-discrimination.

II. L'effectivité du principe de non-discrimination en raison de convictions religieuses

L'analyse des arrêts démontre que le juge administratif s'évertue à établir un équilibre délicat entre d'une part, la protection des convictions religieuses des agents publics et d'autre part, la manifestation de leurs convictions religieuses (A). En revanche, la prééminence dans le discours du juge des principes de neutralité et de la laïcité du service public offre peu de chances de succès au justiciable se prévalant d'une discrimination fondée sur des convictions religieuses (B).

³⁴⁶ F. Messner, P.-H. Prélôt, J.-M. Woehrling, *Droit français des religions, op.cit.*, pp. 84-85.

³⁴⁷ C.A.A. de Paris, 16 octobre 2008, req. n° 07PA01331.

³⁴⁸ T.A. de Montreuil, 22 novembre 2011, *Osman*, req. n° 1012015, *op. cit.*

A. Un discours « d'équilibriste »

Concernant les agents publics, le juge administratif contrôle les atteintes au respect de leurs convictions religieuses (1) tout en leur appliquant strictement le principe de laïcité et de neutralité du service public, corollaire du principe d'égalité (2).

1. La protection offerte par le juge administratif au respect des convictions religieuses

La jurisprudence ancienne du Conseil d'Etat a toujours été bienveillante pour protéger les fonctionnaires dans l'accès à la fonction publique ou dans le déroulement de leur carrière³⁴⁹. Selon l'article 18 du statut général de la fonction publique, « *il ne peut être fait état, dans le dossier d'un fonctionnaire, de même que dans tout document administratif, des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé* ». Le juge veille à cette protection et la jurisprudence plus récente lie la liberté de conscience et de religion au principe de non-discrimination³⁵⁰.

Surtout, le juge administratif est de plus en plus enclin à reconnaître des autorisations d'absence, des aménagements du temps de travail en raison de fêtes religieuses comme le montre la jurisprudence abondante en matière d'autorisation d'absence³⁵¹. Toutefois, il doit être souligné que dans tous ces arrêts ou jugements, seul le principe d'égalité des citoyens devant la loi (et non le principe de non-discrimination en raison de convictions religieuses) est invoqué.

³⁴⁹ C.E., 10 mai 1912, n° 46027, *Abbé Bouteyre*, Rec., p. 561 ; C.E., 25 juillet 1939, *Demoiselle Beis*, Rec., p. 524 ; C.E., 28 avril 1938, *Demoiselle Weiss*, Rec., p. 379. Voir également Conseil d'Etat, *Etude et documents*, « Le juge administratif et l'expression des convictions religieuses », adoptée le 25 novembre 2014, Dossier thématique, pp. 6-7.

³⁵⁰ C.E., 16 juin 1982, *Epoux Chéreau*, Rec., p. 653.

³⁵¹ T.A. de Melun, 8 juillet 2003, *Mme Chiche* : le refus d'accorder une autorisation d'absence ne peut être fondé que sur un motif tiré « *des nécessités du fonctionnement normal du service* » ; C.E., 3 juin 1988, req. n° 67-791, *Mme Barsacq-Ade* : les athées ne peuvent prétendre à aucune autorisation d'absence (journée de congé avec maintien du traitement le 17 février 1983 pour la célébration de la mort de Giordano Bruno sur le bûcher à Rome le 17 février 1600) ; T.A. de Paris, 11 janvier 1993, *M. Servadio* : les autorisations d'absences sont des autorisations facultatives ; T.A. de Paris, 4 juin 1997, *M. Renard* : les autorisations d'absence constituent des mesures purement gracieuses ; C.A.A. de Paris, 22 mars 2001, *M. Crouzat* : l'autorisation d'absence n'est pas limitée aux « *grandes religions* », en l'espèce, il s'agissait du mouvement raëlien, *A.J.F.P.*, 2002, pp. 28-29 ; C.E., 12 mars 1982, req. n° 32792, *Syndicat CFDT santé social de la Seine Saint Denis*, Rec., p. 108 : le régime d'autorisation d'absence constitue un élément du statut des fonctionnaires ; C.E., 12 février 1997, req. n° 125893, *Mlle Henny* : le refus, par principe, de toute autorisation d'absence par un chef de service constitue une erreur de droit, *LPA* 1998, n° 5, p. 8 ; C.E., 26 octobre 2012, req. n° 346648 : « *en interdisant, en dehors des fêtes légales, l'octroi d'autorisation pour des fêtes religieuses autres que celles dont la direction générale de l'administration et de la fonction publique publie annuellement la liste, au demeurant indicative, le ministre a entaché la circulaire d'excès de pouvoir* » ; C.E., Ass. 14 avril 1995, deux espèces, req. n° 157643 et 125148 : Les élèves des établissements publics d'enseignement du second degré peuvent bénéficier individuellement des autorisations d'absence nécessaires à l'exercice d'un culte ou à la célébration d'une fête religieuse dans les cas où ces absences sont compatibles avec l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études et avec le respect de l'ordre public dans l'établissement. Mais le juge ne consent pas à des dérogations systématiques.

La conviction religieuse des agents publics est donc protégée par la jurisprudence administrative mais le juge veille également à ce que la liberté de religion de ces agents n'entrave pas la neutralité du service public.

2. L'application rigoureuse du principe de neutralité du service public : première limite à l'effectivité du principe de non-discrimination en raison de convictions religieuses : l'exemple du contentieux des sanctions disciplinaires

En se référant à l'avis *Marteaux*³⁵², le juge applique dans le contentieux des sanctions disciplinaires un strict principe de neutralité qui interdit aux fonctionnaires d'afficher leurs convictions religieuses dans l'exercice de leurs fonctions. Pour apprécier le bien-fondé de la sanction, le juge se prononce principalement en raison de deux critères.

Tout d'abord, il va mesurer le degré du caractère ostentatoire du symbole religieux. Par exemple, le juge valide le refus du renouvellement d'un contrat d'une assistance sociale qui portait le voile islamique³⁵³. En outre, pour protéger le principe de neutralité du service public, le juge administratif contrôle tout prosélytisme qui pourrait heurter les usagers ou les agents du service public. Le Tribunal administratif de Versailles a ainsi rejeté la requête d'une puéricultrice, directrice de crèche, contestant la décision par laquelle le maire de la commune auprès de laquelle elle se trouvait en détachement y a mis fin, au motif qu'elle avait incité deux de ses subordonnés à rejoindre son Eglise³⁵⁴. En 2009, le Conseil d'Etat a jugé que la remise aux usagers de La Poste d'imprimés à caractère religieux par un guichetier constituait une faute³⁵⁵. Il en est de même pour le fonctionnaire qui utilise son adresse mail professionnel au profit d'un mouvement sectaire, l'« association pour l'unification du christianisme mondial »³⁵⁶.

Ensuite, le juge prend en considération la nature du service public ainsi que la position de l'agent au sein de ce service. Dans son jugement précité du 17 octobre 2002, le Tribunal administratif de Paris prête une attention particulière lorsque les usagers du service public sont dans un état de fragilité ou de dépendance »³⁵⁷. La Cour administrative d'appel de Lyon a également estimé que le port, par Mlle Ben Abdallah, contrôleur du travail affectée à la subdivision d'inspection du travail des transports de Lyon, qui est « *détentriche de prérogatives de puissance publique, d'un foulard dont elle a expressément revendiqué le caractère*

³⁵² C.E., avis, 3 mai 2000, req. n° 217017, *Marteaux*, M. Guyomar et P. Collin, « Le fait pour un agent du service public de l'enseignement de porter un signe destiné à marquer son appartenance à une religion constitue un manquement à ses obligations », A.J.D.A., 2000, p. 602 ; R. Schwartz, ccls., R.F.D.A., 2001, p. 146.

³⁵³ T.A. de Paris, 17 octobre 2002, req. n° 0101740/5, *Mme Ebrahimin*, A.J.D.A., 2003, p. 99, note M.-C. de Montecler.

³⁵⁴ T.A. de Versailles, 7 mars 2007, req. n° 0504207, A.J.F.P., 2007, p. 208.

³⁵⁵ C.E., 19 février 2009, req. n° 611333, *Bouvier*.

³⁵⁶ C.E., 17 octobre 2003, *M. Odent*, *Rec.*, p. 402.

³⁵⁷ T.A. de Paris, 17 octobre 2002, req. n° 0101740/5, *Mme Ebrahimin*, *op. cit.* ; Selon le commissaire du gouvernement : « *la neutralité est conçue avant tout pour les usagers* », R. Schwartz, ccls. sur C.E., avis, 3 mai 2000, req. n° 217017, *Marteaux*, R.F.D.A., 2001, p. 150.

religieux, et le refus réitéré d'obéir à l'ordre qui lui a été donné de le retirer, alors qu'elle était avertie de l'état non ambigu du droit applicable », constituait une faute grave³⁵⁸.

Dans son commentaire sur cet arrêt, F. Melleray évoque trois attitudes face à l'obligation de réserve du fonctionnaire : « *la fermeté la plus stricte mettant en application une sorte de « laïcité de combat » ; à l'inverse une attitude beaucoup plus ouverte, prônée par certains ne serait-ce que pour éviter le développement des établissements d'enseignement privé communautaires ; ou enfin, à l'instar de la commission Stasi ou du chef de l'Etat, le choix de la reprise et de l'aménagement du compromis réalisé en 1989 par le Conseil d'Etat dans un avis qui a permis de temporairement pacifier la question mais dont la subtilité ou plutôt les nuances et la difficile application in concreto ont compromis la pérennité* »³⁵⁹. Ce débat sur la prééminence du principe de laïcité et de neutralité du service public n'est donc pas clos si l'on songe aux diverses affaires qui ont suscité un intérêt médiatique certain comme celle de la crèche Baby loup. Au demeurant, la jurisprudence administrative semble étendre la portée des principes de laïcité et de neutralité du service public ce qui conduit à priver toute effectivité au concept de discrimination religieuse.

B. La prééminence dans le discours du juge du principe de laïcité et de neutralité du service public

La seconde limite à l'utilisation du principe de non-discrimination en raison de convictions religieuses est matérialisée dans la jurisprudence relative au port de signes religieux où « *il devient de plus en plus difficile d'imaginer des situations susceptibles d'échapper aux principes juridiques de laïcité et de neutralité du service public tel qu'ils tendent à être définis et redéfinis bien souvent depuis quelques années* »³⁶⁰. Pour le démontrer, il sera fait référence à trois décisions récentes :

1. Conseil d'Etat, 6 mars 2009, req. n° 307764, Akremi

Une élève de terminale, exclue de son lycée pour port de signe religieux ostentatoire demande au juge administratif l'annulation de cette décision d'exclusion. Dans ses conclusions le rapporteur public explique que cette jeune fille s'est d'abord présentée à la rentrée scolaire la tête couverte d'un foulard islamique. A la suite d'un rappel au règlement, elle a ensuite remplacé ce foulard par un bandana. Considérant que cet accessoire vestimentaire était toujours contraire au règlement du lycée, elle a à nouveau modifié sa tenue en remplaçant le bandana par un béret. Cependant, le Conseil d'Etat valide la sanction d'exclusion en estimant qu'une telle sanction est prise, sans discrimination entre les confessions des élèves. Il convient

³⁵⁸ C.A.A. de Lyon, 27 novembre 2003, req. n° 03LY01392, *A.J.D.A.*, 2004, p. 154, note F. Melleray ; *D.*, 2004, p. 32, et les obs. ; *A.J.F.P.*, 2004, p. 88, note F. Lemaire, obs. J. Mekhantar ; *R.F.D.A.*, 2004, p. 588, ccls. E. Kolbert.

³⁵⁹ F. Melleray, note sous C.A.A. de Lyon, 27 novembre 2003, *A.J.D.A.*, 2004, p. 154.

³⁶⁰ S. Hennette-Vauchez, « Discrimination indirecte, genre et liberté religieuse : encore un rebondissement dans les affaires du voile », *op.cit.*, p. 163.

d'ajouter que le rapporteur public a estimé que la Cour administrative d'appel avait « *souverainement constaté que la jeune fille, qui avait accepté de remplacer son foulard islamique par un chapeau ou un béret qui ne pouvaient être qualifiés de discrets, refusait avec « intransigeance et détermination » de retirer ces coiffes malgré les demandes de l'administration. La cour a donc pu en déduire légalement que les conditions dans lesquelles ce couvre-chef était porté « étaient de nature à faire regarder l'intéressée comme ayant manifesté ostensiblement son appartenance religieuse »*³⁶¹.

2. Cour Administrative d'Appel de Nantes, 15 mai 2014, req. n° 13NT01655, GRETA Sud Normandie

Selon la requérante, les dispositions du règlement intérieur du GRETA Sud Normandie sont entachées d'une erreur de droit en ce qu'elles conduisent à appliquer à des personnes, qui ne sont pas élèves d'un établissement scolaire public, l'interdiction de port de tout signe ostensible d'appartenance religieuse. Dans cet arrêt, seul le principe de non-discrimination est invoqué (et non le principe d'égalité). Cependant, la Cour ne va pas se prononcer sur le fond. Elle relève l'irrecevabilité de la requête en arguant que les dispositions contestées avaient été abrogées à la suite d'une modification du règlement intérieur demandée par la HALDE : « *La haute autorité rappelle que les usagers du service public ont droit au respect de la liberté religieuse et que le refus de principe, fondé sur le seul port du foulard, de l'accès à une formation professionnelle se déroulant dans un lycée public constitue une discrimination religieuse notamment au sens de l'article 2-2 de la loi du 27 mai 2008 ainsi que des articles 9 et 14 de la C.E.D.H. La haute autorité recommande à la présidente du GRETA, au conseil inter-établissements et aux conseils d'administration des établissements de modifier le règlement intérieur litigieux ainsi que leurs pratiques »*³⁶².

3. Tribunal Administratif de Montreuil, 22 novembre 2011, Mme Osman

Le Tribunal administratif a validé la disposition d'un règlement intérieur interdisant aux parents, accompagnateurs de sorties scolaires, le port de signes religieux. Cette affaire a connu de nombreux retentissements médiatiques et juridiquement, il est intéressant pour au moins deux raisons. D'abord, dans ce jugement, les parents accompagnateurs de sorties scolaires sont qualifiés de collaborateurs du service public. Ensuite, le juge administratif répond, de façon assez laconique, sur l'utilisation, par les parties, du principe de non-discrimination en raison de convictions religieuses. La requérante avait, en effet, invoqué, outre les sources européennes, la loi du 27 mai 2008 et une délibération de la HALDE. Le juge répond que cette délibération ne porte pas sur la disposition litigieuse du règlement intérieur et qu'elle ne peut être appliquée au litige. Le tribunal évacue ensuite la loi du 27 mai 2008 estimant qu'elle ne s'applique qu'aux activités salariées. Eu égard au débat ouvert par ce

³⁶¹ R. Keller, ccls. sur C.E., 6 mars 2009, *Akremi*.

³⁶² Délibération n° 2011- 36 du 21 mars 2011.

jugement, le Défenseur des droits, affirmant qu'il y avait un vide juridique sur cette question, a saisi pour avis le Conseil d'Etat.

Dans son avis du 9 septembre 2013 de 35 pages³⁶³, le Conseil d'Etat estime que les parents accompagnateurs de sorties scolaires ne sont pas des collaborateurs mais des usagers du service public. Toutefois, le Conseil crée des doutes en affirmant que les exigences liées au bon fonctionnement du service public scolaire peuvent conduire l'autorité compétente à recommander aux parents d'élèves de s'abstenir de manifester leur appartenance ou leurs croyances religieuses ...

Il convient également d'ajouter que l'utilisation du principe de non-discrimination en raison de convictions religieuses se heurte à un dernier argument : celui de la protection de l'ordre public. On pourra alors parler de l'extinction du principe de non-discrimination. Par exemple, dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 24 avril 1992³⁶⁴, le juge valide le refus d'agrément à l'égard d'un couple pratiquant la doctrine des Témoins de Jéhovah en matière de transfusion sanguine. Il est également possible de citer la décision du 6 mars 2006 *United Sikhs*³⁶⁵ dans lequel les requérants faisaient valoir que la communauté Sikhe se trouve dans une situation particulière, d'ordre culturel et religieux qui justifie un traitement différent pour l'application des dispositions relatives à l'apposition de la photographie d'identité sur le permis de conduire. Mais le juge des référés relève que, notamment dans l'intérêt de la sécurité publique et de la protection de l'ordre, la circulaire imposant des photographies d'identité « tête nue » n'est pas illégale. Enfin, dans l'arrêt du 27 juin 2008 *Mme A.*³⁶⁶, le Conseil d'Etat estime que, si Mme A possède une bonne maîtrise de la langue française, elle a cependant adopté une pratique radicale de sa religion, incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française. En revanche, le port du voile n'est pas considéré comme un « défaut d'assimilation » selon l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 février 1999 *Mme E.Y.*³⁶⁷

III. L'utilité du critère de discrimination en raison de convictions religieuses

Le plus fréquemment les notions d'égalité et de non-discrimination en matière religieuse sont synonymes. Cependant, le principe de non-discrimination pourrait être utilisé pour prendre en compte des besoins ou situations propres aux différentes croyances religieuses. S'agissant notamment des discriminations indirectes, le juge administratif, en utilisant le principe de non-discrimination tel qu'il est appliqué par le juge de l'Union européenne, serait à même de sanctionner davantage certaines inégalités de traitement comme le montre l'exemple de la jurisprudence relative aux cantines scolaires.

³⁶³ Etude du Conseil d'Etat adoptée le 19 décembre 2013, O. Bui-Xuan, « Les ambiguïtés de l'étude du Conseil d'Etat relative à la neutralité religieuse dans les services publics », *A.J.D.A.*, 2014, p. 249.

³⁶⁴ C.E., 24 avril 1992, req. n° 110178.

³⁶⁵ C.E., 6 mars 2006, req. n° 289947, *United Sikhs*.

³⁶⁶ C.E., 27 juin 2008, req. n° 286798.

³⁶⁷ C.E., 3 février 1999, req. n° 161251.

Alors que certaines réglementations semblent être dépourvues de tout objectif discriminatoire, celles-ci peuvent entraîner des conséquences à l'égard de personnes placées dans des situations particulières, ainsi en est-il des enfants dont les prescriptions religieuses ne sont pas prises en compte par les auteurs de ces réglementations. Toutefois, comme l'indiquent les auteurs du « Droit français de la religion » : « *s'agissant d'une liberté fondamentale, il n'est pas possible de tenir ces questions de contenu des assiettes pour de simples mesures d'ordre intérieur insusceptibles de recours contentieux* »³⁶⁸. En l'absence de texte, le juge administratif est intervenu à plusieurs reprises mais la jurisprudence administrative semble évolutive sur la question. Ainsi, dans son jugement du 10 avril 1998, le tribunal administratif de Versailles a estimé que le fait que la commune prenne en compte « *les convictions religieuses de certains enfants en aménageant leurs repas est sans influence sur la légalité de la décision attaquée* »³⁶⁹. En revanche, dans un jugement du Tribunal administratif de Marseille du 26 novembre 1996 dans lequel les requérantes souhaitaient faire reconnaître une véritable obligation de l'autorité administrative d'organiser le service public de façon à ce qu'il soit compatible avec les croyances religieuses des usagers, le juge omet de répondre à l'argument soulevé par les parties³⁷⁰.

La jurisprudence sur les menus scolaires est particulièrement éclairante sur l'utilité de l'application européenne du principe de non-discrimination. En refusant de préparer des repas de substitution aux enfants dont le régime alimentaire prescrit certaines viandes, cette réglementation crée une différence de traitement en raison de convictions religieuses. Pourtant, cette différence n'est pour l'heure pas sanctionnée par le juge faisant prévaloir le principe de laïcité et finalement en justifiant ces discriminations indirectes par les nécessités de l'intérêt général. Ainsi dans l'arrêt *Commune d'Orange*, le Conseil d'Etat juge « *que les dispositions relatives aux menus qui ne font référence à aucun interdit alimentaire ne présentent pas non plus un caractère discriminatoire en fonction de la religion des enfants ou de leurs parents* »³⁷¹. Or, il serait possible de rétablir une égalité réelle dans le cas où l'application à tous les enfants de la même règle entraîne une discrimination pour les enfants pratiquant certaines religions.

³⁶⁸ F. Messner, P.-H. Prélot, J.-M. Woehrling, *Droit français des religions, op. cit.*, p. 759.

³⁶⁹ T.A. de Versailles, 10 avril 1998, req. n° 976654, *Mme Aussant*.

³⁷⁰ T.A. Marseille, 26 novembre 1996, *Mme Zitouni*, *Quot. juridique*, 1997, p. 3, note G. Pélissier.

³⁷¹ C.E., 25 octobre 2002, req. n° 251161, *Commune d'Orange*.

SECTION 4 : LES DISCRIMINATIONS FONDEES SUR LE SEXE

Le corpus des décisions juridictionnelles recensées³⁷² permet d'aboutir à la conclusion suivante : la jurisprudence administrative témoigne d'une évolution dans l'appréhension de la notion de discrimination fondée sur le sexe, dont le « dernier acte » est la publication d'un arrêt *M. Quintanel* rendu par le Conseil d'Etat le 27 mars 2015. Cette évolution est due à la transposition en droit français de la politique européenne de lutte contre les discriminations.

Le juge administratif a en effet pendant longtemps assimilé les notions d'égalité et de non-discrimination dans son discours (I). Cependant, à mesure de l'intégration en droit français du principe européen de non-discrimination, une césure s'est produite. Le recours à l'un ou l'autre de ces principes dépend désormais des arguments invoqués par les justiciables : si la notion d'égalité est privilégiée lorsqu'un moyen de droit interne est invoqué, la notion de discrimination fait son apparition dans le discours du juge lorsque le requérant fonde sa requête sur la violation du droit de l'Union européenne. Par ailleurs, à quelques rares exceptions³⁷³, les deux moyens sont invoqués simultanément par l'auteur de la saisine. Cette césure est révélatrice d'une tension entre les approches française et européenne de la notion de discrimination : si le juge administratif a finalement intégré le raisonnement tenu par la Cour de Luxembourg en matière de discrimination directe entre les sexes (II), il fait preuve de résistance dès lors qu'il est question de discrimination indirecte entre les femmes et les hommes. Cela s'est traduit par le refus du juge français d'employer les termes de discrimination indirecte dans son discours et de censurer la législation française (III).

I. L'apparition de la notion de discrimination dans le discours du juge administratif

Le principe d'égalité entre les hommes et les femmes est seul mentionné dans le discours du juge administratif jusqu'au début des années 1980. Si l'on s'intéresse à la valeur de ce principe, l'égalité est initialement présente sous la forme d'un principe général du droit destiné à combler les lacunes du droit écrit³⁷⁴. Il est également issu de dispositions législatives

³⁷² 318 arrêts du Conseil d'Etat, 622 arrêts rendus par les cours administratives d'appel, 3 jugements de tribunaux administratifs contenant les occurrences « discrimination » et « sexe » sont répertoriés sur le site Légifrance.

³⁷³ C.E., 22 février 2010, req. n° 311290.

³⁷⁴ C.E., Ass., 3 juillet 1936, *Demoiselle Bobard, Lebon*, p. 721 ; *D.*, 1937, III, p. 38. Conclusions Latournerie. Le Conseil d'Etat reconnaît l'aptitude légale des femmes aux emplois publics mais cette affirmation voit sa portée réduite par la possibilité reconnue au Gouvernement de restreindre le recrutement et l'avancement du personnel féminin pour des raisons tirées de l'intérêt du service. Il faut attendre un arrêt du 6 janvier 1956 *Syndicat national autonome du cadre d'administration générale des colonies et sieur Monlivet* pour que le Conseil d'Etat étende son contrôle à l'égard de la possibilité accordée au Gouvernement de déroger au principe de l'aptitude des femmes à occuper tous les emplois publics en raison de la nature des fonctions ou de leurs conditions d'exercice. Pour une application récente du principe d'égalité de traitement en tant que principe général du droit : C.A.A. de Versailles, 29 décembre 2009, n° 08VE00296 : « (...) le Centre d'études de l'emploi est tenu, pour procéder aux classements dans les différents grades, de respecter notamment ces dispositions ainsi que les principes généraux du droit, en particulier le principe d'égalité de traitement ».

principalement applicables en droit de la fonction publique, la construction statutaire de la fonction publique ayant été façonnée au moule de l'égalité. Surtout, le principe d'égalité entre les sexes est invoqué par les requérants en tant que principe constitutionnel issu du préambule de la Constitution de 1946 visé par le préambule de la Constitution de 1958³⁷⁵. Au regard des décisions juridictionnelles recensées, il y a une permanence du principe constitutionnel d'égalité entre les hommes et les femmes au sein de la jurisprudence. Le juge administratif qualifie le principe d'égalité des sexes de valeur essentielle de la communauté française. Sur ce fondement, le Conseil d'Etat rejette la demande d'annulation d'un décret refusant à une femme l'acquisition de la nationalité française pour défaut d'assimilation³⁷⁶. La seule « faiblesse » du principe constitutionnel d'égalité entre les sexes est son caractère inopérant lorsque le moyen est invoqué à l'encontre d'un acte administratif pris en application et conformément à une loi, cette dernière faisant écran entre l'acte litigieux et le principe constitutionnel³⁷⁷. Dans cette hypothèse, le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination en droit européen a l'avantage de contourner cette lacune en raison de sa valeur conventionnelle.

Le terme « discrimination » apparaît explicitement dans la jurisprudence administrative à partir des années 1980 mais il convient de noter que l'approche du juge demeure sensiblement égalitariste. Il y a une assimilation entre les concepts d'égalité et de non-discrimination. Dans un arrêt *Melle Baudet* du 6 février 1981, le Conseil d'Etat précise « *qu'il résulte des principes rappelés par le préambule de la Constitution de 1946 auquel se réfère celui de la Constitution du 4 octobre 1958 qu'aucune discrimination ne peut être faite dans les conditions d'emploi des hommes et des femmes à moins qu'elle ne soit justifiée par la nature des fonctions ou par les conditions de leur exercice (...) par suite, Melle Baudet est fondée à soutenir que les dispositions contestées sont entachées de discrimination illégale* »³⁷⁸. La discrimination est ici entendue au sens de distinction mais celle-là n'est pas en soi illégale ou arbitraire. Elle peut être justifiée. Egalité et non-discrimination expriment aux yeux du juge une même exigence et sont sanctionnées par la même condamnation d'un traitement différent de personnes placées dans des situations identiques.

³⁷⁵ Alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 : « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ».

³⁷⁶ C.E., 27 juin 2008, Mabchour, req. n° 286798 : « considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, si Mme M. possède une bonne maîtrise de la langue française, elle a cependant adopté une pratique radicale de sa religion, incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française, et notamment avec le principe d'égalité des sexes ; qu'ainsi, elle ne remplit pas la condition d'assimilation (...) ». Voir les conclusions de Mme Prada Bordenave sur cet arrêt.

³⁷⁷ Voir notamment C.E., 28 juillet 1999, *Griesmar*, req. n° 141112.

³⁷⁸ C.E., 6 février 1981, *Melle Baudet*, req. n° 14869, conclusions de P. Dondoux, A.J.D.A., 1981, p. 489. Etait en cause le règlement du personnel navigant commercial de la compagnie Air France qui contraint les hôtesses de l'air à partir à la retraite à 50 ans, contrairement aux stewards. La compagnie n'invoque aucune circonstance ni aucune particularité du service public pour justifier une différence de traitement. Extraits des conclusions : « discrimination illégale », « discrimination sexiste illégale », « on peut en déduire qu'un principe général de l'égalité de traitement des hommes et des femmes a été défini et appliqué par votre jurisprudence dans le domaine de la fonction publique et qu'il interdit toute discrimination injustifiée dans les conditions d'emploi et l'organisation des carrières » ; « Etant ainsi admis que le principe d'égalité de traitement est applicable au personnel (...) il reste à déterminer si les discriminations dont se plaint Melle Baudet, et qui existent, doivent être regardées comme illégales ». « Vous estimez que deux discriminations en sens inverse ne se compensent pas et doivent être censurées alors même qu'elles se traduisent par une relative égalité d'ensemble ».

Enfin, le principe de non-discrimination étant assimilable au principe d'égalité, il est entendu de manière formelle ou abstraite au même titre que le principe républicain d'égalité. Dans l'arrêt *Melle Baudet* de 1981, le juge administratif ajoute « *que la circonstance que les conditions d'emploi à partir de 40 ans seraient en réalité plus avantageuses pour les personnels féminins que pour les personnels masculins est sans influence sur la légalité de la disposition incriminée* ». Il ne s'agit pas d'apprécier les effets de l'acte. L'approche égalitariste de la discrimination est confirmée dans un arrêt *Confédération française démocratique du travail* du 24 novembre 1982³⁷⁹ dans lequel le Conseil d'Etat enferme ou contraint le principe de non-discrimination dans celui de l'égalité. Plus précisément, le Conseil d'Etat fait du « *principe de non-discrimination entre les sexes, (le) corollaire*³⁸⁰, *quant au recrutement des fonctionnaires du principe d'égal accès aux emplois publics* ». Censurer une mesure discriminatoire, c'est encore assurer le respect du principe d'égalité entre les sexes dans les limites que le Conseil d'Etat lui a assignées³⁸¹.

Si la jurisprudence la plus ancienne s'attachait au contrôle de la discrimination au regard des seules exigences statutaires et constitutionnelles, le juge administratif devait progressivement être saisi de requêtes fondées sur la violation du droit interne mais également du droit des Communautés européennes puis de l'Union européenne³⁸². La transposition de la politique européenne de lutte contre les discriminations en droit français a introduit un changement important de perspective dans la jurisprudence administrative, au regard du concept républicain de l'égalité.

³⁷⁹ C.E., 24 novembre 1982, *Confédération française démocratique du travail et autres*, req. n° 14775, 14776, 14814.

³⁸⁰ « Corollaire : proposition résultant d'une vérité déjà démontrée. Conséquence nécessaire et évidente », Dictionnaire Larousse, 2014.

³⁸¹ Une loi du 10 juillet 1975 permettait le recrutement exclusif d'agents du même sexe ou des recrutements distincts pour hommes et femmes, lorsque la nature des fonctions ou les conditions d'exercice le justifiaient. Plus tard, la loi du 13 juillet 1983 ne permit le recrutement distinct que lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constituait une mesure déterminante de l'exercice des fonctions. La loi de 1983 avait pour objet la transposition d'une directive européenne de 1976. C.E., Ass, 9 juin 1978, *Ministre de l'Education nationale contre Delle Bahelier, Lebon*, p. 239. C.E., 16 avril 1986, *Confédération française démocratique du travail, Lebon*, p. 104. Dans le même sens, voir C.E., 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche*, req. n° 89945, conclusions de M. Laroque, *R.F.D.A.*, 1990, p. 39 : « *Considérant qu'en vertu du principe qu'a posé le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (...) les femmes ont vocation à occuper tous les emplois publics dans les mêmes conditions que les hommes, aucune distinction ne pouvant être introduite entre les personnels de l'un et l'autre sexe dans les conditions d'exercice des fonctions correspondant à ces emplois, hormis celles qui seraient justifiées par les conditions particulières dans lesquelles sont accomplies certaines missions ou par la nécessité de la protection de la femme ou de la promotion de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes ; (...) une telle discrimination, qui institue une représentation séparée d'agents du sexe masculin et d'agents du sexe féminin appartenant à une même catégorie de personnels, n'est justifiée ni par les conditions dans lesquelles les uns et les autres exercent leurs fonctions, ni par aucun des autres motifs d'intérêt général susévoqués ; que, dans cette mesure, les dispositions (...) sont incompatibles avec le principe constitutionnel de l'égalité des droits accordés aux hommes et aux femmes* ».

³⁸² L. Cluzel-Métayer, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *R.F.D.A.*, 2010, pp. 309-322.

II. La transposition en droit français de la notion européenne de discrimination fondée sur le sexe

L'égalité entre les sexes est une politique ancienne des Communautés européennes. L'article 119 du traité instituant la Communauté économique européenne consacrait dès l'origine le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail. Cependant, le premier texte communautaire mentionné dans les visas des arrêts rendus par le Conseil d'Etat³⁸³ est la directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe d'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. D'autres directives ont par la suite élargi le champ d'application du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes³⁸⁴. La Cour de justice des Communautés européennes a elle-même contribué à l'élaboration de la politique européenne de lutte contre les discriminations en forgeant une partie des concepts que le droit dérivé mettait en œuvre³⁸⁵. Semblant conforter la position du juge français, la Cour de Luxembourg affirma que l'interdiction des discriminations n'était « *que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire* »³⁸⁶. Ainsi, à l'échelle européenne, le principe de non-discrimination est également le corollaire du principe d'égalité.

Cependant, une différence dans l'appréciation de la discrimination directe entre les sexes a rapidement vu le jour entre les jurisprudences française et européenne. En effet, contrairement au droit français, la Cour de justice des Communautés européennes fit une application plus rigoureuse du principe d'égalité entre les hommes et les femmes, limitant les arguments susceptibles de légitimer une dérogation au principe d'égalité. Cela a conduit le juge français à affermir sa position et à censurer les dispositions réglementaires qui, sans motif légitime,

³⁸³ Le moyen tiré de la violation de la directive pouvait être déclaré inopérant dès lors que l'acte litigieux était pris en application d'une loi, cette dernière faisant écran. Voir C.E., 24 novembre 1982, *Confédération française démocratique du travail et autres*, précité. On note initialement une certaine lenteur des autorités françaises dans l'application des directives européennes. Cela leur a valu la sanction de plusieurs arrêts en manquement rendus par la Cour de justice. A titre d'illustration, C.J.C.E., 30 juin 1988, *Commission contre République française*, aff.-318/86, *Rec.*, 1988, p. 3559 : manquement du fait du maintien en vigueur de recrutements distincts en fonction du sexe. C.J.C.E., 25 octobre 1988, *Commission contre République française*, aff.-312/86, *Rec.*, p. 6315 : manquement du fait de la transposition incomplète de la directive 76/207 relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

³⁸⁴ Directive 79/7/CEE du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière de sécurité sociale, 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, directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, 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 (directive « refonte »).

³⁸⁵ C.J.C.E., 17 juillet 1963, *Gouvernement de la République italienne contre Commission*, aff. C. 1363, p. 341 : « la discrimination matérielle consiste à traiter de manière différente des situations semblables, mais aussi à traiter de manière identique des situations différentes ». C.J.C.E., 12 février 1974, *Sotgiu*, aff. 152/73, *Rec.*, p. 153, C.J.C.E., 13 mai 1986, *Bilka Kaufhaus*.

³⁸⁶ C.J.C.E., 19 octobre 1977, *SA Moulins et huileries de Pont à Mousson*, aff. 124-76.

maintiennent une différence de traitement entre les hommes et les femmes³⁸⁷. Le contentieux relatif au régime des retraites de la fonction publique est emblématique à cet égard. Avant d'être déclaré contraire au droit de l'Union européenne, le Code des pensions civiles et militaires de retraite réservait le bénéfice d'avantages aux femmes, notamment lors du calcul de leur pension - grâce aux bonifications pour éducation - ou lorsqu'elles réclamaient la jouissance immédiate de leur pension de retraite. De telles mesures préférentielles, appelées également actions positives, voire discriminations positives, n'entraient cependant pas en contradiction avec le droit public français « *dans la mesure où ce dernier s'est rallié au cours du dernier siècle à un certain « différencialisme compensatoire », fondé notamment sur une idée de justice distributive (...)* »³⁸⁸. Saisie d'une question préjudicielle par le Conseil d'Etat en 1999³⁸⁹, la Cour de justice des Communautés européennes rendit un arrêt *Griesmar* le 29 novembre 2001 dans lequel elle mit hors-la-loi les différents avantages exclusivement réservés aux femmes dans le code français, au nom du principe de l'égalité entre les hommes et les femmes³⁹⁰, ce dernier reposant sur la nécessité de supprimer toute différence de traitement qui ne soit pas strictement justifiée par une différence de situation³⁹¹. Le Conseil d'Etat se rangea à l'avis rendu par la Cour de justice dans un arrêt *Griesmar* du 29 juillet 2002 même si un mois auparavant, il avait tenu un raisonnement identique dans un arrêt *Choukroun* du 5 juin 2002³⁹². Ce dernier fait expressément référence à la notion de discrimination : « *aucune disposition analogue n'est prévue en ce qui concerne les épouses survivantes d'un homme fonctionnaire (...); qu'ainsi, le code des pensions civiles et militaires de retraite introduit sur ce point une discrimination entre les hommes et les femmes fonctionnaires, qui n'est justifiée*

³⁸⁷ C.E., 7 décembre 1990, *Ministère de l'éducation nationale contre Mme Buret, Rec.*, p. 556. C.E., 11 mai 1998, *Melle Aldige, R.F.D.A.*, 1998, p. 1011, précédé des conclusions du commissaire du gouvernement H. Savoie, « L'égal accès des hommes et des femmes aux emplois publics », *R.F.D.A.*, 1998, pp. 1011-1015.

³⁸⁸ X. Souvignet, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *R.F.D.A.*, 2013, pp. 315-325.

³⁸⁹ C.E., 28 juillet 1999, *Griesmar*, req. n° 141112. Le juge administratif prit le parti de surseoir à statuer afin d'interroger la Cour de justice sur la compatibilité des pensions servies par le régime français de retraite des fonctionnaires avec le principe de l'égalité des rémunérations.

³⁹⁰ C.J.C.E., 29 novembre 2001, *Griesmar*, aff. C 366/99. Le principe de l'égalité des rémunérations s'oppose à ce qu'une bonification, pour le calcul d'une pension de retraite, accordée aux personnes qui ont assuré l'éducation de leurs enfants, soit réservée aux femmes, alors que les hommes ayant assuré l'éducation de leurs enfants seraient exclus de son bénéfice. L'article L. 12 du Code des pensions civiles et militaires français introduit une différence de traitement en raison du sexe à l'égard des fonctionnaires masculins qui ont effectivement assumé l'éducation de leurs enfants. L'égalité des rémunérations n'implique ni discriminations positives systématiques, ni mesures de protection injustifiées. Seule l'impossibilité d'instituer une comparaison entre les hommes et les femmes au regard de la disposition en question serait de nature à permettre un traitement différencié. La Cour n'estime pas se trouver dans ce cas de figure. La défense du Gouvernement français n'a donc pas convaincu la Cour de justice. Le Gouvernement se retranchait derrière la finalité protectrice de ce type d'avantages accordés aux femmes qui devait permettre de réduire les inégalités de fait présentes dans la vie sociale.

³⁹¹ G. Calvès, « Deux décennies mouvementées pour les politiques françaises de discrimination positive en faveur des femmes (1988-2009) », *R.D.S.S.*, 2009, pp. 991-1002.

³⁹² C.E., 5 juin 2002, *M. Choukroun, A.J.D.A.*, 2002, p. 639, note Marie-Christine de Montecler ; *A.J.F.P.*, 2002, n° 5, pp. 38-39. Le requérant, veuf d'une femme fonctionnaire de police décédée en service commandé, contestait la décision par laquelle le préfet de police de Paris lui avait refusé la jouissance immédiate de la pension de réversion, s'appuyant sur l'article L. 50 du Code des pensions. La Haute Juridiction constate que l'article L. 50 institue, en matière de pension de veuvage, une différence de traitement entre les hommes et les femmes qui n'est pas justifiée par une différence de situation. Dans le même sens, voir C.E., 29 janvier 2003, req. n° 245601, *B. C.E.*, 6 juillet 2007, req. n° 281147.

*par aucune différence de situation*³⁹³, relativement à l'octroi de la pension en cause et qui, par suite, est incompatible avec les stipulations de l'article 119 du Traité CE ». La conclusion du juge administratif n'est pas étonnante : désormais, en droit interne comme en droit européen, un traitement identique doit être privilégié dès lors que les hommes et les femmes se trouvent dans des situations identiques. Le choix opéré par le juge français de recourir à la notion d'égalité ou à celle de discrimination n'est pas porteur d'enjeux significatifs.

La transposition en droit interne de la notion européenne de discrimination indirecte entre les sexes s'est révélée bien plus délicate, reflétant une tension persistante entre les approches française et européenne du principe de non-discrimination.

III. La résistance du juge face à la notion européenne de discrimination indirecte entre les sexes

La Cour de justice des Communautés européennes a très tôt préféré une interprétation concrète des principes d'égalité et de non-discrimination³⁹⁴. Il s'agit non seulement de veiller à un accès formel aux droits mais également d'adopter une approche empirique de la lutte contre la discrimination en défendant une égalité réelle, ou de fait, entre les hommes et les femmes. Cela s'est traduit par l'apparition de la notion de discrimination indirecte entre les sexes, définie par le législateur européen comme « *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, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires* »³⁹⁵. Suivant cette approche, le traitement identique de situations différentes est qualifié de discrimination indirecte s'il n'est pas objectivement justifié par un but légitime. La Cour de justice des Communautés européennes a en effet toujours considéré qu'une différence de situation suppose une différence de traitement³⁹⁶.

Une nouvelle fois, le contentieux relatif au régime des retraites de la fonction publique illustre parfaitement le fossé entre les approches française et européenne de la discrimination indirecte. Comme le relève B. Dacosta dans ses conclusions sur l'arrêt *M. Quintanel* du 27 mars 2015, « *c'est avec la problématique des discriminations indirectes que l'on entre dans (...) un univers aussi désarçonnant, parfois, pour le juriste français, que la géométrie non-euclidienne pour le mathématicien néophyte* »³⁹⁷.

³⁹³ Autres illustrations selon lesquelles il y a une différence de situation justifiant une différence de traitement : C.A.A. de Paris, 11 mars 2005, req. n° 00PA03321, *A.J.F.P.*, 2005, p. 235 ; C.E., 7 avril 2011, req. n° 343595, *Amnesty International Section Française et GISTI*.

³⁹⁴ S. Slama, « Discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *A.J.F.P.*, 2003, n° 4, pp. 4-9.

³⁹⁵ Art. 2 « Définitions » de la 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 (directive « refonte »).

³⁹⁶ C.J.C.E., 17 juillet 1963, Gouvernement de la République italienne contre Commission, aff. 13/63.

³⁹⁷ B. Dacosta, conclusions sur C.E., 27 mars 2015, req. n° 372426, *Monsieur Quintanel*.

A la suite de l'arrêt *Griesmar* rendu le 29 novembre 2001 par la Cour de justice, la loi française du 21 août 2003 supprima les différences de traitement entre les hommes et les femmes en matière de retraite³⁹⁸. Cependant, à en juger par les décrets d'application de la loi, les autorités françaises mirent en place un subterfuge dans le but de sauvegarder les mesures compensatoires destinées aux femmes mères. Dit autrement, la législation française encouragea la mise en place de « discriminations indirectes positives » en faveur des femmes. Prenons l'exemple des bonifications pour enfant : l'article L. 12 du Code des pensions civiles et militaires de retraite accorde désormais aux fonctionnaires, indépendamment de leur sexe et pour chacun de leurs enfants nés, adoptés ou pris en charge antérieurement au 1^{er} janvier 2004, une bonification d'un an à condition qu'ils aient interrompu leur activité dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Ces conditions ont été fixées par le décret n° 2003-1305 du 26 décembre 2003 dont l'article 6 prévoit que le bénéfice de la bonification est subordonné à une interruption d'activité d'une durée continue au moins égale à deux mois, et ce dans le cadre exclusif de l'un des cinq congés statutaires accordés pour la naissance, l'adoption ou l'éducation d'un enfant : congé pour maternité, pour adoption, parental ou de présence parentale, disponibilité pour élever un enfant de moins de huit ans. L'artifice mis en place consiste à substituer à une discrimination directement fondée sur le sexe, une discrimination indirecte en faveur des femmes, fondée sur un critère apparemment neutre mais de fait rempli presque exclusivement par les femmes. En effet, en raison de la faible durée d'interruption inscrite dans les textes, les femmes bénéficient automatiquement des avantages dès lors qu'elles ont dû prendre un congé de maternité de deux mois tandis que les hommes ne peuvent en bénéficier que s'ils ont choisi de prendre un congé pour s'occuper de leurs enfants³⁹⁹.

Le Conseil d'Etat feint de ne pas remarquer le subterfuge. Par un arrêt *D'Amato et autres* du 29 décembre 2004⁴⁰⁰, le juge refuse de censurer les dispositions du décret litigieux : « *dès lors que cet avantage est ouvert tant aux hommes qu'aux femmes, ces dispositions ne sont pas incompatibles avec le principe d'égalité des rémunérations entre hommes et femmes tel qu'il a été interprété par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt C366-99 du 29 novembre 2001 ; considérant que, eu égard à l'objet de cette bonification, ce principe n'interdisait pas que le décret attaqué prévoit parmi les positions statutaires donnant droit à son bénéfice, le congé de maternité, alors même que de ce fait et en raison du caractère facultatif des autres congés, pour la plupart non rémunérés, le dispositif nouveau bénéficiera principalement aux fonctionnaires de sexe féminin (...)* ». Par cet arrêt, le juge évacue rapidement le moyen selon lequel le dispositif maintiendrait, sans objectif légitime, une discrimination indirecte en faveur des femmes. Notons par ailleurs que la notion de discrimination indirecte est évincée du discours du juge. Deux raisons à cela :

D'une part, le juge administratif conforte la conception française de l'égalité en droit. Le dispositif s'applique indifféremment aux hommes et aux femmes, indépendamment de ses effets concrets. Il est donc loisible au législateur français de soumettre les hommes et les

³⁹⁸ Loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, dite « loi Fillon », *J.O.R.F.*, p. 14310.

³⁹⁹ Communiqué fait par le Conseil d'Etat sur l'arrêt *Quintanel* du 27 mars 2015.

⁴⁰⁰ C.E., 29 décembre 2004, req. n° 265846, *D'Amato*.

femmes à un traitement identique même si l'un des sexes est finalement privilégié par rapport à l'autre dans les faits, reflétant ainsi une différence de situation. La solution prononcée par le juge est conforme à sa jurisprudence en vertu de laquelle un traitement identique peut être réalisé à l'égard de personnes placées dans des situations différentes⁴⁰¹. Un arrêt *Union des familles en Europe* du 20 avril 2005 conforte cette approche. En l'espèce, est contesté un décret rendant homogènes les règles de minoration de pension en cas de carrière incomplète. L'Union des familles en Europe dénonce une violation du principe constitutionnel d'égalité entre les hommes et les femmes car le décret pénalise, dans les faits, les femmes dont la durée moyenne d'assurance est de 122 trimestres contre 168 pour les hommes. Ainsi, pour neutraliser la différence de traitement, les autorités françaises auraient dû prévoir un dispositif différent pour les femmes. L'Union des familles en Europe se retranche ici derrière l'approche européenne du principe d'égalité en vertu de laquelle une différence de situation suppose une différence de traitement. Suivant les conclusions du commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat rappelle qu'en droit interne, le principe d'égalité, s'il impose en règle générale de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, n'oblige pas à traiter différemment des personnes qui se trouvent dans une situation différente. La réticence du juge à recourir à la notion de discrimination - au profit de celle d'égalité - trouve donc sa raison d'être dans sa volonté d'affirmer l'autonomie et une conception spécifique française du principe d'égalité au regard de la conception européenne de la discrimination indirecte. Dit autrement, le juge singularise l'analyse du principe d'égalité en le détachant de toute connexion avec le droit communautaire en vertu duquel une différence de situation impose une différence de traitement. Ainsi, dès lors que l'application du droit européen met en danger la conception française de l'égalité, la jurisprudence administrative révèle une « franche hostilité et une volonté d'étouffer toute potentialité de développement »⁴⁰² du principe européen de non-discrimination. Le Conseil d'Etat a lui-même forgé la notion d'égalité entre les sexes dans la fonction publique. Il est légitime qu'il fasse preuve d'une certaine retenue dans l'application de l'approche européenne de la non-discrimination qui ne correspond pas en tout point à l'approche française.

D'autre part, admettre explicitement l'existence d'une discrimination indirecte reviendrait pour le juge administratif à faire un contrôle pointilleux (similaire à celui exercé par la Cour de justice) afin d'apprécier si l'avantage accordé, en fait, à l'un des deux sexes est justifié par un objectif légitime et si les moyens employés pour parvenir à ce but sont appropriés et proportionnés à l'objectif poursuivi. Dans l'arrêt *Union des familles en Europe* du 20 avril 2005, le Conseil d'Etat relève que « *si les travailleurs féminins qui demandent la liquidation de leur retraite ont, davantage que les travailleurs masculins, des durées de cotisation inférieures à 160 trimestres, il n'en résulte pas pour autant qu'en fixant le coefficient de minoration le décret attaqué contrevienne aux dispositions précitées dès lors que, ayant notamment pour but d'inciter à l'allongement des durées d'activité, il repose sur un facteur objectif et étranger à toute discrimination fondée sur le sexe et que le coefficient de minoration, qui est d'ailleurs réduit par ce décret, n'est pas fixé de manière disproportionnée*

⁴⁰¹ C.E., Ass., 28 mars 1997, req. n° 179049, *Société Baxter*.

⁴⁰² X. Souvignet, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *R.F.D.A.*, 2013, pp. 315-325.

par rapport à l'objectif poursuivi ». Le juge évacue rapidement l'appréciation du facteur objectif étranger légitimant la discrimination indirecte. La jurisprudence ultérieure conforte ce point de vue en évinçant la notion de « discrimination indirecte » du discours du juge alors même que le moyen est expressément invoqué par les parties mais également en y répondant de manière laconique⁴⁰³. Enfin, les décisions juridictionnelles recensées révèlent que, sur le fond, le juge administratif refuse systématiquement de censurer les dispositions réglementaires françaises.

Le subterfuge mis en place par le droit français, avec la complicité du juge administratif, fut dénoncé devant la Cour de justice de l'Union européenne saisie d'une question préjudicielle par la Cour administrative d'appel de Lyon le 3 avril 2013⁴⁰⁴. Contrairement aux conclusions rendues par l'avocat général, la Cour de justice de l'Union européenne⁴⁰⁵ constate que les bonifications d'ancienneté et la possibilité de retraite anticipée pour enfants engendrent une présomption de discrimination indirecte entre travailleurs féminins et masculins, les mesures bénéficiant, dans les faits, à un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes. Surtout, cette présomption ne peut pas être renversée car la discrimination indirecte n'est pas justifiée et n'est pas nécessaire à la réalisation d'objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. En effet, la Cour n'est pas convaincue par la défense du Gouvernement français qui invoquait son souci d'atteindre un objectif légitime de politique sociale, soit la nécessité de compenser les désavantages de carrière subis par les fonctionnaires ayant interrompu leur activité en raison de la naissance, de l'arrivée au foyer ou de l'éducation d'enfants⁴⁰⁶. Cependant, la Cour renvoie au seul juge national le soin de déterminer si et dans quelle mesure la discrimination indirecte est justifiée par des facteurs objectifs étrangers à

⁴⁰³ C.E., 5 mars 2003, req. n° 163518, *Fédération Interco CFDT*. C.E., 6 juin 2007, req. n° 286492. C.E., 16 janvier 2009, req. n° 285491, *M. A.* C.E., 11 mars 2009, req. n° 291153. C.E., 7 mai 2009, req. n° 304468. C.E., 13 juin 2012, n° 333798. C.A.A. de Bordeaux, 3 octobre 2013, req. n° 13BX00401.

⁴⁰⁴ C.A.A. de Lyon, 3 avril 2013, req. n° 12LY02596, *M. Leone* : M. Leone, agent de la fonction publique hospitalière, a demandé son admission à la retraite avec jouissance immédiate de sa pension en qualité de père de trois enfants. La Caisse des dépôts et consignations a rejeté sa demande par décision du 18 avril 2005, faute pour lui d'avoir interrompu son activité pour éduquer ses enfants. M. Leone soutient que le droit en vigueur instaure une discrimination indirecte entre hommes et femmes au sens de l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. La Cour administrative d'appel de Lyon décide de surseoir à statuer et pose les questions préjudicielles suivantes : les dispositions peuvent-elles être regardées comme opérant une discrimination indirecte entre les hommes et les femmes au sens de l'article 157 précité ? En cas de réponse positive, une telle discrimination indirecte est-elle justifiable au regard des stipulations du paragraphe 4 de l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ? La notion de « discrimination indirecte » est explicitement employée par le juge administratif.

⁴⁰⁵ C.J.U.E., 17 juillet 2014, *Leone*, aff. C-173/13. Voir C. Boutayeb, « Le régime français de retraite des fonctionnaires à l'épreuve du principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes. Note sous CJUE, 17 juillet 2014, Maurice Leone et Blandine Leone contre Garde des Sceaux, ministre de la justice et Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales », *R.D.S.S.*, 2014, pp. 1073-1086.

⁴⁰⁶ L'objectif de politique sociale n'est pas retenu par la Cour de justice : considérants 58 et 59 : « *le souci de compenser les désavantages subis dans le déroulement de leur carrière par l'ensemble des travailleurs tant féminins que masculins ayant interrompu celle-ci pendant un laps de temps aux fins de se consacrer à leurs enfants constitue, certes, en tant que tel, un objectif légitime de politique sociale. Toutefois de simples affirmations générales ne suffisent pas pour faire apparaître que l'objectif d'une règle nationale (...) est étranger à toute discrimination fondée sur le sexe ni à fournir des éléments permettant raisonnablement d'estimer que les moyens choisis étaient aptes à la réalisation de cet objectif* ». Un arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux du 3 octobre 2013, n°13BX00401 a retenu un autre objectif afin de justifier la différence de traitement : « *les nécessités de la protection de la femme enceinte ou en couches* ».

toute discrimination fondée sur le sexe. La Cour s’empresse de dire qu’elle peut lui donner des indications lui permettant de statuer.

Dans un arrêt du 27 mars 2015⁴⁰⁷, le Conseil d’Etat profite de cette liberté d’appréciation pour ne pas suivre les indications de la Cour de justice et ainsi ne pas censurer les dispositions litigieuses au regard du principe européen de non-discrimination. Dans cet arrêt, notons que pour la première fois, la discrimination indirecte est expressément mentionnée dans le discours du juge administratif⁴⁰⁸. Après avoir cité l’article 157 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, le Conseil d’Etat précise *« qu’il résulte de ces dispositions, telles qu’interprétées par la Cour de justice de l’Union européenne, que le principe d’égalité des rémunérations s’oppose non seulement à l’application de dispositions qui établissent des discriminations directement fondées sur le sexe mais également à l’application de dispositions qui maintiennent des différences de traitement entre travailleurs masculins et travailleurs féminins sur la base de critères non fondés sur le sexe dès lors que ces différences de traitement ne peuvent s’expliquer par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe et qu’il y a discrimination indirecte en raison du sexe lorsque l’application d’une mesure nationale, bien que formulée de façon neutre, désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé de travailleurs d’un sexe par rapport à l’autre »*.

La résistance du juge administratif aurait-elle finalement été vaincue ? Ce considérant ne doit pas être interprété comme l’abandon de la conception française de l’égalité au profit de l’approche européenne de la discrimination. Le Conseil d’Etat apprécie la légalité des dispositions du code des pensions civiles et militaires à la seule lumière du droit européen, à la suite de l’avis rendu par la Cour de justice de l’Union européenne. Le juge administratif synthétise les hypothèses de discrimination telles qu’elles ressortent du droit européen. Il est d’abord fait mention de la discrimination directement fondée sur le sexe. Deuxième hypothèse : une disposition maintient une différence de traitement entre les deux sexes. Ce cas de figure n’est pas en soi illégal. Il l’est s’il ne peut pas s’expliquer par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Enfin, troisième hypothèse : la discrimination indirecte résulte de l’application aux deux sexes d’une mesure d’une apparente neutralité mais qui, en réalité, désavantage beaucoup plus un sexe par rapport

⁴⁰⁷ C.E., 27 mars 2015, req. n° 372426, *Quintanel*. M. Quintanel, professeur et père de trois enfants, demande au tribunal administratif de Limoges l’annulation de la décision prise par le recteur d’académie de Limoges refusant de l’admettre à la retraite avec jouissance immédiate de sa pension et exige de l’administration qu’elle lui accorde le bénéfice d’une bonification pour enfant. Le tribunal ayant rejeté sa demande, un pourvoi est exercé devant le Conseil d’Etat afin d’obtenir l’annulation du jugement du tribunal et de régler l’affaire au fond. Il est également demandé au Conseil d’Etat de surseoir à statuer afin de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l’Union européenne.

⁴⁰⁸ Une seule décision recensée emploie expressément les termes de « discrimination directe et indirecte » : C.E., 28 octobre 2005, req. n° 265238. En l’espèce, était également en cause l’article L. 12 du Code des pensions civiles et militaires de retraite dans sa rédaction issue de la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites : *« considérant que les dispositions législatives et réglementaires précitées, qui subordonnent l’octroi de la bonification prévue au b) de l’article L. 12 à des conditions d’interruption d’activité identiques ou équivalentes, en droit comme en fait, pour les fonctionnaires de sexe masculin et les fonctionnaires de sexe féminin, n’introduisent aucune discrimination directe ou indirecte, à l’égard des fonctionnaires de sexe masculin ; qu’ainsi, M. X n’est pas fondé à soutenir que les nouvelles dispositions (...) sont contraires au principe d’égalité des rémunérations énoncé à l’article 119 ; devenu l’article 141, du traité sur la Communauté européenne »*.

à l'autre. Les deux dernières hypothèses semblent correspondre à la définition européenne de la discrimination indirecte.

Le Conseil d'Etat rappelle ensuite la solution prononcée par la Cour de justice de l'Union européenne dans son avis *Leone* du 17 juillet 2014 : la prise en compte du congé de maternité prévu par le code français maintient une différence de traitement entre les hommes et les femmes, non justifié par un facteur objectif étranger à toute discrimination fondée sur le sexe. Cependant, si la Cour peut donner des indications, il revient au juge national d'apprécier l'existence de ce facteur. Contrairement à la solution prononcée dans l'arrêt *D'Amato et autres* du 29 décembre 2004, le Conseil d'Etat ne se retranche plus derrière le fait que le dispositif s'applique, en droit, indifféremment aux hommes et aux femmes. Le juge reconnaît une différence de traitement en raison de la prise en compte du congé de maternité. Nous nous situons dans la seconde hypothèse évoquée précédemment. Ainsi, peut-on parler de présomption de discrimination. Cependant, celle-là peut être renversée s'il existe des facteurs objectivement étrangers à une discrimination fondée sur le sexe, justifiant la différence de traitement. A cette fin, le Conseil d'Etat détaille les désavantages concrets subis par les fonctionnaires mères de famille en termes de niveau de pension⁴⁰⁹. Il constate statistiquement que les femmes qui interrompent leur carrière, même ponctuellement, bénéficient de pensions plus faibles que les hommes. Sur ce fondement, le juge conclut que le régime de la bonification pour enfant poursuit un objectif de politique sociale : compenser les inégalités de pension constatées dans les faits. Afin d'aboutir à cette conclusion, le juge relève que le dispositif « *n'a pas pour objet et ne pouvait avoir pour effet de prévenir les inégalités sociales dont ont été l'objet les femmes mais de leur apporter, dans une mesure jugée possible, par un avantage de retraite assimilé à une rémunération différée au sens de l'article 157 du TFUE, une compensation partielle et forfaitaire des retards et préjudices de carrière manifestes qui les ont pénalisées* ». Dit autrement, le dispositif n'a pas pour objet de rechercher l'égalité réelle entre les hommes et les femmes en prévenant les inégalités sociales pour l'avenir mais de compenser partiellement, provisoirement et au nom de l'intérêt général, les effets d'une situation dont les femmes ont été les principales victimes. « *Dans ces conditions, la différence de traitement dont bénéficient indirectement les femmes mères d'enfants nés avant le 1^{er}*

⁴⁰⁹ « Il ressort néanmoins de l'ensemble des pièces produites devant le juge du fond et des données disponibles qu'une femme ayant eu un ou plusieurs enfants connaît, de fait, une moindre progression de carrière que ses collègues masculins et perçoit en conséquence une pension plus faible en fin de carrière ; que les arrêts de travail liés à la maternité contribuent à empêcher une femme de bénéficier des mêmes possibilités de carrière que les hommes ; que de plus, les mères de famille ont dans les faits plus systématiquement interrompu leur carrière que les hommes, ponctuellement ou non, en raison des contraintes résultant de la présence d'un ou plusieurs enfants au foyer ; qu'ainsi, selon les données d'une étude statistique du service des retraites de l'Etat produite par le ministre des finances et des comptes publics, si une femme fonctionnaire sans enfant perçoit à la fin de sa carrière une pension moyenne supérieure de 2,6 % à celle des hommes également sans enfant, les femmes avec enfants perçoivent en moyenne des pensions inférieures à celles des hommes ayant le même nombre d'enfants ; que ces écarts entre les pensions perçues par les femmes et les hommes s'accroissent avec le nombre d'enfants ; que les pensions des femmes fonctionnaires, rapportées à celles des hommes, sont ainsi inférieures de 9,8 % pour un enfant, de 11,5 % pour deux enfants, de 13,3 % pour trois enfants et de 23 % pour quatre enfants ; que si la bonification par enfant était supprimée, les écarts passeraient à 12,7 % pour un enfant, 17,3 % pour deux enfants, 19,3 % pour trois enfants et à près de 30 % pour quatre enfants ; que le niveau de la pension ainsi constaté des femmes ayant eu des enfants résulte d'une situation passée, consécutive à leur déroulement de carrière, qui ne peut être modifiée au moment de la liquidation ».

janvier 2004 (...) est objectivement justifiée par un objectif légitime de politique sociale, (...) elle est propre à garantir cet objectif et nécessaire à cet effet ; que par suite, les dispositions en cause ne méconnaissent pas le principe d'égalité tel que défini à l'article 157 du TFUE ».

La marge d'appréciation laissée au juge français permet à ce dernier de ne pas censurer le dispositif et, par conséquent, de ne pas contredire sa jurisprudence antérieure. Afin de mieux contourner la solution prononcée par la Cour de justice, le Conseil d'Etat choisit de s'approprier le raisonnement traditionnellement tenu par le juge européen : le juge français relève que la finalité du dispositif est de promouvoir l'égalité des chances entre les hommes et les femmes en remédiant aux inégalités de fait qui persistent malgré l'égalité en droit. Il s'agit d'apprécier rigoureusement le caractère compensateur ou correcteur de la mesure. Or les dispositions du code français n'ont pas pour finalité d'aller au-delà de la promotion de l'égalité des chances au nom d'une prétendue égalité des résultats. Dans un arrêt *Kalanke* du 17 octobre 1995, la Cour de justice tient un raisonnement identique : le principe de non-discrimination entre les sexes « *ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes. Il convient d'observer que cette disposition a 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 réalité de la vie sociale. Ainsi, elle autorise des mesures nationales (...) qui, en favorisant spécialement les femmes, ont pour but d'améliorer leur capacité de (...) poursuivre une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes. Comme le Conseil l'a considéré (...), « les normes juridiques existant sur l'égalité de traitement (...) sont insuffisantes pour éliminer toute forme d'inégalité de fait si, parallèlement, des actions ne sont pas entreprises, de la part des gouvernements (...) en vue de compenser les effets préjudiciables qui, pour les femmes dans la vie active, résultent d'attitudes, de comportements et de structures de la société »* »⁴¹⁰. Les termes employés par le Conseil d'Etat ne sont pas si éloignés. Le Code des pensions civiles et militaires de retraite serait l'une de ces actions. En se rapprochant du raisonnement adopté par la Cour de justice, le juge administratif traduit-il une tentative de « réconciliation » entre ce qui relève de l'action positive en droit français et de la discrimination indirecte en droit européen ?

Les juges français et européens s'accordent pour dire que le problème est d'ordre quantitatif et qualitatif : en premier lieu, le juge national doit s'assurer que les femmes sont sous-représentées et que cette sous-représentation résulte de comportements issus de la société. Enfin, le juge administratif est invité à opérer un contrôle de proportionnalité qui exige que les dérogations ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché. C'est à cette occasion qu'intervient de nouveau la référence à l'intérêt général dans le discours du juge administratif : « le législateur a entendu maintenir à titre provisoire, en raison de l'intérêt général qui s'attache à la prise en compte de cette situation (...), ces dispositions destinées à compenser des inégalités normalement appelées à disparaître ». L'intérêt général a toujours été un motif légitime de dérogation au principe d'égalité de traitement. Sous-jacent à la notion d'objectif étranger en rapport avec l'objet de la

⁴¹⁰ C.J.C.E., 17 octobre 1995, *Ckhard Kalanke contre Freie Hansestadt Bremen*, aff. C-450/93.

mesure, l'intérêt général apparaît également comme un motif légitime de dérogation au principe européen de non-discrimination. L'intérêt général s'apparenterait à une « voie de sortie » permettant au juge français de ne pas censurer la discrimination positive indirecte instaurée à l'échelle française tout en faisant sien le raisonnement tenu par la Cour de justice

**SECTION 5 : LA DISCRIMINATION FONDEE SUR LA NATIONALITE DANS LA
JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE**

L'égalité et le principe de non-discrimination semblent constituer un couple de plus en plus étroitement liés dans l'ensemble des ordres juridiques des Etats européens⁴¹¹. Il s'agirait même, pour certains auteurs, des deux faces d'un même principe. Pour autant, il n'est pas besoin d'y revenir, deux modèles se croisent l'un français universaliste et abstrait et l'autre anglo-saxon, plus empirique recherchant une égalité effective. Toutefois, l'influence des juges européens et les rapports des ordres juridiques des Etats membres de l'Union européenne, aboutissent à réduire les différences⁴¹², même si les empreintes de l'histoire sont encore présentes.

Ce constat s'applique parfaitement à la discrimination fondée sur la nationalité, d'autant qu'il s'agit d'un domaine où les juridictions européennes⁴¹³ (Tribunal et Cour de justice) sont particulièrement vigilantes dans la mesure où il en va de la construction du marché unique. Ce dernier, impose que tout salarié d'un Etat membre puisse travailler sur le territoire de n'importe quel autre, aussi bien dans le secteur privé que public. Faute de quoi, sauf, exception, une discrimination directe ou indirecte est sanctionnée par le juge de l'Union européenne. Dès lors, dans ce type de contentieux l'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme est particulièrement marquée. Elle résulte de l'application des principes de primauté et d'applicabilité directe du droit de l'Union européenne. Cette capacité à circuler librement des citoyens (entrée et séjour) se traduisant, tout particulièrement, dans le droit français de la fonction publique et dans le droit des étrangers.

Par ailleurs, si la discrimination fondée sur nationalité intervient en tant que tel dans le litige, elle est souvent accompagnée d'une autre forme de discrimination relative à l'âge, à l'accès à des droits sociaux, à la résidence, créant ainsi une discrimination multi niveaux.

Enfin, une dernière remarque s'impose, ce type de discrimination est abordé par le juge sous ses trois aspects : directe, indirecte et à rebours.

Pour autant, plus généralement, cette approche par le principe de non-discrimination s'impose au juge administratif plus qu'il n'y adhère. En effet, dans de nombreuses hypothèses, c'est soit la loi, des actes réglementaires soit des textes ou des jurisprudences supra nationaux qui l'exigent. Aussi, le discours du juge en matière de non-discrimination est empreint de contorsions afin d'éviter l'utilisation du principe de non-discrimination.

Ces propos préliminaires posés, après l'examen d'un nombre considérable de décisions des juridictions administratives, il est apparu, afin de ne pas perdre de vue l'objectif de la

⁴¹¹ A. Ilioupoulou, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in J. B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, *Droit administratif européen*, Bruxelles : Bruylant, 2007, p. 435.

⁴¹² P. Garonne, « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *R.T.D. eur.*, 1994, p. 425.

⁴¹³ P. Hernu, Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, Paris : LGDJ, B.D.P., t. 232, 2003, notamment p. 80.

recherche à savoir le discours du juge en matière de discrimination fondée sur la nationalité, d'engager une réflexion non pas par domaine mais en fonction de l'intensité de l'obligation qui pèse sur le juge administratif d'appliquer le principe de non-discrimination.

Deux axes se dessinent dans la jurisprudence administrative et imprègnent le discours du juge, l'influence du principe de libre circulation des personnes issu du droit de l'Union européenne, où le principe de non-discrimination fondée sur la nationalité est plus marquée (I) et l'intervention d'une convention internationale extra communautaire, laissant un degré d'appréciation plus étendu au juge dans l'application du principe (II).

I. Une prise en compte marquée du principe issu du droit de l'Union Européenne

La prise en compte de la discrimination fondée sur la nationalité par le juge administratif, le conduit à tenir un discours s'intéressant davantage à une approche concrète du contentieux plutôt que de se livrer à une analyse d'ordre objectif comme il la mène classiquement. Le juge s'y résout, en raison des textes européens qu'il doit appliquer.

Le Traité de Rome, dès 1957, reconnaît quelques droits individuels mais toujours étroitement reliés à la liberté de circulation des travailleurs qui, à l'époque, était la seule à être reconnue afin de garantir la libre circulation des facteurs de production à l'intérieur du marché commun. Plus précisément, l'article 7 circonscrivait la force prescriptive de l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité tout simplement au champ d'application du Traité. Le texte original (art. 7) énonçait :

« Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité.

Le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, peut prendre, à la majorité qualifiée, toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations ».

Cette approche se justifiait car le but communautaire était la volonté de surmonter la division nationale des marchés en les unifiant dans un seul marché commun, alors la garantie des quatre libertés de circulation aurait été inutile si un Etat membre (celui de destination) aurait été libre de soumettre les sujets provenant d'autres Etats membres à un traitement plus restrictif par rapport à celui qu'il accordait aux citoyens, aux marchandises et aux services nationaux.

Par la suite, à l'occasion de litige, la Cour de justice élargit le champ d'intervention du principe de non-discrimination fondée sur la nationalité dans sa décision du 12 février 1974 *Sotgiu*⁴¹⁴. Elle précise que *« l'article 7, paragraphes 1 et 4, du règlement n° 1612/68 doit être interprété en ce sens qu'il interdit toute discrimination fondée non seulement sur le fait que le travailleur possède la nationalité d'un autre État membre, mais encore qu'il a son domicile*

⁴¹⁴ C.J.C.E., 12 février 1974, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, aff. 152/73, *Rec.*, pp. 153-167 ; B. Pacteau, *D.*, 1975, p. 605, note ; H. Mayras, conclusions ; G. Lyon Caen, obs., *Dr. soc.* 1974, p. 177 ; *R.T.D. eur.* 1976, p. 374.

dans l'un de ces États »⁴¹⁵. Elle considère que « les règles d'égalité de traitement, tant du traité que de l'article 7 du règlement n° 1612/68, prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat »⁴¹⁶. Dès lors, « l'efficacité d'un des principes fondamentaux de la Communauté, (...) exige que l'égalité de traitement des travailleurs soit assurée « en fait et en droit ». En définitive, « il n'est donc pas exclu que des critères tels que le lieu d'origine ou le domicile d'un travailleur puissent, selon les circonstances, constituer, dans leur effet pratique, l'équivalent d'une discrimination de nationalité prohibée par le traité (...) ».

Enfin, progressivement, le principe de non-discrimination a acquis une portée beaucoup plus politique, presque fondatrice pour l'Union européenne, en ce sens qu'il est presque consubstantiel à la citoyenneté européenne introduite dans les traités européens en 1992. L'un des objectifs de la citoyenneté européenne consiste d'ailleurs à « renforcer la protection des droits et des intérêts des ressortissants de ses États membres par l'instauration d'une citoyenneté européenne ». Cette relation entre la citoyenneté européenne et la non-discrimination peut être établie au regard de deux dispositions des traités :

D'une part, la deuxième partie du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'intitule : « non-discrimination et citoyenneté de l'Union ». D'autre part, l'article 10 de ce Traité s'avère tellement général qu'il façonne inévitablement les droits dont bénéficie le citoyen européen⁴¹⁷. Le Traité sur l'Union européenne, pour sa part, précise en vertu de l'article 2 que « Le principe de non-discrimination est une valeur de l'Union européenne ».

Le ton est donc donné par le droit de l'Union européenne, et cette influence, quelques années plus tard, trouve son expression dans plusieurs domaines du contentieux administratif relevant de l'atteinte à l'égalité. Il s'agit alors pour le juge administratif soit d'appliquer le droit originaire de l'Union européenne (A) soit le droit dérivé (B), tel qu'il est interprété par la Cour de justice.

A. La prise en compte du principe en lien avec le droit originaire de l'Union européenne

L'intervention du juge administratif, sur la base de la discrimination fondée sur la nationalité, s'exprime dans le cadre de l'accès à la fonction publique française⁴¹⁸. En effet, si le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne affirme dans son article 51 que « Sont exceptées de

⁴¹⁵ *Ibid.*, pp. 155-156.

⁴¹⁶ *Ibid.*, point 11, p. 164.

⁴¹⁷ « [D]ans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union cherche 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 ».

⁴¹⁸ A. Zarka, *L'égalité dans la Fonction publique*, Bruxelles : Bruylant, 2014 ; également, O. Yeznikian, « Le principe de non-discrimination dans la fonction publique française », *Cah. Fonc. Pub.*, janvier 2003, p. 4. P. Y. Moreau, « La jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne relative au lien entre fonction publique et nationalité », *A.J.F.P.*, 2001, n° 2, pp. 9-13.

l'application des dispositions du présent chapitre, en ce qui concerne l'État membre intéressé, les activités participant dans cet État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique », nombre d'emplois publics sont exclus de cette exception. Ainsi, par application du droit de l'Union européenne la clause de nationalité pour les ressortissants des États membres est remise en cause. Les fondements de la clause de nationalité étaient d'une part la loyauté du fonctionnaire, d'autre part le principe d'unité de la fonction publique. L'article 48 § 4 du Traité de Rome excluait explicitement du principe de libre circulation des travailleurs « *les emplois de l'administration publique* » ; cela revenait à conditionner la libre circulation des travailleurs à la définition que pouvait donner chaque État de la fonction publique ; la C.J.C.E. dès l'origine s'est efforcée d'imposer la prévalence du droit communautaire sur tout droit national, sur une autre base que celle du droit international général ; toute l'argumentation de la C.J.C.E. s'articule sur l'idée que le droit de l'Union européenne a une spécificité, qui est la notion même de marché commun et tout ce qu'elle implique. C'est par deux arrêts, le 17 décembre 1980 et le 26 mai 1982 que le juge de l'Union européenne a interprété de manière restrictive l'exception à la liberté de circulation des travailleurs ; il fallait désormais pour elle, que les emplois comportassent une « *participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques* ». La Cour du Luxembourg affirme que « *l'article 48 du traité CEE, en visant les emplois qui comportent l'exercice de la puissance publique et de l'attribution de responsabilité pour la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat, permet aux Etats membres de réserver, par des réglementations appropriées, l'exercice d'une telle puissance et de telles responsabilités à l'intérieur d'une même carrière, d'un même service ou d'un même cadre* ». ⁴¹⁹

Dès lors, elle fournit une définition limitative quoique floue « des fonctions régaliennes » et surtout aborde l'appartenance à la fonction publique non plus par l'examen du lien juridique entre l'agent et l'administration mais à partir de la fonction exercée ⁴²⁰ ; il ne s'agit plus d'une définition organique mais d'une définition matérielle. Sur cette base, pour ce type d'emplois tout national d'un État membre peut prétendre à accéder à tout emploi public dans l'espace européen ⁴²¹. Le non-respect de cette liberté d'accession à cet emploi constitue une discrimination fondée sur la nationalité. Dès lors, le droit de la fonction publique est pénétré par cette logique (intervention du législateur ⁴²² et du pouvoir réglementaire ⁴²³) et nécessairement l'appréciation du juge administratif à l'occasion d'un litige.

⁴¹⁹ C.J.C.E., 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. C149-79, *Rec.*, p. 3881.

⁴²⁰ Communication de la Commission du 11 décembre 2002 (COM (2002) 694 relative à la libre circulation des travailleurs, sont considérés comme exclus du libre accès « *les forces armées, la police et les autres forces de l'ordre, la magistrature, l'administration fiscale et le corps diplomatique* » ; L. Dubouis, « La notion d'emploi dans la fonction publique et l'accès des ressortissants communautaires aux emplois publics », *R.F.D.A.*, 1987, pp. 951-957.

⁴²¹ M. F. Christophe-Tchakaloff, « Fonction publique et droit communautaire », *A.J.F.P.*, 2001, n° 1, p. 7.

⁴²² Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, et 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,

⁴²³ Décret n° 2010-311 du 22 mars 2010 relatif aux modalités de recrutements et d'accueil des ressortissants des États membres de l'Union européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen

Cette influence du principe de non-discrimination dans la jurisprudence du juge administratif se mesure aussi bien lors de l'accès dans la fonction publique française que lors de la construction de la carrière.

1. L'accès à la fonction publique française

Sous, le premier aspect, dès l'instant où le droit de l'Union européenne impose la non-discrimination fondée sur la nationalité, dès l'admission à concourir une difficulté surgit. En effet, l'administration se livre à cet égard à un examen des conditions requises posées par les lois et règlements français, comment peut-elle apprécier le dossier d'un candidat d'un autre Etat membre ? Certes, la loi admet aujourd'hui qu'un ressortissant de l'Union européenne doit être traité sur un pied d'égalité avec un national et fixe les conditions à remplir. Ce faisant la compétence de l'administration est liée. Pour autant un espace s'ouvre lorsqu'il s'agit de prendre en considération l'expérience acquise. Il s'agit de concilier deux exigences potentiellement contradictoires à savoir la capacité à exercer un emploi public (maîtrise de langue, de certaines connaissances) et le respect du principe de non-discrimination fondée sur la nationalité requis par le droit de l'Union européenne. A cet égard la conception égalitaire française subit clairement le contrecoup du principe. Se pose la question des critères de sélections retenues. Afin de répondre, pour partie à cette interrogation, le gouvernement, dès 1994, par trois décrets des 21 juillet et 30 août 1994, introduit la reconnaissance des diplômes dans les trois fonctions publiques pour les ressortissants de l'Union européenne afin d'examiner le droit à concourir⁴²⁴. Fut alors créée, la « Commission d'assimilation », remplacée ensuite par la « Commission d'équivalence », distincte de l'autorité administrative chargée de l'agrément des candidatures.

Dans ce nouveau contexte, la décision *Spaggiari* du 18 octobre 2002 est révélatrice de l'impact du principe de non-discrimination lors du recrutement d'un professeur des universités. Dans cette affaire, était contestée la décision de la Commission de spécialiste de Paris III qui avait rejeté la candidature de Madame Spaggiari, professeur des universités italiennes, au seul motif de sa méconnaissance du système universitaire français. Le gouvernement adosse son raisonnement sur le principe d'égalité. Il estime que « *le concours est conçu pour respecter le principe d'égalité dans la sélection des candidats se présentant à*

dans un corps, un cadre d'emplois ou un emploi de la fonction publique française, *J.O.R.F.*, 24 mars 2010, texte 49 sur 170 ; Décret n° 2009-462 du 23 avril 2009 relative aux règles de classement des personnes nommées dans les corps d'enseignants-chercheurs publics d'enseignement supérieur et de recherche relevant du ministre chargé de l'enseignement supérieur, *J.O.R.F.*, 25 avril 2009, texte 11 sur 96. V. G. Alberton, « Le recrutement des européens dans la fonction publique : le décret du 22 mars 2010 est-il vraiment accueillant ? », *A.J.D.A.*, 2010, pp. 1984-1991 ; Décret n° 2007-196 du 13 février 2007 relatif aux équivalences des diplômes requises pour se présenter aux concours d'accès aux corps de la fonction publique, dernières modifications, le 19 juillet 2014.

⁴²⁴ Décret n° 94-616 du 21 juillet 1994 relatif à l'assimilation, pour l'accès à la fonction publique hospitalière, de titres ou diplômes délivrés dans d'autres Etats membres de la Communauté européenne ou dans un autre Etat, partie, à l'accord sur l'Espace économique européen ; Décret n° 94-741 relatif à l'assimilation à la fonction publique d'Etat, des diplômes délivrés dans d'autres Etats membres de la Communauté européenne ou d'un autre Etat, partie, à l'accord sur l'Espace économique européen ; Décret n° 94-743 relatif à l'assimilation à la fonction publique territoriale, des diplômes délivrés dans d'autres Etats membres de la Communauté européenne ou d'un autre Etat, partie, à l'accord sur l'Espace économique européen, ces trois décrets sont aujourd'hui abrogés par le décret du 1^{er} août 2007 et remplacés par le décret du 13 février 2007, précité.

un même poste. Il est considéré comme la méthode la plus équitable et la plus objective pour mettre en œuvre le principe d'égalité d'accès aux emplois publics ». A cet argument l'autorité administrative ajoute que « *les Etats membres demeurent compétents pour déterminer les modalités de recrutement et les règles de fonctionnement de la fonction publique* ». La conclusion s'impose le principe d'égalité n'est pas violé. Or, le Conseil d'état n'emprunte pas ce raisonnement. Il reconnaît nettement la discrimination indirecte. Et considère que « *Les stipulations du traité instituant la Communauté européenne doivent être interprétées comme interdisant non seulement les discriminations fondées sur la nationalité, mais encore toutes les formes de discrimination, qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat* »⁴²⁵. Cette formule fait clairement écho à la définition fournie par la Cour dans l'arrêt *Sotgiu*⁴²⁶. Ainsi, toutes les discriminations entre ressortissants de la C.E.E., même indirectes, sont interdites. En l'occurrence, la candidature d'un professeur italien ne saurait être écartée au seul motif de son expérience insuffisante du système universitaire français. Retenir un tel argument conduirait à désavantager les non-nationaux.

2. Le fonctionnement de la fonction publique

Le problème d'une discrimination fondée sur la nationalité se repose concernant la carrière de l'agent public. En effet, l'intégration de l'ancienneté voire de l'expérience par un ressortissant de l'Union européenne doit-elle être prise en compte pour reclasser le fonctionnaire dans la grille indiciaire. Cette question fut soulevée devant le Tribunal administratif d'Amiens concernant la fonction publique hospitalière. En l'occurrence, le juge admet que « *L'administration ne peut pas refuser de tenir compte, pour le classement dans l'emploi de praticien hospitalier, des services équivalents accomplis dans les hôpitaux belges et luxembourgeois par un ressortissant belge dans un concours de recrutement* »⁴²⁷. Un tel refus constitue une discrimination fondée sur la nationalité.

Les juridictions administratives sur cette base admettent l'atteinte au principe de non-discrimination fondée sur la nationalité pour un enseignant souhaitant après réussite au concours de l'enseignement voir intégrer son ancienneté issue de son statut dans son pays

⁴²⁵ C.E., 18 octobre 2002, req. n° 224804, *Spaggiari, A.J.D.A.*, 13 janvier 2003, p. 36 ; R. Schwartz, ccls., « L'interdiction de toute discrimination entre fonctionnaires français et ressortissants européens », *A.J.D.A.*, 13 janvier 2003, pp. 36-39 ; S. Salma, obs., « Toute discrimination entre ressortissants CEE, même indirecte, est interdite », *A.J.F.P.*, mars-avril 2003, p. 12.

⁴²⁶ C.J.C.E., 12 février 1974, *Stogiu c/ Deutsche Bundespost*, aff. 52/73, *Rec.*, p. 153 ; v. également, C.J.C.E., 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 225/85, *Rec.*, p. 2636 ; C.J.C.E., 3 juin 1986, *Commission c/ France*, *A.J.D.A.*, 1987, p. 44 ; C.J.C.E., 23 février 1994, *Scholz c. Opera Universitaria di Cagliari et Cinzia Porcedda*, aff. C-419/92, point 11, *Rec.*, p. I-521 ; C.J.C.E., 23 mai 1996, *O'Flynn c. Adjudication Officer*, aff. C-237/94, *Rec.*, pp. I-2617-I-2642 ; C.J.C.E., 15 janvier 1986, *Pinna*, 41/84, point 24, *Rec.*, p. 1 ; C.J.C.E., 30 mai 1989, *Allué et Coonan*, 33/88, point 12, *Rec.*, p. 1591, et C.J.C.E., 21 novembre 1991, *U.R.S.S.A.F. c. Hostellerie Le Manoir S.A.R.L.*, aff. C-27/91, point 11, *Rec.*, 1991, p. 5541 ou dans leur grande majorité les travailleurs migrants voir C.J.C.E., 17 novembre 1992, *Commission/Royaume-Uni*, C-279/89, point 42, *Rec.*, p. 1-5785 ; C.J.C.E., 20 octobre 1993, *Spotti*, C-272/92, point 18, *Rec.*, p. 1-5185 ; ainsi que les conditions indistinctement applicables qui peuvent être plus facilement remplies par les travailleurs nationaux que par les travailleurs migrants ; C.J.C.E., 17 décembre 1980, *Commission/Luxembourg*, aff. C-150/79, point 10 ; C.J.C.E., 4 octobre 1991, *Paraschi*, C-349/87, point 23, *Rec.*, p. 1-4501 ; ou encore qui risquent de jouer, en particulier, au détriment des travailleurs migrants voir C.J.C.E., 8 mai 1990, *Biehl*, C-175/88, point 14, *Rec.*, p. 1-1779, C.J.C.E., 28 janvier 1992, *Bachmann*, C-204/90, point 9, *Rec.*, p. 1-249.

⁴²⁷ T.A. d'Amiens, 2 avril 1996, *Vannimeuse*, *A.J.F.P.*, 1996-2, p. 17 et *D.A.*, 1996, n° 384.

d'origine⁴²⁸. En l'occurrence, dans ces circonstances, l'obligation est faite au juge administratif de prendre en considération le principe de non-discrimination issu du droit de l'Union, sous le double effet de la primauté du droit de l'Union européenne et de l'applicabilité directe. Pour autant, comme l'adhésion n'est pas totale, le raisonnement mené demeure celui de la rupture d'égalité, mais dont l'aboutissement le conduit à reconnaître la discrimination. Il utilise la formule « par procuration » du droit de l'Union européenne, sans véritablement adhérer, estimant que la rupture d'égalité suffit.

Concernant les ressortissants hors Union européenne, la décision du Conseil d'Etat *Mme Rias-Tims*, distingue clairement le statut des ressortissants de l'Union européenne et les tiers. Ainsi, une Américaine qui demande l'annulation de l'arrêté du ministre de l'éducation nationale qui l'a classé professeur agrégé stagiaire au 1^{er} échelon avec aucune ancienneté alors qu'elle a enseigné aux Etats-Unis est déboutée. En cassation le Conseil d'Etat estime que la disposition des traités concernant la discrimination fondée sur la nationalité entre les Etats membres, relative à l'emploi, la rémunération et les conditions de travail ne saurait être retenue. En effet, la requérante au moment où elle enseignait à l'étranger n'avait pas la nationalité d'un Etat membre. Par ailleurs, elle n'a pas enseigné dans un autre Etat membre que la France⁴²⁹. Ce faisant, la situation est différente, donc le principe d'égalité n'est pas entamé.

Le juge administratif est aussi confronté au principe de non-discrimination fondée sur la nationalité concernant un aspect bien précis, les clauses de nationalité contenues dans les règlements des fédérations sportives.

3. Les règlements des fédérations sportives

Ces règlements prévoyaient souvent des restrictions relatives aux sportifs professionnels concernant leur présence lors de championnats nationaux comme pour le football, le basket ou encore lors de l'accès à certaines compétitions. Ces clauses de nationalités ont fait l'objet d'un contentieux sanctionné par le juge administratif comme dans la décision du Tribunal administratif de Cayenne prononcée sur un litige portant sur l'accès à une course cycliste⁴³⁰. A la suite d'une réunion qui s'est tenue le 29 juillet 2010, le comité régional de cyclisme de la Guyane a décidé, sans motiver sa décision, de ne pas remettre d'invitation à participer au 21ème tour de Guyane à l'association Rémire-Montjoly Bike (RMB).

Cette dernière avait préalablement fait part de son souhait de participer à l'épreuve en incluant dans son équipe le coureur dénommé Rammler, de nationalité allemande, et licencié hors du département.

⁴²⁸ T.A. de Lyon, 3 février 1999, req. n° 9703634, *Martinez Mora*, A.J.F.P., 1999, n° 3, p. 27 ; Ph. Icard, « L'ancienneté acquise dans un autre Etat européen », *ibid.* ; T.A. de Poitiers, 31 décembre 1999, req. n° 971773, *M. Garry Holding c/ Recteur d'académie de Poitiers*, A.J.F.P., 2000, n°4, p. 29 ; F. Berguin, note, « L'illégalité du refus de prise en compte des services effectués en Grande-Bretagne par un certifié britannique », A.J.F.P., 2000, n° 4, p. 30 ; également : T.A. de Clermont-Ferrand, 30 avril 1998, req. n° 961511, *Mme Dorothee Zehrer* ; T.A. de Caen, 30 avril 2002, req. n° 01-1130, *M. Hertel*, A.J.F.P., 2002, n° 5, p. 19 ; C.A.A. de Nantes, 10 avril 2003, req. n° 00NT00077, *Trevor X*.

⁴²⁹ C.E., 20 octobre 2000, req. n° 194739, *Mme Rias-Tims*, table Lebon, p. 815.

⁴³⁰ T.A. de Cayenne, 17 novembre 2011, *Association Remire-Montjoly Bike c./ Comité régional de cyclisme de la Guyane*.

Les décisions prises par le comité régional de cyclisme de la Guyane ont eu pour effet d'écartier de la liste des équipes l'association Rémire-Montjoly Bike (RMB) qui avait participé aux précédentes éditions de l'épreuve et qui justifiait avoir informé ledit comité de son souhait de participer à cette épreuve, avoir accompli des diligences pour remettre le 11 août 2010 un bulletin d'engagement pour le Tour de Guyane 2010 et avoir engagé des frais en vue de sa participation.

Par requête enregistrée le 10 août 2010, l'association Rémire-Montjoly Bike (RMB) a donc saisi le Tribunal administratif de Cayenne aux fins d'annuler d'abord le règlement du 23 juillet 2010 du comité régional de cyclisme de la Guyane en ce qu'il contient en son article 3 des dispositions discriminatoires fondées sur l'origine géographique et nationalité des coureurs participant au 21ème tour de Guyane, ensuite, la décision du comité régional prise sur la base du règlement précité du 23 juillet 2010 portant refus de remettre une invitation à l'association Rémire-Montjoly Bike pour participer au 21ème tour de Guyane et enfin, la lettre du 2 août 2010 du président dudit comité formalisant l'exclusion de l'association du 21ème tour de Guyane. Le tribunal administratif considère *« qu'en indiquant à l'article 3 du règlement en date du 23 juillet 2010 que "le renforcement des équipes locales par des coureurs licenciés hors du département n'est pas autorisé", le comité régional de cyclisme de la Guyane a introduit une discrimination au détriment non seulement des coureurs licenciés dans d'autres départements français, mais aussi des coureurs licenciés dans les autres pays de l'Union européenne ; que, ce faisant, le comité régional de cyclisme de la Guyane a méconnu l'article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; qu'il suit de là que l'article 3 du règlement du 21ème Tour de Guyane doit être annulé ainsi que les deux autres décisions attaquées, dont il n'est pas contesté qu'elles ont été prises en application des dispositions litigieuses de règlement ; »* Sont donc sanctionnées à bon droit des mesures discriminatoires prises par le comité régional de cyclisme de la Guyane et portant atteinte directement notamment à l'article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne invoqué par la requérante. Il y avait également un autre texte soulevé par cette dernière et qui a toute sa place dans la lutte contre les discriminations de tout ordre. Il s'agit de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne adoptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a, en application de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne issu du Traité de Lisbonne, la même valeur que le Traité. L'article 21 de cette Charte dispose : *« 1. Est interdite, 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. 2. Dans le domaine d'application du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite. »*

A la lecture de ce considérant force est de constater que le juge administratif implicitement intègre dans son raisonnement le principe de non-discrimination en se référant aux dispositions notamment de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne. Dans une certaine mesure, il utilise le principe par référence aux textes européens.

Dans un arrêt plus récent « *Association Racing club de Cannes volley* » de 2012⁴³¹ est engagé devant le Conseil d'Etat un recours en annulation contre une disposition du règlement de la fédération de Volley. Les requérants faisaient état de deux discriminations fondées sur la nationalité : une directe, la règle de l'assimilation à une joueuse issue des filières de formation française, et une autre indirecte, le quota de 4 joueuses sur 12 issues des formations françaises. Le juge administratif relève la discrimination directe et annule la disposition litigieuse mais estime que la discrimination indirecte constituée par les quotas est fondée sur des raisons impérieuses d'intérêt général (objectifs de formations et de promotion des jeunes joueuses) et que le seuil minimal de 4 joueuses est proportionné aux buts poursuivis. Il juge que ni le principe d'égalité, ni le principe de libre accès aux activités sportives ni le principe de libre circulation des travailleurs ne sont pas méconnus. Ici, la formation par le club constitue un enjeu important de nature à admettre une atteinte à l'égalité à condition en outre que la mesure prise soit proportionnée au objectif suivi. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, le juge administratif n'utilise pas explicitement dans son discours la méconnaissance au principe de non-discrimination. Certes, peut-on admettre qu'il est présent implicitement, dans la mesure où pour rejeter la discrimination, le juge reprend totalement le mode de raisonnement et le logiciel d'analyse de la Cour de justice.

Le principe de non-discrimination fondée sur la nationalité trouve également un ancrage dans l'application du droit dérivé de l'Union européenne.

B. Le principe de non-discrimination contenu dans le droit dérivé de l'Union européenne

Les directives⁴³² et règlements issus de l'ordre juridique de l'Union européenne inscrivent souvent dans leur dispositif une disposition relative à la prohibition de toutes discriminations. En outre, des directives de 2000 visent spécifiquement la mise en œuvre de l'égalité de traitement où le principe de non-discrimination trouve sa place⁴³³. Ces dispositions du droit

⁴³¹ C.E., 8 mars 2012, req. n° 343273, *Association Racing Club de Cannes Volley* ; « Légalité d'un minimum de "joueuse de la formation française" dans les compétitions de volley-ball », *Rec.*, 1^{er} avril 2013, n° 2, pp. 78-79 ; O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-seseke, N. Joubert et K. Parrot, « Droit des étrangers et de la nationalité », *D.*, 2013, p. 314 ; D. Botteghi, « La composition des équipes nationales de sport : la question de la nationalité des joueurs. Conclusions sur Conseil d'Etat, 8 mars 2012, *Association Racing Club de Cannes Volley*, n° 343273 », *R.F.D.A.*, 2012, pp. 500-506 ; A. Bouveresse, « Validation des quotas de "joueuses issues de la formation française" dans les équipes de volley », *R.T.D. eur.*, 2012, p. 938 ; Centre de droit et d'économie du sport, Université de Limoges, « Droit du sport. Janvier 2012 – Décembre 2012 », *D.*, 2013, p. 527.

⁴³² Directive n°89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988, relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionne des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans, *J.O.U.E.*, L19, p. 16.

⁴³³ 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, *J.O.U.E.*, L. 180, 2000, p. 22 ; Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.U.E.*, L 303 du 2 décembre 2000, p. 16 ; Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, L 269 du 5 octobre 2002, p. 15.

dérivé viennent nécessairement s'appliquer lors d'un contentieux devant le juge administratif au nom du principe de primauté du droit de l'Union européenne. A nouveau, certains secteurs sont plus confrontés que d'autres à l'application du principe de non-discrimination fondée sur la nationalité.

1. Le cas de la fonction publique

Dans le cadre de l'affaire *Isabel Burbaud* concernant l'accès à la fonction de directrice hospitalière, la non reconnaissance de la formation suivie relative à une profession réglementée constitue une discrimination indirecte fondée sur la nationalité en raison de la non reconnaissance des diplômes obtenus au Portugal. En l'espèce, il s'agissait pour le juge de croiser deux directives portant successivement sur la reconnaissance des diplômes (Master 2 de droit de la santé publique obtenue à l'Université de Lisbonne) et sur les professions réglementées à savoir : directeur d'hôpital. Ainsi, une ressortissante d'origine portugaise, naturalisée française, sollicite son intégration dans les carrières supérieures de la fonction publique de l'administration hospitalière.

Elle fonde sa demande sur l'obtention d'un diplôme délivré par l'Ecole Nationale de la Santé Publique de Lisbonne, suivie d'une expérience professionnelle dans plusieurs hôpitaux.

Le ministère des affaires sociales et de l'emploi répond par la négative car l'accès à la fonction publique française s'obtient par la réussite à une procédure de sélection, en l'occurrence un concours.

Face à ce refus, une action en annulation est engagée devant le Tribunal administratif de Lille. Déboutée, la requérante décide alors de déférer ce jugement à la Cour administrative d'appel de Douai. Cette dernière soulève deux questions préjudicielles :

La première relative à l'assimilation d'une titularisation après formation à un diplôme au sens de la directive sur la reconnaissance des diplômes ;

La seconde vise la nécessité du succès à un concours pour accéder à la fonction publique hospitalière.

Dans sa réponse, la Cour de justice lève toute ambiguïté en estimant que la directive sur l'équivalence des diplômes s'applique à une telle situation, dès lors, l'objection tirée de l'obligation de la réussite à un concours tombe en raison de l'atteinte portée au principe de libre circulation des personnes « diplômées ». En effet, « *l'origine étrangère mais européenne du diplôme de Madame Burbaud ne pouvait constituer en soi une entrave à son accès à la fonction publique hospitalière française* ».

A la suite d'une saga jurisprudentielle conséquente, le Conseil d'Etat a admis mais implicitement qu'une discrimination frappait Isabel Burbaud⁴³⁴. Il affirme, *in fine*

⁴³⁴ C.A.A. de Douai, 15 avril 2004, *Mme Burbaud*, *A.J.F.P.*, 2005, n° 5, p. 277, J. Lepers, ccls., « Affaire Burbaud : hallali ! », *A.J.F.P.*, 2005, n° 5, pp. 277-278 ; C.E., 16 mars 2005, *Ministre de la santé c/ Mme Burbaud*, *A.J.D.A.*, 2005, p. 1465 ; T. Olson, ccls., « Accès des européens à la fonction publique : la fin de l'affaire Burbaud ? », *A.J.D.A.*, 2005, pp. 1465-1473. F. Melleray, « L'arrêt Burbaud implique-t-il une discrimination à rebours ? », *A.J.D.A.*, 2003, pp. 1911-1915. Également, *Rapport sur la formation initiale des*

« Considérant, enfin, que contrairement à ce que soutiennent les ministres, l'arrêt attaqué ne reconnaît pas au bénéficiaire de Mme X... un droit à être recrutée dans le corps des directeurs d'hôpitaux de la fonction publique hospitalière française ; que dans l'attente d'une réglementation nationale conforme au traité et compatible avec les objectifs définis par la directive n° 89/48 soit édictée, il fait cependant obligation au ministre de la santé d'examiner dès à présent si, dans le cadre d'une procédure de recrutement adaptée permettant de tenir compte de l'équivalence des titres et des diplômes dont se prévaut Mme X... et des vacances d'emploi à pourvoir par les différentes voies d'accès, l'intéressée peut être intégrée dans le corps des personnels de direction d'hôpitaux ; que, le cas échéant, s'il apparaît qu'existent dans les deux écoles de santé publique des différences entre la durée des formations en cause ou entre les matières couvertes par celles-ci de nature à le justifier, cette intégration peut être subordonnée à l'obligation d'effectuer un stage d'adaptation ou de se soumettre à une épreuve d'aptitude ; que la reconnaissance de l'équivalence de diplômes délivrés dans deux Etats membres au sens de l'article 3 sous a) de la directive n'exclut pas, dans son principe, que des différences dans les matières enseignées ou dans la durée des formations justifient que l'Etat membre d'accueil soumette le demandeur aux mesures prévues à l'article 4 de la directive ; que la cour administrative d'appel, qui n'a pas conféré un caractère obligatoire à ces mesures, n'a, dans les modalités d'examen de la demande de Mme X... qu'elle a prescrites au ministre, ni entaché son arrêt de contradiction de motifs ni commis d'erreur de droit dans l'application de l'article 4 de la directive n° 89/48/CEE du 21 décembre 1988 telle qu'interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes (...) ».

Dans la même veine, le Conseil d'Etat est saisi d'une affaire concernant la contestation d'un décret qui précise les catégories de professionnels auxquels le propriétaire ou l'affectataire d'un immeuble classé au titre des monuments historiques est tenu de confier la maîtrise d'œuvre des travaux. En effet, le pouvoir réglementaire ferme cette catégorie aux ressortissants de l'Union européenne installés sur le territoire de la République disposant des qualifications requises. La compagnie des architectes en chef des monuments historiques conteste cet acte administratif en raison de l'inégalité qu'il introduit. Le juge administratif admet que « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit, dans l'un comme l'autre cas, en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation susceptibles de la justifier ; »

Pour autant, il considère dans ce cas précis que « les dispositions de l'article 9 du décret attaqué ont pour effet de priver les architectes établis en France, qu'ils soient, comme le relève l'association requérante, de nationalité française ou, d'ailleurs, ressortissants d'autres Etats membres de la Communauté européenne ou parties à l'accord sur l'Espace économique européen, de la possibilité de bénéficier de l'accès à la maîtrise d'œuvre des travaux de restauration des monuments historiques classés n'appartenant pas à l'Etat ; que s'il était

fonctionnaires de l'Etat dans les écoles du service public, Ministre de l'intérieur (IGA) n°11-088-01/ Ministère de l'économie (CGEF), n°11-0539, La Doc. Française, nov. 2011.

loisible au Gouvernement de réserver, pour des raisons d'intérêt général, l'exercice de la maîtrise d'oeuvre de la restauration de ces monuments historiques classés à des professionnels disposant d'une qualification et d'une expérience suffisantes en ce domaine, la différence de situation existant entre les professionnels français et les ressortissants d'autres Etats membres de la Communauté européenne ou parties à l'accord sur l'Espace économique européen qui remplissent les conditions de diplôme et d'expérience professionnelle mentionnées à l'article 9 du décret du 28 septembre 2007, selon qu'ils sont établis en France ou bien dans un autre Etat membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen, n'est pas en rapport avec l'objet de l'article 9 qui, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, est de permettre de confier la maîtrise d'œuvre des travaux de restauration des monuments historiques classés n'appartenant pas à l'Etat à d'autres catégories de professionnels que les architectes en chef des monuments historiques ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que des raisons d'intérêt général suffisantes justifient la différence de traitement qu'instituent les dispositions précitées au détriment des professionnels établis en France ; qu'ainsi, les dispositions de l'article 9 du décret du 28 septembre 2007 méconnaissent dans cette mesure le principe d'égalité ; que l'ASSOCIATION ARCHITECTES DU PATRIMOINE est par suite fondée à demander l'annulation de cet article en tant qu'il exclut les professionnels établis en France de son champ d'application »⁴³⁵.

On le constate, le Conseil d'Etat s'abstient d'inscrire son raisonnement dans une atteinte au principe de non-discrimination. Il applique classiquement son raisonnement concernant le principe d'égalité. Il est certain que le juge administratif résiste, lorsqu'il le peut à s'engager sur la voie de la discrimination au prix, parfois, d'un certain nombre de contorsions et de stratégies d'évitement. Dans l'affaire des architectes, il semble sanctionner une discrimination à rebours puisque le décret traitait moins bien les architectes de l'Union européenne implantés en France que ceux demeurant dans un autre Etat membre⁴³⁶.

Cette confrontation dans le discours du juge administratif entre application du principe de non-discrimination fondée sur la nationalité et application du principe d'égalité s'exprime également lorsque sont engagées dans son prétoire des actions contre des actes administratifs méconnaissant des conventions conclues par l'Union européenne et les pays tiers dans lesquelles le principe de non-discrimination est inséré. Le secteur des sportifs professionnels est, à cet égard, intéressant à aborder.

2. Le secteur des sportifs professionnels

En 1999, Lilia Malaja, basketteuse polonaise, n'avait pu être embauchée par le RC Strasbourg parce que deux autres étrangères jouaient déjà dans le club alsacien. Le quota étant à l'époque limité à deux étrangères par équipe, ce troisième recrutement avait d'abord été invalidé. Mais

⁴³⁵ C.E., 6 octobre 2008, req. n° 310146, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques*, n° 31108, *Association « Architectes du patrimoine »*, « Annulation du statut particulier du corps des architectes en chef des monuments historiques », *Rec.*, 1^{er} septembre 2009, n° 4.

⁴³⁶ A. Ilioupoulou et A. Jaureguiberry, « La première condamnation d'une discrimination à rebours. A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques* », *R.F.D.A.*, 2009, pp. 132-144.

s'appuyant sur l'accord d'association signé entre la Pologne et l'Union européenne (UE) en 1991, elle conteste la décision devant le juge. En vertu de cet accord, tout ressortissant polonais étant entré légalement sur le territoire européen ne doit faire l'objet d'aucune discrimination notamment fondée sur la nationalité. Le Tribunal administratif de Strasbourg avait rejeté la requête de Lilia Malaja. Mais, en février 2000, la Cour administrative d'appel de Nancy⁴³⁷ avait donné raison à la basketteuse et finalement, le Conseil d'Etat l'a confirmé. Il précise « *qu'il résulte des stipulations combinées de l'article 37, paragraphe 1, premier tiret, et de l'article 58, paragraphe 1, de l'accord d'association que, si les Etats membres de la Communauté européenne ont le pouvoir d'appliquer aux travailleurs salariés de nationalité polonaise leurs règles de droit interne concernant l'admission, le séjour et l'accès au marché du travail sur leur territoire, à la condition toutefois de ne pas réduire à néant ni compromettre les avantages que la République de Pologne tire dudit accord, l'article 37, paragraphe 1, premier tiret, de l'accord d'association institue en faveur des ressortissants de la République de Pologne régulièrement admis à séjourner et à exercer un emploi salarié sur le territoire d'un Etat membre, un droit à l'égalité de traitement dans les conditions de travail de même portée que celui reconnu aux ressortissants communautaires par l'article 48, paragraphe 2, devenu l'article 39, paragraphe 2, du traité sur la Communauté européenne ; que, ainsi que l'a jugé la Cour de Justice des Communautés européennes dans la décision précitée du 29 janvier 2002, ce droit emporte l'interdiction de toute discrimination fondée directement ou indirectement sur la nationalité et susceptible d'affecter les travailleurs salariés polonais dans leurs conditions de travail* » et conclut que « *l'application aux joueuses de nationalité polonaise de l'article 8-1 du règlement sportif particulier applicable au championnat de la Ligue féminine de basket-ball, qui limite à deux le nombre des joueuses n'ayant pas la nationalité de l'un des Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen autorisées à participer au championnat de ladite ligue, crée, à l'encontre de ces joueuses, une discrimination directement fondée sur leur nationalité et, par suite, contraire au principe de non-discrimination énoncé à l'article 37, paragraphe 1, de l'accord d'association ; qu'ainsi, en retenant que la FEDERATION FRANCAISE DE BASKET-BALL ne pouvait, sans méconnaître ce principe, opposer à Mlle X... les dispositions de l'article 8 du règlement précité au cours du championnat de la Ligue féminine pour la saison 1998-1999, la cour administrative d'appel de Nancy n'a pas commis d'erreur de droit* »⁴³⁸.

Il faut souligner, ici, que le juge n'opère aucune distinction, entre le principe de non-discrimination inscrit dans les textes de l'Union européenne et celui contenu dans une convention internationale. Mais, cette remarque doit être atténuée dans la mesure où cette convention est interprétée à l'aune du droit de l'Union européenne car conclue par l'Union elle-même. S'imposent, alors, aux ordres juridiques des Etats membres, l'interprétation de la C.J.U.E., affirmant l'identité de concept quel que soit la nature juridique du texte européen l'accueillant⁴³⁹.

⁴³⁷ C.A.A. de Nancy, 3 février 2000, req. n° 99NC00282, *Malaja*.

⁴³⁸ C.E., 30 décembre 2002, req. n° 219646, *Fédération française de basket-ball*.

⁴³⁹ C.J.C.E., 12 avril 2005, *Igor Simutenkov*, aff. C-265/03, *Rec.*, p. I-2579, point 21.

Par ailleurs, le droit des étrangers est aussi soumis au respect du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, notamment par application de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le juge administratif est également en prise avec le principe de non-discrimination lors de l'application de conventions internationales extra communautaire ratifiées par l'Etat français.

II. Les effets des conventions internationales dans le discours du juge administratif : une prise en compte altérée du principe

Sous le double aspect des principes de supériorité des conventions internationales légalement ratifiées et de l'effet direct, le juge administratif fait prévaloir sur les actes administratifs ces textes. Lors de son contrôle de la légalité de ces actes aux conventions internationales, il impose le respect du principe de non-discrimination fondée sur la nationalité tant en cas de violation directe (A) qu'en retenant une discrimination indirecte liée au lieu de résidence (B).

A. Une violation directe du principe ?

Le principe de non-discrimination fondée sur la nationalité trouve une illustration concernant le droit à la valorisation d'une pension pour un agent public même si il ne dispose plus de la nationalité française. Il s'agissait de la cristallisation de la pension d'un ancien auxiliaire de gendarmerie sénégalais engendrant un écart entre les fonctionnaires retraités français et ceux qui avaient perdu la nationalité sous l'effet de l'indépendance. Le représentant de l'administration estimait que la loi applicable et les travaux préparatoires entendaient opérer une distinction non pas en fonction de la nationalité, mais du lieu de résidence. La Cour administrative d'appel de Paris a jugé que la différence de traitement fondée uniquement sur l'absence de possession de la nationalité française, qui ne reposait sur aucune justification objective et raisonnable, était incompatible avec les stipulations de l'article 14 de la Convention et de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à cette convention. En cassation, le Conseil d'Etat affirme que *« les pensions de retraite constituent, pour les agents publics, une rémunération différée destinée à leur assurer des conditions matérielles de vie en rapport avec la dignité de leurs fonctions passées ; que la différence de situation existant entre d'anciens agents publics de la France, selon qu'ils ont la nationalité française ou sont ressortissants d'Etats devenus indépendants, ne justifie pas, eu égard à l'objet des pensions de retraite, une différence de traitement ; que, s'il ressort des travaux préparatoires des dispositions précitées de l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959 qu'elles avaient notamment pour objectif de tirer les conséquences de l'indépendance des pays mentionnés à cet article et de l'évolution désormais distincte de leurs économies et de celle de la France, qui privait de justification la revalorisation de ces pensions en fonction de l'évolution des traitements servis aux fonctionnaires français, la différence de traitement qu'elles créent, en raison de leur seule nationalité, entre les titulaires de pensions, ne peut être regardée comme reposant sur un critère en rapport avec cet objectif ; que, ces dispositions étant, de ce fait, incompatibles avec les stipulations précitées de l'article 14 de la Convention européenne de*

*sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant qu'elles ne pouvaient justifier le refus opposé par le ministre de la Défense à la demande présentée par M. Diop en vue de la revalorisation de sa pension*⁴⁴⁰.

Une première remarque s'impose, une pension en tant que rémunération relève bien du champ d'application de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés en tant que biens. Ensuite, le juge administratif n'utilise pas la notion de discrimination mais fait référence à l'article 14 en vertu duquel « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ». Le Conseil d'Etat, suit les conclusions du rapporteur public concernant le critère à retenir pour accepter ou pas la rupture d'égalité qui écrivait que « *l'administration et le juge ont, depuis plus de quarante ans, toujours appliqué la loi selon sa lettre et non en substituant au critère de nationalité un hypothétique critère de résidence* »⁴⁴¹. Pour autant, le rapporteur public ouvre le débat en s'interrogeant sur la nécessité de relire la loi en lui substituant le critère de résidence pour examiner la compatibilité du texte avec la Convention européenne des droits de l'homme. La haute juridiction n'emboîte pas le pas de son rapporteur public et après avoir relevé que les pensions de retraite constituaient, pour les agents publics, « une rémunération différée destinée à leur assurer des conditions de vie en rapport avec la dignité de leurs fonctions passées », elle a jugé que la différence de situation existant entre d'anciens agents publics de la France, selon qu'ils ont la nationalité française ou sont ressortissants d'Etats devenus indépendants, ne justifiait pas, eu égard à l'objet des pensions de retraite, une différence de traitement (C.E., 30 novembre 2001, *Diop*, précité). Aussi, les ayants droit furent admis à solliciter la revalorisation de la pension militaire de Monsieur Diop⁴⁴². Ainsi, a été reconnu le caractère discriminatoire du « gel » des pensions versées aux fonctionnaires civils et militaires des ressortissants des ex-colonies françaises.

Le Conseil d'Etat dans ses décisions successives confirme cette position, il a estimé dans un arrêt *M. Bab Hamed* que « *les dispositions de l'article L.58 du code des pensions civiles et militaires de retraite ne peuvent être regardées comme compatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme [...], en tant qu'elles n'excluent pas, pour l'application de cet article, le cas d'une perte collective de nationalité à l'occasion d'un transfert de la souveraineté sur un territoire* ». Il s'agissait de M. Bab Hamed, de nationalité algérienne, qui avait épousé une fonctionnaire française et n'avait pu bénéficier de la réversion de la pension

⁴⁴⁰ V. C.A.A. de Paris, 7 juillet 1999, *Ministère de la Défense c/ Diop*, Brigitte Phémolant, ccls., « Droit des pensions et Convention européenne des droits de l'homme », *R.F.D.A.* 2000, pp. 843-849 ; C.E., 30 novembre 2001, *Ministère de la Défense c/ Diop*, J. Courtial, ccls., « Principe de non-discrimination et revalorisation des pensions de retraite concédées aux ressortissants des Etats de l'ex-Communauté », *R.F.D.A.*, 2002, pp. 573-581 ; M. Guyomars et P. Collin, « La « cristallisation » des pensions des militaires et fonctionnaires des anciennes colonies est-elle constitutive d'une discrimination ? », *A.J.D.A.*, 2001, pp. 1039-1044 ; commentaires de S. Slama, « L'arrêt Diop, un long combat judiciaire », *Plein droit*, n° 56, mars 2003 ; P. Wachsmann, obs. « Les lois instituant des discriminations selon la nationalité devant le Conseil d'Etat français », *R.T.D.H.*, 2003, p. 303.

⁴⁴¹ C.E., 13 mars 1987, req. n° 78754, *M. Ben El Hmidi Hammadi*.

⁴⁴² « à concurrence des montants dont il aurait bénéficié s'il avait conservé sa nationalité française, ainsi que le versement des arrérages qu'il estimait lui être dus, augmentés des intérêts capitalisés ».

de sa femme dans la mesure où il avait perdu la nationalité française lors de l'indépendance de l'Algérie et ne l'avait jamais recouvrée depuis. L'administration lui avait alors opposé une disposition du Code des pensions civiles et militaires de retraite (art. L. 58) qui prévoit que : « *Le droit à l'obtention ou à la jouissance de la pension et de la rente viagère d'invalidité est suspendu [...] par les circonstances qui font perdre la qualité de Français durant la privation de cette qualité* »⁴⁴³.

Il arrive parfois que le requérant considère une convention internationale comme susceptible d'être contraire à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme car contenant une discrimination fondée sur la nationalité. C'est l'hypothèse de l'affaire *Taklait* où l'un des arguments développés vise une discrimination liée à la nationalité contenu dans l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié. A cet égard, la Cour administrative d'appel de Paris affirme que « *que l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 régit de manière complète les conditions dans lesquelles les ressortissants algériens peuvent être admis à séjourner en France et y exercer une activité professionnelle, ainsi que les règles concernant la nature des titres de séjour qui peuvent leur être délivrés et leur durée de validité, et les conditions dans lesquelles leurs conjoints et leurs enfants mineurs de s'établir en France. M. Taklait ne saurait utilement invoquer les stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à l'interdiction des discriminations* ». En outre, le juge ajoute « *que le juge administratif n'ayant pas à connaître de la validité des traités internationaux régulièrement introduits dans le droit français, le moyen tiré de ce que la convention franco-algérienne serait contraire aux stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est inopérant* »⁴⁴⁴.

En l'occurrence, le juge administratif n'examine pas la discrimination fondée sur la nationalité en raison de son incompétence pour confronter deux conventions internationales dont l'une pose le principe de non-discrimination.

Dans une affaire de 2006, Mme A, réclame le paiement des arrérages au bénéfice de son fils El Mustapha, en qualité d'orphelin, de la date du décès de son père jusqu'à la date de sa majorité et pour elle en qualité de veuve. Le ministre de la défense refuse, il est suivi par le Tribunal administratif de Poitiers. Aussi, elle saisit le Conseil d'Etat afin d'obtenir l'annulation du jugement. Ce dernier, après avoir saisi le Conseil constitutionnel d'une QPC ayant abouti à la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 de finances rectificative pour 2002, à l'exception de celles de son paragraphe VII, décide

« *d'une part, que le code des pensions civiles et militaires de retraite prévoit que la pension servie à un ayant droit est, en principe, réversible, notamment au profit de ses orphelins ; que, ainsi qu'il a été dit, M El Mustapha A est, depuis le 12 février 1992, orphelin d'un militaire titulaire d'une pension concédée en application de ce code ; que, par suite, si la loi applicable exclut pour lui, sur le seul fondement d'un critère relatif à la nationalité du titulaire de la pension, le bénéfice d'une pension de réversion, M. A, qui remplit la condition*

⁴⁴³ C.E., 28 octobre 2002, Ministre de l'économie c/ M. Bab Hamed.

⁴⁴⁴ C.A.A. de Paris, 23 septembre 2013, *M. Taklait*.

d'être orphelin d'un titulaire d'une pension, peut se prévaloir d'un droit patrimonial qui doit être regardé comme un bien au sens des stipulations précitées de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et peut demander au juge d'écarter l'application des dispositions de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 en invoquant leur incompatibilité avec les stipulations de l'article 14 de la convention », et d'autre part, que « les dispositions du VI de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 sont, pour les motifs qui ont été précédemment indiqués, incompatibles avec les stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 1er du premier protocole additionnel à cette convention, en ce qu'elles instaurent une discrimination fondée sur la nationalité en prévoyant que la situation de famille des intéressés doit être appréciée au 1er janvier 1961 et en appliquant aux orphelins de militaires étrangers les dispositions du code des pensions civiles et militaires de retraite en vigueur à la date d'indépendance de leur pays, alors que le droit des orphelins de militaires français est apprécié au regard de leur situation à la date du décès de leur père ; que les droits à pension d'orphelin de M. El Mustapha A doivent donc être examinés, au regard de sa situation de famille et du droit applicable non au 1er janvier 1961, mais à la date du décès de M. A, soit le 12 février 1992 ; qu'à cette date, M. El Mustapha A remplissait les conditions prévues par le code des pensions civiles et militaires pour l'obtention d'une pension d'orphelin ».⁴⁴⁵

Parfois, le juge est beaucoup plus expéditif dans sa manière d'aborder une éventuelle discrimination fondée sur la nationalité, notamment en cas de non renouvellement de carte de séjour. L'affaire *Petkovic* l'illustre clairement où la Cour administrative d'appel de Paris énonce que « en cinquième lieu, que la décision litigieuse n'a pas été prise en raison de la nationalité serbe du requérant ou de sa profession ; que par suite le moyen tiré d'une discrimination en raison de la nationalité ou de la profession doit être écarté »⁴⁴⁶.

Si le juge, reconnaît l'atteinte directe au principe d'égalité et par référence à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme au principe de non-discrimination fondée sur la nationalité, il accepte également sur ces fondements l'atteinte indirecte, notamment en l'associant au lieu de résidence.

B. Une violation indirecte du principe : la résidence

La prise en compte de la résidence doit être comprise, dans cette étude, dans sa dimension externe au territoire français. Ne sont donc pas envisagées les situations touchant la jurisprudence du juge en matière de services publics visant le territoire d'une commune ou d'un établissement public de coopération internationale. Il semble dans sa jurisprudence en matière d'égalité privilégier dans son discours la notion plus difficile à cerner de proximité.

⁴⁴⁵ C.E., 13 mai 2013, *Mme A.*

⁴⁴⁶ C.A.A. de Paris, 11 juillet 2014, *Petkovic*.

Par ailleurs, le juge administratif a éprouvé des difficultés à reconnaître une discrimination indirecte, notamment à l'occasion d'un litige relatif à la prise en compte du service national effectué en Belgique pour le reclassement d'un agent dans le corps des enseignants, il a annulé la décision, en se référant à la jurisprudence de la C.J.U.E., mais sans reprendre la définition de la discrimination indirecte⁴⁴⁷.

Quoi qu'il en soit la Cour administrative d'appel de Paris fait application de ce type de discrimination dans sa décision du 28 mars 2010 à la suite d'une QPC concernant la légalité de la loi de 1974 visant la délivrance de la carte du combattant. Elle est saisie en appel de la légalité d'une décision du 26 janvier 2006 du préfet de Paris, confirmée par le Tribunal administratif de Paris, rejetant la demande d'un ressortissant algérien résidant en Algérie de délivrance de la carte du combattant au titre de ses services accomplis en qualité de "harki" du 1er août 1959 au 30 avril 1962. L'article L. 253 bis 3° du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre prévoit, depuis la loi du 9 décembre 1974, la délivrance de cette carte aux membres des forces supplétives françaises, s'ils ont combattu durant la guerre d'Algérie ou participé à des combats en Tunisie et au Maroc entre le 1er janvier 1952 et le 2 juillet 1962, que s'ils possèdent "*la nationalité française à la date de la présentation de leur demande ou sont domiciliés en France à la même date*".⁴⁴⁸

Le Conseil d'Etat avait validé la conventionnalité de l'article 68 de la loi de 2002 au regard du principe de non-discrimination garanti par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné à l'article 1er de son premier protocole additionnel en estimant cette justification objective et raisonnable.

Pour autant, la jurisprudence du Conseil d'Etat est plutôt défavorable aux supplétifs. Il a ainsi admis la conformité à la C.E.S.D.H. de la distinction introduite par l'article 9 de la loi n° 87-549 du 16 juillet 1987 donnant droit aux rapatriés anciens membres des formations supplétives ou victimes de la captivité en Algérie à une allocation forfaitaire et à une allocation forfaitaire complémentaire mais qui n'est versée qu'aux anciens harkis, moghaznis et personnels des diverses formations supplétives ayant servi en Algérie, « *qui ont conservé la nationalité française en application de l'article 2 de l'ordonnance n° 62-825 du 21 juillet 1962 relative à certaines dispositions concernant la nationalité française, [...] et qui ont fixé leur domicile en France* » compte tenu de l'objet de ces allocations. Il s'agissait de « *de compenser les préjudices moraux que les harkis, moghaznis et anciens membres des formations supplétives et assimilés de statut civil de droit local ont subi lorsque, contraints de quitter l'Algérie après l'indépendance ils ont été victimes d'un déracinement et connu des difficultés d'insertion en France* »⁴⁴⁹. Il a validé le même type de différence de traitement résultant de l'article 6 de la loi du 23 février 2005 et du décret d'application de cet article 6 du 17 mai 2005. Seuls les anciens harkis, moghaznis et personnels des diverses formations supplétives ayant servi en Algérie ayant conservé la nationalité française « *relevant du statut civil de droit local* » peuvent bénéficier de l'allocation de reconnaissance instaurée par l'article

⁴⁴⁷ C.E., 13 mars 2002, req. n° 209938, *Courtage, D.A.*, juin 2002, p. 26 ; *A.J.D.A.*, juin 2002, p. 530.

⁴⁴⁸ C.E., 7 juin 2010, req. n° 338377, *Lacehne oued*.

⁴⁴⁹ C.E., 27 juin 2005, req. n° 251766, *Bahri*.

67 de la loi de finances rectificative du 30 décembre 2002 en remplacement de l'allocation forfaitaire. Pour le Conseil d'Etat les anciens supplétifs soumis au statut civil de droit local (c'est-à-dire les populations arabo-berbères) et ceux soumis au statut civil de droit commun (c'est-à-dire les personnes d'origine métropolitaine, européenne et, depuis le décret Crémieux, de confession juive) se trouvaient « *dans une situation objectivement différente* » au regard de l'objet de l'allocation qui vise « *à reconnaître les sacrifices consentis* » par ces combattants qui se sont installés en France.⁴⁵⁰

Il n'admet donc pas la discrimination et applique clairement sa grille d'analyse relative à l'atteinte au principe d'égalité.

Le même raisonnement est mené dans l'affaire *Ramdani* visant un algérien ayant servi en qualité de harki dans l'armée française qui sollicite le versement d'une allocation de reconnaissance instituée en faveur des rapatriés et des forces supplétives. Le préfet des Bouches du Rhône lui refuse, un recours est alors introduit devant le Tribunal administratif de Marseille qui confirme la décision d'où un appel devant la Cour administrative. Le débat se noue essentiellement sur la nécessité de résider en France pour obtenir le versement de l'allocation. Or, une telle condition ne constitue-t-elle pas une discrimination indirecte ?

A cet égard la Cour administrative d'appel de Marseille précise que « *la décision préfectorale contestée est suffisamment motivée en fait dès lors, notamment, qu'elle indique de façon détaillée les raisons et périodes pour lesquelles l'administration a estimé que M. Ramdani ne justifie pas de la condition de résidence continue en France* ». Qu'en outre « *M. Ramdani ne rapporte pas la preuve, par les pièces produites composées principalement sur ce point de relevés de carrière récapitulant son activité professionnelle sur le territoire français, de sa résidence en France pour les années 1984 à 1987 ainsi que, au moins, pour les années 1994 à 1998* ». Dès lors, « *l'intéressé, au demeurant de nationalité française, ne peut, en tout état de cause, utilement soutenir dans la présente instance que les dispositions législatives applicables, en ce qu'elles se réfèrent à la nationalité du demandeur, sont constitutives d'une discrimination incompatible avec l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale* »⁴⁵¹.

Une condition de résidence peut constituer un élément de nature à créer une discrimination indirecte entre ressortissants de nationalités différentes, mais en l'espèce le juge administratif ne la retient pas. La preuve d'un séjour continu en France n'est pas apportée. La résidence ne paraît pas constituer un critère véritablement pertinent en matière de discrimination, il peut toutefois nourrir la réflexion du juge.

La discrimination fondée sur la nationalité constitue, certes, un domaine où des traitements différents peuvent s'initier. Sous cet aspect, une ligne de partage se dessine dans la jurisprudence du juge administratif donc dans son discours en raison de l'application ou pas du droit de l'Union européenne. Lorsque le ressortissant étranger n'est pas doté de la

⁴⁵⁰ C.E., 30 mai 2007, *Union nationale laïque des anciens supplétifs*, C. Landais, ccls., « L'allocation de reconnaissance réservée aux harkis d'origine arabo-berbère n'est pas discriminatoire », *A.J.D.A.*, 2007, pp. 1408-1412 ; S. Slama, « Egalité des citoyens devant la loi (Art. 6 DDHC) : Absence de droit à la nationalité française et d'atteinte à l'égalité à l'égard des « Français musulmans d'Algérie » relevant du statut civil de droit local mais bénéficiaires de la citoyenneté », *R.T.D.H.*, 2007.

⁴⁵¹ C.A.A. de Marseille, 18 décembre 2012, req. n° 11MA01985, *Ramdani*.

nationalité d'un Etat membre de l'Union ou de l'Espace économique européen, la reconnaissance d'une discrimination est beaucoup plus délicate à obtenir. Il ressort, mais, dans le cadre de la discrimination fondée sur la nationalité que le juge administratif, assez rétif au principe de non-discrimination, l'intègre à ses raisonnements lorsqu'un droit supra national de type intégratif (droit de l'Union européenne voire C.E.S.D.H.) l'impose. Le discours du juge administratif se construit alors dans ce type de discrimination à la fois sur une volonté de maintenir ses raisonnements classiques issus du principe d'égalité et une situation dans laquelle le principe de non-discrimination doit être appliqué. Dans ces circonstances, le juge met en place des mécanismes d'évitement, de contournement. En réalité, il navigue entre la reprise classique de ses raisonnements en matière d'égalité devant et dans la loi et l'application du principe de discrimination reçu du droit de l'Union européenne. Son discours est imprégné de cette politique de louvoiment. Les juridictions administratives pourront-elles maintenir cet entre-deux ?

SECTION 6 : LES DISCRIMINATIONS FONDEES SUR LE LIEU DE RESIDENCE

Ce nouveau critère de discrimination est issu de la loi du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine afin de sanctionner les discriminations directes⁴⁵². Auparavant, la HALDE avait déjà eu l'occasion de condamner une discrimination fondée sur le lieu de résidence dans une délibération du 18 avril 2011, et de militer en faveur de la consécration d'un nouveau critère de discrimination⁴⁵³.

Cela renvoie à la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre sur le fondement de son lieu de résidence. Comme le relève le bilan annuel d'activité du Défenseur des droits paru au mois de janvier 2015, ce nouveau critère a été conçu pour permettre aux personnes résidant dans des lieux ou quartiers défavorisés, fortement touchés par les discriminations fondées sur l'origine, d'accéder plus facilement à l'emploi⁴⁵⁴. Le champ d'application de cette nouvelle disposition semble donc se concentrer sur le droit du travail et le droit de la fonction publique⁴⁵⁵. Il apparaît ainsi que la loi a consacré de manière générale un critère de discrimination alors que son périmètre paraît en réalité bien circonscrit. A cela s'ajoute la question du maniement de ce nouveau critère de discrimination par le juge, et plus précisément, la question de la preuve de la discrimination⁴⁵⁶. Il convient également de remarquer que l'interdiction des discriminations directes se conjugue avec la mise en œuvre de discriminations positives en direction des habitants de ces mêmes quartiers défavorisés, ce qui tend à démontrer que la prise en compte des discriminations indirectes n'est pas exclue, même si elle relève du pouvoir d'appréciation du législateur ou des autorités administratives (le juge ne met pas d'obligation à la charge des personnes publiques). Le lieu de résidence peut ainsi devenir un élément de différenciation légitime en ce qu'il ouvre l'accès à certains avantages ayant pour objet de lutter contre les inégalités de fait et le déterminisme social. Cela participe de la même logique que l'interdiction des discriminations territoriales, à savoir, la volonté de lutter contre certaines stigmatisations en usant du droit.

Toutefois, il ressort de la jurisprudence administrative que le lieu de résidence peut être un critère de distinction justifié au-delà des seules hypothèses de discriminations positives. Il existe donc une ambiguïté en la matière puisque l'étude des décisions rendues en droit des services publics, notamment, démontre que le juge n'évite pas le rattachement au territoire de

⁴⁵² Loi n° 2014-173, *J.O.R.F.*, 22 février 2014, p. 3138.

⁴⁵³ Délibération n° 2011-121.

⁴⁵⁴ http://www.defenseurdesdroits.fr/raa/ddd/BAA_2014_A.pdf

⁴⁵⁵ En droit de la fonction publique, cela pourrait concerner l'hypothèse dans laquelle une collectivité territoriale imposerait une obligation de résidence dans le cadre d'un nouveau recrutement.

⁴⁵⁶ En l'état de la jurisprudence, nous n'avons pas relevé de décisions faisant application de ce nouveau critère de discrimination. Il n'en reste pas moins qu'il y a de nombreuses décisions relatives au critère de la résidence rendues par le juge administratif avant l'adoption de la loi du 21 février 2014.

l'usager, *a fortiori* dans le cadre des services publics locaux. Nous verrons cependant que le lien géographique peut être interprété de manière plus ou moins extensive selon l'objet du service, ou selon que la différenciation s'applique à un usager effectif, ou à un candidat usager (I). Outre le service public, l'emploi public (II) et l'aménagement du territoire (III) font aussi figures de terrain de prédilection pour l'application du critère de la résidence, essentiellement pour la création de discriminations positives.

I. Le lieu de résidence dans la jurisprudence relative au service public

En la matière, une distinction peut être établie entre les décisions inhérentes au fonctionnement du service public (A), et celles relatives à l'accès aux services publics (B).

A. L'égalité dans le service public

Selon une jurisprudence classique, il s'avère que les tarifs des services publics administratifs facultatifs peuvent varier en fonction du lieu de résidence des usagers : c'est ainsi que le Conseil d'Etat a admis, par exemple, qu'une commune réserve un tarif préférentiel aux enfants dont les parents sont domiciliés sur le territoire de la collectivité dans le cadre d'une cantine scolaire⁴⁵⁷. Une solution analogue a ensuite été appliquée à d'autres services publics facultatifs⁴⁵⁸, sans toutefois pouvoir être transposée aux services publics industriels et commerciaux en raison du mode de financement du service⁴⁵⁹. Dans la mesure où les services publics administratifs fonctionnent substantiellement grâce au budget des collectivités, il peut paraître justifié de réserver un tarif préférentiel aux habitants de la collectivité qui sont, potentiellement, des contribuables locaux (tel semble être en tout cas le raisonnement du juge administratif). Puisque les services publics industriels et commerciaux sont financés différemment, par les redevances des usagers, l'établissement d'une différence de traitement fondée sur le lieu de résidence ne semble plus justifié dans cette hypothèse.

Au-delà de ces solutions classiques, le juge administratif admet la création de discriminations positives fondées sur le lieu de résidence, comme en témoigne la jurisprudence relative à l'octroi de bourses au mérite réservées aux élèves admis à l'IEP de Paris, dès lors qu'ils sont issus d'un établissement classé en zone d'éducation prioritaire (ZEP). Dans une décision du 17 septembre 2007, *M. Afane-Jacquart*⁴⁶⁰, le Conseil d'Etat a relevé que les établissements classés en ZEP sont situés dans des zones géographiques défavorisées et de ce fait, les élèves qui en sont issus se trouvent placés dans une situation différente de celle des étudiants qui ne viennent pas de tels établissements, et qui sollicitent des bourses de mérite sur critère

⁴⁵⁷ C.E., Sect., 5 octobre 1984, *COREP de l'Ariège contre commune de Lavelanet*, Rec., p. 315 ; ccls. Delon, *R.F.D.A.*, 1985, p. 247.

⁴⁵⁸ A propos d'une école de musique, voir C.E., 2 décembre 1987, *Commune de Romainville*, Rec. T., p. 631 ; ccls. Massot, *R.F.D.A.*, 1988, p. 414 ; Prétot, note, *A.J.D.A.*, 1988, p. 359.

⁴⁵⁹ C.E., 28 avril 1993, *Commune de Coux*, Rec., p. 138.

⁴⁶⁰ C.E., 17 septembre 2007, req. n° 291548, *M. Afane-Jacquart*.

sociaux⁴⁶¹. En d'autres termes, le Conseil d'Etat estime que le lieu d'implantation de l'établissement, qui est généralement intimement lié au lieu de résidence, révèle l'existence d'inégalités de fait, et plus précisément, d'inégalités au départ qui mettent à mal l'égalité des chances. Au sein de la catégorie des bénéficiaires d'une bourse au mérite sur critères sociaux, le juge accepte donc la création d'une différence de traitement entre les étudiants issus de ZEP et les autres ; il valide ainsi la mise en place d'une discrimination positive visant à remédier au déterminisme social.

Ces différentes décisions tendent à démontrer que la résidence est effectivement un critère de distinction entre les usagers d'un même service public. Et il ne nous semble pas que l'innovation apportée par la loi du 21 février 2014 produise de véritables effets car les décisions précitées n'entrent pas dans le périmètre d'application de la nouvelle disposition. Seul le juge de l'Union tend à compromettre la jurisprudence relative à la tarification des services publics dans la mesure où il a déjà eu l'occasion d'affirmer que le critère de lieu de résidence n'était pas nécessairement en conformité avec le droit européen. La Cour estime, en effet, qu'il peut engendrer une discrimination fondée sur la nationalité, discrimination qui ne répondrait à aucun objectif légitime⁴⁶².

Le lien entre résidence et nationalité apparaît dans d'autres décisions, notamment celle rendue par le Conseil d'Etat le 18 janvier 2013, *Association SOS Racisme*⁴⁶³. Dans cette affaire, était en cause la légalité d'une décision visant à accorder la gratuité des musées aux jeunes de 18 à 25 ans, sous réserve d'une résidence durable et légale sur le territoire français. L'autorité administrative avait donc établi une différence de traitement fondée sur la résidence, entendue au sens de lieu de résidence, mais aussi de stabilité de la résidence. Le Conseil d'Etat a jugé que cette différence n'était pas manifestement disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi, à savoir accroître la fréquentation des musées par les jeunes ; or, cet objectif suppose de résider de manière stable et durable en France. Si l'on peut adhérer au lien établi par le juge entre l'objectif de la mesure et la différence de traitement, il n'en demeure pas moins que le juge administratif valide une distinction fondée implicitement sur la nationalité, le critère de la stabilité de la résidence n'étant pas opposable aux nationaux. Cela met ainsi en lumière toutes les ambiguïtés de ce critère de distinction qui permet de se référer, de manière déguisée et insidieuse, au critère de la nationalité, alors pourtant que le Conseil d'Etat a explicitement condamné toute discrimination directe fondée sur la nationalité⁴⁶⁴. La référence au lieu de résidence présente donc l'avantage de ne pas impliquer, de manière explicite,

⁴⁶¹ « Considérant que les élèves admis à l'IEP de Paris, dans le cadre des conventions passées par cet institut avec des établissements classés en ZEP, qui sont issus de zones géographiques défavorisées, se trouvent dans une situation différente de celle des étudiants qui ne sont pas issus de ces zones et qui sollicitent des bourses de mérite sur critères sociaux régis par la circulaire du 7 juin 2001 ; qu'ainsi, en réservant les quarante bourses litigieuses aux élèves issus des ZEP, le ministre n'a pas méconnu le principe d'égalité », *ibid*.

⁴⁶² C.J.C.E., 16 janvier 2003, *Commission contre République italienne*, aff. C-388/01, *Rec.*, 2003, p. I-00721.

⁴⁶³ C.E., 18 janvier 2013, req. n° 328230, 332624, *Association SOS Racisme*, M.-C. De Montecler, note, *A.J.D.A.*, 2013, p 143.

⁴⁶⁴ Voir par exemple, C.E., 30 juin 1989, *Ville de Paris c/ Lévy*, D. Lévis, ccls., « Une allocation de congé parentale d'éducation peut-elle être refusée aux étrangers ? », *R.F.D.A.*, 1990, pp. 575-591.

l'établissement d'une discrimination établie en fonction la nationalité, mais en réalité, elle n'est pas dénuée de lien avec celle-ci.

L'ambiguïté du lien entre résidence et nationalité transparaît également au travers de la décision d'Assemblée du 30 novembre 2001, *Diop*, rendue à propos de la cristallisation des pensions⁴⁶⁵. Rappelons que la loi de finances pour 1960 avait figé les pensions versées aux nationaux des pays et territoires ayant appartenu à l'Union française notamment. Le Ministre soutenait que cette différence était fondée sur le critère de la résidence (les personnes concernées ne résidant plus en France), et non sur celui de la nationalité. Ce raisonnement n'a pas emporté la conviction du commissaire du gouvernement Courtial qui a considéré que le législateur avait bien établi une différence de traitement fondée sur la nationalité. Cela ne signifie pas nécessairement que tout critère fondé sur la résidence soit assimilé à une discrimination en fonction de la nationalité ou de l'origine nationale : le juge administratif a eu l'occasion d'affirmer, quelques années plus tard, que le lieu de résidence pouvait être pris en compte dans le cadre du calcul des pensions versées aux nationaux des pays et territoires ayant appartenu à l'Union française, dès lors qu'il s'agissait de conférer un pouvoir d'achat identique à chaque bénéficiaire, en fonction de son pays de résidence⁴⁶⁶. Dans cette hypothèse, le lieu de résidence n'est pas à l'origine d'une discrimination fondée sur la nationalité, d'après le juge, puisque la différence de traitement établie dans le calcul des pensions vise à accorder un pouvoir d'achat identique à celui que le bénéficiaire aurait eu en France. Le lieu de résidence n'est donc pas en soi un critère de distinction prohibé, mais la frontière entre ce

⁴⁶⁵ C.E. Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la Défense c. Monsieur Diop, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c. Monsieur Diop*, req. n° 212179 et 212211, « La loi dite de « cristallisation » des pensions civiles et militaires servies aux nationaux des anciennes colonies est discriminatoire au regard de la Conv. EDH », *Rec.*, 15 novembre 2002, n° 5, pp. 605-608 ; P. Collin et M. Guyomar, « La « cristallisation » des pensions des militaires et fonctionnaires des anciennes colonies est-elle constitutive d'une discrimination ? », *A.J.D.A.*, 2001, pp. 1039-1045 ; L. Combet et C. Moniolle, « Pensions publiques : censure de la discrimination fondée sur la nationalité », *A.J.F.P.*, 2002, pp. 29-33 ; J. Courtial, ccls., *Rec.*, 15 novembre 2002, n° 5, pp. 608-617 ; J. Courtial, ccls., « Principe de non-discrimination et revalorisation des pensions de retraite concédées aux ressortissants des Etats de l'ex-Communauté. Ccls. sur C.E. Ass., 30 nov. 2001, *Ministre de la défense et autres c/ Diop* », *R.F.D.A.*, 2002, pp. 573-581 ; I. Daugareilh, « L'incompatibilité de la loi sur la cristallisation des pensions de militaires avec la Convention européenne des droits de l'homme. Note sous Conseil d'Etat, 30 novembre 2001, *Ministre de la défense c/ Diop*, req. n° 212179 et 212211 », *R.D.S.S.*, 2002, p. 611.

⁴⁶⁶ C.E., Sect., avis, 18 juillet 2006, *KA* et C.E., Sect., 18 juillet 2006, *GISTI, L. Vallée*, ccls. « Les étrangers et le principe d'égalité. La cristallisation des pensions des étrangers », *R.F.D.A.*, 2006, pp. 1201-1212. Dans son avis du 18 juillet le Conseil d'Etat indique : « Il résulte des dispositions des II et III de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002, éclairées par leurs travaux préparatoires, qu'elles ont notamment pour objet d'assurer aux titulaires de l'indemnité instituée par l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959, en remplacement de la pension civile de retraite qu'ils percevaient antérieurement, des conditions de vie dans l'Etat où ils résident en rapport avec la dignité de leurs fonctions passées. Ces dispositions instaurent, à cette fin, un critère de résidence, apprécié à la date de liquidation de la prestation, permettant de fixer le montant de celle-ci à un niveau, différent dans chaque Etat, tel qu'il garantisse aux intéressés résidant à l'étranger un pouvoir d'achat équivalent à celui dont ils bénéficieraient s'ils avaient leur résidence en France, sans pouvoir lui être supérieur. (...) S'il est vrai que le critère de résidence susmentionné n'est pas applicable aux ressortissants français qui résidaient à l'étranger à la date de liquidation de leur pension, cette différence de traitement, de portée limitée, relève de la marge d'appréciation que les stipulations précitées de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales réservent au législateur national, eu égard notamment aux inconvénients que présenterait l'ajustement à la baisse des pensions déjà liquidées de ces ressortissants français qui ont vocation à résider en France ».

critère et celui de la nationalité est parfois ténue, comme l'avait relevé le commissaire du gouvernement Courtial.

A ce propos, il est également intéressant de relever que dans ses conclusions, le commissaire indique qu'il ne perçoit pas de différence entre le principe d'égalité et le principe de non-discrimination, il relève simplement une différence de langage⁴⁶⁷. Dans les deux cas, la légitimité et la justification des critères de distinction doivent être en rapport avec les buts visés et revêtir un caractère objectif et rationnel. Cela tend à démontrer que les membres du Conseil d'Etat placent le principe de non-discrimination sous la tutelle du principe d'égalité dont le maniement est probablement mieux maîtrisé par le juge administratif, constat que l'on retrouve également en analysant la jurisprudence relative à l'accès au service public.

B. L'égalité devant le service public

En la matière, on ne peut manquer de se référer au fameux arrêt *Commune de Dreux* du 13 mai 1994⁴⁶⁸ : s'agissant de l'accès à un service public facultatif, le Conseil d'Etat a estimé qu'une commune ne pouvait pratiquer une différence de traitement fondée sur le lieu de résidence. Plus précisément, la commune ne peut exclure purement et simplement les personnes n'ayant pas leur domicile à Dreux, le service doit être ouvert à toute personne ayant un « lien suffisant » avec la commune (cela vise les personnes ayant leur lieu de travail dans la commune par exemple). Le commissaire du gouvernement, dans ses conclusions, emploie expressément le terme de « discrimination » pour qualifier la différence de traitement établie, terme que ne reprendra pas le Conseil d'Etat, alors même qu'il considère que la différence de traitement est injustifiée⁴⁶⁹. Par ailleurs, l'arrêt *Commune de Dreux* démontre que le lien avec le territoire peut se déduire de plusieurs facteurs, le domicile n'étant pas le seul indice.

Pour autant, s'agissant de l'accès au service public, la jurisprudence semble être empreinte d'empirisme dans la mesure où la manière d'appréhender le lieu de résidence varie selon l'objet du service : s'il s'agit d'une activité socio-éducative, telle une école de musique⁴⁷⁰, le juge exige un lien suffisant avec la collectivité. En revanche, lorsque l'activité est facultative et poursuit exclusivement une finalité sociale, l'accès au service peut être réservé aux seules personnes qui résident sur le territoire de la collectivité. C'est ainsi que le juge administratif a considéré que l'octroi d'une allocation facultative versée aux chômeurs pouvait être soumise à

⁴⁶⁷ J. Courtial, ccls., « Principe de non-discrimination et revalorisation des pensions de retraite concédées aux ressortissants des Etats de l'ex-Communauté. Ccls. sur C.E. Ass., 30 nov. 2001, *Ministre de la défense et autres c/ Diop* », *op. cit.*

⁴⁶⁸ C.E., 13 mai 1994, *Commune de Dreux, Rec.*, p. 233 ; S. Dael, ccls., « La limitation de l'accès à un service public communal facultatif », *R.F.D.A.*, 1994, pp. 711-718.

⁴⁶⁹ S'il apparaît, dans certaines décisions récentes, que le Conseil d'Etat n'hésite pas à se référer explicitement au terme « discrimination » pour désigner une différence de traitement injustifiée, tel n'est pas le cas dans l'arrêt *Commune de Dreux*, ce qui peut inciter à penser que cette référence est apparue récemment. Telle est la supposition que l'on peut faire si l'on compare la décision *Commune de Dreux* et l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 23 octobre 2009, *FCPE du Rhône (A.J.D.A., 2010, p. 265 ; M. Verpeaux, « L'égalité d'accès à la restauration scolaire : principes et limites », ibid.)*, s'agissant de l'accès des enfants de chômeurs à une cantine scolaire.

⁴⁷⁰ Hypothèse envisagée dans l'arrêt précité *Commune de Dreux*.

une condition de résidence⁴⁷¹, de même s'agissant d'une prime à la naissance⁴⁷². Toutefois, dans le cadre de ces activités à vocation sociale, la qualité de résident ne peut se réduire à celle de contribuable local, exiger une inscription au rôle de la taxe d'habitation est constitutif d'une erreur de droit⁴⁷³. Dans cette décision, était en cause la légalité d'une délibération d'un conseil municipal créant une allocation facultative en faveur des étudiants, dénommée « revenu minimum étudiant », subordonnée à la qualité de contribuable local de la commune. Si le conseil municipal pouvait limiter l'accès à cette allocation aux seuls résidents, il ne pouvait la réserver uniquement aux contribuables :

« Considérant que si le conseil municipal de Saint-André-les-Vergers pouvait, sans illégalité, limiter l'octroi du "revenu minimum étudiant" à ceux des étudiants justifiant, pour eux-mêmes ou leurs parents, de ce qu'ils résidaient dans la commune depuis une durée minimale appropriée, il a commis une erreur de droit en subordonnant le bénéfice de cette prestation à la qualité de contribuable de la commune ».

Il est également des services à vocation sociale dans le cadre desquels le lieu de résidence ne peut être pris en compte : le juge administratif a ainsi sanctionné l'introduction d'une condition de résidence pour accéder à un logement social⁴⁷⁴. En l'espèce, une commune avait fixé une grille de priorité pour l'octroi de logements sociaux dans laquelle des points étaient attribués aux demandeurs résidant sur le territoire de cette collectivité. Comme le relève le Conseil d'Etat, cette condition est contraire aux dispositions du Code de la Construction et de l'Habitation qui ne font nullement allusion à une quelconque condition de résidence pour l'attribution d'un logement social. Sans se référer explicitement au principe d'égalité, le juge sanctionne, dans cette espèce, une distinction fondée sur le lieu de résidence. Le juge estime que la commune a, de manière injustifiée, ajouté un nouveau critère à ceux prévus par le Code de la Construction et de l'Habitation, elle a donc commis une illégalité. Pour qu'apparaisse une référence explicite au principe d'égalité dans des faits similaires, il faut se reporter à la délibération de la HALDE en date du 20 octobre 2008⁴⁷⁵, la HALDE indiquant explicitement que la commune avait établi une différence de traitement contraire aux dispositions du Code précité.

Il apparaît ainsi que la prise en compte du lieu de résidence sur le territoire d'une commune ne peut être admise dans le cadre de tous les services sociaux, certains doivent, en raison de leur objet et des textes en vigueur, éluder de cet élément.

Dans la même veine, on peut également mentionner un jugement rendu par le Tribunal de Cergy-Pontoise dans lequel était en cause le refus de scolarisation d'un enfant fondé sur l'absence de résidence de sa mère sur le territoire communal⁴⁷⁶. En l'espèce, la commune estimait que le caractère précaire de l'hébergement dans lequel se trouvait la famille, qui était accueillie en résidence hôtelière, démontrait le caractère non pérenne de la résidence sur le territoire de la commune. Le Tribunal n'adhère pas à ce raisonnement et considère que cette

⁴⁷¹ T.A. de Paris, 2 janvier 1986, COREP des Hauts-de-Seine contre BAS de Châtillon, R.D.S.S., 1987, p. 140.

⁴⁷² C.E., 14 septembre 1994, req. n° 101282, *Commune de Melun*.

⁴⁷³ C.E., 11 décembre 1996, *CCAS de Saint-André les Vergers*, *Rec.*, p. 480.

⁴⁷⁴ C.E., 5 octobre 1998, *Commune de Longjumeau*, *Rec. T.*, p. 769.

⁴⁷⁵ Délibération n° 2008-220.

⁴⁷⁶ T.A. de Cergy-Pontoise, 15 novembre 2013, req. n° 1101769.

différence de traitement est discriminatoire dans la mesure où le critère de distinction fondé sur l'absence de résidence pérenne est sans rapport avec l'objet du service.

L'objet du service fait donc figure de matrice pour déterminer s'il est opportun de tenir compte du lieu de résidence, tous les services à vocation sociale n'obéissent pas nécessairement aux mêmes règles.

Il faut également relever que le critère de la résidence, dans le cadre de ces activités, est protéiforme car au lieu de résidence, s'ajoutent l'antériorité et la stabilité de celle-ci. Nombre de prestations sociales sont en effet subordonnées à une telle condition : c'est ainsi que pour accéder au RSA, l'étranger hors Union européenne, doit justifier d'un séjour préalable de 5 ans, conjugué à la possession d'un titre l'autorisant à travailler. Cette condition a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil d'Etat ayant jugé qu'elle était à la fois nouvelle et sérieuse en raison de l'atteinte alléguée au principe d'égalité⁴⁷⁷. Cet argument n'a cependant pas été retenu par le Conseil constitutionnel qui a jugé la différence de traitement entre nationaux et étrangers justifiée, en raison de l'existence d'une différence de situation. L'établissement d'une condition fondée sur l'antériorité de la résidence sur le sol français est légitime eu égard à l'objet de la loi sur le RSA (à savoir assurer l'insertion professionnelle des personnes éloignées du monde de l'emploi, ce qui suppose une stabilité de la résidence en France)⁴⁷⁸. A l'exigence d'une résidence sur le sol français, peut donc s'ajouter, pour les étrangers, une condition liée à la stabilité et à l'antériorité de la résidence.

Cette condition de permanence de la résidence peut également être opposée pour l'accès de l'étranger au droit à un logement décent, ainsi que le démontre l'arrêt d'Assemblée du 11 avril 2012, sous réserve de ne pas établir une différence de traitement injustifiée en fonction du titre de séjour détenu par l'étranger⁴⁷⁹ :

« Considérant que si le pouvoir réglementaire pouvait, dans les limites de l'habilitation donnée par le législateur et sous réserve du respect des principes à valeur constitutionnelle ainsi que des engagements internationaux de la France, fixer, s'agissant des ressortissants étrangers, des conditions leur ouvrant un droit au logement opposable distinctes selon les titres de séjour détenus par eux, il ne pouvait légalement le faire que pour autant que les personnes résidant en France sous couvert de ces titres se trouvent dans une situation différente au regard de la condition de permanence du séjour sur le territoire national posée par l'article L. 300-1 du code de la construction et de l'habitation précité ou pour des motifs d'intérêt général en rapport avec cette même condition ; que la différence de traitement qui résulte du décret attaqué ne se justifie ni par un motif d'intérêt général, ni par une différence de situation au regard de la condition de permanence du séjour entre les personnes détentrices d'une carte de séjour temporaire portant la mention " étudiant " ou " salarié en mission ", ou d'une carte de séjour " compétences et talents ", d'une part, et les personnes détentrices d'autres titres de séjour temporaires inclus dans le champ du décret attaqué, d'autre part ; qu'il suit de là que le décret attaqué a méconnu le principe d'égalité en excluant

⁴⁷⁷ C.E., 6 avril 2011, req. n° 345634, *M. Zeljkos S.*

⁴⁷⁸ Décision n° 2011-137 QPC, *J.O.* 18 juin 2011, p. 10459.

⁴⁷⁹ C.E., Ass., 11 avril 2012, req. n° 322326, *GISTI et FAPIL, G. Dumortier, cels.*, « L'effet direct des conventions internationales », *R.F.D.A.*, 2012, pp. 547-559.

du bénéfice du droit au logement opposable les détenteurs de ces trois catégories de titres de séjour ».

La notion de résidence est donc prise en compte de manière variable selon l'objet du service, mais aussi selon l'usager, il n'est en effet pas exclu qu'elle puisse servir de justification déguisée à l'introduction de différence de traitement fondées en réalité sur la nationalité.

Le lieu de résidence n'est pas simplement créateur d'inégalités par lui-même, il est aussi un critère utilisé par les personnes publiques pour exclure ou inclure, sous le contrôle du juge administratif, qui veille néanmoins à la cohérence des différences de traitement établies, ainsi qu'en témoigne l'arrêt du 11 avril 2012.

II. Le lieu de résidence et l'emploi public

Dans ce cadre, la place réservée au lieu de résidence, entendu au sens d'origine géographique, laisse place à la mise en œuvre de discriminations positives, dès lors qu'elles se fondent sur des critères objectifs et rationnels.

Dans une décision du 10 juin 2009, *Haut-Commissaire de la République en Polynésie française*, le Conseil d'Etat a dû se prononcer sur une loi de pays qui prévoyait que le recrutement des fonctionnaires de la Polynésie française par concours externe s'effectuait par voie de deux concours, dont l'un est ouvert aux seuls résidents à hauteur de 95% des postes à pourvoir⁴⁸⁰. Dans cette espèce, le juge ne sanctionne pas l'établissement d'une différence de traitement fondée sur le statut de résident, il indique en revanche que le seuil des 95% n'a pas été défini en fonction de critères objectifs et rationnels. L'origine, en lien avec le lieu de résidence, peut ainsi justifier l'établissement de mesures de différenciation, mais il convient de rappeler que la Polynésie française est une collectivité régie par l'article 74 de la Constitution, ce qui lui confère une grande autonomie. Des mesures analogues ne pourraient être prises par les collectivités de droit commun puisque leur régime juridique ne les autorise pas à déroger au droit en vigueur en matière d'accès à la fonction publique. De plus, s'agissant de territoires caractérisés par leur insularité et par un faible développement économique, la mise en œuvre de mesures positives, visant à permettre aux résidents de trouver un emploi, est justifiée par l'existence d'une différence de situation, et plus précisément, par une inégalité des chances.

Cette volonté de favoriser les fonctionnaires issus de collectivités situées en outre-mer transparaît également dans une décision du 16 février 2000⁴⁸¹. Etait en cause le décret du 26 novembre 1996 limitant la durée d'affectation des professeurs agrégés exerçant leurs fonctions dans les établissements universitaires des territoires d'outre-mer (TOM), la question étant de savoir si cela ne créait pas une discrimination fondée sur l'origine géographique,

⁴⁸⁰ C.E., 10 juin 2009, req. n° 328776, Haut-commissaire de la République en Polynésie française, publié au Lebon.

⁴⁸¹ C.E., 16 février 2000, req. n° 203925, *Moschetto*.

c'est-à-dire, sur le lieu de résidence initial puisque les fonctionnaires issus de ces territoires ne se voyaient opposer aucune durée.

Dans cette espèce, le Conseil d'Etat rappelle, tout d'abord, l'article 6 de la loi du 16 juillet 1983 selon lequel, « aucune distinction ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur sexe, de leur état de santé, de leur handicap ou de leur appartenance ethnique ». Il ajoute que, « par le décret du 26 novembre 1996, le gouvernement a pu légalement, eu égard à la spécificité des conditions de service dans les TOM et aux exigences du bon fonctionnement des services publics et sans instaurer entre les fonctionnaires concernés des discriminations en fonction de leur origine ethnique ou de leur appartenance ethnique, limiter la durée d'affectation dans ces territoires des fonctionnaires (...), tout en excluant ceux dont le centre des intérêts matériels et moraux se situe dans le territoire où ils exercent leurs fonctions, et qui, pour cette raison, ne bénéficient pas des avantages accordés aux autres fonctionnaires affectés en outre-mer ». Le Conseil d'Etat ajoute que le principe d'égalité n'est pas méconnu.

Il est intéressant de relever que si le juge administratif veille à ce qu'aucune discrimination fondée sur l'origine ou l'appartenance ethnique ne soit mise en œuvre, il admet tout de même l'existence d'un traitement différencié fondé sur l'origine géographique, c'est-à-dire sur le lieu de résidence antérieur du fonctionnaire. Certes, selon cet élément, l'agent peut bénéficier d'avantages financiers dès lors qu'il est originaire de métropole et est nommé en outre-mer, mais il n'en demeure pas moins que son origine géographique conditionne l'application d'une différence de traitement.

La référence aux « intérêts matériels et moraux », comme justification à cette différence de traitement, a également été reprise dans une décision du 17 novembre 2006 afin de justifier que le bénéfice de l'indemnité d'éloignement soit réservé aux fonctionnaires qui n'ont pas leurs intérêts matériels et moraux à Mayotte⁴⁸².

Ainsi, dans l'accès aux emplois publics, mais également dans la carrière des agents, le lieu initial de résidence peut légitimer une différence de traitement. Il convient toutefois de souligner que, dans ces différents cas d'espèce, il s'agit de fonctionnaires exerçant leurs fonctions en outre-mer. On ne pourrait concevoir que de telles solutions fondées sur le lieu initial de résidence puissent s'appliquer en dehors du cas de l'outre-mer, *a fortiori* après l'entrée en vigueur de la loi du 21 février 2014. Si une collectivité venait à réserver un traitement plus favorable à ses habitants pour l'accès à un emploi public, la situation serait sans nul doute constitutive d'une discrimination au sens de la nouvelle disposition législative. Il en serait de même si une collectivité réservait un traitement plus favorable aux seuls agents résidant sur son territoire.

III. Lieu de résidence et aménagement du territoire

Dans le cadre de la politique d'aménagement du territoire, dont l'objectif est principalement de remédier aux inégalités de développement, le législateur a créé différents dispositifs

⁴⁸² C.E., 17 novembre 2006, req. n° 272640, *Association des fonctionnaires de Mayotte*.

permettant aux personnes exerçant notamment leur activité professionnelle dans ces territoires, de bénéficier de mesures positives. La question est alors de savoir comment ces mesures sont-elles accueillies par le juge et quel contrôle exerce-t-il sur leur mise en œuvre ?

De manière elliptique, le Conseil d'Etat a indiqué, dans une décision du 27 juillet 2005, que « *la politique nationale d'aménagement et de développement durable du territoire concourt à l'unité de la nation, aux solidarités entre citoyens et à l'intégration des populations* »⁴⁸³. Néanmoins, il s'abstient de poser un principe dont la violation pourrait être invoquée, il faut donc en déduire que la création de mesures positives en direction des territoires en retard de développement relève du pouvoir discrétionnaire des personnes publiques. Aucune disposition constitutionnelle ne peut obliger le législateur à agir en ce sens.

Pour autant, dès lors que la mesure a été créée, le juge exerce un contrôle normal, par exemple sur la délimitation des zones franches, ainsi qu'en témoigne une décision du 16 novembre 2005⁴⁸⁴ :

« Considérant, en premier lieu, que l'association requérante ne justifie pas que l'inclusion des commerces de ses adhérents dans la zone franche urbaine faciliterait l'implantation d'entreprises ou le développement d'activités économiques dans le Quartier Nord de la commune du Blanc-Mesnil mentionné dans l'annexe de la loi susvisée du 14 novembre 1996 ; Considérant, en second lieu, qu'il ressort des pièces du dossier et, en particulier, des documents graphiques soumis au Conseil d'Etat statuant au contentieux, que les parcelles litigieuses, qui n'ont pas été incluses dans la zone franche urbaine, se situent dans une zone commerçante ; qu'elles sont, pour la plupart d'entre elles, face au musée de l'air et de l'espace ou au parc des expositions du Bourget, et à proximité immédiate d'un quartier résidentiel qui n'est pas inclus dans la zone franche urbaine ; qu'ainsi, la non-inclusion dans celle-ci des dites parcelles n'a pas pour effet d'induire entre des entreprises qui exercent des activités identiques à l'intérieur d'une même zone de chalandise, selon qu'ils sont situés ou non à l'intérieur de la zone franche urbaine, une discrimination sans rapport avec les objectifs de la loi du 14 novembre 1996, dont les dispositions visent, aux termes de son article premier, à compenser les handicaps économiques ou sociaux de certains quartiers ».

L'arrêt du Conseil d'Etat du 27 avril 2001, *Bardet El. Alami et Rosier*⁴⁸⁵, constitue une autre illustration du contrôle normal exercé par le juge. Etait en cause dans cette espèce la légalité d'un décret classant certains quartiers en zone franche urbaine. Les requérants soutenaient que les périmètres de cette zone avaient été déterminés « *sans égard à la gravité de la délinquance que subissent les commerçants* ». Ils estimaient alors que le décret avait créé une discrimination contraire aux objectifs de la loi du 14 novembre 1996 relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville. Le juge n'adhère pas à ce raisonnement : selon lui, les dispositions législatives précitées n'incluent pas une prise en compte spécifique de la

⁴⁸³ C.E., 27 juillet 2005, req. n° 265001, *Région Nord Pas-de-Calais*.

⁴⁸⁴ C.E., 16 novembre 2005, req. n° 272866, *Association des commerçants du quartier Aviation*.

⁴⁸⁵ C.E., 27 avril 2001, req. n° 197464, *Bardet El. Alami et Rosier*.

délinquance au nombre des critères d'institution d'une zone franche urbaine. Dès lors, le pouvoir règlementaire ne saurait ajouter un nouveau critère non prévu par la loi pour procéder à la délimitation de ces zones.

Le contrôle normal qu'exerce le juge administratif peut le conduire à annuler une mesure de classement dès lors qu'elle ne se justifie pas au regard des conditions posées par la loi : dans un arrêt du 19 mai 1999⁴⁸⁶, le Conseil d'Etat a annulé une disposition d'un décret procédant au classement en zone franche urbaine d'une partie seulement d'un quartier, ce qui a eu pour effet de créer une discrimination entre des activités identiques de commerce de proximité : *« il ressort (...) des pièces du dossier, et, en particulier, des documents graphiques soumis au Conseil d'Etat statuant au contentieux, que l'inclusion dans le même périmètre des terrains d'assiette d'une partie seulement des commerces de proximité du quartier du "Village" a pour effet d'induire, au sein de ce quartier homogène, entre des entreprises qui exercent des activités identiques à l'intérieur d'une même zone de chalandise, selon qu'ils sont situés ou non à l'intérieur de la zone franche urbaine, une discrimination sans rapport avec les objectifs de la loi du 14 novembre 1996, dont les dispositions visent, aux termes de son article premier, "à compenser les handicaps économiques ou sociaux" de certains quartiers ».*

Il apparaît, en définitive, que le juge administratif accepte la mise en œuvre de mesures positives en faveur des territoires défavorisés, tout en exigeant néanmoins une certaine cohérence dans l'établissement des différences de traitement. Ces mesures positives permettent de favoriser le développement économique, ou l'accès à certains services publics, ainsi que le démontre la jurisprudence relative aux bourses accordées aux élèves issus de ZEP⁴⁸⁷. La définition des contours de ces différentes zones est néanmoins sujette à controverses, la notion de territoire étant probablement complexe à appréhender, tout comme le lien entre un individu et un territoire peut être délicat à établir. En la matière, la jurisprudence ressemble à un tableau impressionniste, et si l'on excepte le cas de l'aménagement du territoire où la jurisprudence est relativement balisée par les textes, la notion de lien territorial et de résidence est à dimension variable selon l'objectif poursuivi.

⁴⁸⁶ C.E., 19 mai 1999, req. n° 185765, *Autour et autres*.

⁴⁸⁷ C.E., 17 septembre 2007, *M. Afane-Jacquart*, op. cit.

SECTION 7 : LES DISCRIMINATIONS FONDEES SUR LA PRECARITE SOCIALE ET SUR LA FORTUNE : UN CRITERE DE DISCRIMINATION A CONSACRER EN DROIT INTERNE ?

Si le critère lié à la précarité sociale, qui renvoie, *a priori*, au niveau des ressources ou à la situation socio-professionnelle, ne fait pas partie des critères de discrimination interdits par les textes, la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme a proposé, dans un avis du 26 septembre 2013, de le consacrer⁴⁸⁸ :

« La CNCDH recommande d'insérer, dans l'article 225-122 du code pénal et dans la loi n° 2998-496 du 27 mai 2008, le critère de discrimination au motif de la « précarité sociale ». L'ajout d'un vingtième critère de discrimination dans l'article 225-1 du code pénal aurait pour mérite de reconnaître le préjudice subi par les personnes en situation de précarité sociale, et de faire comprendre aux discriminants que leur comportement ou discours ne sauraient être tolérés dans un Etat de droit. Ce critère permettrait de faire prendre conscience à l'ensemble de la société de la gravité de certains comportements qui stigmatisent et aboutissent à discriminer les personnes pauvres.

Dans un souci de cohérence, la liste des délits de presse prévus par la loi du 29 juillet 1881 devrait être élargie pour recouvrir le critère de la précarité sociale : délit de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence (article 24), diffamation (article 32) et injure (article 33). Dans la même lignée, la CNCDH en appelle à la responsabilité des pouvoirs publics face à certains discours faisant référence à l'« assistanat social » de manière stigmatisante et démagogique ».

De même, le Défenseur des droits s'est engagé en ce sens afin, notamment, de remédier aux préjugés qui sont régulièrement opposés aux exclus.

Plus récemment, une proposition de loi visant à lutter contre les discriminations à raison de la précarité sociale a été déposée le 31 mars 2015 devant le Sénat⁴⁸⁹.

Par conséquent, il semble important d'analyser ce critère afin de s'interroger sur l'éventuelle prise en compte, par le juge administratif, des discriminations fondées sur la précarité sociale en l'état du droit positif, et sur la sanction de ces discriminations, l'ambition étant de contribuer à la réflexion sur la nécessité (ou sur l'absence de nécessité) de consacrer un nouveau critère de discrimination.

Ainsi que le démontre une étude de droit comparé réalisée par le Sénat⁴⁹⁰, certains Etats ont intégré, dans leur législation, une disposition visant à sanctionner spécifiquement les discriminations fondées sur la précarité économique ou sociale (tel est le cas, par exemple, de

⁴⁸⁸ <http://www.cncdh.fr/sites/default/files/avis_sur_les_discriminations_fondees_sur_la_prekarite_sociale_-_26092013.pdf>

⁴⁸⁹ Proposition de loi n° 378. Cette proposition se fonde sur le constat selon lequel les discriminations que subissent les personnes en situation d'exclusion vont contribuer à accroître leur situation de précarité sociale.

⁴⁹⁰ Note de législation comparée sur les sanctions applicables aux discriminations à raison de la pauvreté, janvier 2015, par Yannick Vaugrenard, LC 253.

certaines Etats d'Amérique latine). Cette étude indique également qu'en l'absence d'une telle condamnation explicite, une disposition visant à sanctionner, de manière générale, les discriminations, peut tout à fait servir de fondement à la sanction d'une discrimination fondée sur la précarité.

En France, le droit positif ne contient pas de disposition particulière visant à interdire expressément les discriminations fondées sur la précarité sociale, mais l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proscrie toute discrimination fondée notamment sur la fortune. Il existe, par ailleurs, des dispositions plus sectorielles : l'article L 1101-3 du Code de la santé publique⁴⁹¹ énonce qu'« aucune personne ne peut faire l'objet de discrimination dans l'accès à la prévention et aux soins. Un professionnel de santé ne peut refuser de soigner une personne au motif qu'elle est bénéficiaire » de la Couverture Maladie Universelle. Il est prévu, en pareil cas, une procédure particulière permettant de saisir le directeur de l'organisme local d'assurance maladie ou le président du conseil de l'ordre territorialement compétent. Cependant, en pratique, il semblerait qu'il y ait peu de plaintes, la preuve de la discrimination étant probablement un facteur dissuasif⁴⁹².

A cette disposition spécifique, s'ajoute le lien que l'on peut établir entre lieu de résidence et précarité sociale, lien souligné par la HALDE dans sa délibération du 18 avril 2011⁴⁹³, étant précisé que le lieu de résidence fait désormais partie des critères de discrimination interdits depuis la loi du 21 février 2014⁴⁹⁴. Cette entrée peut donc permettre de sanctionner les discriminations ayant un lien avec la précarité sociale dans la mesure où les habitants de certains quartiers sont victimes de discriminations en matière d'embauche et d'accès à l'emploi (et sont donc davantage touchés par une situation de précarité). On peut ainsi en déduire que si le critère de la précarité sociale n'est pas explicitement consacré en droit interne, il n'est pas pour autant ignoré⁴⁹⁵.

De plus, dans la jurisprudence administrative, le critère lié à la précarité économique et sociale (que l'on peut aussi appeler le critère lié à la fortune pour reprendre les termes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) n'est pas absent puisque le juge valide les dispositifs permettant de favoriser l'égalité réelle, et donc, de limiter les conséquences inhérentes à une situation d'exclusion. C'est ce que met en lumière l'analyse de la jurisprudence relatives aux services publics qui laisse apparaître une double approche de la précarité sociale, les solutions étant amenées à varier selon qu'il s'agit de l'égalité dans le service, entre usagers effectifs (I), ou de l'égalité devant le service public, entre candidats usagers (II). Nous allons ainsi nous attacher à démontrer que le juge administratif ne nie pas

⁴⁹¹ Issu de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *J.O.R.F.*, 22 juillet 2009, p. 12184.

⁴⁹² D. Roman, « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *D.*, 2013, pp. 1911-1918.

⁴⁹³ Délibération n° 2011-121.

⁴⁹⁴ Loi n° 2014-173 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, *J.O.R.F.*, 22 février 2014, p. 3138.

⁴⁹⁵ Avant la consécration du critère de discrimination fondé sur le lieu de résidence, le juge administratif avait déjà eu l'occasion d'admettre que cet élément était source d'inégalités. C'est ce que révèle, par exemple, la décision relative aux bourses accordées aux élèves issus de zones d'éducation prioritaire admis à l'IEP de Paris dans laquelle le juge admet la légalité de discriminations positives afin de compenser les inégalités subies par les élèves issus de ZEP : C.E., 17 septembre 2007, req. n° 291548, *M. Afane-Jacquart*.

l'existence de situations de précarité économique et sociale et qu'il tend à consacrer des solutions qui accompagnent la mise en œuvre de dispositifs volontaristes par les personnes publiques, sans pour autant reconnaître un droit à la différence de traitement. L'analyse de la jurisprudence permettra alors de s'interroger sur les apports qui découleraient de la consécration d'un critère général de discrimination fondé sur la précarité sociale (III).

I. La jurisprudence relative à l'égalité dans le service public et les différences de traitement fondées sur la précarité sociale

C'est essentiellement dans le cadre du contentieux applicable à la tarification des services publics, et notamment des services publics locaux, que l'on peut mettre en lumière cette approche positive. De manière classique, le juge administratif admet la mise en œuvre de différences de traitement fondées sur les revenus et la situation familiale, avec toutefois une limite puisque le tarif le plus élevé ne doit pas dépasser le coût de revient du service (le juge administratif veille donc à ce que la tarification n'ait pas pour effet de décourager les autres catégories d'usagers). Cette jurisprudence a tout d'abord été appliquée à des services à vocation sociale, telle une crèche⁴⁹⁶, avant d'être étendue aux services publics culturels⁴⁹⁷. Il convient toutefois de relever que le juge refuse d'admettre qu'une différence de ressources puisse être constitutive d'une différence de situation. Pour avoir recours à une telle notion, il faut être en présence d'une différence de situation objective, appréciable et en rapport avec l'objet du service, ce que n'admet pas la jurisprudence administrative, qu'il s'agisse des décisions ou des conclusions des commissaires du gouvernement et rapporteurs publics⁴⁹⁸. Ces différences de traitement sont donc justifiées par un motif d'intérêt général, à savoir, garantir à tous, quelle que soient ses possibilités financières, l'accès à un service public culturel⁴⁹⁹. Puisque les ressources ne constituent pas une différence de situation, le juge administratif parvient à justifier son refus de rendre obligatoire la mise en œuvre d'une tarification sociale afin de remédier à une discrimination indirecte. La sanction d'une telle discrimination suppose *a priori* de mettre en lumière l'existence d'une différence de situation, et plus

⁴⁹⁶ C.E., 20 janvier 1989, *CCAS de La Rochelle*, A.J.D.A., 1989, p. 398, note X. Prétot.

⁴⁹⁷ C.E., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers* et *Commune de Nanterre*, avec les conclusions de J.H. Stahl, « Différences de revenus et différences de tarification des services publics locaux », *R.F.D.A.*, 1998, pp. 539-545.

⁴⁹⁸ Voir les conclusions précitées de J.H. Stahl : « Objectives, elles ne le sont pas car elles résultent non d'éléments rationnels et préétablis mais de barèmes dont les seuils sont fixés de façon abstraite et discrétionnaire par les conseils municipaux. Les différences de ressources ne sont pas davantage en rapport avec l'objet du service de l'école de musique qui est d'enseigner la musique et non de mettre en œuvre des politiques de redistribution des revenus. Enfin, les barèmes peuvent induire des effets de seuil qui ne correspondent pas nécessairement à des différences appréciables de situation ».

⁴⁹⁹ Les arrêts précités du 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers* et *Commune de Nanterre* illustrent le recours à l'intérêt général au détriment de la différence de situation : « Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le fonctionnement du conservatoire de musique de Gennevilliers constitue un service public municipal administratif à caractère facultatif ; qu'en égard à l'intérêt général qui s'attache à ce que le conservatoire de musique puisse être fréquenté par les élèves qui le souhaitent, sans distinction selon leurs possibilités financières, le conseil municipal de Gennevilliers a pu, sans méconnaître le principe d'égalité entre les usagers du service public, fixer des droits d'inscription différents selon les ressources des familles, dès lors notamment que les droits les plus élevés restent inférieurs au coût par élève du fonctionnement de l'école ».

précisément la négation d'une telle différence, laquelle négation serait à l'origine d'une discrimination indirecte du fait de l'application d'un traitement identique à des situations différentes. Dans la mesure où le juge se refuse à voir dans la fortune une différence de situation, il ne peut admettre l'existence d'éventuelles discriminations indirectes. Si le juge administratif valide les mesures compensatoires créées par les personnes publiques, il leur dénie tout caractère obligatoire (réserve faite des hypothèses dans lesquelles le législateur aurait prévu de telles mesures). S'agissant des services publics locaux, une telle obligation se heurterait probablement au principe de libre administration des collectivités territoriales. Il apparaît donc que ce principe à valeur constitutionnelle peut constituer une limite à la prise en compte des discriminations indirectes puisqu'une obligation en la matière viendrait limiter le pouvoir d'appréciation des collectivités, tout en leur imposant des dépenses supplémentaires (seule une loi pourrait prévoir une telle obligation, le principe de libre administration s'exerçant dans les conditions définies par la loi).

Au-delà de ce constat permettant de révéler que le juge administratif est rétif à la reconnaissance d'un droit à l'égalité réelle et à la sanction des discriminations indirectes, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence précitée atteste de la capacité du juge administratif à faire entrer dans le logiciel du principe d'égalité les différences de traitement fondées sur la situation sociale de l'utilisateur, dès lors qu'elles sont décidées par les personnes publiques. D'autres décisions le démontrent également : en lien avec le critère des revenus, le juge administratif a ainsi accepté de réserver un traitement plus favorable à des usagers grévistes en raison de la perte de ressources occasionnée par la grève⁵⁰⁰.

Outre la situation familiale et les revenus, le juge administratif admet également qu'une situation de chômage justifie la mise en œuvre d'un traitement préférentiel, situation qui n'est toutefois pas dénuée de lien avec le critère des ressources, le juge ayant eu l'occasion de préciser que les personnes sans emploi disposent généralement de ressources faibles ou limitées. C'est ce que laisse apparaître une décision rendue par la Cour administrative d'appel de Lyon le 27 juin 2002, *M. Brindel*, décision qui démontre, par ailleurs, que le juge exige une certaine cohérence dans les différences de traitement établies⁵⁰¹. En l'espèce, était en cause la délibération d'un conseil municipal qui réservait la gratuité des transports urbains aux personnes prises en charge par les Assedic, ce qui revenait à exclure de cette prise en charge les chômeurs non indemnisés. Pour la Cour, le conseil municipal a créé, sans qu'une raison d'intérêt général ne soit établie ni même invoquée, « une discrimination irrégulière entre demandeurs d'emploi se trouvant dans une situation identique au regard du montant limité de leurs ressources et du besoin de se déplacer pour chercher un emploi ». Le terme de discrimination est ici explicitement employé pour sanctionner une différence de traitement injustifiée. Cela conforte nos observations antérieures selon lesquelles le terme discrimination est employé par le juge uniquement en cas de discrimination directe fondée sur la précarité sociale. Dans ce domaine, le juge ignore encore largement les discriminations indirectes qui

⁵⁰⁰ CE, 11 octobre 1989, Commune de Port-Saint-Louis du Rhône, à propos de tarifs préférentiels accordés à des enfants de salariés grévistes dans le cadre d'une cantine scolaire, *AJDA* 1990, p 109.

⁵⁰¹ C.A.A. de Lyon, 27 juin 2002, req. n° 97LY01972, *M. Brindel*, *A.J.D.A.*, 2002, p. 1409, note S. Brondel, « Conciliation du principe d'égalité et des discriminations tarifaires dans le cadre des services publics sociaux », *ibid.*

pourraient le conduire à admettre l'existence d'un droit à la différence de traitement, et *in fine*, un droit à l'égalité réelle.

Dans le même registre, mais sans mentionner le principe d'égalité ni le principe de non-discrimination, le Conseil d'Etat a sanctionné pour erreur manifeste d'appréciation la différence établie par le Syndicat des transports d'Ile-de-France entre les usagers titulaires d'une carte orange et les autres usagers (titulaires de tickets) pour l'accès à une tarification sociale. Seuls les seconds pouvaient prétendre à cette tarification sociale, alors que les premiers en étaient exclus. Le Conseil d'Etat a estimé qu'en évinçant les titulaires de la carte orange, le syndicat a commis une erreur manifeste d'appréciation compte tenu de l'importance de cette carte pour les salariés et de l'importance de la réduction tarifaires pour les personnes à faibles ressources⁵⁰². Le juge impose donc une certaine cohérence dans la prise en compte des situations et dans la construction des catégories d'usagers, même s'il ne se réfère pas explicitement au principe d'égalité. Cela s'explique probablement par le fait que la mise en œuvre de cette tarification sociale était une possibilité prévue par l'article 123 de la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain⁵⁰³. Le Conseil d'Etat a ainsi pu affirmer que le syndicat avait commis une erreur manifeste dans la mise en œuvre de cette disposition législative, et éviter toute référence au principe d'égalité, alors même que le raisonnement développé est relativement proche de celui dont use le juge administratif dans le cadre de ce principe (le juge exerce en effet un contrôle de proportionnalité dans cette espèce, contrôle qu'il applique notamment lorsque le principe d'égalité est invoqué).

Il apparaît également, au regard de la jurisprudence, que l'âge peut justifier une différence de situation fondée sur des critères sociaux, c'est ce que démontre l'arrêt de section du Conseil d'Etat en date du 18 janvier 2013, *Association SOS Racisme*⁵⁰⁴. Etait en cause, dans cette espèce, la légalité d'une mesure accordant la gratuité des musées aux jeunes de 18 à 25 ans, sous réserve, pour les jeunes de nationalité étrangère, d'une résidence durable et légale sur le territoire. S'agissant de l'âge, le Conseil d'Etat indique explicitement que les ressources des jeunes sont limitées, ce qui peut constituer un obstacle à l'accès au service public, *a fortiori* s'agissant d'un service public culturel. Les jeunes de 18 à 25 ans sont ainsi identifiés comme un groupe vulnérable économiquement (mais le juge ne va pas jusqu'à reconnaître l'existence d'une différence de situation fondée sur ce critère, ce qui rejoint les constats déjà faits : la

⁵⁰² C.E., 6 février 2004, req. n° 255111, *Association la Raison du plus faible*, A.J.D.A., 2004, p. 1096, note H. Rihal, « Les conditions de mise en œuvre d'une tarification sociale des transports publics », *ibid.* : « *Considérant toutefois qu'en égard à l'importance que représente, dans l'usage des transports en Ile-de-France, le coupon mensuel de la carte orange, notamment pour les salariés, et à la contribution que peut apporter à l'objectif de caractère social mentionné ci-dessus un accès abordable à ce titre de transport pour les personnes bénéficiant de faibles revenus, le syndicat des transports parisiens a commis une erreur manifeste d'appréciation en excluant ce coupon des réductions tarifaires mises en œuvre en application des dispositions législatives précitées* ».

⁵⁰³ Loi n° 2000-1208, J.O.R.F., 14 décembre 2000, p. 19777.

⁵⁰⁴ C.E., 18 janvier 2013, req. n° 328230, 332624, *Association SOS Racisme*, A.J.D.A., 2013, p. 143 ; H. Pauliat, « Gratuité d'accès aux musées et résidents irréguliers : pas d'exclusion de principe », *JCP A*, 18 mars 2013, n° 2091.

vulnérabilité économique n'est pas à l'origine d'une différence de situation. Si elle peut donner lieu à une différence de traitement, c'est uniquement au nom de l'intérêt général)⁵⁰⁵.

De ces différentes décisions, découlent plusieurs observations et conclusions :

- Le critère des ressources et, dans une moindre mesure, celui de l'âge, semblent faire figure de pivot pour justifier des différences de traitement (le chômage étant relié à la faiblesse des ressources par le juge). Cela tend à démontrer que le juge administratif cautionne les actions volontaristes des personnes publiques en faveur de l'égalité réelle, c'est-à-dire des actions visant à remédier aux discriminations indirectes.
- Toutefois, le juge administratif n'érige pas la lutte contre les discriminations indirectes en obligation (qu'elle soit de moyen ou de résultat), cela relève du seul pouvoir discrétionnaire des personnes publiques. Il n'en demeure pas moins que le juge administratif impose un minimum de cohérence dans les différences de traitement établies, une différence injustifiée étant qualifiée de discrimination dans certaines décisions, ce qui tend à démontrer la conception que le juge administratif retient de la discrimination. Celle-ci ne se limiterait pas aux seuls critères énoncés par les textes, toute différence illégitime pourrait être constitutive d'une discrimination, ce qui laisse apparaître une approche extensive de la notion de discrimination qui ne serait pas réservée aux seules hypothèses visées par les textes.

II. La jurisprudence relative à l'égalité devant le service public et les discriminations fondées sur la précarité sociale

Si le juge admet que le critère de la précarité sociale puisse jouer favorablement en direction de l'usager du service public, il veille, parallèlement, à ce que ce critère ne le pénalise pas, mais uniquement dans l'hypothèse où l'administration aurait établi une discrimination directe. La sanction des discriminations indirectes n'est pas une obligation en l'état de la jurisprudence (pourtant, de telles discriminations peuvent pénaliser l'usager qui ne disposerait pas des moyens nécessaires pour accéder à un service public).

S'agissant de l'égalité devant le service public, qui renvoie à l'accès au service, nos analyses se fondent notamment sur une décision rendue par le Conseil d'Etat le 23 octobre 2009, *FCPE du Rhône*⁵⁰⁶. En l'espèce, un conseil municipal avait modifié le règlement de la cantine

⁵⁰⁵ Dans l'arrêt du 18 janvier 2013, le Conseil d'Etat indique « qu'il ressort des pièces du dossier que la mise en œuvre de la gratuité d'accès aux musées et monuments nationaux a pour objectif d'accroître, en vue de la pérenniser, la fréquentation des monuments nationaux par une catégorie de publics, les jeunes de 18 à 25 ans, dont les ressources financières souvent limitées peuvent constituer un obstacle à la fréquentation régulière des établissements culturels de l'Etat ». S'il se réfère implicitement à la vulnérabilité économique des jeunes de 18 à 25 ans, le juge ne la qualifie pas pour autant de différence de situation ; il se réfère en réalité à l'objectif d'intérêt général déjà présent dans la jurisprudence du 29 décembre 1997, Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre (op. cit.), selon laquelle favoriser l'accès à un service public culturel indépendamment des moyens financiers des usagers est une finalité d'intérêt général justifiant une différence de traitement.

⁵⁰⁶ C.E., 23 octobre 2009, req. n° 329076, *FCPE du Rhône*, A.J.D.A., 2010, p. 265 ; M. Verpeaux, « L'égalité d'accès à la restauration scolaire : principes et limites », *ibid.*

scolaire en posant le principe selon lequel seuls les enfants dont les deux parents travaillent pourront être accueillis à la cantine scolaire (sauf urgence ponctuellement justifiée). Cela revenait donc à établir une distinction entre les enfants dont les deux parents ont un emploi et ceux qui ont un parent au chômage (ou un parent qui ne travaille pas). Le Conseil d'Etat a jugé que le conseil municipal avait retenu un critère de discrimination sans rapport avec l'objet du service :

« Considérant qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, le moyen tiré de ce que la délibération attaquée interdit illégalement l'accès au service public de la restauration scolaire à une partie des enfants scolarisés, en retenant au surplus un critère de discrimination sans rapport avec l'objet du service public en cause est de nature à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la légalité de cette délibération ».

Il est intéressant de relever qu'ici, le juge recourt explicitement au terme « discrimination », celui-ci semblant être réservé aux hypothèses dans lesquelles le juge sanctionne une différence de traitement injustifiée (tout du moins dans la jurisprudence ayant trait à la précarité sociale).

Cette jurisprudence s'inscrit dans la veine de décisions antérieures, tel le fameux arrêt du 20 novembre 1964, *Commune de Nanterre*⁵⁰⁷, à propos de la légalité d'une décision relative à la création d'un cabinet dentaire municipal. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a indiqué que le critère des ressources ne pouvait être un critère discriminant, excluant de l'accès au service public. Si les revenus peuvent être un critère de différenciation dans le service public (c'est-à-dire dans le cadre du fonctionnement du service public), ils ne peuvent constituer un critère permettant de sélectionner les candidats usagers. S'agissant du cabinet dentaire municipal, l'accès au service public ne peut être interdit à un usager au seul motif que ses revenus lui permettent d'avoir recours à un praticien privé.

Dans la décision rendue le 23 octobre 2009, à propos des cantines scolaires, on peut se risquer à penser qu'il y a un lien implicite entre les ressources des usagers et l'exercice d'une activité rémunérée par les deux parents. Il ne s'agit cependant que d'une déduction car il apparaît surtout que la distinction est explicitement fondée sur la disponibilité des parents pendant le temps de la pause du déjeuner. Il n'en demeure pas moins que cette solution est intéressante pour l'étude du critère de la précarité sociale, car à la lecture de la décision, il n'apparaît pas que l'exclusion des chômeurs, ou des enfants de chômeurs, de certaines activités de service public soit nécessairement injustifiée. Si cette exclusion présente un lien avec l'objet du service, elle peut être admise : c'est en effet parce que la distinction établie est « *sans rapport avec l'objet de l'activité* » que le Conseil d'Etat la sanctionne, mais il ne condamne pas de manière définitive les différences de traitement fondées sur une situation de chômage.

L'absence d'activité professionnelle, et plus largement, la précarité sociale, ne sont pas en soi des critères de distinction prohibés par le juge administratif (à la différence d'autres critères de distinction). La jurisprudence relative à l'accès des étrangers aux prestations sociales en témoigne ; sur ce point, les décisions sont abondantes, mais nous avons retenu plus

⁵⁰⁷ C.E., 20 novembre 1964, *Commune de Nanterre*, A.J.D.A., 1964, p. 705.

particulièrement une décision qui nous semble intéressante en ce qu'elle démontre peut-être une divergence d'interprétation entre le juge administratif et la Cour de Justice de l'Union Européenne⁵⁰⁸. Il existe une exception à la règle selon laquelle un ressortissant de l'Union peut avoir accès au RSA s'il réside en France depuis 3 mois : l'article R 262-6 Code de l'action sociale et de la famille prévoit ainsi que le ressortissant d'un Etat membre entré en France pour y chercher un emploi et qui s'y maintient à ce titre n'a pas droit au RSA. Dans une affaire jugée par la Cour administrative d'appel de Paris le 20 octobre 2011⁵⁰⁹, cette dernière a refusé de transmettre au Conseil d'Etat une QPC fondée sur la contradiction entre cette disposition et le principe d'égalité, au motif que cette question ne présenterait pas un caractère sérieux. Il faut en effet rappeler qu'en vertu de la directive du 29 avril 2004 relative au droit de circuler et de séjourner librement⁵¹⁰, l'égalité de traitement est conditionnée au droit au séjour. Ainsi que le rappelle la Cour administrative d'appel, le principe de non-discrimination ne fait pas obstacle à une différence de traitement dès lors que celle-ci est justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires (l'objectif légitime réside ici dans la volonté de préserver les finances publiques). Le critère de la précarité financière du requérant apparaît alors comme un facteur d'exclusion, cela l'exclut du droit au séjour, et par conséquent du droit d'accès au RSA. Plus précisément, la Cour juge que le fait que le demandeur ne justifie que d'emplois relativement temporaires et accessoires (de courtes missions en l'espèce) atteste de sa précarité financière⁵¹¹. En se fondant sur le droit de l'Union européenne, le juge administratif s'autorise ainsi à établir des différences de traitement implicitement fondées sur la précarité, sans pour autant porter atteinte au principe de non-discrimination. L'interprétation qui est retenue du droit au séjour devra toutefois être confrontée à la jurisprudence européenne dans le cadre de la seconde étape de la recherche⁵¹².

L'attitude du juge administratif face à la précarité sociale paraît ainsi ambiguë, c'est un critère de distinction qu'il manie de manière discrétionnaire, ou tout du moins, qu'il confronte à l'objet du service public ou à l'existence d'objectifs légitimes qui pourraient s'opposer à la prise en compte d'une situation de précarité. Surtout, la prise en compte de ce critère lié à la

⁵⁰⁸ Ces différences d'interprétation seront plus particulièrement analysées dans le cadre de la seconde partie de la recherche qui a pour objet de confronter le discours du juge interne à celui d'autres juges.

⁵⁰⁹ C.A.A. de Paris, 20 octobre 2011, req. n° 10PA05222, *M. Bartłomiej Miesko A.*

⁵¹⁰ Directive 2004/38/CE.

⁵¹¹ Selon le juge, « il ressort des pièces du dossier que si M. A prétend qu'il a travaillé en France, où il déclare être entré en 1998 et y vivre depuis, sans toutefois le démontrer, il n'établit qu'avoir perçu pour quelques prestations de comédien-figurant, au cours des années 2008 à 2010, une rémunération au cachet ; qu'il ressort en outre des pièces du dossier, et comme il l'affirme lui-même dans ses écritures, que l'assurance chômage ne lui a versé aucune allocation du fait de l'insuffisance des périodes de travail ; que dans ces conditions, dès lors, d'une part qu'il ne remplit pas les conditions exigées pour bénéficier d'un droit de séjour que sont l'exercice d'une activité professionnelle en France et le niveau de ressources pour ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale, ce qu'il ne conteste pas, et que, d'autre part, il n'a trouvé qu'un travail accessoire depuis qu'il est entré en France et se maintient durablement dans une situation de recherche d'emploi, il ne remplit pas les conditions prévues par les dispositions de l'article L. 262-6 du code l'action sociale et des familles lui ouvrant droit au RSA ; que, dès lors, il ne peut utilement invoquer la précarité de sa situation financière au soutien du moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation dont serait entachée la décision contestée ».

⁵¹² Voir notamment C.J.U.E., 11 novembre 2014, *Dano*, aff C-333/13.

précarité peut ne pas se révéler protectrice à l'égard du candidat usager à un service public ainsi qu'en témoigne la jurisprudence relative au droit au séjour.

III. L'efficacité du principe de non-discrimination en question

Pour mettre à l'épreuve l'efficacité de ce principe, on peut se fonder sur plusieurs constats. En premier lieu, même si le critère de la précarité sociale n'est pas consacré par les textes comme étant un critère de discrimination, le juge administratif développe tout de même certaines solutions qui se révèlent être favorables à la lutte contre les inégalités de fait et à la prise en compte d'une situation de vulnérabilité (c'est ce que démontre, par exemple, les décisions relatives à la légalité de la tarification sociale). La jurisprudence relative au refus d'accorder le concours de la force publique pour procéder à une expulsion en est une autre illustration : dans plusieurs décisions, le Conseil d'Etat a estimé qu'une situation de précarité sociale justifiait le refus d'accorder le concours de la force publique pour assurer l'exécution d'une décision de justice prononçant l'expulsion d'une personne⁵¹³. La précarité sociale peut ainsi constituer un motif d'ordre public (en lien avec la dignité humaine) légitimant le refus de procéder à l'exécution d'une décision de justice, lequel refus est compensé par la possibilité pour le propriétaire d'obtenir une indemnisation sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques (pour un motif d'intérêt général, il a dû supporter une charge anormale justifiant une indemnisation). La précarité sociale peut ainsi être à l'origine d'une rupture de l'égalité devant les charges publiques fondée sur la dignité humaine.

Puisque le juge administratif ne semble pas avoir besoin d'une consécration textuelle pour prendre en compte une situation de précarité sociale, on peut s'interroger sur la nécessité d'introduire dans la loi un nouveau critère de distinction. Pour qu'une telle évolution soit porteuse de sens, il faudrait que le juge administratif accepte de prendre en compte les discriminations indirectes en admettant que la précarité sociale est à l'origine de différences de situation et en renonçant à se fonder sur un motif d'intérêt général. Il faudrait également qu'il fasse évoluer le sens du principe d'égalité pour accepter d'introduire un droit à la différence de traitement fondé sur une situation de précarité sociale, ce qui limiterait considérablement le pouvoir discrétionnaire de l'administration, et ce qui pourrait porter atteinte à certains principes à valeur constitutionnelle (tel le principe de libre administration). On peut donc douter de l'utilité de la création d'un nouveau critère de distinction devant le juge administratif en l'état du droit positif, mais aussi de sa faisabilité.

⁵¹³ C.E., 10 octobre 2003, req. n° 260867, *Sagnard* ; C.E., 23 avril 2008, req. n° 309685, *Barbuto*, « L'expulsion d'une personne en grande difficulté sans solution de relogement justifie le refus de concours de la force publique », *A.J.D.A.*, 2008, p. 1511 ; C.E., 24 juillet 2008, req. n°318686, *Michèle B.* ; C.E., 30 juin 2010, req. n° 332259, *M et Mme Ben Amour*, *A.J.D.A.*, 2011, p. 568, J. le Gars, « Ordre public, dignité humaine : les nouvelles conditions de légalité d'une décision d'octroi du concours de la force publique pour l'exécution d'une décision d'expulsion », *ibid.*, pp. 568-570 ; C.E., 15 mai 2013, req. n° 343051, *M. C et Mme D.*

De plus, on peut se demander si la multiplication des critères de discrimination pour répondre à des cas particuliers ne comporte pas, en germe, un risque d'atteinte à la sécurité juridique et à l'intelligibilité de la règle de droit. Il est ainsi utile de s'interroger sur la consécration juridique de nouveaux critères de discrimination : si cette consécration peut contribuer à faire évoluer les esprits, la question est de savoir comment le juge peut-il les manier et en faire application.

En second lieu, un autre élément justifie également notre scepticisme, élément qui tient à l'efficacité du principe de non-discrimination au sens large. Dans la mesure où ce principe a pour objet de remédier à tout obstacle injustifié à l'accès à un droit, on peut considérer qu'il contribue à l'objectif de concrétisation ou d'effectivité des droits. Or, en la matière, il nous semble qu'il existe d'autres outils qui peuvent se révéler efficaces, à l'instar du référé-liberté : l'ordonnance rendue par le Conseil d'Etat le 10 février 2012 concernant le droit à un hébergement d'urgence démontre que le référé-liberté, s'il ne permet pas nécessairement de mettre à la charge de l'administration une obligation de résultat, peut néanmoins l'inciter à imposer aux personnes publiques de tout mettre en œuvre pour garantir l'effectivité de ce droit⁵¹⁴. Le principe de non-discrimination n'est donc pas le seul outil permettant de garantir la réalisation d'un droit, il ne s'agit que d'un instrument parmi d'autres. Certes, le recours à ces instruments se justifie sans doute par l'absence de consécration, au sein de la jurisprudence administrative, d'une double dimension du principe de non-discrimination. Tant que le juge se refusera à admettre, sauf cas exceptionnels, l'existence d'un droit à la différence de traitement, la consécration d'un critère général de discrimination fondé sur la précarité sociale ne pourra bénéficier d'une portée pleine et entière tant il est compliqué d'apporter la preuve d'une discrimination directe dans cette hypothèse. Cela met également en lumière la place subsidiaire du principe de non-discrimination dans la jurisprudence administrative car il reste encore largement placé sous la tutelle du principe d'égalité. S'il est constant que l'égalité est une arme efficace pour sanctionner les discriminations injustifiées, la conception qui est actuellement celle du juge administratif tend à nier l'une des facettes du principe de non-discrimination, probablement afin de préserver le pouvoir discrétionnaire des personnes publiques dans la lutte contre les inégalités de fait.

En définitive, il nous semble que la question est moins de savoir s'il convient de multiplier les critères de discrimination interdits, que de s'interroger sur la possibilité et l'opportunité de faire évoluer la conception que le juge administratif retient du principe d'égalité, conception qui reflète sans doute l'attachement à une acception universaliste traditionnellement consacrée en France.

⁵¹⁴ C.E., 10 février 2012, *M. Karamoko A.*, *Rec. T.*, p. 835.

**SECTION 8 : LES DISCRIMINATIONS EN RAISON D'UN HANDICAP DANS LA
JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE**

En ce qui concerne le handicap, le juge raisonne très peu en termes de non-discrimination. Il préfère sanctionner l'absence de prise en compte spécifique de la situation de handicap ou l'absence de mesures compensatoires du handicap sans se référer explicitement au principe de non-discrimination. Faute de fil directeur dans la manière dont le juge appréhende le handicap et la discrimination, c'est une approche thématique qui a été adoptée pour rendre compte de la diversité des solutions jurisprudentielles. Leur point commun réside dans l'esquive du principe de non-discrimination que ce soit dans le domaine de l'emploi public (I), de l'accessibilité aux bâtiments publics (II), en droit des étrangers (III) et pour l'accès à l'éducation (IV).

I. L'emploi public

Le domaine de l'emploi public est particulièrement révélateur de la façon dont le juge traite le handicap. Il veille à la protection du travailleur handicapé sans recourir au principe de non-discrimination(A), sauf dans certains cas qui restent clairs (B).

A. Absence de référence explicite à la discrimination

Dans l'ensemble, le juge ne se réfère pas explicitement au principe de non-discrimination, mais il veille à la nécessité de prendre en compte la situation de handicap (1) ou des mesures compensatoires (2).

1. La nécessité de prendre en compte la situation de handicap

La nécessité de prendre en compte la situation spécifique de handicap se traduit par le fait que le juge exige pour fixer le taux de la prime individuelle d'un magistrat qui a la qualité de travailleur handicapé, que l'administration tienne compte de son handicap tant pour déterminer le volume et la nature des tâches qui lui sont assignées que pour apprécier, au vu des objectifs ainsi définis par rapport à ses capacités, la contribution de l'intéressé au bon fonctionnement de l'institution judiciaire⁵¹⁵.

Le handicap fait aussi l'objet d'une prise en compte particulière en cas d'autorisation administrative de licencier un salarié protégé. Le Conseil d'Etat précise « *que, lorsqu'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé est motivée par un*

⁵¹⁵ C.E., 11 juillet 2012, req. n° 347703, *Vaulot Pfister*, S. Von Coester, ccls.

comportement jugé fautif, elle ne peut être légalement accordée si les faits reprochés sont la conséquence d'un état pathologique ou d'un handicap de l'intéressé »⁵¹⁶.

Par ailleurs, la décision de non renouvellement d'un contrat sera annulée par le juge si elle est prise au terme d'une procédure irrégulière, c'est-à-dire en cas de non respect de la procédure particulière applicable au recrutement de travailleurs handicapés⁵¹⁷.

Enfin, à l'occasion d'un référé-suspension, le Tribunal administratif a pris en compte la situation de handicap pour caractériser à la fois l'urgence et le doute sérieux quant à la légalité de la décision. « *Eu égard à la situation de vulnérabilité qui est la sienne du fait de son handicap, le requérant doit être regardé comme justifiant d'une situation d'urgence* ». « *L'affectation de M Bore a été opérée sans examen particulier de sa situation de handicap est de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée* ». Les sources de légalité invoquées sont l'article 6 *sexies* de la loi du 13 juillet 1983 et le décret n° 2007-632 permettant de solliciter un aménagement du poste de travail ou une affectation sur un poste adapté. Le Tribunal administratif a ordonné la suspension de l'exécution de la décision et enjoint au recteur de réexaminer l'affectation⁵¹⁸.

L'attention portée par le juge à la situation de handicap est aussi prégnante lorsque ce dernier sanctionne l'absence de mesures compensatoires.

2. Les mesures compensatoires

Concernant l'accès à l'emploi de professeur d'éducation physique, le Conseil d'Etat, dans l'arrêt Monnier, a considéré que des aménagements de poste auraient permis de compenser les conséquences du handicap de l'intéressé « ; *qu'ainsi, en retenant qu'aucune mesure n'était susceptible de permettre un aménagement du poste rendant le handicap de Mlle X compatible avec l'emploi de professeur d'éducation physique et sportive, la décision de la commission nationale d'aptitude est entachée d'une erreur d'appréciation* »⁵¹⁹.

De son côté, la Cour administrative d'appel de Nancy a indemnisé le préjudice moral subi en raison de l'atteinte au principe d'égalité de traitement à l'égard d'un travailleur handicapé compte tenu de ses nouvelles conditions de travail. « *L'administration n'a pas pris l'ensemble des mesures appropriées nécessaires à l'exercice de ses fonctions, propres à garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapées énoncé par l'article 6 *sexies* de la loi du 13 juillet 1983* ». Alors que le requérant invoquait une discrimination, la Cour s'est placée sur le terrain de l'égalité de traitement⁵²⁰.

Ce dernier exemple témoigne de la réticence du juge à traiter explicitement de la discrimination. Néanmoins, dans certains arrêts, il raisonne en termes de discrimination, sans

⁵¹⁶ C.E., 3 juillet 2013, req. n° 349496 et C.A.A. de Versailles, 23 février 2012, req. n°10VE03075, *André*.

⁵¹⁷ T.A. de Strasbourg, 6 février 2014, req. n° 1004673, *Perlier*.

⁵¹⁸ T.A. de Nantes, ord., 16 octobre 2014, req. n° 1408215, *Bore*.

⁵¹⁹ C.E., 30 avril 2004, req. n° 254106, *Monnier*.

⁵²⁰ C.A.A. de Nancy, 20 février 2014, req. n° 13NC00931, *Ghouli*.

doute en réponse aux conclusions du commissaire du gouvernement et en fonction des sources invoquées par les requérants.

B. Référence explicite à la discrimination

De manière étonnante, le Conseil d'Etat va opérer un recul par rapport à la jurisprudence *Monnier* précitée. Dans l'arrêt *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale*⁵²¹, le Conseil d'Etat ne sanctionne pas l'absence de mesures compensatoires. Ce changement s'explique peut-être parce que dans la première affaire était en cause une décision individuelle alors que dans la deuxième il s'agit d'un acte réglementaire. En effet, le recours est formé contre un décret exigeant que les professeurs d'éducation physique justifient avant leur recrutement d'une qualification en sauvetage aquatique et en secourisme. L'obligation posée par le décret du 17 juin 2004 aboutit à exclure les personnes qui, du fait de leur handicap, ne peuvent satisfaire aux épreuves de secourisme et de sauvetage aquatique. Or, le juge rejette la requête au motif que « *cette qualification a pour objet d'assurer la sécurité des élèves face aux risques inhérents aux activités sportives qu'ils sont susceptibles de pratiquer, cette exigence est liée à l'exercice même de l'emploi de professeur d'éducation physique et sportive ; que, dans ces conditions, la circonstance que les mesures de compensation du handicap que l'administration est tenue de prendre aux fins de permettre à certaines personnes handicapées de pouvoir accéder selon des modalités adaptées à ces emplois ne soient pas édictées dans le décret ne constitue pas une méconnaissance du principe de non-discrimination fondé sur le handicap de nature à entacher d'illégalité ledit décret* ».

En l'espèce, le juge se réfère explicitement au principe de non-discrimination pour conclure à l'absence de méconnaissance du principe. Peut-être est-ce en réponse aux conclusions du commissaire du gouvernement Keller qui plaidait pour reconnaître l'illégalité du décret fondée sur une discrimination indirecte « *Or, force est de constater que le décret litigieux, s'il ne crée pas, bien entendu, une discrimination de droit à l'encontre des personnes handicapées, interdit de fait à beaucoup d'entre elles d'accéder à la profession d'enseignant en éducation physique* »⁵²².

Le Conseil d'Etat a aussi conclu à l'absence de discrimination à l'occasion d'un recours formé par un élève de l'IRA à l'encontre de deux délibérations de jury. L'élève prétendait avoir été victime d'une discrimination et avait invoqué la loi n° 2008-496. Le Conseil d'Etat a rejeté la requête faute de preuve de la discrimination car le requérant d'une part n'a pas soulevé devant le tribunal le moyen selon lequel la note de 5/20 à l'épreuve orale serait entachée de discrimination à raison de son handicap. Il n'a pas soumis d'éléments de fait susceptibles de faire présumer cette discrimination. D'autre part, la délibération ne l'autorisant pas à recommencer sa scolarité n'est pas non plus entachée de discrimination liée au handicap car cette autorisation n'est qu'exceptionnelle. Un redoublement ne lui aurait pas

⁵²¹ C.E., 14 novembre 2008, req. n° 311312, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique (FSGENRP).

⁵²² R. Keller, ccls. sur C.E., 14 novembre 2008, req. n° 311312, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique (FSGENRP).

permis de pallier ses difficultés, à savoir moyenne inférieure à celle du dernier élève admis à redoubler, notes faibles aux épreuves de fin de cycle d'approfondissement qui visaient à apprécier ses connaissances professionnelles. Si trois des six élèves non autorisés à redoubler étaient des personnes handicapées, une telle circonstance ne suffit pas à démontrer l'existence d'une pratique discriminatoire⁵²³.

Lorsque le juge reconnaît l'existence d'une discrimination, il la sanctionne pour méconnaissance de l'égalité de traitement, constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'administration.

Dans l'affaire *Bouteiller*, si le juge se réfère à l'existence d'une discrimination directe c'est sans doute parce qu'une source européenne est invoquée la Directive 2000/78⁵²⁴ :

« que la circonstance qu'un candidat moins bien classé sur la même liste d'aptitude a obtenu le poste sollicité par M. BOUTEILLER permet de présumer l'existence d'une discrimination directe à son encontre en raison de son handicap ; qu'eu égard aux dispositions précitées de la directive n° 2000/78/CE, il incombe, alors, à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ou que les mesures nécessitées par le handicap du postulant imposaient à l'employeur une charge disproportionnée »⁵²⁵.

« qu'enfin, si l'administration était en droit de prendre en compte l'intérêt du service pour affecter les fonctionnaires, indépendamment de leur rang de classement, elle ne pouvait se fonder exclusivement sur les aménagements de locaux nécessités, en l'espèce par le handicap de l'agent pour apprécier cet intérêt ; que, par suite, M. BOUTEILLER est fondé à soutenir que l'administration a entaché sa décision d'une discrimination à son égard en raison de son handicap et a méconnu le principe d'égalité de traitement et à demander l'annulation de la décision prise à la rentrée scolaire 2004 par le ministre de l'éducation nationale de ne pas le nommer secrétaire général de la direction régionale de la jeunesse et des sports »⁵²⁶.

II. Accessibilité aux bâtiments publics

Le juge ne se réfère pas au principe de non-discrimination, il condamne l'Etat sur le terrain de la responsabilité sans faute pour rupture de l'égalité devant les charges publiques. Dans l'affaire *Bleitlach*, datant du 22 octobre 2010, le Conseil d'Etat a jugé *« que l'existence d'un préjudice résultant de l'inadéquation des locaux judiciaires au handicap de Mme A n'est de*

⁵²³ C.E., 25 janvier 2012, req. n° 348269, *Belaïch*.

⁵²⁴ T.A. de Rouen, 19 juin 2008, req. n° 0500526, *Bouteiller*.

⁵²⁵ *Ibid.*

⁵²⁶ *Ibid.*

nature à engager la responsabilité sans faute de l'Etat que s'il présente un caractère grave et spécial dont la charge excède celle qu'il lui incombe normalement de supporter »⁵²⁷.

Si la décision considère que l'égalité a été rompue, elle ne conclut en revanche pas à l'existence d'une discrimination. Elle n'en parle d'ailleurs pas directement. Alors que les conclusions du rapporteur public Roger-Lacan plaidaient pour la reconnaissance d'une discrimination indirecte.

Dans le même sens, le Tribunal administratif de Caen reconnaît à l'égard d'un avocat handicapé, l'existence d'un préjudice grave et spécial engageant la responsabilité sans faute de l'Etat pour rupture de l'égalité devant les charges publiques en raison du défaut d'aménagement permettant l'accessibilité des locaux aux personnes handicapées⁵²⁸.

III. Droit des étrangers

La discrimination fondée sur le handicap est régulièrement invoquée par les requérants qui se voient refuser une naturalisation, un regroupement familial ou une carte de séjour surtout sur le fondement de l'art. 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. A notre connaissance, le juge n'a pas reconnu de pratique discriminatoire, mais il existe des cas dans lesquels il prend en compte la situation de handicap pour mettre en lumière une situation particulière qui justifie le regroupement familial. Ou encore, le juge considère que la situation de handicap relève de circonstances exceptionnelles ou de motifs humanitaires justifiant le séjour.

Un refus de naturalisation, exclusivement fondé sur le fait qu'en raison de son handicap physique, la naturalisation de Mme X... créerait une charge pour la collectivité, est entaché d'une erreur de droit. Il faut rechercher si cela constitue un obstacle à son intégration dans la société française notamment par l'exercice d'une activité professionnelle⁵²⁹.

Le juge valide des refus de naturalisation en l'absence de preuve établissant que le handicap est le seul motif des difficultés d'élocution et d'expression en français⁵³⁰, même lorsque la

⁵²⁷ C.E., Ass., 22 octobre 2010, *Mme Bleitrach*, req. n° 301572, « L'accès des avocats handicapés aux bâtiments du service public de la justice », *Rec.*, 1^{er} septembre 2011, n° 4, pp. 399-404 ; *A.J.D.A.*, 2010, p. 2020 ; M. Baudoin, « L'accessibilité des personnes handicapées aux bâtiments publics : la fin d'un bras de fer inégal contre l'Etat ? », *J.C.P. A.*, n° 19, 9 mai 2011, 2186 ; D. Botteghi et A. Lallet, « L'aménagement des lieux publics pour l'accès des personnes handicapées : l'Etat fac à sa responsabilité », *A.J.D.A.*, 2010, pp. 2207-2215 ; A. Boujeka, « L'avocate handicapée au Palais ou les affres de l'accessibilité aux prétoires », *D.*, 2011, pp. 1299-1305 ; « Responsabilité de l'Etat et accessibilité des tribunaux aux personnes handicapées » *J.C.P. A.*, n° 44, 2 novembre 2010, act. 804 ; H. Rihal, « La responsabilité de l'Etat du fait des difficultés d'accès des lieux de travail d'un auxiliaire de justice handicapé », *R.D.S.S.*, 2011, pp. 151-161 ; D. Ritleng, « Responsabilité sans faute de l'Etat du fait des difficultés d'accès aux juridictions d'une avocate handicapée », *R.T.D. eur.*, 2011, pp. 483-487 ; C. Roger-Lacan, ccls., *Rec.*, 1^{er} septembre 2011, n° 4, pp. 405-419 ; « Nouvelle reconnaissance de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques : les difficultés d'accès des handicapés aux bâtiments publics », ccls. sur C.E., Ass., 22 octobre 2010, *Mme Bleitrach*, req. n° 301572, *R.F.D.A.*, 2011, pp. 141-156.

⁵²⁸ T.A. de Caen, 20 novembre 2014, req. n° 1301393, *Goubin*.

⁵²⁹ C.E., 26 septembre 2001, req. n° 206486, *Richard, I. De Silva*, ccls.

⁵³⁰ C.A.A. de Nantes, 23 mars 2012, req. n° 11NT00444, *Tounssi*.

connaissance insuffisante du français résulte d'une maladie neurologique non évolutive avec retard intellectuel ne lui permettant pas de progresser dans l'apprentissage du français selon un certificat médical⁵³¹. La Cour administrative d'appel de Nantes estime que le refus d'accorder la naturalisation au motif de son insuffisante intégration dans la société française ne saurait constituer une discrimination fondée sur le handicap.

En revanche, la situation de handicap peut justifier dans certains cas un regroupement familial. Le juge prend en compte le handicap sans raisonner en termes de discrimination⁵³² :

« l'intéressée se trouve en situation de handicap entraînant une incapacité professionnelle à un taux égal ou supérieur à 80 %, ouvrant droit au bénéfice de l'allocation adulte handicapé ; qu'elle réside avec sa fille, née le 15 juillet 1999, qui se trouve également en situation de handicap et pour laquelle elle perçoit une « allocation pour l'éducation de l'enfant handicapé » ; que leur état de santé respectif nécessite des soins de longue durée et un suivi régulier ; que, dans ces conditions et eu égard à la situation particulière dans laquelle se trouve sa fille issue d'une précédente union, la présence de l'époux de Mme Djemil épouse Mekkiou à ses côtés est nécessaire ». Le tribunal enjoint de délivrer l'autorisation.

La situation de handicap peut constituer un motif exceptionnel au séjour. *« La carte de séjour temporaire mentionnée à l'article L. 313-11 ou la carte de séjour temporaire mentionnée au 1° de l'article L. 313-10 peut être délivrée, sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, à l'étranger ne vivant pas en état de polygamie dont l'admission au séjour répond à des considérations humanitaires ou se justifie au regard des motifs exceptionnels qu'il fait valoir, sans que soit opposable la condition prévue à l'article L. 311-7.*

qu'il fait valoir que lui-même et son épouse, sourds et muets, ont fait l'objet, dans leur pays d'origine, du fait de ce handicap, de discriminations et d'humiliations, qu'ils n'ont jamais eu accès à la langue des signes et que l'Arménie ne reconnaît pas le droit des sourds et muets à accéder à un emploi ; qu'il produit, à l'appui de ses allégations, un extrait d'un rapport de l'organisation World Federation of Deaf, datant de janvier 2009, non sérieusement contesté et attestant de telles discriminations ; que ces maltraitances physiques et morales sont également attestées par la psychologue clinicienne qui assure le suivi de cette famille et a certifié que M. et Mme Harutyunyan, ainsi que leurs enfants, suivent régulièrement des cours de langue des signes depuis novembre 2009 ; qu'il ressort également des pièces du dossier que Zorhab Harutyunyan, âgé de neuf ans à la date de l'arrêté attaqué, a été pris en charge par une orthophoniste d'octobre 2009 à février 2011 et que ces séances d'orthophonie ont permis de révéler chez cet enfant un fort potentiel intellectuel ; que tant le directeur de l'école primaire où Zorhab a été scolarisé en classe de CE1 puis de CE2 que l'institutrice qui assure la classe de CE2 attestent de l'assiduité, de la motivation et des très bons résultats scolaires de Zhorab ; qu'ainsi, le préfet de la Haute-Garonne, en refusant de voir dans les faits ainsi

⁵³¹ C.A.A. de Nantes, 5 avril 2013, req. n° 12NT01520, *Ministre de l'Intérieur c. Zalmai*.

⁵³² T.A. de Lille, 19 novembre 2013, req. n° 1107054, *Djemil ép. Mekkiou*.

relatés un motif exceptionnel au séjour, a méconnu les dispositions précitées de l'article L. 313-14 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile »⁵³³.

Parfois, la situation de handicap du requérant est de nature à relever tant de la notion de circonstances exceptionnelles que de celle de motifs humanitaires :

« le requérant, de nationalité vietnamienne et né le 2 novembre 1983, a été atteint d'un handicap moteur majeur depuis l'âge de un an, ayant été frappé nourrisson de la poliomyélite ; que cette maladie lui a occasionné une lésion des motoneurones de la corne antérieure de la moelle épinière ; qu'il est paralysé des deux membres inférieurs et atteint au muscle de l'épaule gauche avec limitation de l'élévation du bras ; que malgré ce handicap et les difficultés y afférentes notamment en terme de discrimination, il a suivi des études scolaires puis universitaires dans son pays d'origine ; qu'il indique de manière précise et circonstanciée, l'impossibilité de trouver du travail correspondant à son diplôme et à sa situation de handicap au Vietnam et l'obligation dans laquelle, il a dû une première fois quitter ce pays, durant deux ans, pour bénéficier d'un poste temporaire d'ingénieur Télécommunications à Singapour ; qu'à la fin de ce contrat, il est retourné au Vietnam pour une proposition de poste qui en réalité était sous-qualifié, situé au deuxième étage d'un immeuble sans ascenseur et nécessitant des mouvements qu'il lui était impossible à faire ; qu'il a alors envisagé de compléter sa formation par un diplôme dans le domaine de la finance, espérant être mieux accepté auprès de ses pairs ; qu'il a ainsi intégré à compter du mois de septembre 2010 et pour une année, le centre franco vietnamien de formation à la gestion à Ho Chi Minh Ville City ; qu'il a obtenu son diplôme de MBA Finances en septembre 2011 ; qu'un enseignant Français lui ayant alors proposé de compléter sa formation par un master en France, il a obtenu un visa de long séjour portant la mention « étudiant » et est entré en France le 5 septembre 2011, y a intégré la « Rouen Business School » au mois de septembre 2012 pour une formation de trente mois et a bénéficié d'une carte de séjour temporaire portant la mention « étudiant » ; qu'il a obtenu au mois de février 2013 le diplôme de Master Grande Ecole des marchés financiers de l'école supérieure de commerce de Rouen et est sorti major de sa promotion, tous ses professeurs et maîtres de stage s'accordant sur l'excellence de ses capacités et compétences professionnelles ; que bien que le Français ne soit pas sa langue maternelle, il est aujourd'hui parfaitement trilingue en Vietnamien, Anglais et Français ; que durant sa formation à l'école supérieure de commerce de Rouen, il a effectué un stage, donnant entièrement satisfaction, au sein de la société Alcatel-Lucent à Vélizy, et par la suite il s'est vu proposer un poste en qualité de cadre financier « assistant reporting » au sein de la société Amundi, à plein temps et à durée indéterminée à compter du 19 août 2013 ; qu'il a, alors, fait une demande à la préfecture des Yvelines en vue d'obtenir le renouvellement de son titre de séjour avec un changement de statut et d'obtenir une carte de séjour portant la mention « vie privée et familiale » sur le fondement de l'article L. 313-14 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile pour circonstances exceptionnelles et motifs humanitaires, tirés de son impossibilité de trouver au Vietnam un poste de travail à hauteur de ses qualifications, eu égard à la

⁵³³ C.A.A. de Bordeaux, 13 février 2014, req. n° 13BX01870, Mikaelyan ép. Harutyunyan.

discrimination dont il est victime dans son pays d'origine ; qu'il a obtenu, durant sept mois, un récépissé de demande de titre de séjour l'autorisant à travailler sans aucune restriction d'horaires notamment; que toutefois, par la décision du 24 mars 2014 dont il est demandé la suspension de l'exécution, le préfet des Yvelines a refusé de faire droit à sa demande de titre de séjour et lui a fait obligation de quitter le territoire français dans le délai d'un mois avec fixation de son pays de renvoi ; qu'il résulte de l'instruction que d'une part, M. Nguyen Ngoc a enfin, après des efforts très importants et des études brillantes en France pour compléter sa formation, pu obtenir depuis le 19 août 2013, un emploi correspondant à son niveau de qualification, à l'entière satisfaction de son employeur et des collègues de l'équipe dans laquelle il est parfaitement intégré tant en ce qui concerne le travail que les relations professionnelles et personnelles, emploi dont il semble peu crédible qu'il puisse en obtenir un équivalent dans son pays d'origine »⁵³⁴.

A l'inverse, le Tribunal administratif d'Orléans considère qu'un article de presse relatif à la situation des femmes handicapées en Arménie ne suffit pas à établir la réalité des risques allégués :

« ; que par ailleurs sa demande d'asile a été rejetée par l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides, dont la décision a été confirmée par la Cour nationale du droit d'asile, au motif que les discriminations qu'elle alléguait ne présentaient pas un caractère personnel ni ne revêtaient un degré de gravité suffisant »⁵³⁵.

De manière récurrente, dans de nombreuses requêtes, l'exigence de disposer de ressources suffisantes est invoquée comme une discrimination indirecte en raison du handicap dans la mesure où les personnes handicapées n'ont comme seules ressources que l'allocation d'adulte handicapé.

Sur cette question, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a écarté la possibilité d'invoquer une délibération de la HALDE. *« L'article L. 314-8 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile sur la base duquel se fonde la décision attaquée, qui pose une obligation de disposer de ressources suffisantes au moins égales au salaire minimum de croissance (SMIC), doit être considéré comme instaurant une discrimination indirecte en raison du handicap dans la mesure où il a pour effet d'exclure du droit à la carte de résident, les personnes handicapées qui n'ont comme seules ressources que l'allocation adultes handicapés ; qu'à l'appui de ce moyen, il se prévaut d'une délibération de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) n° 2008-12 du 14 janvier 2008 ; que, toutefois, si la loi du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE reconnaît à celle-ci la possibilité de formuler des recommandations tendant à remédier à toute pratique qu'elle estime discriminatoire, ces recommandations n'ont, en principe, pas de force contraignante ; que, par suite, le requérant ne peut utilement les invoquer »⁵³⁶.*

⁵³⁴ T.A. de Versailles, ord., 21 mai 2014, req. n° 1402766, *K-hanh San Nguyen Ngoc*.

⁵³⁵ T.A. Orléans, 3 juin 2014, req. n° 1400621, *Barsegyan*.

⁵³⁶ C.A.A. de Bordeaux, 23 octobre 2012, req. n° 12BX00290, *Omar Amaghnouj*.

La question a fait l'objet d'une QPC qui a été nécessairement abordée sous l'angle du principe d'égalité⁵³⁷.

Le moyen soulevé était le suivant : L. 314-8 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, méconnaît le principe d'égalité garanti par les articles 1^{er} et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en fixant, pour l'obtention de la carte de résident, un seuil de ressources au moins égal au salaire minimum de croissance, sans distinguer selon la situation de santé ou de handicap des requérants.

Le Conseil d'Etat estime que le moyen soulevé n'est pas sérieux, dès lors que c'est précisément pour éviter que la carte de résident soit délivrée à des personnes dépendantes des aides sociales versées sur ressources étatiques qu'a été érigée la condition de ressources minimales. Il estime en effet que *« si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ; qu'en imposant aux étrangers demandeurs de la carte de résident de longue durée la condition de disposer d'un montant minimal de ressources autres que les ressources provenant de l'aide sociale, sans prévoir de dérogation au bénéfice des personnes handicapées, le législateur n'a pas, en tout état de cause, méconnu le principe d'égalité »*⁵³⁸.

IV. Accès à l'éducation

Le juge administratif fait peser des obligations positives à la charge de l'Etat envers les personnes handicapées sans recourir au principe de non-discrimination. Il s'agit d'une obligation de résultat dans la mesure où l'administration ne peut se prévaloir de l'insuffisance des structures d'accueil existantes ou du fait que des allocations compensatoires sont allouées aux parents d'enfants handicapés. La carence de l'Etat constitue une faute de nature à engager sa responsabilité.

Dans l'arrêt *Laruelle*, le Conseil d'Etat consacre l'obligation d'éducation pesant sur l'Etat à l'égard des enfants handicapés :

*« qu'il incombe à l'Etat, au titre de sa mission d'organisation générale du service public de l'éducation, de prendre l'ensemble des mesures et de mettre en oeuvre les moyens nécessaires pour que le droit à l'éducation et l'obligation scolaire aient, pour les enfants handicapés, un caractère effectif »*⁵³⁹.

Cette obligation s'étend au préscolaire :

« Considérant qu'il incombe à l'Etat, au titre de sa mission d'organisation générale du service public de l'éducation, de prendre l'ensemble des mesures et de mettre en oeuvre les moyens nécessaires pour que le droit à l'éducation et l'obligation scolaire aient, pour les enfants handicapés, un caractère effectif ; qu'à cette fin, la prise en charge par celui-ci du

⁵³⁷ C.E., 5 mars 2014, req. n° 374145.

⁵³⁸ Ibid.

⁵³⁹ C.E., 8 avril 2009, req. n° 311434, *Laruelle*.

financement des emplois des assistants d'éducation qu'il recrute pour l'aide à l'accueil et à l'intégration scolaires des enfants handicapés en milieu ordinaire n'est pas limitée aux interventions pendant le temps scolaire ; »⁵⁴⁰.

Et la Cour administrative d'appel de Nantes vient de reconnaître un droit à la formation aux adultes handicapés :

« que le droit à l'éducation est garanti à chacun quelles que soient les différences de situation et qu'il incombe au service public de l'éducation d'assurer notamment une formation aux adultes présentant un handicap ou un trouble de la santé invalidant ; que, pour satisfaire à cette obligation, il revient à l'Etat, dans ses domaines de compétence, de mettre en place les moyens financiers et humains nécessaires à la réalisation de cet objectif afin que ce droit ait, pour les personnes handicapées qui entendent poursuivre leur scolarisation, un caractère effectif »⁵⁴¹.

A l'occasion d'un référé-liberté, le Conseil d'Etat a défini dans son ordonnance, le cadre de l'utilisation de la procédure de référé-liberté en cas de carence de l'administration dans la prise en charge d'un enfant handicapé. Le placement d'un enfant autiste dans un institut spécialisé relève-t-il du référé-liberté ? Ce n'est susceptible de constituer une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale que dans l'hypothèse où deux conditions sont réunies. La première est relative à la caractérisation de cette carence au regard des pouvoirs et des moyens dont disposent les autorités chargées de l'action sociale en faveur des personnes handicapées ; la seconde a trait aux « *conséquences graves pour la personne atteinte de ce syndrome, compte tenu, notamment, de son âge et de son état* »⁵⁴².

Ce recensement et ces analyses des décisions du juge administratif ont montré une certaine réticence du juge dans l'utilisation du principe de non-discrimination, reste à déterminer les instruments qu'il utilise pour l'appréhender.

⁵⁴⁰ C.E., 20 avril 2011, n° 345442.

⁵⁴¹ C.A.A. de Nantes, 14 novembre 2014 req. n° 13NT01496.

⁵⁴² C.E., ord., 27 novembre 2013, req. n° 373300, SCP Lyon-Caen, Thiriez – SCP Waque, Farge, Hazan, avocats.

CHAPITRE 2
LES INSTRUMENTS ET LES MODES DE
PREUVE DANS LA JURISPRUDENCE
ADMINISTRATIVE PERMETTANT DE
SANCTIONNER LES DISCRIMINATIONS

**SECTION 1 : LES INSTRUMENTS UTILISES PAR LE JUGE ADMINISTRATIF
POUR SANCTIONNER UNE DISCRIMINATION**

Le juge administratif peut être amené à connaître d'une discrimination dans plusieurs types de contentieux : le justiciable peut lui demander d'annuler un acte administratif en raison de son caractère discriminatoire ; il peut le saisir en urgence, par le biais d'une procédure de référé, pour obtenir par exemple la suspension d'un tel acte ; il peut enfin le saisir pour être indemnisé du préjudice qu'il a subi du fait du même acte. En d'autres termes, le juge administratif peut être saisi en qualité de juge de l'excès de pouvoir, de juge des référés, ou de juge de plein contentieux.

C'est pourtant le juge de l'excès de pouvoir qui va nous intéresser dans le cadre de la présente étude et ce pour plusieurs raisons.

Evoquons tout d'abord le juge des référés. Lorsqu'il est saisi en qualité de juge des référés, le juge est inévitablement amené à s'interroger sur la légalité de l'acte ou du comportement de l'autorité administrative.

Dans le cadre du référé-suspension de l'article L 521-1 du Code de justice administrative, le juge peut suspendre l'acte administratif si deux conditions sont remplies, l'urgence et le doute sérieux quant à la légalité de l'acte. Or le contrôle qu'il opère pour caractériser l'existence d'un doute sérieux n'est pas fondamentalement différent de celui qu'il opérera dans le recours en annulation et le moyen propre à caractériser un doute sérieux se rattache à la légalité externe ou à la légalité interne de l'acte, comme dans le cadre du recours pour excès de pouvoir (ce qui est logique puisque le référé-suspension n'est pas un recours autonome mais un recours accessoire, qui doit accompagner le recours pour excès de pouvoir).

Dans le cadre du référé-liberté de l'article L 521-2 du Code de justice administrative, le constat n'est pas fondamentalement différent même si cette procédure a un caractère autonome et ne se rattache pas nécessairement à un recours pour excès de pouvoir. En effet, outre l'urgence, le juge doit contrôler le point de savoir si l'atteinte à la liberté fondamentale invoquée est « *grave et manifestement illégale* » : là encore, le juge est amené à contrôler la légalité de l'acte ou du comportement de l'autorité administrative, donc à effectuer une opération intellectuelle comparable à celle qu'il effectue en qualité de juge de l'excès de pouvoir.

C'est la raison pour laquelle le parti a été pris de ne pas réserver une partie de l'étude spécifiquement à l'intervention du juge des référés, mais d'évoquer, à l'occasion, une décision prise par ce juge et permettant de sanctionner une discrimination.

Ce sont des motifs nous semblant tout aussi valables qui nous poussent à écarter de la présente étude le juge de plein contentieux. En effet, tout d'abord, lorsqu'elle demande au juge du plein contentieux de condamner l'administration à l'indemniser, la victime d'une discrimination met inévitablement en avant le caractère illégal de l'acte ou du comportement qui lui a causé un préjudice. Ensuite, le raisonnement suivi par le juge du plein contentieux ayant à connaître d'une discrimination ne nous semble pas différent du raisonnement

classique suivi dans le contentieux indemnitaire : on met en évidence la faute (ici par hypothèse la discrimination), le préjudice, et le lien de causalité reliant l'une à l'autre. La seule spécificité qui pourrait apparaître ici tient à la preuve de la discrimination invoquée : mais une partie spécifique de ce rapport porte sur les modes de preuve. Il nous apparaît donc pertinent de laisser de côté le contentieux de la responsabilité et de limiter notre propos au contentieux de l'excès de pouvoir même si évidemment dans ce contentieux également intervient la question de la preuve, puisque le juge doit par exemple apprécier le caractère fondé du motif allégué par l'administration, pour mettre ou non en évidence une discrimination⁵⁴³.

Si l'on en vient plus spécialement au juge de l'excès de pouvoir, les instruments à sa disposition pour annuler un acte administratif se divisent en deux catégories, les moyens de légalité externe (I) et les moyens de légalité interne (II). C'est à partir de cette distinction classique que nous articulerons notre propos, en soulignant néanmoins d'emblée que c'est surtout dans le cadre de la légalité interne que la sanction d'une discrimination pourra intervenir efficacement.

De ce point de vue, les tables du *Recueil Lebon*⁵⁴⁴ ont été prises comme échantillon principal pour notre étude, dans lesquelles l'essentiel des affaires relatives à la discrimination se trouve dans les rubriques « *actes législatifs et administratifs* », et spécialement dans le titre « *validité des actes administratifs. Violation directe de la règle de droit* », soit le moyen principal de légalité interne susceptible d'être utilisé, on y reviendra⁵⁴⁵. Nous évoquerons parfois cependant des arrêts non mentionnés dans lesdites tables afin d'appuyer nos dires.

I. Discrimination et légalité externe de l'acte administratif

Classiquement, la légalité externe de l'acte administratif peut être mise en cause par deux moyens d'annulation : l'incompétence et le vice de forme ou de procédure.

A. L'incompétence

Le moyen ne nous retiendra pas longtemps car il se prête assez peu à la censure d'une discrimination.

« *La compétence des autorités administratives, c'est l'aptitude légale des agents régulièrement investis à passer certains actes juridiques au nom de la personne publique*

⁵⁴³ Voir par exemple pour la preuve d'une discrimination syndicale, C.E. 10 janvier 2011, n° 325268 : annulation d'une décision du Garde des Sceaux d'écartier la candidature d'une magistrate à un poste à l'ENM, le Conseil considérant comme incohérent le motif de la décision et estimant que le ministre n'a pas produit d'éléments de nature à renverser la présomption de l'existence d'une discrimination.

⁵⁴⁴ Les tables décennales 1985-1994 et les tables annuelles de 1995 à 2013.

⁵⁴⁵ On trouve aussi les arrêts relatifs à cette question dans la rubrique « *fonctionnaires et agents public* » au chapitre « *égalité de traitement entre agents d'un même corps* », soit là encore un moyen de légalité interne.

intéressée. Il y a donc incompétence lorsqu'une décision administrative émane d'un agent qui n'était pas légalement qualifié pour la prendre »⁵⁴⁶.

De ce point de vue, on peut imaginer en effet qu'une mesure discriminatoire émane d'une autorité incompétente pour prendre l'acte contesté. Mais cela n'est guère significatif, et l'on est bien en peine de trouver un jugement ou un arrêt censurant sur cette base une discrimination.

On peut tout de même se poser la question : dans quelle hypothèse pourrait-on l'envisager ? Par exemple en cas de lien entre incompétence et pouvoir hiérarchique : on sait que la révocation d'un agent ne peut être prononcée que par l'autorité désignée par les textes et non directement par l'autorité supérieure⁵⁴⁷. Dans une telle hypothèse, si l'autorité supérieure a révoqué un agent en faisant une discrimination (par exemple à raison de l'appartenance syndicale), sa décision sera annulée pour incompétence, mais cette annulation permettra bien de sanctionner également la discrimination établie. A la limite, on peut aussi retrouver le même cas de figure dans tout empiètement d'une autorité sur une autre avec laquelle elle n'est pas liée par un lien de subordination : par exemple si le conseil municipal empiète sur l'exercice des pouvoirs du maire en matière de gestion du personnel⁵⁴⁸ ou lorsque le maire agit au nom de l'Etat⁵⁴⁹.

Il est inutile de multiplier les exemples : on voit qu'une discrimination peut être sanctionnée au travers du grief d'incompétence, mais de manière tout à fait indirecte.

B. Le vice de forme et de procédure

Le vice de forme permet l'annulation d'un acte pour violation des règles relatives à sa présentation matérielle (la forme se rapporte à l'*instrumentum*) tandis que le vice de procédure vise à sanctionner le non-respect des règles d'élaboration de l'acte (la procédure se rapporte au *negotium*).

On peut, là encore, imaginer que telle règle de procédure, par exemple une procédure consultative, est violée afin de permettre l'édiction d'un acte discriminatoire. Mais nous sommes toujours dans le domaine des hypothèses.

Plus intéressante pour notre sujet est la question du vice de forme, lié en particulier à un défaut de motivation ou à une motivation insuffisante, pouvant masquer une discrimination.

La loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 modifiée⁵⁵⁰ a posé le principe selon lequel les personnes physiques ou morales ont en particulier le droit d'être informées des motifs des décisions individuelles défavorables qui les concernent et de celles qui dérogent aux règles générales fixées par la loi ou le règlement. Les décisions individuelles défavorables devant être

⁵⁴⁶ A. Legrand, « Incompétence », Encyclopédie Dalloz Contentieux administratif, § 1.

⁵⁴⁷ C.E., 12 octobre 1949, *Yasri Alloua, D.*, 1950, p. 303.

⁵⁴⁸ C.E., 25 mai 1962, *Bonnec, Rev. Adm.*, 1962, p. 281 : décision du maire qui nomme à un emploi vacant à la mairie la personne désignée par un vote du conseil municipal et se borne ainsi à exécuter une décision dudit conseil au lieu de nommer lui-même aux emplois communaux.

⁵⁴⁹ C.E., 7 décembre 1990, req. n° 106868, *Di Lello, A.J.D.A.*, 1991, p. 151 : fixation des règles d'admission des enfants dans les écoles maternelles.

⁵⁵⁰ Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, plus précisément son article 1^{er}.

motivées sont celles qui restreignent l'exercice des libertés publiques ou qui, d'une manière générale, constituent une mesure de police ; celles qui infligent une sanction ; celles qui subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou qui imposent des sujétions ; celles qui retirent ou abrogent une décision créatrice de droits ; celles qui opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance ; celles qui refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes remplissant les conditions légales pour l'obtenir ; celles qui refusent une autorisation.

On peut donc tout à fait concevoir qu'un justiciable critique l'insuffisance de motivation, par exemple d'une mesure de police telle que le refus de titre de séjour ou l'obligation de quitter le territoire français, en arguant du fait que la motivation lapidaire cache en réalité une discrimination à raison de la nationalité ou de tout autre critère. Nombreux en tout état de cause sont les étrangers qui invoquent l'insuffisance de motivation au regard de la loi de 1979 s'agissant de décisions de refus de titre de séjour⁵⁵¹ : le cas de figure que l'on évoque n'est donc pas pure spéculation.

Un problème s'est d'ailleurs posé tout à fait spécifiquement s'agissant de la décision portant obligation de quitter le territoire français. La décision de refus de séjour peut en effet être assortie d'une telle décision portant obligation de quitter le territoire et celle-ci n'avait pas à être motivée dans la version de l'article L 511-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile issue de l'article 41 de la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007. Les requérants ont donc invoqué, sans succès, le caractère discriminatoire des dispositions de cet article au regard notamment des stipulations de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵⁵². Il s'agissait là, ne nous trompons pas, de l'articulation d'un moyen tiré de la violation directe de la règle de droit (en l'occurrence la C.E.S.D.H.) et non point d'un moyen de légalité externe, mais si ce moyen était développé, c'est précisément parce que la disposition critiquée dispensant de motiver une obligation de quitter le territoire français paralysait toute possibilité de mettre en cause la légalité externe de cette décision. On voit donc bien l'intérêt qu'il y a à pouvoir critiquer, au regard d'une éventuelle discrimination fondée sur la nationalité, le défaut de motivation.

Par la suite, en application d'une directive de 2008, l'article L. 511-1 du Code précité a été modifié et est venu prévoir que la décision énonçant l'obligation de quitter le territoire français est motivée, mais qu'elle n'a pas à faire l'objet d'une motivation distincte de celle de la décision relative au séjour (et en particulier au refus de séjour). C'est tout aussi vainement que les requérants ont critiqué, au regard tant de la directive de 2008 que de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, cette absence d'obligation de motivation spécifique⁵⁵³.

Toujours est-il que les mesures de police doivent être motivées et qu'il est possible d'articuler à cet égard un moyen tiré du défaut de motivation pour faire sanctionner ce qui peut en dernière analyse se révéler une mesure discriminatoire.

⁵⁵¹ Voir par exemple T.A. de Cergy-Pontoise, 9 mai 2012, req. n° 1105222, *Madame Bouknana veuve Rassoul*.

⁵⁵² Voir par exemple C.A.A. de Bordeaux, 6 octobre 2009, req. n° 08BX02818 ; C.A.A. de Lyon, 5 octobre 2010, req. n° 09LY01643, T.A. de Cergy-Pontoise, 9 mai 2012, req. n° 1105222, *Mme Bouknana veuve Rassoul*.

⁵⁵³ Voir par exemple C.A.A. de Nancy, 30 septembre 2013, req. n° 12NC01496, *Cherfaoui c. Préfecture du Bas-Rhin*.

Pour le démontrer, on prendra appui sur une ordonnance rendue par le juge des référés du Tribunal administratif de Nice le 12 décembre 2013⁵⁵⁴. Même si elle ne sanctionne pas en fin de compte une discrimination, cette ordonnance illustre bien la potentialité découlant de l'obligation de motivation.

En l'espèce, le Préfet de Alpes-Maritimes avait suspendu l'habilitation d'un agent d'une société privée exerçant les fonctions d'opérateur de sûreté aéroportuaire au sein de l'aéroport de Nice. L'article R 213-3-1 du Code de l'aviation civile prévoit en effet que « *l'habilitation peut être suspendue par le préfet (...) lorsque la moralité ou le comportement de la personne titulaire de cette habilitation ne présente pas les garanties requises au regard de la sûreté de l'Etat, de la sécurité publique, de la sécurité des personnes, de l'ordre public ou sont incompatibles avec l'exercice d'une activité dans les zones de sûreté à accès réglementé des aérodromes...* ». Le préfet avait en l'occurrence motivé la suspension de l'habilitation du salarié par le « *comportement prosélyte* » de ce dernier au sein de son entreprise. Le requérant demandait donc la suspension en référé de cette décision.

Le juge du référé-suspension a estimé que, le préfet ne lui ayant fourni aucune précision circonstanciée sur ce point, le moyen tiré de l'insuffisance de motivation de la décision était propre à créer un doute sérieux quant à sa légalité. Il a en conséquence suspendu l'exécution de la décision préfectorale.

On voit ici la potentialité offerte par le moyen tiré du défaut de motivation pour tenter de faire sanctionner une discrimination même si nous ne faisons pas dire à cette ordonnance plus qu'elle ne dit et si rien n'indique que la décision contestée s'analysait comme une discrimination fondée sur les convictions religieuses de l'agent. Simplement l'argument pouvant être développé par le requérant dans une telle hypothèse consisterait à soutenir que l'insuffisance de motivation – la référence à un comportement prosélyte - masque en réalité une discrimination fondée sur la religion. Se poserait alors la question de la preuve d'une telle assertion, que nous n'abordons pas.

On conviendra cependant que ce n'est pas là que se situe l'essentiel de l'argumentation visant à critiquer le caractère discriminatoire d'un acte administratif : c'est surtout au regard de la légalité interne que les moyens peuvent être développés avec davantage de pertinence.

II. Discrimination et légalité interne de l'acte administratif

Classiquement, « *le juge de l'excès de pouvoir est susceptible de contrôler à l'occasion de chaque litige un nombre substantiel d'éléments de légalité interne portant sur les motifs de l'acte, son objet ou encore son but* »⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ T.A. de Nice, 12 décembre 2013, req. n° n° 1305033.

⁵⁵⁵ F. Melleray, « Recours pour excès de pouvoir (moyens d'annulation) », *Encyclopédie Dalloz Contentieux administratif*, § 28.

Si l'on suit le plan du *Recueil Lebon*, il faudrait envisager dans l'ordre d'abord le cas de la violation directe de la règle de droit, puis de l'erreur de droit, puis de l'exactitude matérielle des faits, puis enfin du détournement de pouvoir.

On commencera cependant par l'erreur de droit (A) avant d'en venir à la violation directe de la règle de droit (B), car les remarques que l'on peut formuler à propos de l'erreur de droit trouvent mieux leur place en première analyse, tant il est vrai que ce n'est pas quantitativement l'instrument le plus utilisé, à la différence de la violation directe de la règle qui constituera l'essentiel de nos développements.

Il nous faudra aussi parler du détournement de pouvoir (C), mais surtout de la variation du degré de contrôle du juge en abordant notamment le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ou le contrôle de proportionnalité dans certaines matières (D).

A. L'erreur de droit

Il existe trois variantes de l'erreur de droit : elle peut tout d'abord consister en la mise en œuvre d'une norme inapplicable ; elle peut ensuite consister en la mise en œuvre d'une norme invalide ; elle peut enfin consister en une mauvaise interprétation de la norme appliquée.

Les tables décennales du *Recueil Lebon* montrent que les discriminations sont peu sanctionnées sur cette base : on trouve en effet seulement deux arrêts répertoriés à ce titre.

Ainsi, dans la table 1975-1984 un arrêt du 20 janvier 1982, *Département du Tarn et Garonne*⁵⁵⁶ censure le rejet, par un conseil général, de demandes de bourse départementale, motivé par la fréquentation d'un établissement d'enseignement privé : le Conseil d'Etat estime en effet que ni la liberté d'appréciation dont dispose le conseil général en vertu de l'article 45 de la loi du 10 août 1871 pour l'attribution de bourses départementales, ni le principe de laïcité, ne permettent d'opérer entre les demandeurs une discrimination fondée sur le caractère public ou privé de l'établissement scolaire fréquenté.

Dans la table 1985-1994 un arrêt du 20 mai 1988, *Ministère des Affaires sociales et de l'emploi c/ société d'exploitation commerciale Goulet-Turpin*⁵⁵⁷, concerne la question du caractère discriminatoire du transfert d'un salarié protégé. En effet, la législation en vigueur prévoyait que lorsqu'un délégué syndical est compris dans un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement, l'autorisation de transfert ne pouvait être légalement refusée par l'autorité administrative que pour un motif tiré du caractère discriminatoire de la mesure de transfert concernant ce salarié. Or en l'espèce, l'administration avait refusé le transfert compte tenu du fait qu'il affecterait le bon fonctionnement des institutions représentatives du personnel : le Conseil d'Etat faisant valoir que la mesure de transfert ne présentait aucun caractère discriminatoire à l'égard dudit salarié protégé, en déduit que le motif retenu par l'administration n'était pas au nombre de ceux qu'elle pouvait légalement retenir pour refuser l'autorisation de transfert sollicitée.

⁵⁵⁶ C.E., 20 janvier 1982, Département du Tarn et Garonne, Rec. T., p. 22.

⁵⁵⁷ C.E., 20 mai 1988, req. n° 74863, Ministre des Affaires sociales et de l'emploi c/ Société d'exploitation commerciale Goulet-Turpin, Rec. T., p. 201.

Si l'on s'évade des tables du *Recueil Lebon*, les exemples plus récents dignes d'intérêt ne sont pas légion.

Dans un arrêt du 10 janvier 2011, n° 325268⁵⁵⁸, le Conseil d'Etat annule pour erreur de droit une décision du Garde des Sceaux d'écarter la candidature d'une magistrate à un poste à l'ENM, estimant incohérent le motif de la décision, fondé sur un avant-projet d'avis du Conseil supérieur de la magistrature et tiré de ce que le détachement de la magistrate porterait atteinte au bon fonctionnement de la juridiction dans laquelle elle exerce ces fonctions. L'affaire est surtout digne d'intérêt par rapport au régime de la preuve puisque, après avoir mentionné la règle issue de la loi du 27 mai 2008, selon laquelle, lorsque le requérant qui s'estime lésé par une mesure soumet au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à l'égalité de traitement des personnes, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des objectifs étrangers à toute discrimination, le Conseil estime que les éléments produits en l'espèce par le Garde des Sceaux ne permettent pas d'établir que la décision d'écarter la candidature de la requérante en laissant plusieurs mois vacant le poste à l'ENM repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, et que « *par suite, la requérante est fondée à soutenir que cette décision est entachée d'erreur de droit* ». Ici, l'erreur de droit est saisie du fait d'un défaut d'éléments de justifications fournis par l'administration.

Parfois, l'erreur de droit peut permettre d'éviter d'entériner une discrimination *de facto*. On peut prendre pour exemple l'annulation du refus opposé par l'administration pénitentiaire à l'agrément d'une personne en qualité d'aumônier bénévole pour des détenus témoins de Jéhovah : en justifiant le refus par le faible nombre des détenus susceptibles de faire appel à ladite personne, l'autorité administrative s'est fondée sur un motif entaché d'erreur de droit, dans la mesure où aucune disposition ne prévoit de conditionner la désignation d'un aumônier au nombre de détenus susceptibles d'être concernés⁵⁵⁹. Ce n'est pas dire qu'il y avait discrimination religieuse, mais permettre d'éviter une telle discrimination dans les faits.

La question la plus intéressante à se poser est celle de savoir si le juge administratif n'exerce pas, parfois, un contrôle à double détente, à savoir un contrôle de l'erreur de droit complété par un contrôle de proportionnalité ou plus exactement de la disproportion manifeste.

C'est ainsi que le Commissaire du Gouvernement Casas, dans ses conclusions sur l'arrêt d'Assemblée *GISTI* du 31 mai 2006⁵⁶⁰, présente le contrôle lorsqu'une réglementation introduit une différence de traitement entre deux catégories de personnes : il y aurait un contrôle de l'erreur de droit sur la pertinence du critère discriminant, et un contrôle de proportionnalité sur l'ampleur de la différence de traitement.

⁵⁵⁸ C.E. 10 janvier 2011, req. n° 325268, *Mme Karen Lévêque* ; « Administration de la preuve d'une discrimination syndicale », *Rec.*, 1^{er} février 2012, n° 1, pp. 1-3 ; *A.J.D.A.*, 2011, p. 14 ; C. Roger-Lacan, « Quand l'opposition au détachement d'un magistrat, fondée sur le bon fonctionnement du service public, cache une discrimination », *ccls.*, *A.J.D.A.*, 2011, pp. 901-904.

⁵⁵⁹ Voir T.A. de Lille, 4 février 2011, req. n° 0803807, *M. René SCHNEERBERGER*.

⁵⁶⁰ C.E., Ass., 31 mai 2006, req. n° 273638-273639, *GISTI*.

Il s'appuie pour cela sur deux solutions rendues par le Conseil d'Etat : l'arrêt *Barroux* du 15 mai 2000⁵⁶¹ et l'arrêt d'Assemblée Villemain du 28 juin 2002⁵⁶². Et en effet, dans ses conclusions sur ce dernier arrêt, Sophie Boissard effectuait déjà cette analyse tout en admettant que la formulation des arrêts ne le fait pas toujours apparaître clairement : « *le contrôle comporte en réalité deux aspects distincts. Il porte d'abord, à titre principal, sur la pertinence du critère de différenciation retenu par l'administration. Il s'intéresse ensuite, à titre subsidiaire, à l'ampleur de la différence de traitement qui en résulte pour les intéressés* ».

Dans la décision *Barroux* du 15 mai 2000, concernant le supplément familial de traitement versé aux agents en poste à l'étranger, le Haut conseil estime que, eu égard à l'objet de cette mesure, qui est de permettre à un agent de concourir aux dépenses du couple, dans une hypothèse où les charges du ménage se trouvent accrues par le transfert de la résidence familiale à l'étranger, le pouvoir réglementaire peut légalement réserver cet avantage aux seuls agents dont le conjoint ne travaille pas ou perçoit une rémunération d'un montant réduit, mais qu'il ne peut, dans ce second cas, en subordonner le versement à la condition que le conjoint soit lui aussi employé par l'Etat, sauf à créer précisément une discrimination illégale. Il y aurait donc un contrôle, qui relève de l'erreur de droit, du point de savoir si le montant des revenus professionnels perçus par le conjoint pouvait être regardé, compte tenu de l'objet du supplément familial de traitement, comme un critère de différenciation pertinent entre les bénéficiaires potentiels de cet avantage. Si ce critère est en effet pertinent, il n'en est pas de même pour le statut de l'employeur du conjoint.

C'est, relève Madame Boissard, de la même manière que le Conseil a considéré dans sa décision d'Assemblée du 30 novembre 2001, *Ministre de la Défense c/ Diop*⁵⁶³, à propos de la fameuse affaire de la cristallisation des pensions des militaires et fonctionnaires des anciennes colonies, que la nationalité du titulaire de la pension ne pouvait constituer un critère de différenciation pertinent pour le calcul du montant des droits.

⁵⁶¹ C.E., 15 mai 2000, req. n° 200903, *Barroux*.

⁵⁶² C.E., 28 juin 2002, req. n° 220321 et 228325, *Villemain*, « Portée et limites de l'assimilation des couples et fonctionnaires pacsés et des couples mariés », *Rec.*, 2002, n° 3, « Actes législatifs et administratifs » ; S. Boissard, ccls., « Mise en œuvre d'une loi nouvelle et principe d'égalité. Le cas du pacte civil de solidarité », *R.F.D.A.*, 2002, pp. 723-734.

⁵⁶³ C.E. Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la Défense c. Monsieur Diop, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c. Monsieur Diop*, req. n° 212179 et 212211, « La loi dite de « cristallisation » des pensions civiles et militaires servies aux nationaux des anciennes colonies est discriminatoire au regard de la Conv. EDH », *Lebon*, 15 novembre 2002, n° 5, pp. 605-608 ; P. Collin et M. Guyomar, « La « cristallisation » des pensions des militaires et fonctionnaires des anciennes colonies est-elle constitutive d'une discrimination ? », *A.J.D.A.*, 2001, pp. 1039-1045 ; L. Combet et C. Moniolle, « Pensions publiques : censure de la discrimination fondée sur la nationalité », *A.J.F.P.*, 2002, pp. 29-33 ; J. Courtial, ccls., *Lebon*, 15 novembre 2002, n° 5, pp. 608-617 ; J. Courtial, ccls., « Principe de non-discrimination et revalorisation des pensions de retraite concédées aux ressortissants des Etats de l'ex-Communauté. Ccls° sur C.E. Ass., 30 nov. 2001, *Ministre de la défense et autres c/ Diop* », *R.F.D.A.*, 2002, pp. 573-581 ; I. Daugareilh, « L'incompatibilité de la loi sur la cristallisation des pensions de militaires avec la Convention européenne des droits de l'homme. Note sous Conseil d'Etat, 30 novembre 2001, *Ministre de la défense c/ Diop*, req. n° 212179 et 212211 », *R.D.S.S.*, 2002, p. 611.

Et dans un second temps, c'est-à-dire après le contrôle portant sur la pertinence du critère de différenciation, le juge s'intéresse à l'ampleur de la différence de traitement, en s'en tenant, dans l'arrêt d'Assemblée *Villemain* du 28 juin 2002, à un contrôle restreint, sur lequel on reviendra ultérieurement, c'est-à-dire en se bornant « à vérifier que la mesure litigieuse ne fait pas naître une différence de traitement manifestement disproportionnée, par son ampleur, à la différence de situation dont elle a entendu tenir compte »⁵⁶⁴. Et dans cette espèce, le Conseil juge que si « compte tenu des différences entre la situation juridique des conjoints et celle des partenaires liés par un pacte civil de solidarité, le principe d'égalité n'impose pas à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'étendre à l'identique les avantages dont il vient d'être question [prise en charge des frais de voyage, versement de l'indemnité de transport de bagages et du supplément familial de traitement pour le conjoint du fonctionnaire en poste à l'étranger] aux seconds et lui permet, en particulier, de subordonner cette extension à une condition de durée minimale du pacte, cette autorité ne peut, sans créer une différence de traitement manifestement disproportionnée par rapport aux différences qui séparent ces deux formes d'organisation de la vie commune, exclure totalement les partenaires liés par un pacte civil de solidarité du bénéfice des avantages évoqués ».

On notera cependant deux points : d'une part, Sophie Boissard l'a concédé, la formulation des arrêts ne fait pas apparaître clairement ces deux opérations intellectuelles, et de fait, les arrêts dont il est question sont répertoriés par le recueil sous la rubrique « violation directe de la règle de droit » et non point sous la rubrique « erreur de droit »⁵⁶⁵ ; d'autre part, comme le concède également Sophie Boissard, les cas de censure sur le terrain de la différence de traitement manifestement disproportionnée sont très rares.

Cela nous amène donc au point essentiel de nos développements : le contrôle de la violation directe de la règle de droit.

B. Le contrôle de la violation directe de la règle de droit

C'est l'instrument de contrôle qui se prête le mieux à la censure d'une discrimination.

Les tables du *Recueil Lebon*, qui donnent une vision d'ensemble de la question, permettent d'illustrer le discours du juge administratif (puisque c'est le Conseil d'Etat qui choisit les décisions qui lui semblent dignes d'y figurer) et de montrer que celui-ci a évolué sur le sujet en raison de la prégnance croissante du droit européen.

Même si ont aussi été utilisées les tables décennales 1975-1984, on prendra l'exemple des tables décennales 1985-1994 (1) avant de s'appuyer sur des décisions plus récentes pour montrer l'évolution que l'on vient d'évoquer (2).

⁵⁶⁴ S. Boissard, *op. cit.*

⁵⁶⁵ C'est d'ailleurs aussi le cas de l'arrêt du Conseil d'Etat *GISTI* du 31 mai 2006, req. n° 273638 et 273639, rendu aux conclusions D. Casas

1. Les tables décennales 1985-1994

Dans les tables décennales 1985-1994 du *Recueil Lebon*, dans la rubrique « *actes législatifs et administratifs* », c'est sous le titre IV « *validité des actes administratifs ; violation directe de la règle de droit* » que l'on trouve l'énoncé des différentes normes qui peuvent servir de base à un contrôle des discriminations (même si l'on trouve aussi des éléments dans la rubrique « *fonctionnaires et agents publics* », au chapitre consacré à « *l'égalité de traitement entre agents d'un même corps* ») :

- Dans la rubrique « *La Constitution et les normes de valeur constitutionnelle* » (chapitre 1) les décisions sont rares. Est seulement mentionné l'arrêt du 14 mars 1994, *Melles N. et Z. Ylmaz*⁵⁶⁶ à propos du port du voile à l'école et de la méconnaissance par un règlement intérieur instaurant une interdiction permanente de ce signe distinctif de la liberté d'expression reconnue aux élèves dans le cadre de la neutralité et de la laïcité de l'enseignement public, arrêt dans lequel le Conseil mentionne que « *le principe de laïcité de l'enseignement public interdit toute discrimination dans l'accès à l'enseignement qui serait fondée sur les convictions ou croyances religieuses des élèves* ».

- La rubrique « *traités et droit dérivé* » (chapitre 2) du même recueil offre elle aussi peu d'illustrations : on trouve seulement, à propos de l'article 14 de la C.E.S.D.H., un arrêt du 30 novembre 1994, « *SCI Résidence Dauphine* »⁵⁶⁷ ainsi synthétisé par la table : « *le principe de non-discrimination édicté par l'article 14 de la C.E.S.D.H. ne concerne que la jouissance des droits et libertés reconnus par la convention et ses protocoles additionnels. Dès lors, il appartient au requérant qui se prévaut de la violation de ce principe d'invoquer devant le juge administratif le droit ou la liberté dont la jouissance est affectée par la discrimination alléguée. Le requérant qui ne précise pas le droit ou la liberté qui seraient méconnus n'entre pas dans les prévisions de l'article 14 et ne peut utilement s'en prévaloir* ».

- Il en va de même de la rubrique « *loi* » (chapitre 3) : là encore, une seule décision est mentionnée, celle du 1^{er} juillet 1988 *Avesques et autres*⁵⁶⁸, rendue à propos de la loi du 22 juillet 1960 sur le droit de chasse dans les parcs nationaux et du décret du 7 août 1984 créant le parc de Cévennes, et qui après avoir rappelé que le législateur a entendu laisser à l'appréciation de l'administration le choix des mesures restrictives du droit de chasser propres à satisfaire l'intérêt général qui s'attache au développement de la faune et de la flore, considère que « *eu égard aux objectifs poursuivis lors de la création du parc des Cévennes, l'autorité réglementaire a pu, sans opérer de discrimination illégale, n'accorder le droit de chasser qu'aux résidents permanents du parc, aux enfants de ceux d'entre eux qui possèdent plus de 10 hectares dans le parc ainsi qu'à leurs conjoints, aux propriétaires non résidents possédant au moins 30 hectares dans le parc et, enfin, aux titulaires du permis de chasser n'appartenant à aucune des trois catégories précédentes dans la limite de 10 % du nombre total des effectifs cumulés de ces trois catégories* ».

⁵⁶⁶ C.E., 14 mars 1994, *Melles N. et Z. Ylmaz, Rec.*, p. 129.

⁵⁶⁷ C.E., 30 novembre 1994, *SCI Résidence Dauphine, op. cit.*, p. 515.

⁵⁶⁸ C.E., Ass., 1^{er} juillet 1988, *Avesques et autres, op. cit.*, p. 267.

- C'est la rubrique « *principes généraux du droit* » (chapitre 4) qui est la plus intéressante et fournie même si n'apparaît aucun intitulé « discrimination » :

- Égalité devant la loi : l'atteinte peut être autorisée par la loi⁵⁶⁹ ; elle peut être justifiée par l'existence d'un intérêt général⁵⁷⁰ ou par une différence de situation⁵⁷¹. On relève une seule annulation sur cette base dans un arrêt du 20 juillet 1988, requêtes n° 77443, 77491 et 77492, *Association Groupement des parachutistes professionnels et des cadres techniques*, seulement mentionné aux tables : en exigeant qu'au cas où le contrôleur est un parachutiste professionnel, il exerce au centre de parachutisme où se déroule le contrôle, alors que cette condition n'est pas imposée au parachutiste titulaire du brevet d'Etat d'éducateur sportif du deuxième degré appelé à le suppléer, l'instruction attaquée a institué une discrimination entre ces deux catégories d'intervenants.
- Égalité devant les charges publiques : cette rubrique ne contient aucune décision relative à une discrimination
- Égalité devant le service public : c'est la rubrique la plus importante. Sont ainsi sanctionnées, par exemple, au titre de l'égalité d'accès aux emplois publics une discrimination entre les élèves masculins et féminins de l'école de l'air⁵⁷² ; au titre de l'égalité de traitement des agents publics, une discrimination concernant les règles d'intégration dans les cadres d'emplois de la fonction publique territoriale⁵⁷³, concernant les règles d'élection au comité national de la recherche scientifique⁵⁷⁴, concernant les règles d'avancement des attachés territoriaux⁵⁷⁵ ; au titre de l'égalité entre hommes et femmes, une discrimination concernant les règles de composition des conseils de

⁵⁶⁹ Par exemple C.E., 23 octobre 1992, *UNOSTRA*, *op. cit.*, p. 375 : il résulte de l'objet même des articles ajoutés au Code de la route par la loi du 10 juillet 1989 et relatifs à l'instauration d'un permis à points que ces dispositions ne sont applicables qu'à des personnes titulaires d'un permis de conduire français, d'où il s'ensuit que l'association requérante ne saurait utilement soutenir que le décret attaqué, qui ne fait qu'appliquer la loi, introduirait une discrimination illégale entre titulaires de permis de conduire français et titulaires de permis de conduire étrangers

⁵⁷⁰ On retrouve là l'arrêt du Conseil d'Etat du 1^{er} juillet 1988 *Avesques et autres* sur le droit de chasse.

⁵⁷¹ Par exemple au sujet de l'égalité entre anciens avocats et anciens conseils juridiques dans l'exercice de la nouvelle profession d'avocat, l'arrêt d'Assemblée du 17 décembre 1993, *Chevallier et autres*, *op. cit.*, p. 173. Le Conseil estime que les dispositions de la loi du 31 décembre 1971 confèrent des droits identiques aux anciens avocats et aux anciens conseils juridiques pour l'exercice de la nouvelle profession d'avocat, mais qu'elles sont sans incidence sur la détermination des conditions d'accès à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. En conséquence de quoi les dispositions du décret du 28 octobre 1991 qui imposent aux candidats à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation d'être titulaires du certificat d'aptitude à la profession d'avocat ne créent pas de discrimination contraire aux dispositions de la loi.

⁵⁷² C.E., 29 décembre 1993, *Melle Martel*, *op. cit.*, p. 377.

⁵⁷³ C.E., Ass., 27 octobre 1989, req. n° 95714, *Fédération CGT des services publics*, *op. cit.*, 1989, p. 209.

⁵⁷⁴ C.E., 15 mars 1989, req. n° 84484, Syndicat national des chercheurs scientifiques.

⁵⁷⁵ C.E., Ass., 27 octobre 1989, *Cottrel*, *op. cit.*, 1989, p. 215.

discipline des maîtres et surveillants d'externat selon qu'ils ont à connaître de faits reprochés à des hommes ou à des femmes⁵⁷⁶.

- Égalité des usagers devant le service public : c'est dans cette rubrique que l'on trouve les arrêts relatifs à la question de la tarification des services publics⁵⁷⁷.

Les discriminations en question sont toutes sanctionnées au nom du principe d'égalité, c'est-à-dire en tant qu'elles sont l'expression d'une violation de ce principe.

Une place à part doit être faite pour la rubrique « *fonctionnaires et agents publics* » au sein de laquelle est inséré un chapitre 5 « *égalité de traitement entre agents d'un même corps* » et qui utilise le terme de discrimination dans les intitulés mêmes des rubriques. On trouve en effet une première section intitulée « *absence de discrimination illégale* » dans laquelle sont envisagées les discriminations dans le recrutement⁵⁷⁸. Une deuxième section existe intitulée « *existence d'une discrimination illégale* » dans laquelle trois arrêts censurent une discrimination :

- un arrêt du 9 novembre 1994 *Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public*, jugeant qu'un décret relatif au statut particulier des instituteurs et modifiant des durées d'ancienneté pour bénéficier d'un avancement d'échelon permettant ainsi que certains instituteurs soient automatiquement reclassés à un échelon supérieur par rapport à d'autres, « *introduit une discrimination contraire au principe de l'égalité de traitement entre les fonctionnaires d'un même corps* »⁵⁷⁹ ;
- l'arrêt d'Assemblée, déjà cité, *Cottrel* du 27 octobre 1989 qui, ayant à juger des règles d'avancement prévues par le statut particulier du cadre d'emplois des attachés territoriaux, précise que « *l'égalité de traitement à laquelle ont droit les agents d'un même corps ou d'un même cadre d'emplois fait obstacle à l'établissement de règles d'avancement discriminatoires au détriment de certains d'entre eux, à moins que des*

⁵⁷⁶ C.E., 26 juin 1989, req. n° 89945, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche, op. cit., p. 152.

⁵⁷⁷ Illégalité d'une discrimination fondée sur la qualité d'ancien ou de nouvel élève d'une école nationale de musique : C.E., 2 décembre 1987, req. n° 71028, *Commune de Romainville*, Rec. T., 1985-1994, p. 490 ; discrimination fondée sur les seules différences des ressources entre les usagers d'une école nationale de musique : C.E. Sect., 26 avril 1985, req. n° 41169, *Ville de Tarbes c/Association des parents d'élèves de l'école nationale de musique*, Rec., 1985, p. 119 ; Hubac et E. Schoettl, A.J.D.A., 1985, p. 409 ; L. Hamon, D., 1985, p. 592 ; Lasserre, ccls., R.F.D.A., 1985, p. 707, jurisprudence abandonnée en 1997 comme on le sait ; discriminations injustifiées opérées entre les résidents permanents de la commune et les autres abonnés pour la fixation des tarifs du service public de l'eau : C.E., 28 avril 1993, req. n° 95139, *Commune de Coux*, Rec., 1993, p. 138

⁵⁷⁸ Exemple : légalité d'un régime particulier de rémunération des personnels détachés auprès d'établissements d'enseignement par rapport à d'autres personnels servant à l'étranger dans la mesure où les conditions d'exercice des fonctions ne sont pas les mêmes : C.E., 10 décembre 1993, req. n° 119145, *Fédération des professeurs français résidant à l'étranger*, Rec. T., 1985-1994, p. 4379.

⁵⁷⁹ C.E., 9 novembre 1994, req. n° 119393, *Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public*.

circonstances exceptionnelles n'en justifient l'établissement dans l'intérêt du service » ;

- un arrêt du 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche*, qui censure une discrimination selon le sexe à propos de la composition différente des conseils de discipline des maîtres et surveillants d'externats selon qu'ils ont à connaître de faits reprochés à des hommes ou à des femmes⁵⁸⁰.

Encore une fois, dans toutes ces espèces, le Conseil d'Etat fait du principe de non-discrimination un élément de la conception française du principe d'égalité : la non-discrimination n'est, en d'autres termes, que l'une des expressions du principe d'égalité.

2. Les tables annuelles de 1994 à 2014.

Les décisions plus récentes montrent une légère évolution en raison de la prégnance croissante du droit européen

Examinons les tables annuelles 1994/2012, avant d'évoquer des décisions plus récentes encore.

On trouve dans les tables annuelles 1994/2012, dans les rubriques évoquées dans les tables décennales, les mêmes solutions assimilant égalité et non-discrimination, ou évoquant la discrimination comme susceptible d'être à l'origine d'une violation du principe d'égalité.

Ainsi, par exemple :

- S'agissant de l'égalité des usagers devant le service public est répertorié un jugement du Tribunal administratif de Dijon ayant censuré une discrimination illégale établie entre élèves de l'enseignement général et élèves de l'enseignement technique en matière de prise en charge des frais de transport⁵⁸¹. Ou encore, l'instauration de droits de réservation obligatoires pour les groupes de visiteurs du musée du Louvre couplée avec l'exonération de ces droits pour les groupes dont la visite est organisée par le musée lui-même est regardée comme une discrimination injustifiée en l'espèce⁵⁸². A propos de la réglementation de l'utilisation par des hélicoptères d'un aérodrome, le juge administratif a reconnu une discrimination entre usagers habituels et nouveaux usagers, regardée comme portant au principe d'égalité une atteinte injustifiée⁵⁸³.
- S'agissant de l'égalité de traitement des agents publics appartenant au même corps sont censurées des dispositions statutaires établissant une

⁵⁸⁰ C.E., 26 juin 1989, req. n° 89945, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche SGEN-CFDT*, Rec., 1989, p. 152.

⁵⁸¹ T.A. Dijon, 14 juin 1994, *op. cit.*, 1994, p. 762.

⁵⁸² C.E., 28 février 1996, req. n° 163528, *Etablissement public du musée du Louvre*.

⁵⁸³ C.E., 28 juin 1996, req. n° 167825 et 167826, *Groupement français de l'hélicoptère*, Rec., 1996, p. 695.

discrimination contraire au principe d'égalité de traitement entre les fonctionnaires d'un même corps⁵⁸⁴.

Parfois d'ailleurs, on se demande pourquoi le recueil, à la suite du juge, ne fait pas référence explicitement au principe de non-discrimination : ainsi, la présentation qui est faite de l'arrêt *Moatti* du 18 février 1994 relatif à l'accès des handicapés aux emplois publics⁵⁸⁵. Il est dit qu'il « *appartient au jury de prendre les dispositions nécessaires pour permettre aux handicapés de concourir dans des conditions leur garantissant l'accès à l'emploi* ». Aucune référence n'est faite au principe de non-discrimination, dont on aurait pu pourtant supposer qu'il s'appliquât.

C'est évidemment avec l'arrivée du droit européen que la notion de discrimination va s'autonomiser peu à peu.

Le Conseil d'Etat fait référence au concept de discrimination indirecte pour censurer un acte administratif⁵⁸⁶ dans l'arrêt *Spaggiari* du 18 octobre 2002⁵⁸⁷. La discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un net désavantage pour certaines personnes par rapport à d'autres : ici, une candidature d'une professeure italienne à un poste dans une université française avait été écartée au motif d'une « *expérience insuffisante du système universitaire français* ». Le Conseil estime que ce critère, s'il ne peut être assimilé à une condition prohibée de nationalité abouti en fait à défavoriser essentiellement les non nationaux. Il fait donc sien ce concept issu du droit européen.

Dans la table 2005 est référencé un arrêt du 20 avril 2005 *Union des familles en Europe*⁵⁸⁸, qui établit la différence entre le principe d'égalité et le principe de non-discrimination en droit communautaire : il estime que si le principe d'égalité en droit interne impose, en règle générale, de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent placées dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ; et que contrairement à ce qu'il en est en droit interne, les dispositions d'une directive relative à la mise en œuvre progressive du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, s'opposent non seulement à l'application de règles qui établissent des discriminations directement fondées sur le sexe, mais également à l'application de règles qui aboutissent en fait à des différences de traitement non objectivement justifiées entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale. Il y a bien là autonomisation du concept et réception de celui-ci par le Conseil d'Etat.

⁵⁸⁴ C.E., 10 mai 1996, req. n° 126332, *Ville d'Evreux*, *op. cit.*, p. 163.

⁵⁸⁵ C.E., 18 février 1994, req. n° 126074, *Moatti*.

⁵⁸⁶ X. Souvignet, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *R.F.D.A.*, 2013, pp. 315-325.

⁵⁸⁷ C.E., 18 octobre 2002, req. n° 224804 et 236744, *Spaggiari*, *op. cit.*

⁵⁸⁸ C.E., 20 avril 2005, *Union des familles en Europe*, req. n° 266572, « Egalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale et de retraite » ; *Rec.*, 31 décembre 2006, n° 6 ; L. Burgorgue-Larsen, « Du principe d'égalité en droit interne et communautaire », *A.J.D.A.*, 2005, pp. 2233-2236 ; D. Ritleng, « Jurisprudence administrative française intéressant le droit communautaire 1^{er} janvier -30 juin 2005 », *R.T.D. eur.*, 2006, pp. 301 et s.

Ce dernier se livrera à l'analyse de la justification dans son arrêt du 8 mars 2012, *Association Racing club de Cannes volley* à propos d'un règlement de la ligue nationale de volley imposant l'inscription sur la feuille de match d'un minimum de joueuses « issues de la formation française » : il considère que ces dispositions « créent entre les joueuses une discrimination directement fondée sur la nationalité, qui n'est justifiée par aucune considération d'intérêt général, et notamment pas par les besoins de formation des joueuses »⁵⁸⁹.

C'est dans la table 2008 qu'apparaît pour la première fois dans le recueil la notion de discrimination à rebours, dans un arrêt du 6 octobre 2008, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques et autres, et association « Architectes du patrimoine »*⁵⁹⁰. Dans le droit de l'Union européenne, la discrimination à rebours désigne une situation moins avantageuse pour un national que pour un ressortissant de l'Union dans l'application du droit de l'Union par son Etat membre. En l'espèce il s'agissait d'un décret pris pour mettre le droit national en conformité avec le principe de libre prestation de service en permettant de confier la maîtrise d'œuvre de travaux de restauration de monuments historiques à d'autres catégories de professionnels que les architectes en chef des monuments historiques, ce qui avait pour effet de priver les architectes établis en France de l'accès à la maîtrise d'œuvre : les tables notent : « a ainsi été censurée la rupture du principe d'égalité résultant de cette discrimination à rebours ».

En d'autres termes, l'autonomisation du concept a ses limites, puisque le Conseil prend bien soin de le réintégrer dans le principe d'égalité. On retrouve ce contrôle dans un arrêt répertorié dans la table 2010 dans une hypothèse où le Conseil considère que la discrimination à rebours ne viole pas le principe d'égalité⁵⁹¹.

Enfin, on trouve dans la table 2011 un premier arrêt faisant application de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, dans une affaire où était en jeu le problème de la preuve. Mais là encore, le Conseil prend soin de bien lier le concept au principe d'égalité : « le juge, lors de la contestation d'une décision dont il est soutenu qu'elle serait empreinte de discrimination au sens de la loi de mai 2008, doit attendre du requérant qui s'estime lésé par une telle

⁵⁸⁹ C.E., 8 mars 2012, req. n° 343273, *Association Racing Club de Cannes Volley* ; « Légalité d'un minimum de "joueuse de la formation française" dans les compétitions de volley-ball », *Rec.*, 1^{er} avril 2013, n° 2, pp. 78-79 ; O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot, « Droit des étrangers et de la nationalité », *D.*, 2013, p. 314 : sans grand intérêt, 5 lignes ; D. Botteghi, « La composition des équipes nationales de sport : la question de la nationalité des joueurs. Conclusions sur Conseil d'Etat, 8 mars 2012, *Association Racing Club de Cannes Volley*, n° 343273 », *R.F.D.A.*, 2012, pp. 500-506 ; A. Bouveresse, « Validation des quotas de "joueuses issues de la formation française" dans les équipes de volley », *R.T.D. eur.*, 2012, p. 938 ; Centre de droit et d'économie du sport, Université de Limoges, « Droit du sport. Janvier 2012 – Décembre 2012 », *D.*, 2013, p. 527.

⁵⁹⁰ C.E., 6 octobre 2008, req. n° 310146, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques*, n° 31108, *Association « Architectes du patrimoine »*, « Annulation du statut particulier du corps des architectes en chef des monuments historiques », *Rec.*, 1^{er} septembre 2009, n° 4.

⁵⁹¹ C.E., 23 juillet 2010, req. n° 318932, *Fédération nationale des guides interprètes*, *Rec.*, 2010, p. 616.

mesure, qu'il soumette au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte au principe de l'égalité de traitement des personnes. Il incombe alors au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. La conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires »⁵⁹².

Le Conseil d'Etat fait preuve de constance même si le concept de discrimination issu du droit européen s'impose à lui : il tente, dans le maniement de celui-ci, de rester fidèle à sa position selon laquelle le principe de non-discrimination est l'expression de la conception française du principe d'égalité. Il applique cet axiome aussi bien aux discriminations indirectes, aux discriminations à rebours, qu'au régime probatoire spécifique à la discrimination.

Examinons enfin quelques décisions plus récentes en sortant des tables du recueil, afin de confirmer cette analyse

Les requérants peuvent invoquer le moyen tiré de la violation du principe d'égalité à propos d'une règle qu'ils jugent discriminatoire : le juge répond alors à ce moyen. Par exemple, dans un jugement du Tribunal administratif de Montpellier du 15 mai 2014 *M. Abbas Benkhira*⁵⁹³, à propos de la condition de ressources exigée des candidats au regroupement familial : le tribunal affirme que « *la condition de ressources exigée de tous les candidats au regroupement familial n'a ni pour objet ni pour effet de créer une discrimination au détriment des étrangers âgés mais tend seulement, d'une manière générale, à permettre de garantir un accueil décent aux personnes désireuses de s'installer en France au titre du regroupement familial ; que par suite, le moyen soulevé tiré de la violation du principe d'égalité doit être rejeté* ». Il y a là une articulation classique entre principe de non-discrimination et principe d'égalité.

Le juge peut avoir à répondre directement à un moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination au sens de la loi du 27 mai 2008 et des stipulations de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : par exemple, dans un jugement du Tribunal administratif de Melun du 19 novembre 2013⁵⁹⁴, ayant à connaître de décisions ayant refusé l'accès au lycée d'une requérante portant le voile et voulant suivre une formation continue au brevet de technicien supérieur, le tribunal estime « *que les décisions litigieuses sont justifiées par la volonté que la requérante se conforme aux règles applicables dans l'enceinte scolaire et non par celle d'entraver l'expression de ses convictions religieuses ; que dans conditions, en conditionnant l'accès effectif à la formation professionnelle de Madame Mezhoud au retrait de son voile, l'administration a poursuivi*

⁵⁹² Il s'agissait en l'espèce d'un magistrat contestant le refus opposé par le Garde des Sceaux de le détacher sur un poste au motif supposé de son appartenance syndicale : il y a une illégalité, le ministre s'étant borné à invoquer l'intérêt du service et un avis défavorable du Conseil supérieur de la magistrature : C.E. 10 janvier 2011, req. n° 325268, *Mme Karen Lévêque*, *op. cit.*

⁵⁹³ T.A. de Montpellier, 15 mai 2014, req. n° 1204698, *M. Abbas Benkhira*.

⁵⁹⁴ T.A. de Melun, 19 novembre 2013, req. n° 1106254/5, *Mme Naïma Mezhoud*.

l'objectif d'assurer le fonctionnement normal du service public de l'éducation nationale dans le respect du principe de laïcité ; que par suite les décisions litigieuses qui reposent sur des nécessités de service ne sauraient être regardées comme constitutives d'une discrimination religieuse »⁵⁹⁵.

Le moyen peut également être tiré de la violation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et des objectifs d'une directive, par exemple pour une discrimination liée à l'âge. Le raisonnement du juge est alors moins classique. Ainsi, dans un arrêt du 13 mars 2013⁵⁹⁶, le Conseil d'Etat avait à connaître de la légalité de décrets modifiant le statut national du personnel des industries électriques et gazières et relevant de 65 à 67 ans l'âge auquel l'agent qui n'a pas pris l'initiative d'un départ en retraite peut être mise en inactivité à l'initiative de son employeur. La requérante soutenait que l'un des décrets attaqués méconnaissait une directive du 27 novembre 2000 et le principe de non-discrimination posé à l'article 21 § 1 de la Charte des droits fondamentaux. Le Conseil interprète ce faisant à la lumière de cet article la directive dont la méconnaissance est alléguée et examine, après avoir constaté que le décret instaure une différence de traitement fondée sur l'âge, si cette différence est justifiée par un objectif légitime, ce qui s'avère être le cas en l'espèce. En effet, le Conseil constate que si la fixation d'un âge auquel un agent est mis en inactivité à l'initiative de son employeur constitue une différence de traitement en fonction de l'âge, le pouvoir réglementaire a mis en œuvre le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre : un tel objectif, affirme alors le Haut conseil, répondant notamment aux exigences de la politique de l'emploi et du marché du travail et à la nécessité, dans le cadre de la garantie d'emploi offerte par le statut du personnel des industries électriques et gazières, de permettre une meilleure distribution des emplois concernés entre les générations, est légitime et justifie objectivement et raisonnablement une différence de traitement fondée sur l'âge.

On le voit : on n'est plus là tout à fait dans le raisonnement classique que le juge utilise pour examiner, au regard du principe d'égalité, une différence de traitement.

Pour autant, le raisonnement permettant au juge administratif d'apprécier la validité d'une discrimination au regard d'une directive n'est pas fondamentalement différent de celui qui préside à l'examen d'une différence de traitement au regard du principe d'égalité.

On l'illustrera par un dernier exemple tiré de l'affaire de la limite d'âge des contrôleurs aériens, ayant donné lieu à l'arrêt du Conseil d'Etat du 4 avril 2014 *Ministre de l'Ecologie, du développement durable et de l'énergie c/M. Lambois*⁵⁹⁷. Cela concernait les demandes de contrôleurs aériens d'être maintenu en activité au-delà de la limite d'âge de 57 ans posée par

⁵⁹⁵ Ibid.

⁵⁹⁶ C.E., 13 mars 2013, req. n° 352393, *Mme Charence*.

⁵⁹⁷ C.E., 4 avril 2014, req. n° 362785, 362788, 362806, 362811, 362813, 362815, 362817, 362819, 362821, *Ministre de l'écologie, de l'énergie et du développement durable c. M. Lambois*.

la loi n° 95116 du 4 février 1995. Et ceux-ci invoquaient l'incompatibilité de cette limite d'âge avec les objectifs de la directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000.

Les conclusions du Rapporteur public Gilles Pellissier montrent bien la proximité de la démarche classique du juge administratif avec celle suivie par la Cour de justice de l'Union européenne et devant être mise en œuvre par le juge administratif lorsqu'il applique le droit de l'Union. En effet, la Cour vérifie si la mesure prise poursuit un objectif légitime, si elle est nécessaire à sa réalisation ; et si elle veille à la proportionnalité de la différence de traitement à sa justification. Or, comme le dit le Rapporteur public, « *au-delà des différences terminologiques, ces trois phases du contrôle de la conformité d'une différence de traitement en fonction de l'âge aux objectifs de la directive ne sont finalement pas très éloignées de celles [que suit le juge administratif] lorsque, pour apprécier la légalité d'une différence de traitement, [il vérifie] successivement qu'elle est justifiée par un intérêt général, lequel doit être en rapport avec l'objet de l'acte et qu'elle est proportionnée à sa justification* ». Et sans entrer dans le détail de l'espèce, le Conseil considère en effet, après avoir opéré ce contrôle, que le niveau de la limite d'âge retenu est compatible avec les exigences posées par la directive du 27 novembre 2000.

Encore une fois, le juge effectue son contrôle de la violation directe de la règle de droit en adaptant ce contrôle aux impératifs issus du droit européen, sans remettre en cause les méthodes qu'il a suivies pour contrôler le respect du principe d'égalité.

C. Le contrôle du détournement de pouvoir

Le détournement de pouvoir, pour reprendre la définition de Maurice Hauriou, « *est le fait d'une autorité administrative qui, tout en accomplissant un acte de sa compétence, tout en observant les formalités prescrites, tout en ne commettant aucune violation formelle de la loi, use de son pouvoir pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré, c'est-à-dire autres que la sauvegarde de l'intérêt général et le bien du service* »⁵⁹⁸. Dans cette hypothèse, le juge contrôle les mobiles de l'autorité administrative, le but qu'elle a poursuivi, qu'il s'agisse d'un but d'intérêt privé (vengeance par exemple) ou d'un but d'intérêt public, différent que celui qu'elle devait poursuivre.

Tout le problème tient à la difficulté de prouver le détournement de pouvoir, ce qui explique le décalage important entre la grande fréquence de l'invocation de ce moyen par les requérants et la rareté de sa reconnaissance par le juge, ce décalage étant relevé par tous les auteurs.

Cela ne surprendra donc pas : on retrouve ce décalage en matière de discrimination.

Ainsi, dans les tables décennales 1975-1984 et 1985-1994, pas une décision n'est mentionnée qui censure pour ce motif une discrimination ! Ce n'est pas faute pour les requérants de l'invoquer.

⁵⁹⁸ Cité par F. Melleray, *op. cit.*, § 38.

Ainsi, une recherche sur le site *Legifrance* montre que s'agissant du Conseil d'Etat, entre 2007 et 2014, 35 décisions rejettent un tel moyen invoqué par le requérant. Devant les Cours administratives d'appel, le même chiffre se constate rien que pour les années 2013 et 2014.

Le moyen est par exemple invoqué à propos de la contestation de la décision de mettre fin à un détachement en qualité de professeur aux écoles des Saint-Cyr-Coëtquidan, dont la requérante soutenait vainement qu'elle dissimulait « *une discrimination à raison de son sexe féminin* »⁵⁹⁹ ; ou encore à propos de la décision infligeant un avertissement pour manquement aux devoirs de l'état de magistrats et qui serait supposée motivée par l'appartenance syndicale de l'intéressé⁶⁰⁰.

Ce peut être évidemment le cas aussi dans une procédure de référé. Par exemple pour un référé visant à ordonner la suspension de l'exécution d'une délibération d'un jury d'aptitude et de classement des auditeurs de justice, prononçant à l'égard du requérant une décision d'inaptitude à l'exercice des fonctions judiciaires, le Conseil constate que les moyens tirés de l'existence de pratiques discriminatoires ainsi que du détournement de pouvoir ne sont pas de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité des décisions contestées⁶⁰¹.

Inutile de multiplier les exemples, la formule rituelle est la suivante : « *considérant que le détournement de pouvoir allégué n'est pas établi* ». Ou encore, « *si le requérant soutient que la décision attaquée est motivée par [par exemple une appartenance syndicale] il n'apporte aucun élément permettant de présumer l'existence d'une telle discrimination* » et n'est donc « *pas fondé à soutenir qu'elle serait entachée de détournement de pouvoir* ».

Bref on le voit : si Hauriou prédisait à ce moyen un grand avenir, car il permet de pénétrer au cœur du pouvoir discrétionnaire, il s'avère dans les faits particulièrement décevants... et notre matière ne fait pas exception à un tel constat.

D. La variation du contrôle du juge de l'excès de pouvoir et la sanction des discriminations

On sait que le juge administratif n'exerce pas le même degré ou le même niveau de contrôle des motifs selon le type de décision administrative dont il a à connaître. Classiquement en effet la doctrine distingue trois degrés de contrôle : le contrôle restreint, le contrôle entier et le contrôle maximum.

Dans le premier cas, le juge vérifie que « *la qualification retenue par l'administration ou que l'adéquation de l'objet de l'acte à ses motifs n'est pas manifestement erronée ou, pour reprendre une terminologie plus récente et probablement plus explicite, ne souffre pas d'une disproportion manifeste* »⁶⁰².

⁵⁹⁹ C.E., 9 mai 2011, req. n° 333857.

⁶⁰⁰ C.E., 13 juillet 2012, req. n° 342633.

⁶⁰¹ C.E., 13 juin 2014, req. n° 380329.

⁶⁰² F. Melleray, *op. cit.*, § 48.

Dans le deuxième cas, le juge vérifie que les faits sont de nature à justifier légalement la décision attaquée.

Dans le troisième cas, le juge « *vérifie si l'acte était le mieux adapté à la situation litigieuse et s'il n'existait aucune autre solution plus satisfaisante. La décision ne sera dès lors considérée comme légale que s'il apparaît au juge qu'elle était exactement nécessaire et qu'aucune mesure moins rigoureuse n'aurait suffi* »⁶⁰³. Il en va ainsi, par exemple, en matière de contrôle des mesures de police.

Les tables du *Recueil Lebon* n'adoptent pas tout à fait ce mode de classement puisqu'elles distinguent, dans la rubrique « *contrôle du juge de l'excès de pouvoir* », les appréciations échappant au contrôle du juge, les appréciations soumises à un contrôle normal, les appréciations soumises à un contrôle restreint.

La différence n'est pas significative et il convient de se demander comment, dans ce cadre, le juge peut exercer son contrôle sur les actes instituant ou mettant en œuvre une discrimination.

Il semble évident que plus le contrôle est poussé, plus le juge est en mesure de sanctionner une décision discriminatoire.

Nous avons déjà évoqué le contrôle à double détente mis en avant par les rapporteurs publics lorsqu'une réglementation introduit une différence de traitement entre deux catégories de personnes : un contrôle de l'erreur de droit sur la pertinence du critère discriminant étant complété par un contrôle de la disproportion manifeste sur l'ampleur de la différence de traitement. Mais nous l'avons dit, ces arrêts sont classés sous la rubrique « *violation directe de la règle de droit* » et non point dans celle consacrée au contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

Il reste donc à examiner concrètement cette rubrique.

On prendra là encore comme échantillon les tables décennales 1985-1994, les tables annuelles jusqu'en 2013.

- En ce qui concerne en premier lieu les tables décennales 1985-1994, on ne trouve aucune décision mentionnée qui a directement trait à l'étendue du contrôle exercé à l'occasion de la censure d'une discrimination. C'est dire que le juge administratif ne met pas en avant cette question dans la présentation de sa jurisprudence.

Pour autant, il nous semble important de relever que le degré de contrôle exercé sur certaines décisions peut bien évidemment être un instrument susceptible de servir à la sanction d'une discrimination.

C'est ainsi lorsque le juge exerce un contrôle normal sur les dispositions prises par un jury pour permettre aux handicapés de concourir aux épreuves d'un concours de recrutement aux emplois de la fonction publique⁶⁰⁴ ; ou sur le motif d'insuffisance professionnelle qui fonde le licenciement d'un agent⁶⁰⁵.

⁶⁰³ *Ibid.*, § 54.

⁶⁰⁴ C.E., 18 février 1994, req. n° 126074, *Moatti*.

⁶⁰⁵ C.E., 27 avril 1994, req. n° 147329, *Centre hospitalier de Roubaix*.

C'est également le cas en matière d'étrangers lorsqu'en matière d'expulsion, si l'étranger peut invoquer les stipulations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le Conseil a décidé d'exercer un contrôle de proportionnalité entre la gravité de l'atteinte à la vie familiale et la nécessité de la défense de l'ordre public⁶⁰⁶ ; contrôle qu'il a également décidé d'appliquer aux refus d'abroger un arrêté d'expulsion⁶⁰⁷, aux mesures de reconduite à la frontière⁶⁰⁸, au refus de titre de séjour⁶⁰⁹.

On comprend bien à l'inverse qu'en retenant le contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation, le juge ne se donne pas les mêmes moyens pour traquer d'éventuelles discriminations⁶¹⁰.

- Les tables annuelles jusqu'en 2013 ne disent pas autre chose. La variation du contrôle n'est pas appliquée, dans les décisions mentionnées, aux discriminations, mais là encore on peut estimer que certaines solutions donnent au juge les instruments nécessaires pour les combattre.

Il en est ainsi par exemple du contrôle normal exercé sur le licenciement d'un stagiaire pour inaptitude physique⁶¹¹ ; du contrôle normal exercé sur la gravité de la sanction prononcée contre une élève de l'enseignement public à propos du droit d'exprimer ses croyances religieuses⁶¹² ; du contrôle normal exercé sur la décision de mettre fin au stage d'un agent territorial avant l'expiration de sa durée normale⁶¹³ ; du contrôle normal exercés sur la détermination des secteurs géographiques d'implantation des aires permanentes d'accueil des gens du voyage⁶¹⁴ ; du contrôle normal sur les aides techniques et humaines qui doivent être apportées aux personnes handicapées qui passent des concours et examens⁶¹⁵ ; et en dernier lieu du contrôle normal sur les questions de savoir si les faits reprochés à un agent public constituent des fautes de nature à justifier une sanction et si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes⁶¹⁶.

A l'inverse, le juge ne se donne pas les mêmes moyens en effectuant un contrôle restreint, par exemple sur la décision d'une collectivité refusant d'accorder une subvention à une

⁶⁰⁶ C.E., Ass., 19 avril 1991, Belgacem, *Rec.*, p. 152.

⁶⁰⁷ C.E., Sect., 10 avril 1992, *Minin*, *op. cit.*, p. 156.

⁶⁰⁸ C.E., Ass., 19 avril 1991, *Mme Babas*, *op. cit.*, p. 162.

⁶⁰⁹ C.E., Sect., 10 avril 1992, *Marzini*, *op. cit.*, p. 154.

⁶¹⁰ Voir par exemple, dans les mêmes tables décennales, ce qu'il en est des nominations au tour extérieur d'agents publics : C.E., Ass., 16 décembre 1988, *Association générale des administrateurs civils c/ Dupavillon*, *op. cit.*, p. 449 ; et du même jour arrêt *Bleton* du Conseil d'Etat, *op. cit.*, p. 451.

⁶¹¹ C.E., 16 juin 1995, *Commune de Savigny-le-Temple c. Mme Bieret*, *op. cit.*, p. 250 ; C.E., 10 mai 2006, *Sebert*, req. n° 271111.

⁶¹² C.E., 27 novembre 1996, *Ligue Islamique du Nord et époux Chabou et autres*.

⁶¹³ C.E., 16 février 2005, req. n° 262820, *Commune d'Olivet*.

⁶¹⁴ C.A.A. de Lyon, 1^{er} avril 2008, req. n° 06LY00607, *Commune de Vaulnaveys-le-Bas*.

⁶¹⁵ C.E., 18 novembre 2009, *Wright*, *Rec.*, p. 467.

⁶¹⁶ C.E., Ass., 13 novembre 2013, *M. D.*, *op. cit.*, p. 279.

association⁶¹⁷ ; ou encore sur l'ampleur de la différence de traitement, pour l'attribution de certains avantages, existant entre les agents mariés et les agents ayant conclu un PACS⁶¹⁸.

Dans tous ces exemples, on le voit bien, si une discrimination n'était pas présente, elle pourrait l'être dans d'autres hypothèses (discrimination fondée sur la croyance religieuse, sur le handicap, sur la nationalité etc...) et la façon dont le juge contrôle la décision est donc bien primordiale.

On peut donc être d'autant plus étonné que les tables du *Recueil Lebon* ne recensent pas davantage d'exemples à cet égard.

⁶¹⁷ C.E., 25 septembre 1995, req. n° 155970, Association connaître et informer pour valoriser l'importance des citoyens (CIVIC).

⁶¹⁸ C.E., Ass., 28 juin 2002, *Villemain, Rec.*, p. 229 : même si l'on a vu qu'à cette occasion, le Conseil fait un contrôle à double détente.

**SECTION 2 : LE DISCOURS DU JUGE ADMINISTRATIF EN MATIERE DE
PREUVE DE LA DISCRIMINATION**

S'interroger sur le discours du juge administratif en matière de preuve de la discrimination implique tout d'abord de rechercher si l'on peut isoler le principe de non-discrimination parmi les sources juridiques et jurisprudentielles qui encadrent le régime juridique de cette preuve. Dans cette perspective, il convient d'analyser les utilisations respectives du principe d'égalité et du principe de non-discrimination dans la jurisprudence. Sur ce plan, l'étude permet rapidement de constater que le principe d'égalité y apparaît comme incontournable. Si l'on connaît l'importance de ce principe dans la jurisprudence administrative, on aurait néanmoins pu penser que les moyens juridiques soulevés par les parties, la nature des actes administratifs ou encore l'influence du droit de l'Union européenne auraient conduit à la consécration du principe de non-discrimination. Or, il n'en est rien. En revanche, la justice administrative semble avoir franchi un pas, qui sans être majeur – le principe de non-discrimination n'étant pas explicitement consacré, il n'en demeure pas moins important, puisque sa jurisprudence relative au régime probatoire de la mesure discriminatoire est explicitement fondée sur le principe d'égalité de traitement, principe que la Cour de justice de l'Union européenne considère comme équivalent au principe de non-discrimination (I).

Une fois la portée du principe de non-discrimination évaluée dans son rapport avec le principe d'égalité, on peut alors s'intéresser au discours du juge administratif sur la spécificité de la discrimination en matière d'administration des preuves. Sur ce plan, on constate que ce juge admet très explicitement la légitimité du discours contemporain d'adaptation nécessaire aux difficultés de preuve de la discrimination et accepte de s'engager dans la réforme attendue de sa procédure. Mais il affirme en même temps que ces règles de preuve doivent être également adaptées à la spécificité de son office (II).

Cela implique dès lors d'analyser l'effectivité de ce régime probatoire spécifique en matière de discrimination (III).

I. La portée du principe de non-discrimination en matière de preuve

L'observation des utilisations et invocations respectives des principes d'égalité et de non-discrimination permet de mieux cerner les stratégies des acteurs en présence, de tenir compte de l'influence des sources européennes, et d'évaluer la part d'autonomie du juge administratif dans l'utilisation des principes en matière de preuve (A). L'influence de la nature de l'acte administratif doit également être prise en compte (B).

A. Principe d'égalité ou principe de non-discrimination en matière de preuve ?

Que ce soit en observant les utilisations respectives des principes (1) ou en tenant compte de l'influence des moyens soulevés (2), on est conduit à distinguer l'omniprésence du principe d'égalité. L'influence du droit de l'Union européenne ne conduit pas à faire émerger un principe de non-discrimination devant le juge administratif, même si la lutte contre les discriminations est étroitement associée à l'introduction d'un régime spécifique de preuve influencé par les sources juridiques européennes. En revanche, on assiste à une convergence autour du principe d'égalité de traitement des personnes (3).

1. L'utilisation des principes

Dans le contentieux de la fonction publique, où l'on rencontre de nombreuses affaires où les problèmes de preuve d'une discrimination peuvent être réels, on voit le juge administratif se référer à la loi du 13 juillet 1983 sur les droits et obligations des fonctionnaires et au principe général du droit d'égal accès aux emplois publics. En témoigne l'important arrêt du Conseil d'Etat du 10 avril 2009 concernant un refus d'admission au concours interne d'officier de la police nationale⁶¹⁹. Seul le principe d'égalité y est mentionné par le juge administratif⁶²⁰. L'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 cité en l'espèce est pourtant issu d'une rédaction résultant de la transposition d'une directive par la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

Il faut préciser également que, dans cette affaire, la preuve du comportement discriminatoire était apparue particulièrement manifeste aux juges. Comme le précise la décision, l'administration ne contestait pas « sérieusement » que des questions portant sur l'origine et les pratiques confessionnelles du candidat aient été posées. Le système de preuve objective traditionnellement utilisé par le juge administratif, autrement dit la preuve issue de son appréciation des pièces produites par les parties⁶²¹, n'était semble-t-il pas inadapté dans cette

⁶¹⁹ CE, 10 avril 2009, *El Haddioui*, req. n° 311888, *AJDA*, 2009, p. 1386.

⁶²⁰ « Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dans sa rédaction résultant de l'article 11 de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations : Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses (ou) de leur origine (...) ; que s'il n'appartient pas au juge de l'excès de pouvoir de contrôler l'appréciation faite par un jury de la valeur des candidats, il lui appartient en revanche de vérifier que le jury a formé cette appréciation sans méconnaître les normes qui s'imposent à lui ; Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, lors de l'entretien d'évaluation qui était au nombre des épreuves d'admission subies par M. B, le jury lui a posé plusieurs questions portant sur son origine et sur ses pratiques confessionnelles ainsi que sur celles de son épouse ; que ces questions, dont il n'est pas sérieusement contesté par l'administration qu'elles aient été posées à l'intéressé et qui sont étrangères aux critères permettant au jury d'apprécier l'aptitude d'un candidat, sont constitutives de l'une des distinctions directes ou indirectes prohibées par l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 et révèlent une méconnaissance du principe d'égal accès aux emplois publics ; que le jury a ainsi entaché d'illégalité sa délibération du 5 octobre 2007 ».

⁶²¹ Selon l'arrêt CE, 26 novembre 2012, *Mme Cordière*, req. n° 354108 : il appartient au juge de l'excès de pouvoir de former sa conviction sur les points en litige au vu des éléments versés au dossier par les parties. S'il peut écarter des allégations qu'il jugerait insuffisamment étayées, il ne saurait exiger de l'auteur du recours que ce dernier apporte la preuve des faits qu'il avance. Le cas échéant, il revient au juge, avant de se prononcer sur une requête assortie d'allégations sérieuses non démenties par les éléments produits par l'administration en

hypothèse, tant les pièces du dossier manifestaient une évidence. Evoquant cette affaire dans ses conclusions sur la jurisprudence *Perreux*, le rapporteur public Mathias Guyomar parlait même de flagrance.

Le rapporteur public ayant conclu sur l'affaire *El Haddioui*, J.-Ph. Thiellay, évoquait pourtant déjà les difficultés que peuvent rencontrer les requérants pour apporter des éléments matériels nécessaires à la persuasion du juge dans ce type de situations : « *Naturellement, M. El Haddioui ne peut pas prouver que ces questions ont bien été posées et c'est une des difficultés constantes des affaires de discriminations alléguées où les parties se renvoient leur vérité* ». C'est la raison pour laquelle, il avait proposé à la formation de jugement de mettre en œuvre le dispositif d'aménagement de la charge de la preuve prévu par l'article 4 de la loi de 2008, sans être suivi par la formation de jugement, comme nous le verrons par la suite.

C'est à l'occasion de l'affaire *Perreux*⁶²² que le rapporteur public Mathias Guyomar réaffirmera la nécessité pour la justice administrative de faire émerger un dispositif spécifique d'administration de la preuve des faits de discrimination, et cela au nom du « principe à valeur constitutionnelle de l'égalité de traitement ». Il sera alors suivi par la formation de jugement. Ce qui apparaît alors comme fortement intéressant - et n'est pas suffisamment soulevé - est que le Conseil d'Etat fera émerger - de manière inédite à notre connaissance, le principe d'égalité de traitement des personnes⁶²³. On peut constater ainsi une certaine convergence des principes, même si la séparation demeure, eu égard aux conséquences distinctes consacrées par les juridictions européennes et administratives au principe de non-discrimination⁶²⁴. La jurisprudence *Perreux* applicable en matière de discrimination n'en est pas moins fondée sur un principe d'égalité de traitement⁶²⁵ des personnes connu des sources européennes⁶²⁶, et que

défense, de mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction des requêtes et de prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction, en particulier en exigeant de l'administration compétente la production de tout document susceptible de permettre de vérifier les allégations du demandeur.

⁶²² C.E., Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, req. n° 298348.

⁶²³ La décision du Conseil d'Etat renvoie en effet au « *principe d'égalité de traitement des personnes* ». Dans ses conclusions, M. Guyomar précise que « S'agissant de la lutte contre les discriminations (...) L'approche française de la question reposait traditionnellement sur le principe d'égalité de traitement ». En réalité, la décision *Barel* (Assemblée, 28 mai 1954, Rec. p. 308) fait référence au principe de l'égalité d'accès de tous les Français aux emplois et fonctions publics, inscrit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui peut tout à fait être rattaché au principe plus général d'égalité de traitement.

⁶²⁴ Comme l'affirme le Conseil d'Etat, « le principe de non-discrimination en droit de l'Union européenne impose, d'une part, de ne pas appliquer des règles différentes à des situations comparables, d'autre part, de ne pas appliquer la même règle à des situations différentes », CE, 12 octobre 2010, *Société Bouygues Télécom*, req. n° 332393.

⁶²⁵ Comme le précise M. Guyomar, dans ses conclusions, « De ce courant jurisprudentiel plus que quinquagénaire qui témoigne de votre capacité à mobiliser l'ensemble des ressources de la procédure inquisitoire, nous retirons que vous assumez pleinement vos responsabilités juridictionnelles lorsque le respect du principe de l'égalité de traitement est en cause. Et c'est donc sans hésitation que nous vous invitons à modifier, sans attendre l'application de la loi du 27 mai 2008, les règles d'administration de la preuve lorsque le sort d'un litige est lié à l'existence ou à l'absence d'une discrimination ».

⁶²⁶ Par exemple, la 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.

la Cour de justice de l'Union européenne qualifie d'équivalent au principe de non-discrimination⁶²⁷.

Par la suite, par exemple, avec l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 janvier 2011, *Mme Karen Lévêque*, concernant une affaire où était en jeu le problème de la preuve d'une discrimination à l'égard d'un magistrat⁶²⁸, le Conseil d'Etat prendra toujours soin de lier le concept de discrimination au principe d'égalité. Le Conseil d'Etat fait ainsi preuve de constance ; il reste fidèle à sa position selon laquelle le principe de non-discrimination est l'expression de la conception française du principe d'égalité de traitement, mais il se rapproche en même temps, dans la formulation employée, des sources européennes applicables en matière de discrimination.

2. L'invocation des principes

Si la confirmation de l'absence d'autonomie du principe de non-discrimination ne paraît pas tout à fait surprenante, il convient d'analyser néanmoins l'influence éventuelle des moyens des parties et des stratégies des avocats sur l'utilisation du principe.

En réalité, l'analyse de la jurisprudence conduit à constater que le juge se trouve rarement dans la situation où n'est invoquée qu'une atteinte au principe de non-discrimination et peut avoir dès lors à répondre directement à un moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination au sens de la loi du 27 mai 2008 et des stipulations de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Cela peut néanmoins se produire. Dans un jugement du tribunal administratif de Melun du 19 novembre 2013, *Mme Naïma Mezhoud*, le juge devait contrôler la légalité de décisions ayant refusé l'accès au lycée d'une requérante portant le voile et voulant suivre une formation continue au brevet de technicien supérieur⁶²⁹. Comme la requérante ayant allégué que « *l'interdiction générale et absolue du port d'un signe religieux à un stagiaire en formation professionnelle d'un GRETA constitue une discrimination à raison de la religion au sens du 2° de l'article 2 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, de l'article 225-1 du code pénal, des articles 9 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et des délibérations de la HALDE, notamment la délibération n° 2009-235 du 8 juin 2009* », le tribunal fait référence au seul principe de non-discrimination

⁶²⁷ En matière de fonction publique (pourvoi) : « Il y a lieu de rappeler que le principe d'égalité de traitement 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 (voir arrêt du 9 octobre 2008, Chetcuti/Commission, C-16/07 P, Rec, EU:C:2008:549, point 40 et jurisprudence citée). Il en va de même du principe de non-discrimination, lequel n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité (arrêt du 19 octobre 1977, Ruckdeschel e.a., 117/76 et 16/77, Rec, EU:C:1977:160, point 7) », CJUE, Arrêt du 17 décembre 2015, T-357/15 P, point 30.

⁶²⁸ C.E. 10 janvier 2011, *Mme Karen Lévêque*, req. n° 325268, « Administration de la preuve d'une discrimination syndicale », Rec., 1er février 2012, n° 1, pp. 1-3 ; *A.J.D.A.*, 2011, p. 14 ; C. Roger-Lacan, « Quand l'opposition au détachement d'un magistrat, fondée sur le bon fonctionnement du service public, cache une discrimination », ccls., *A.J.D.A.*, 2011, pp. 901-904.

⁶²⁹ TA Melun, 19 novembre 2013, *Mme Naïma Mezhoud*, req. n° 1106254/5.

religieuse au sens des dispositions de la loi du 27 mai 2008 et des stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatives au principe général de non-discrimination⁶³⁰.

Ce type de jugement est néanmoins rare⁶³¹, le juge administratif ayant tendance à requalifier les moyens des parties dirigés vers le principe de non-discrimination. Par exemple, dans un jugement du tribunal administratif de Montpellier, *M. Abbas Benkhira*, le juge requalifie le moyen du requérant qui invoquait une mesure discriminatoire, et jamais explicitement une atteinte au principe d'égalité. Selon ce dernier en effet : « *la condition de ressources⁶³² qui lui est opposée, qui est discriminatoire comme l'a constaté la délibération n° 2010-64 du 1^{er} mars 2010 de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, est contraire aux stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du 5^{ème} alinéa de la directive n° 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial* ». Dans son jugement du 15 mai 2014, le tribunal administratif de Montpellier affirme quant à lui que « *la condition exigée de ressources de tous les candidats au regroupement familial n'a ni pour objet ni pour effet de créer une discrimination au détriment des étrangers âgés mais tend seulement, d'une manière générale, à permettre de garantir un accueil décent aux personnes désireuses de s'installer en France au titre du regroupement familial ; que par suite, le moyen soulevé tiré de la violation du principe d'égalité doit être rejeté* »⁶³³.

Pour le juge administratif, la discrimination est un comportement qui tombe sous le coup du principe d'égalité de traitement. Il faut préciser qu'en cela le juge administratif peut s'appuyer sur la loi du 27 mai 2008 qui fait également le lien entre les comportements discriminatoires et le principe d'égalité de traitement. La Cour de justice de l'Union européenne n'agit pas différemment⁶³⁴. Il n'est pas cependant impossible que les discours de lutte contre la

⁶³⁰ « Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que les décisions litigieuses sont justifiées par la volonté que la requérante se conforme aux règles applicables dans l'enceinte scolaire et non par celle d'entraver l'expression de ses convictions religieuses ; que, dans ces conditions, en conditionnant l'accès effectif à la formation professionnelle de Mme Mezhoud au retrait de son voile, l'administration a poursuivi l'objectif d'assurer le fonctionnement normal du service public de l'éducation nationale dans le respect du principe de laïcité ; que, par suite, les décisions litigieuses qui reposent sur des nécessités de service ne sauraient être regardées comme constitutives d'une discrimination religieuse dont Mme Mezhoud aurait été victime ; qu'ainsi, la requérante n'est pas fondée à soutenir que les décisions attaquées méconnaissent le principe de non-discrimination religieuse au sens des dispositions précitées de la loi du 27 mai 2008 et des stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatives au principe général de non-discrimination ou, en tout état de cause, que ces décisions constituent une discrimination prohibée par les dispositions précitées du code pénal ».

⁶³¹ Voir également l'arrêt du CE, 14 novembre 2008, *Fédération nationale de l'Education nationale et de la Recherche*, req. n° 311312 à propos d'un décret où le Conseil d'Etat fait référence dans son raisonnement au principe de non-discrimination fondé sur le handicap, mais où la loi elle-même repose sur le principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés. Dans le jugement du TA, le texte appliqué se fonde aussi sur le principe d'égalité.

⁶³² Exigée des candidats au regroupement familial.

⁶³³ TA Montpellier, 15 mai 2014, *M. Abbas Benkhira*, req. n° 1204698.

⁶³⁴ Outre l'exemple cité *supra* en matière de fonction publique, elle affirme également en matière de FEOGA dans un arrêt du 15 juillet 2015, T-561/13, point 74 : « conformément à une jurisprudence constante, le principe d'égalité de traitement ou de non-discrimination 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

discrimination aient eu un impact sur la mise en valeur de l'intérêt stratégique du principe de non-discrimination dans le droit national français, de même que le rôle de la HALDE, et aujourd'hui le défenseur des droits. On peut le constater au travers des exemples récents où les requérants ne soulèvent que le seul principe de non-discrimination⁶³⁵, mais aussi dans la pratique des requérants qui consiste à invoquer le détournement de pouvoir dans les hypothèses de discrimination. Or, il faut constater qu'il existe un décalage important entre la grande fréquence de l'invocation de ce moyen par les requérants en matière de discrimination et la rareté de sa reconnaissance par le juge.

Il existe pourtant un lien très fort entre la question de la preuve du détournement de pouvoir, lequel se trouve défini comme la prise en compte par l'autorité administrative d'une finalité illégale (notamment la prise en compte d'un intérêt particulier), et celle de la preuve de l'intention de discriminer. Si le juge administratif ne s'est jamais montré très favorable à ce moyen de droit, il se trouve dans une situation d'autant plus difficile en matière de discrimination, que comme le rapporteur public M. Guyomar a pu le préciser dans ses conclusions sur l'affaire *Perreux* : « *Le respect de l'égalité des armes fait obstacle à ce que le défendeur soit contraint de rapporter une preuve négative* ». En dehors des juridictions pénales, pour lesquelles la preuve de l'intention de discriminer est explicitement attendue, les juridictions se détournent en effet généralement de toute allégation qui se rattacherait à la preuve d'une intention de discriminer. Cet évitement de l'intention est une constante des juridictions autres que pénales, afin de ne pas rompre l'égalité des armes, comme l'indique M. Guyomar, ou afin de ne pas remettre en cause le respect des droits de la défense selon le Conseil constitutionnel⁶³⁶, mais aussi et surtout parce que toute preuve négative est traditionnellement considérée comme une preuve impossible (*probatio diabolica*), dans la mesure où il s'agit d'établir la preuve d'un fait qui matériellement n'existe pas.

Devant le juge administratif, les requérants se heurtent dès lors à une double difficulté en termes de preuve s'ils souhaitent invoquer le détournement de pouvoir : la preuve de la discrimination et la preuve même du détournement de pouvoir. La jurisprudence n'apparaît pas dans ce cadre d'un grand secours pour les requérants, comme on le constate, par exemple, dans un arrêt du Conseil d'Etat du 9 mai 2001 : « *Considérant que le détournement de pouvoir allégué, dont la requérante soutient qu'il dissimule une discrimination à raison de son sexe féminin, n'est pas établi* »⁶³⁷. La rédaction de l'arrêt semble révéler, qu'en la matière la charge de la preuve repose sur le requérant⁶³⁸. Dans un arrêt du 2 juillet 2015, le Conseil d'Etat indique toutefois que le requérant « *n'assortit ses allégations d'aucun élément de*

traitement ne soit objectivement justifié (arrêts du 9 septembre 2004, Espagne/Commission, C-304/01, Rec, EU:C:2004:495, point 31 ; du 14 décembre 2004, Swedish Match, C-210/03, Rec, EU:C:2004:802, point 70, et du 21 juillet 2011, Nagy, C-21/10, Rec, EU:C:2011:505, point 47) ».

⁶³⁵ CAA Nantes, 15 mai 2014, *GRETA Sud Normandie*, req. n° 13NT01655.

⁶³⁶ CC, DC n° 2001-455 du 12 janvier 2002.

⁶³⁷ C.E., 9 mai 2011, req. n° 333857.

⁶³⁸ Sur la différence entre charge juridique et charge effective de la preuve, voir *infra*.

nature à en établir la réalité »⁶³⁹, ce qui n'implique pas la même contrainte sur le plan de la preuve.

Le Conseil d'Etat se montre incontestablement de plus en plus soucieux des difficultés connues par les requérants en matière de preuve.

3. L'influence du droit de l'Union européenne

L'influence du droit de l'Union européenne est explicite dans l'évolution de la jurisprudence administrative l'ayant conduit à prendre en compte les difficultés de preuve en matière de discrimination. Si la décision *Perreux* elle-même ne mentionne que le principe d'égalité de traitement entre les personnes, et non le principe de non-discrimination, il n'en traduit pas moins une importante évolution dans le discours du traitement juridique de la discrimination par le juge administratif. Les visas de la décision visent la Constitution, notamment son Préambule et les articles 1, 55 et 88-1, le traité instituant la Communauté européenne, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 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.

Les conclusions du rapporteur public Mathias Guyomar explicitent clairement l'inspiration des sources européennes en la matière : « *Sous l'influence du droit communautaire, le droit français a procédé à un aménagement de la charge de la preuve dans différents domaines (...) Dans tous les cas, le dispositif retenu s'inspire directement de la règle posée par la directive du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve en matière de discrimination fondée sur le sexe qui a ensuite été reprise par les différentes directives relatives aux discriminations. La loi du 27 novembre 2008 procède à une généralisation de cet aménagement qui devient la règle dans tous les cas où interviennent des faits de discrimination* ».

Le juge administratif a particulièrement retenu l'importance du dispositif d'aménagement de la preuve mis en œuvre, eu égard aux difficultés de preuve de la discrimination pour les requérants, par les juridictions européennes. Ainsi que le précise M. Guyomar : « *un certain nombre de juridictions n'ont pas hésité à faire montre d'une forme d'audace dans l'adaptation de leur grille de contrôle et de leurs règles jurisprudentielles à la spécificité de la discrimination. La Cour de Luxembourg a été pionnière en la matière* ».

B. Le rôle de la nature de l'acte

On pourrait imaginer que le principe d'égalité se prêterait mieux aux actes réglementaires, tandis que le principe de non-discrimination serait plus efficace pour lutter contre les actes individuels accusés d'instituer des différences directes ou indirectes de traitement – les décisions aussi bien que les comportements (1), mais cette intuition ne se trouve pas

⁶³⁹ CE, 2 juillet 2015, req. n° 380330.

confirmée par la réalité jurisprudentielle. En outre, on constate que la jurisprudence *Perreux* connaît un champ d'application limité, ce que révèle l'analyse des motifs de droit utilisés quand des problèmes de preuve sont en jeu (2).

1. Preuve et acte administratif

La décision *Perreux* précise que le mécanisme défini dans son considérant de principe trouve à s'appliquer lorsqu'il est « *soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination* »⁶⁴⁰. Mais les mesures auxquelles il est fait référence peuvent-elles être renvoyées aux seuls actes individuels ou également aux actes réglementaires ? Les problèmes de preuve en matière de discrimination sont-ils uniquement limités aux actes individuels ?

Des règlements sont très souvent attaqués pour violation du principe d'égalité. Dans la plupart de ces espèces où sont invoqués des cas de discrimination, des questions de preuve ne sont pas pour autant en jeu. On ne trouve pas dès lors de référence au considérant de principe de la décision *Perreux*, laquelle a donc *a priori* vocation à s'appliquer pour les actes individuels empreints de discrimination.

En réalité, cette jurisprudence n'a pas non plus vocation à s'appliquer dans toutes les hypothèses où sont attaquées des décisions individuelles. C'est le cas en particulier à l'égard de celles qui sont prises sur le fondement de règles générales, notamment de lois ou de règlements. Dans l'affaire *Lamblois*, le requérant invoquait l'incompatibilité de la limite d'âge imposée au corps des ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne avec les objectifs de la directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000. Etait ainsi en jeu une décision individuelle, et le Conseil d'Etat a traité le litige sans que la jurisprudence *Perreux* ne soit citée⁶⁴¹. Cela n'a pas empêché pour autant le Conseil d'Etat d'effectuer des mesures d'instruction de manière à déterminer si l'âge choisi, 57 ans, pouvait être considéré comme discriminatoire.

Des décisions individuelles « empreintes de discrimination » peuvent ainsi ne pas conduire à l'application de la jurisprudence *Perreux* en raison de la nature des actes attaqués. De telles décisions peuvent également ne pas conduire à l'application de la jurisprudence *Perreux* en raison de la nature des moyens soulevés par les parties. Cette dernière ne trouve en effet à s'appliquer que dans l'hypothèse où est invoquée une erreur de droit de la part de l'administration, c'est-à-dire une erreur sur le motif de droit, ou une erreur (manifeste) d'appréciation.

⁶⁴⁰ Les conclusions de Mathias Guyomar font quant à elles référence aux actes « empreints de discrimination ».

⁶⁴¹ Voir également C.E., 22 mai 2013, req. n° 351183 : annulation de la décision par laquelle la directrice des ressources humaines de la communauté d'agglomération d'Annecy a rejeté la demande du requérant tendant à ce qu'il soit autorisé à travailler jusqu'à son soixante-huitième anniversaire. En l'espèce, le Conseil d'Etat a estimé que les règles statutaires applicables à l'agent n'instauraient pas une différence de traitement injustifiée.

2. Preuve et motif du jugement

On pourrait penser qu'en matière de preuve de la discrimination, les motifs du jugement vont se porter majoritairement sur l'exactitude ou l'inexactitude matérielle des faits⁶⁴², alors que c'est en réalité par l'erreur de droit que le juge administratif est amené le plus souvent à traiter des questions de preuve en la matière⁶⁴³. Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, le juge doit le plus souvent apprécier le caractère fondé du motif allégué par l'administration, pour mettre ou non en évidence une discrimination⁶⁴⁴.

Le juge ne sanctionne donc pas directement la mesure en tant qu'elle est discriminatoire, mais parce que les justifications non convaincantes de cette mesure (c'est-à-dire ses motifs) ne détruisent pas la présomption de discrimination. On retombe ici sur la question de l'intention. Pour le juge, il n'est pas question de rechercher si l'autorité a eu l'intention de discriminer, mais simplement si sa décision est juridiquement fondée.

Comme nous avons pu le préciser précédemment, l'évitement de l'intention est une constante des juridictions afin de ne pas rompre l'égalité des armes ou de ne pas remettre en cause le respect des droits de la défense, mais aussi et surtout parce que cette preuve négative est considérée comme une preuve impossible (*probatio diabolica*) dans la mesure où il s'agit d'établir la preuve d'un fait qui matériellement n'existe pas. C'est cette impossibilité ou cette difficulté - et parfois peut-être une absence de volonté - qui conduit à écarter la question probatoire de l'intention et à se limiter à une approche probatoire « indirecte » en demandant au défendeur de produire des raisons objectives justifiant sa décision ou son comportement.

Cette pratique qui consiste à invoquer l'objectivité à défaut de pouvoir s'approcher de la subjectivité n'est pas inconnue du droit européen : la référence de la CEDH à l'impartialité objective est une manière de pallier l'impossibilité ou la difficulté de pouvoir prouver

⁶⁴² Comme le précise M. Guyomar, dans ses conclusions sous l'affaire *Perreux*, « ce mode de contrôle, que vous exercez non seulement sur les faits litigieux mais également sur les motifs retenus par l'administration (Section 26 janvier 1968 Société Maison Genestal p. 61), découle directement de votre qualité de maître de l'instruction ».

⁶⁴³ Cela n'empêche pas que c'est bien l'établissement des faits discriminatoires qui se présente comme la principale difficulté, comme l'explique J.-Ph. Thiellay dans ses conclusions sous l'affaire *El Haddioui* : « Ici, la question qui se pose est celle de la régularité du déroulement de l'entretien avec le jury et des questions qui ont été posées, de nature à constituer une discrimination directe, ce qui suppose de vérifier si les faits peuvent être regardés comme établis et s'ils sont de nature à entacher la délibération d'irrégularité. Ce dernier point est le plus facile : il est vrai que les entretiens de type « grand'O » frôlent souvent les limites des programmes ou de ce qui est admissible dans des épreuves de ce genre. Ici, on cherchera à déstabiliser le candidat pour vérifier ses capacités de réaction et de sang-froid ; là, on lui proposera une mise en situation n'ayant aucun rapport... Nous pensons donc, sans qu'il soit besoin d'aller rechercher les normes internationales qui prohibent ces pratiques, que si les faits allégués par M. El Haddioui peuvent être regardés comme établis, ils entachent d'irrégularité la délibération du jury ». La qualification juridique des faits ne pose donc pas de difficulté, et n'implique pas de recourir à d'autres règles que les nationales. En revanche, « La question de la matérialité des faits est plus délicate et cette affaire est assez emblématique des difficultés que le juge rencontre dans ces affaires de discrimination ».

⁶⁴⁴ Voir également pour la preuve d'une discrimination syndicale, C.E. 10 janvier 2011, *Mme Karen Lévêque*, req. n° 325268 : annulation d'une décision du Garde des Sceaux d'écarter la candidature d'une magistrate à un poste à l'ENM, le Conseil considère comme incohérent le motif de la décision et estime que le ministre n'a pas produit d'éléments de nature à renverser la présomption de l'existence d'une discrimination.

directement une partialité du juge ou du tribunal⁶⁴⁵. Elle retient alors tous les éléments qui permettent de prouver objectivement cette partialité : des textes juridiques, des liens familiaux, des préjugés contre un justiciable, etc⁶⁴⁶.

Pour revenir à la discrimination et au détournement de pouvoir, il faut admettre que prouver l'intention, mais également l'absence d'intention de l'auteur d'une décision est difficile, ce qui explique la réticence du juge administratif à utiliser ce motif⁶⁴⁷. C'est la raison pour laquelle, le juge administratif passe généralement par d'autres motifs pour annuler une décision, comme celui de l'erreur de droit (voir *infra*). Il en avait été particulièrement ainsi dans la décision *Barel* du Conseil d'Etat de 1954 où était en cause le fait d'avoir écarté un candidat de la liste des candidats admis à concourir à l'Ecole Nationale d'Administration en se fondant exclusivement sur ses opinions politiques.

Il apparaît donc finalement que le principe de non-discrimination ne connaît pas d'application autonome dans le discours du juge administratif en matière de preuve de la discrimination. C'est bien le principe d'égalité de traitement qui constitue le fondement de la jurisprudence *Perreux*, laquelle contribue, malgré son champ d'application limité, à faire émerger un discours du juge administratif sur la nécessité de règles spécifiques en matière de preuve de la discrimination.

II. La nécessité de règles spécifiques en matière de preuve de la discrimination

Le principe de non-discrimination ne trouve pas à s'appliquer de manière autonome en matière de preuve. En revanche, la justice administrative a bien mis en place des règles spécifiques d'administration de la preuve pour lutter contre les discriminations sous la pression des sources européennes transposées par le droit interne. Le discours du Conseil d'Etat a alors consisté à reconnaître les difficultés probatoires connues par les requérants en la matière (A) et à admettre la nécessité d'un dispositif probatoire spécifique (B).

A. L'enjeu accepté

Le Conseil d'Etat n'avait pas répondu à l'appel de son rapporteur public de mettre en œuvre le dispositif d'aménagement de la charge de la preuve de l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 à l'occasion de l'affaire *El Haddioui* en 2009. Pourtant selon le rapporteur public : « *La question de la matérialité des faits est plus délicate et cette affaire est assez emblématique des difficultés que le juge rencontre dans ces affaires de discrimination. C'est pour cela que, sous*

⁶⁴⁵ C. Foulquier, « L'indépendance de la justice : une notion indépendante ? », pp. 33-46 in *L'indépendance de la justice*, Actes de la journée d'études du 19 novembre 2010, Presses universitaires de Sceaux, novembre 2011.

⁶⁴⁶ Dans cette approche objective de la Cour, des éléments subjectifs, personnels, peuvent néanmoins être pris en compte. Ainsi l'impartialité objective d'un tribunal peut provenir de ce que pense un juré, de ses préjugés : voir par ex. CEDH, 9 mai 2000, *Sander v. the United Kingdom*.

⁶⁴⁷ C. Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 396.

l'influence de la réglementation communautaire, et en particulier de directives, des règles particulières d'administration de la preuve ont été introduites en droit français dans toute une série de matière, telles que l'accès au marché du travail, les refus d'attribution du logement ou encore la procédure devant la HALDE : la charge de la preuve n'est pas frontalement inversée mais une forme de présomption est reconnue (...) Nous vous proposons de faire application à la présente affaire de l'article 4 de la loi du 27 mai 2008, pour la première fois ». Le Conseil d'Etat n'avait pas répondu à l'appel de son rapporteur public mais il faut dire qu'en l'espèce les éléments de preuve étaient flagrants, ainsi qu'avait pu le préciser postérieurement le rapporteur public M. Guyomar⁶⁴⁸, ce qu'admettait le rapporteur public J.-Ph. Thiellay dans ses propres conclusions.

La nécessité d'aider le requérant en introduisant un régime spécifique de preuve va donc être affirmée à peine quelques mois plus tard, à l'occasion de l'affaire *Perreux*. Les conclusions du rapporteur public M. Guyomar explicitent le discours de facilitation nécessaire de l'administration de la preuve en la matière : « *Devant vos sous-sections réunies, nous avons constaté les limites des outils de contrôle dont dispose le juge de l'excès de pouvoir lorsqu'il est soutenu devant lui qu'une décision administrative est empreinte de discrimination, sauf à ce que l'élément qui révèle l'existence de la discrimination alléguée ressorte clairement des pièces du dossier (...) Mais de telles flagrances sont peu fréquentes (...) il n'est pas toujours aisé pour les victimes d'un comportement discriminatoire, par nature inavouable, d'en rapporter la preuve. L'appréhension juridique en général et judiciaire en particulier des discriminations pose donc au premier chef la « question de la preuve » (pour citer l'étude réalisée par Marie-Françoise Lanquetin pour le Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations GELD note n° 2 octobre 2000) ».*

B. Des règles spécifiques

Si le rapporteur public réclame ces nouvelles règles, adaptées aux difficultés de preuve des discriminations, il entend aussi qu'elles soient adaptées aux spécificités de l'office du juge administratif. Le discours sur la spécificité est donc double : à la fois sur la nécessité de règles spécifiques à la question discriminatoire (1), mais aussi autonomes sur le plan du contentieux administratif (2).

1. La spécificité des règles de preuve en matière de discrimination

La nécessité d'aider le requérant en introduisant un régime spécifique de preuve va être affirmée avec la jurisprudence *Perreux* qui indique qu'il convient de tenir « *compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine* ». A l'occasion d'une

⁶⁴⁸ « C'est ainsi que, dans votre décision *El Haddioui* (10 avril 2009 au recueil), vous avez annulé la délibération du jury du concours interne d'officier de la police nationale parce qu'il ressortait « des pièces du dossier que, lors de l'entretien d'évaluation qui était au nombre des épreuves d'admission subies par M. El Haddioui, le jury lui a posé plusieurs questions portant sur son origine et sur ses pratiques confessionnelles ainsi que sur celles de son épouse ». Mais de telles flagrances sont peu fréquentes ».

intervention permettant au Président de la section du contentieux du Conseil d'Etat de faire un bilan sur « Le juge administratif et les discriminations »⁶⁴⁹, celui-ci indique que le contentieux des discriminations a conduit à des adaptations procédurales dans trois domaines : les règles de preuve, les critères de recevabilité et les particularités des interventions du Défenseur des droits devant le juge administratif. Ainsi affirme-t-il que « [l]es caractéristiques propres au contentieux des discriminations ont rendu nécessaire la définition de règles de preuve spécifiques. Pour la victime, établir la discrimination est difficile. A l'inverse, il n'est pas possible de faire peser sur la personne ou la collectivité dont le comportement est suspecté de discrimination la charge, par nature excessive, d'une preuve négative. Aussi la décision d'assemblée du 30 octobre 2009, Mme P., qui a marqué la pleine reconnaissance de l'autorité en droit interne des directives européennes, même non transposées, a-t-elle également posé des règles de preuve propres au droit des discriminations (...) Les règles ainsi dégagées font application de principes traditionnels quant aux pouvoirs du juge dans l'instruction des dossiers et à l'établissement de la preuve par le débat contradictoire. Elles les adaptent au contentieux des discriminations en faisant peser sur le défendeur des contraintes particulières dès lors que des allégations suffisamment consistantes sont apportées ».

Dans l'élaboration de ces règles, le Conseil d'Etat s'est inspiré de la juridiction européenne du Luxembourg. Ainsi que le précisent les conclusions de M. Guyomar : « un certain nombre de juridictions n'ont pas hésité à faire montre d'une forme d'audace dans l'adaptation de leur grille de contrôle et de leurs règles jurisprudentielles à la spécificité de la discrimination. La Cour de Luxembourg a été pionnière en la matière ». Le juge administratif est également conscient que la Cour de cassation applique un régime spécifique, ainsi que le précise le rapporteur public : « Dans ces conditions, nous estimons qu'eu égard tant à la rigueur des exigences qui s'attachent au principe à valeur constitutionnelle de l'égalité de traitement qu'aux difficultés particulières propres à la caractérisation d'une discrimination, il vous appartient, à l'instar de ce qu'a su faire le juge judiciaire, de faire évoluer spontanément vos règles jurisprudentielles relatives à l'administration de la preuve ».

Au travers de sa jurisprudence *Perreux*, le Conseil d'Etat admet donc explicitement la nécessité d'une spécificité des règles de preuve, mais adapte aussitôt le nouveau régime à son office.

⁶⁴⁹ B. Stirn, « Le juge administratif et les discriminations », Intervention lors du Colloque *10 ans de droit de la non-discrimination* organisé par le Défenseur des droits, Cour de cassation, 5 octobre 2015. Disponible sur : <<http://www.conseil-etat.fr/content/download/49227/430896/version/2/file/Colloque%20défenseur%20des%20droits.pdf> > (consulté le 22/03/16).

2. La spécificité devant le juge administratif

Les explications viennent ici aussi du rapporteur public M. Guyomar qui précise qu'une adaptation des règles apparaît nécessaire à l'office du juge administratif, eu égard à la jurisprudence constitutionnelle dont il convient de tenir compte⁶⁵⁰, mais également parce que la disposition de l'article 10 de la directive est « *plus nettement adaptée aux procédures accusatoires* ». Comme le précise le rapporteur public, le législateur national n'a pas fait jouer la réserve qui figure dans la directive s'agissant des procédures dans lesquelles le juge a la maîtrise de l'instruction lors de la transposition, mais « [c]ela ne doit pas faire obstacle à ce que vous tiriez les conséquences des spécificités de votre office. Le combat probatoire doit en effet respecter les droits de la défense et s'adapter aux caractéristiques de la procédure inquisitoire ».

Le rapporteur public présente alors le régime spécifique tel qu'il pourrait s'organiser devant le juge administratif, et que la formation de jugement a également suivi. M. Guyomar commence par affirmer que, devant le juge administratif français, la question de la preuve a toujours été appréhendée en tenant compte des pouvoirs inquisitoriaux dont ce juge dispose dans la conduite de l'instruction. La décision *Couespel du Mesnil* indique ainsi « *qu'il appartient au Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir, d'exiger de l'administration compétente la production de tous documents susceptibles d'établir sa conviction et de nature à permettre la vérification des allégations du requérant* »⁶⁵¹. Ces pouvoirs inquisitoriaux permettent au juge administratif de faire participer le défendeur à l'établissement des preuves⁶⁵². Dans ce cadre, le juge administratif tient « *compte du silence ou de la mauvaise volonté manifestés par l'administration, en dépit de la demande que vous lui avez adressée d'apporter les informations nécessaires à l'instruction de l'affaire* ». Le rapporteur public rappelle l'exemple connu de la décision *Barel* de 1954, où « *après avoir relevé qu'aucune suite n'avait été donnée à votre demande de production des dossiers des candidats, vous en avez déduit que le motif allégué par les auteurs des pourvois devait être regardé comme établi* ».

Les conclusions de Maxime Letourneur sur l'affaire *Barel*⁶⁵³, tout comme celles du commissaire du gouvernement Lasry sur la décision *Sieur Lévy*⁶⁵⁴ (toutes deux citées par M.

⁶⁵⁰ En particulier la décision DC n° 2001-455 du 12 janvier 2002.

⁶⁵¹ CE, Sect., 1er mai 1936, *Couespel du Mesnil*, p. 485.

⁶⁵² Au travers des mesures d'instruction réglementées par les textes (qui figurent aujourd'hui au livre VI du code de justice administrative), comme par l'intermédiaire de la faculté de prescrire toutes les investigations supplémentaires paraissant utiles à la résolution du litige, comme le précise M. Guyomar. Sur la distinction et ses implications dans le contentieux, voir C. Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, op. cit., p. 351 et s.

⁶⁵³ « [...] rapproché des présomptions très fortes fournies par les requérants, le silence du ministre ne peut s'interpréter que comme un aveu formel de l'exactitude de l'affirmation des intéressés selon laquelle le motif de leur exclusion est un motif politique. Ce motif erroné en droit nous paraît ainsi établi et vous pouvez prononcer l'annulation des décisions attaquées »

⁶⁵⁴ CE, Sect., 23 décembre 1955, p. 608. Selon le commissaire du gouvernement Lasry : « lorsque le raisonnement vous permet, à partir d'un certain nombre de circonstances directement prouvées ou non

Guyomar), se révèlent en outre des plus intéressantes et des plus étonnantes, tant on y retrouve l'esprit des mécanismes de partage de la preuve prévus devant les juges, qu'ils soient européens ou nationaux, en matière de lutte contre les discriminations. Et M. Guyomar semble lui-même faire ce rapprochement lorsqu'il affirme que « *Nul obstacle de principe ne s'oppose à ce qu'une telle évolution se fasse par la voie prétorienne. Le régime de la preuve a été bâti, comme nous l'avons vu, par la jurisprudence. L'approfondissement de votre contrôle que nous vous proposons de retenir ne sera en délicatesse ni avec les exigences de la directive du 27 novembre 2000 ni avec l'article 4 de la loi de 2008 qui en assure la transposition. En effet, il s'agit, en quelque sorte, d'une anticipation spontanée de la logique du mode probatoire consacré par ces textes* ».

La définition d'un nouveau régime de la preuve, adapté à la fois à la preuve de la discrimination et à l'office du juge administratif, doit alors se situer « *dans le prolongement direct de la jurisprudence Barel* », en tenant compte des jurisprudences de la CJCE et du Conseil constitutionnel « *qui fournissent, pour ce faire, un cadre utile* » et de « *précieuses indications sur la marche à suivre* ». M. Guyomar cite notamment l'arrêt du 10 juillet 2008 où la Cour de justice a défini un mode d'application de la règle du renversement de la charge de la preuve⁶⁵⁵, et la décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 du Conseil constitutionnel⁶⁵⁶.

M. Guyomar précise alors le mécanisme d'administration de la preuve qu'il propose : « *un contrôle en deux temps, d'une part, et la liberté d'appréciation du juge, de l'autre* ».

Le premier temps devra être celui du requérant de manière à « *mettre de son côté la vraisemblance* »⁶⁵⁷. Il lui appartiendra de « *soumettre au juge tous les éléments de fait dont il dispose à l'appui de ses allégations. A ce stade, de deux choses, l'une. Si ces éléments sont de nature à caractériser une discrimination, le juge en tirera immédiatement les conséquences. Si les éléments sont seulement de nature à faire présumer une atteinte au principe de l'égalité de traitement, l'existence d'une telle présomption conduit au second temps, qui est celui du*

contestées, de déduire de ces circonstances, avec un degré de certitude suffisant, la réalité du fait contesté ; ainsi procédez-vous lorsque le fait litigieux est le motif réel, quoique non exprimé, d'une décision administrative ».

⁶⁵⁵ La cour affirme que « l'obligation d'apporter la preuve contraire, qui sur l'auteur présumé d'une discrimination, n'est subordonnée qu'au seul constat d'une présomption de discrimination dès lors que celle-ci est fondée sur des faits établis » puis ajoute qu' « il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier que les faits reprochés sont établis et d'apprécier si les éléments apportés au soutien des affirmations dudit employeur selon lesquelles il n'a pas violé le principe de l'égalité de traitement sont suffisants », CJCE, 10 juillet 2008, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre Firma Feryn NV, Aff. C-54/07.

⁶⁵⁶ « les règles de preuve plus favorables à la partie demanderesse instaurées par les dispositions critiquées ne sauraient dispenser celle-ci d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants qu'elle présente au soutien de l'allégation selon laquelle la décision prise à son égard constituerait une discrimination en matière de logement ou procéderait d'un harcèlement moral ou sexuel au travail ; ainsi, la partie défenderesse sera mise en mesure de s'expliquer sur les agissements qui lui sont reprochés et de prouver que sa décision est motivée, selon le cas, par la gestion normale de son patrimoine immobilier ou par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; qu'en cas de doute, il appartiendra au juge, pour forger sa conviction, d'ordonner toutes mesures d'instruction utiles à la résolution du litige » (considérant n° 89), Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002.

⁶⁵⁷ Citation du commissaire du gouvernement J. Arrighi de Casanova dans ses conclusions sur l'affaire *SA Prodes International*.

défendeur. Dans ce cas, il incombe à celui-ci de produire tous éléments d'appréciation, de fait comme de droit, vous permettant de vous assurer que la décision contestée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».

Vient alors la liberté d'appréciation du juge. Comme l'expliquait Maxime Letourneur, dans ses conclusions sur la décision Barel : « *le juge, directeur de l'instruction, se déterminera en conscience, au vu des divers éléments de chaque espèce* ». Cette responsabilité, propre à votre office de juge de l'excès de pouvoir, s'exerce à chaque étape de votre contrôle. C'est à vous qu'il revient d'apprécier si, du faisceau d'éléments produits par le requérant, naît ou non une présomption sérieuse de discrimination. C'est à vous qu'il revient ensuite de décider s'il y a lieu ou non d'ordonner au défendeur de produire tels documents ou de communiquer tels motifs. En cas de silence ou de réponse inopérante du défendeur, vous regarderez la discrimination présumée comme établie – c'est l'application de Barel. Mais, et c'est l'innovation qu'apporte la présente affaire, en cas de réponse opérante du défendeur, c'est à vous qu'il incombe de décider si les éléments, de fait comme de droit, qu'il avance sont étrangers à toute discrimination et, dans l'affirmative, s'ils justifient la mesure litigieuse ».

Sur le fond, le Conseil d'Etat propose donc des règles connues par la justice administrative. Selon B. Stirn, il y a application de « principes traditionnels » quant aux pouvoirs du juge dans l'instruction des dossiers et à l'établissement de la preuve par le débat contradictoire. Les règles ne sont pas donc pas spécifiques en tant que telles devant le juge administratif, mais en tant qu'elles s'appliquent spécifiquement aux allégations de discrimination. Ce régime entend faire peser « *des contraintes particulières dès lors que des allégations suffisamment consistantes sont apportées* »⁶⁵⁸. Ces règles de preuve sont donc bien spécifiques en ce que le Conseil d'Etat a créé une jurisprudence propre à la preuve de la discrimination affirmant en ce sens son accord avec le constat d'une difficulté particulière de preuve en la matière. L'originalité de la jurisprudence Perreux tient à ce qu'elle indique quelles sont les obligations respectives des parties en matière de preuve, et particulièrement du défendeur, ce qui introduit un système de dialectique de la preuve devant le juge de l'excès de pouvoir. C'est alors bien par l'intermédiaire du régime de la preuve de la discrimination que le Conseil d'Etat fait – lui aussi – émerger un discours de politique jurisprudentielle sur la lutte contre les discriminations⁶⁵⁹.

Le degré d'originalité de ces règles peut néanmoins interroger : le Conseil d'Etat ne fait pas peser à l'égard de l'administration une véritable obligation de preuve, ce qu'il affirme lui-même. Les règles sont néanmoins spécifiques en ce qu'elles vont au-delà de la logique ordinaire de la preuve objective et se rapprochent de la jurisprudence *Barel* ayant fait peser des importantes obligations sur l'administration. La jurisprudence *Barel* avait en son temps constitué une importante pierre dans le discours du juge administratif sur le rééquilibrage

⁶⁵⁸ B. Stirn, « Le juge administratif et les discriminations », *op.cit.*

⁶⁵⁹ La particularité de la discrimination est chez lui aussi traitée au travers de la question du régime probatoire.

procédural – parce que probatoire - à l'égard des requérants⁶⁶⁰. Mais en pratique, quelle est la portée de ces nouvelles règles ?

III. L'effectivité des règles d'administration de la preuve en matière de discrimination

Pour alléger la charge de la preuve, il existe plusieurs techniques : la plus connue est le renversement de la charge de la preuve (en droit administratif français, on connaît l'exemple de la présomption de défaut d'entretien normal en matière de travaux publics ou de la présomption de faute dans l'hypothèse de vaccinations obligatoires, d'infections nosocomiales ou encore d'affections iatrogènes), la seconde est la procédure inquisitoire qui attribue aux juges le pouvoir de prendre de leur propre initiative des mesures d'instruction pour recueillir des preuves⁶⁶¹. Devant le juge administratif français, la procédure inquisitoire s'applique aussi bien dans les actions en excès de pouvoir que dans les actions en responsabilité, avec une différence de taille pour ces dernières, dans la mesure où une véritable charge juridique de la preuve est bien prévue, mais cependant limitée en pratique dans la mesure où les pouvoirs inquisitoriaux du juge déchargent les justiciables du fardeau de la preuve sur d'importants aspects⁶⁶².

Si nous revenons à la question de la discrimination, cela veut dire que, d'un strict point de vue juridique, l'aménagement de la charge de la preuve pour le requérant qui s'estime victime d'une discrimination et qui agit le plus souvent dans le cadre d'un REP, n'est pas d'une

⁶⁶⁰ Il faut également rappeler que l'affaire *Barel* avait conduit de nombreux juristes à constater que le juge administratif aurait dû, ou en tout cas aurait pu, retenir le motif du détournement de pouvoir, mais avait finalement choisi celui de l'erreur de droit, pour les raisons déjà précédemment indiquées relatives aux « difficultés de preuve » du détournement de pouvoir (voir supra). Il s'agit d'un outil pourtant particulièrement adapté à la sanction des actes discriminatoires.

⁶⁶¹ La théorie juridique de la preuve distingue deux systèmes de procédure : la procédure accusatoire qui implique qu'il n'y a pas d'initiative du juge en matière de recherche des preuves et la procédure inquisitoire qui implique la liberté du juge de rechercher des preuves ; on distingue également deux systèmes de preuve : la preuve légale, où la charge juridique de la preuve bride la libre appréciation des preuves du juge, le juge devant simplement se demander si la partie à qui était attribuée la charge a réussi sa démonstration (on considère généralement que ce système correspond à la recherche de sécurité juridique) et la preuve libre où le juge doit simplement se demander où se situe sa conviction, eu égard à l'ensemble des preuves rassemblées, sans tenir compte de la charge de la preuve (ce système correspond plutôt à la recherche de la vérité). Procédure accusatoire et preuve légale se trouvent souvent associées, ainsi que procédure inquisitoire et preuve libre, mais cette association n'est ni générale ni logique. Voir C. Foulquier, *La preuve et la justice administrative*, Paris : L'Harmattan, *Logiques Juridiques*, 2013, p. 228-229.

⁶⁶² Devant le juge administratif français, si l'action en responsabilité administrative n'est pas véritablement plus contraignante en termes de preuve que le REP, c'est parce que le juge administratif a une tradition de grande liberté de recherche et d'appréciation des preuves, et l'attribution juridique du fardeau de la preuve au requérant (preuve de la faute) ou au défendeur (faute de la victime), selon le cas, est largement contrebalancée par l'instruction, du fait de l'importance du recours à l'expertise, du contradictoire et de l'intime conviction du juge. Voir C. Foulquier, « L'administration de la preuve dans l'action en responsabilité administrative », pp. 171-185 in *La responsabilité administrative, Actes du colloque de l'Association Française pour la recherche en droit administratif*, 7-8 juin 2012, Université Toulouse Capitole, Paris : LexisNexis, 2013 (coll. « Les travaux de l'AFDA »).

impérieuse nécessité devant le juge administratif⁶⁶³ : s'il appartient à chaque partie d'apporter un ensemble d'éléments qui contribue à démontrer la vérité de leur allégation, le juge administratif statue au regard de l'ensemble des éléments rassemblés, produits par les parties, mais qu'il peut compléter lui-même par des mesures d'instruction⁶⁶⁴.

Hélas, nous l'avons vu, en matière de discrimination, certaines affaires illustrent l'existence de difficultés majeures pour les requérants d'apporter des éléments de preuve, ne serait-ce que parce que bien souvent ces éléments se trouvent détenus par l'autorité administrative. Dès lors, apparaissent deux questions relatives à l'effectivité des règles spécifiques d'administration de la preuve de la discrimination devant le juge administratif : d'une part, dans quelle mesure le discours de renforcement de la protection des victimes de discrimination au travers du choix d'un meilleur mécanisme de preuve est-il pertinent vis-à-vis du juge administratif ? Le juge administratif français tient-il un discours favorable ou critique vis-à-vis de son propre mécanisme ? Pourquoi l'a-t-il aménagé, et comment ? Il convient donc d'examiner l'évolution des règles d'administration de la preuve devant le juge administratif face au discours de protection juridique renforcée des requérants (A). D'autre part, ces règles sont-elles conformes au discours, c'est-à-dire rendent-elles plus effectives la protection nécessaire du droit à la non-discrimination, notamment au regard des conclusions du rapport du Défenseur des droits ayant « *souvent constaté que malgré le dispositif d'aménagement de la charge de la preuve institué par le droit de l'Union européenne, puis le droit français, celle-ci restait difficile à apporter, les indices laissant présumer la discrimination demeurant délicats à rassembler par la personne concernée* »⁶⁶⁵ (B).

A. Le discours du juge administratif face au modèle de partage de la preuve des directives européennes et de l'article 4 de la loi de 2008

Il convient tout d'abord de rappeler que le discours portant sur la nécessité de faciliter l'administration de la preuve de la discrimination est venu d'autorités (1) qui ont pu critiquer notamment le juge administratif français pour son inefficacité (2).

⁶⁶³ On peut ainsi rappeler l'exemple de l'affaire *El Haddioui* et se reporter aux extraits cités des commissaires du gouvernement Letourneur et Lasry (voir *supra*).

⁶⁶⁴ Comme le rappelle D. Botteghi, « le juge contrôle le respect du principe d'égalité, dans la lignée de votre décision du 28 mai 1954, *Barel* (CE 28 mai 1954, n° 28238, *Barel, Lebon* ; *GAJA*, 17^e éd., 2009, n° 70). Et nous rappelons qu'il n'y a pas de charge de la preuve devant le juge de l'excès de pouvoir. Comme il est bien connu, c'est au juge qu'il revient d'établir sa conviction avec les éléments que lui fournissent les deux parties et en recourant, au besoin, à toutes les mesures d'instruction nécessaires (C'est l'avantage concurrentiel d'une procédure inquisitoire sur une procédure accusatoire dans laquelle, pour reprendre l'image utilisée par le Président Odent dans son cours, p. 896, le juge assiste sans y participer à un duel judiciaire dont il proclamerait le résultat). Ce régime, d'ailleurs, a longtemps été plus favorable que celui qui prévalait devant le juge civil (V. pour l'impact de la loi du 13 juill. 1973 et l'évolution en conséquence de la jurisprudence de la Cour de cassation les conclusions de E. Prada-Bordenave, ss CE, 21 déc. 2001, n° 224605, *Baumgarth*, au *Lebon*). Et c'est un mécanisme tout aussi favorable qui vaut dans le cas où des discriminations sont alléguées depuis votre décision d'Assemblée du 30 octobre 2009, *Mme Perreux* », Conclusions Botteghi, CE, 24 février 2011, *Laupêtre*, req. n° 335453.

⁶⁶⁵ Le Défenseur des droits, Rapport annuel d'activités 2014, [en ligne]. Disponible sur : <http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/raa_court_2014_0.pdf> (consulté le 22/03/2016) p. 34.

1. *Le discours institutionnel de facilitation de la preuve de la discrimination*

Outre les directives et la jurisprudence des juridictions européennes mettant en place des systèmes de partage de la charge de la preuve entre les parties⁶⁶⁶, l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 affirme que « *toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ». La loi précise que l'article ne s'applique pas devant les juridictions pénales, ce qui implique *a contrario* qu'il s'applique devant le juge administratif. En revanche, la directive applicable dans l'affaire *Perreux*, émettait une réserve s'agissant des procédures dans lesquelles le juge a la maîtrise de l'instruction – ce qui concerne donc le juge administratif – que le législateur français n'a pas reprise lors de la transposition.

Il faut dire que les institutions internationales et européennes compétentes, et de nombreux juristes, ont reconnu l'intérêt juridique d'un tel mécanisme. Le rapporteur public J.- Ph. Thiellay, dans l'affaire *El Haddioui* affirmait à propos du mécanisme transposé par la loi de 2008 qu'il existe une « *utilité de cet aménagement de la charge de la preuve* »⁶⁶⁷, illustration pour lui des « *obligations qu'elle fait peser sur la défense* »⁶⁶⁸. La démonstration faite dans le cas d'espèce par le rapporteur public montre d'ailleurs l'intérêt du partage prévu par l'article 4, en ce qu'il établit une double présomption : une présomption de fait vis-à-vis du requérant et une présomption de droit vis-à-vis du défendeur. La charge juridique de la preuve est déplacée vers le défendeur si le requérant réussit à établir qu'une discrimination peut être supposée.

⁶⁶⁶ Par exemple, la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les litiges relatifs à l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe. Voir également l'arrêt de la CJCE, du 17 octobre 1989, *H.K. / Danfoss*, faisant application de la directive du 10 février 1975 sur l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins, qui précise que « *le souci d'efficacité qui sous-tend la directive doit conduire à interpréter celle-ci comme impliquant des aménagements aux règles nationales relatives à la charge de la preuve dans les situations particulières où ces aménagements sont indispensables à la mise en œuvre effective du principe d'égalité* » (CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. C-109/88, Rec. P. I-3199, §14).

⁶⁶⁷ « La charge de la preuve n'est pas frontalement inversée mais une forme de présomption reconnue », concl. sur CE, 10 avril 2009, *El Haddioui*, req. n° 311888.

⁶⁶⁸ Et selon S.-J. Liéber et D. Botteghi : « Là où l'on raisonne en termes d'égalité, il suffit de justifier avoir fondé le dispositif sur des règles objectives applicables uniformément, sans égard au cas particulier. Là où l'on raisonne en termes de discrimination, il faut justifier que l'on a fait, dans le cas particulier, un choix étranger à toute considération discriminante, et c'est à celui qui est attaqué de se justifier. Cette logique implique nécessairement que la preuve, plus ou moins exigeante, incombe au défendeur, sur qui repose l'obligation de ne pas discriminer », S.-J. Liéber et D. Botteghi, « Mme Perreux (II) - Juger des discriminations, une mission sous contrainte », *AJDA*, n°43, 2009, p. 2391.

2. La critique institutionnelle du régime probatoire devant le juge administratif

Cette volonté de renforcer la protection juridique des victimes de discrimination par la mise en place d'un aménagement de la charge de la preuve est partagée à différents niveaux⁶⁶⁹, notamment le comité des droits de l'homme des Nations-Unies, l'Union européenne et le Comité européen des droits sociaux, lequel avait eu l'occasion d'exprimer son inquiétude vis-à-vis du système probatoire des tribunaux administratifs français dans une décision du 8 novembre 2005 affirmant que si « *les tribunaux administratifs utilisent la procédure dite inquisitoriale, où les questions touchant à la charge de la preuve peuvent être abordées d'une toute autre manière que la procédure contradictoire [...], le Comité ne peut cependant que constater qu'il ne voit pas, s'agissant des catégories de salariés concernées [...], que le droit français contienne des dispositions légales tendant à garantir un aménagement de la preuve tel que l'implique l'article 1 § 2 de la Charte révisée* »⁶⁷⁰.

C'est dans ce contexte que l'arrêt d'Assemblée *Mme Perreux* du 30 octobre 2009 du Conseil d'Etat est intervenu, dans un premier temps pour combler, semble-t-il, la non-application de la loi de 2008 aux faits lui étant antérieurs⁶⁷¹, mais le Conseil d'Etat décidera rapidement qu'il s'applique également aux faits postérieurs⁶⁷², et si la décision *Perreux* intervenait dans le cadre d'un REP, le même considérant de principe sera repris en matière de responsabilité⁶⁷³, manifestant ainsi l'équivalence entre son dispositif jurisprudentiel et le dispositif législatif⁶⁷⁴. Le rapporteur public M. Guyomar affirmait déjà à l'occasion de l'affaire *Mme Perreux* que le système proposé par le Conseil d'Etat pourrait offrir une protection équivalente à celle de la loi. Et selon B. Dacosta, dans ses conclusions sur la décision du Conseil d'Etat du 22 février 2012, *Mme Arnaud-Eraud* : « Par votre décision d'assemblée *Mme Perreux* du 30 octobre

⁶⁶⁹ Pour une littérature globale, voir notamment A. McColgan, *Discrimination, equality and the law*, Oxford: Hart Publishing, 2014 ; S. Hannett, « Equality at the Intersections : the Legislative and Judicial Failure to tackle multiple discrimination », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.1, n° 23, 2003 ; M. Mercat-Bruns, « Age and disability differential treatment in France: contrasting EU and national court's approaches to the inner limits of antidiscrimination law », *International Journal of Discrimination and the Law*, Vol.15, n°1-2, 2015; I. Chopin and C. Germaine-Sahl, *Developing Anti-discrimination Law in Europe*, European Commission, oct. 2013.

⁶⁷⁰ Cité par L. Cluzel-Métayer, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, n°2, 2010, p. 309.

⁶⁷¹ Dans l'affaire *Delaunay* (CAA Versailles, 29 décembre 2009, *Delaunay*, req. n° 08VE00296), le rapporteur public S. Dasvesnes de la CAA de Versailles affirme que la loi n'est pas applicable car les faits sont antérieurs ; il a ainsi l'air de suggérer qu'elle pourrait l'être pour les faits ultérieurs (voir d'ailleurs son raisonnement très intéressant sur l'atteinte aux droits de la défense en cas de rétroactivité des règles de preuve).

⁶⁷² La décision *Mme Perreux* s'applique tant aux faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-496 qu'aux faits postérieurs à celle-ci (CE, 7 juill. 2010, n° 322636, *Mme Poliak, Lebon* ; *AJDA* 2010. 2126 ; *Cah. Cons. const.* 2011. 250, obs. J. Benetti et L. Cluzel-Métayer ». Voir aussi CE, 10 janvier 2011, *Mme A.*, req. n° 325268.

⁶⁷³ S'il concerne le fait de harcèlement, et non de discrimination, l'arrêt CE, Sect., 11 juillet 2011, n° 321225, *Mme Montaut*, est le plus connu (Lebon avec les concl. ; *AJDA* 2011. 2072, concl. M. Guyomar ; *AJFP* 2012. 41, note R. Fontier ; *AJCT* 2011. 474, obs. L. Derridj ; *RDT* 2011. 576, obs. P. Adam ; *JCP Adm.* 2011, n° 2377, note D. Jean-Pierre). En matière de discrimination, voir par exemple, CAA Nantes, 19 juillet 2012, req. n° 10NT01075.

⁶⁷⁴ En revanche, dans une décision au moins, le Conseil d'Etat applique l'article 4 de la loi de 2008 et non la jurisprudence *Perreux* : CE, 21 novembre 2012, *Guérin*, req. n° 346244, jetant ainsi le trouble sur l'application de la jurisprudence *Perreux* aux faits postérieurs à la loi de 2008.

2009 (...) vous avez aménagé le régime de la charge de la preuve dans le cas particulier où le requérant soumet au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte au principe de l'égalité de traitement des personnes : il incombe alors au défendeur de produire tout élément « *permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ». Le principe a parallèlement été posé par l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, dont les dispositions n'étaient pas applicables *ratione temporis* dans l'affaire *Perreux* »⁶⁷⁵.

Il est vrai qu'avec l'article 4 de la loi de 2008, comme avec la jurisprudence *Perreux*, se trouve écartée toute application stricte de la charge juridique de la preuve de la discrimination sur le requérant⁶⁷⁶. La dialectique de la preuve énoncée avec la décision *Perreux* rappelle la jurisprudence du Conseil d'Etat, en matière de principe d'égalité d'accès aux emplois publics, précisée dans la décision *Barel* de 1954 : si le requérant apporte un commencement de preuve, la charge de la preuve appartient alors au défendeur, qui succombe s'il n'apporte aucune preuve après y avoir été invité par le juge⁶⁷⁷. La jurisprudence *Barel* va cependant être prolongée par la jurisprudence *Mme Perreux*, qui va non seulement réaffirmer la dialectique mise en place, mais également ajouter qu'en cas de doute, c'est l'ensemble des mesures d'instruction que le juge administratif doit utiliser, et non la simple « *production de tous documents susceptibles d'établir la conviction du juge et de permettre la vérification des allégations du requérant* »⁶⁷⁸.

Pour la justice administrative, l'amélioration procédurale se trouve aussi dans la méthode comparative qui peut être utilisée comme mode de preuve. Pour M. Guyomar, l'intérêt de la décision *Mme Perreux* est « *pour la première fois, dans pareille configuration, à devoir peser les mérites respectifs du bénéficiaire de la décision attaquée et de ceux dont la candidature n'a pas été retenue* ».

⁶⁷⁵ B. Dacosta, concl. sous CE, 22 février 2012, *Mme Arnaud-Eraud*, req. n° 343410, 343438.

⁶⁷⁶ Selon le considérant de principe : « *de manière générale, il appartient au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction ; que cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes ; que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que ladite mesure repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la mesure en cause a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile* ».

⁶⁷⁷ CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, Lebon 308, concl. Letourneur, D. 1954. 594, note G. Morange, S. 1954. 3. 97, note Mathiot, RPDA 1954. 149, concl. Letourneur, note Eisenmann, Rev. adm. 1954. 393, concl. Letourneur, note G. Liet-Veaux, AJDA 1954. II. 396, chron. M. Long, RD publ. 1954. 509, concl. Letourneur, note Waline.

⁶⁷⁸ Arrêt *Barel* précité.

Se pose néanmoins la question de l'adéquation des règles d'administration de la preuve devant le juge administratif au discours de protection juridique renforcée vis-à-vis d'un système qui échappe aux règles fixées par les directives européennes et la loi française, pour des motifs que l'on ne peut formuler que par hypothèse : soit par choix de mettre en œuvre un « régime probatoire plus favorable »⁶⁷⁹, soit parce que « Les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente », ce qui est le cas dans le contentieux administratif⁶⁸⁰. Le fait que la directive n'impose pas un aménagement de la charge de la preuve pour les procédures « dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou l'instance compétente » a vraisemblablement prévalu⁶⁸¹. Mais l'aménagement de la preuve mis en place devant le juge administratif facilite-t-il tout autant la difficulté de preuve pour le requérant ?

B. Les règles d'administration de la preuve devant le juge administratif

Il existe incontestablement devant le juge administratif un partage de la charge de la preuve entre les parties : le requérant doit réussir à faire présumer qu'il y a eu discrimination ; c'est alors à l'administration de fournir des preuves. Le juge effectue une balance des preuves et s'il demeure un doute, ordonne toute mesure d'instruction utile.

On observe donc, d'une part, qu'il ne s'agit que de faire présumer une discrimination pour le requérant, permettant ainsi d'éviter la rugosité de l'élément intentionnel, qui constitue l'un des grands problèmes de la preuve de la discrimination (voir *supra*). Il faut constater qu'il existe tout de même de nombreux échecs à ce stade⁶⁸². Il convient donc d'analyser la jurisprudence de manière à éprouver l'effectivité de ce régime probatoire censé alléger la charge de la preuve pour les requérants. Les échecs à ce stade sont-ils liés à l'ineffectivité du régime, aux indigences des dossiers ou à une exigence particulièrement lourde du juge à ce stade ? D'autre part, il est intéressant de savoir si, dans ce système, on n'assiste pas également à un allègement de la charge de la preuve du défendeur. En effet, on peut observer que les demandes de précisions sont dirigées généralement sur le défendeur. Le juge ne le favorise-t-il pas dès lors en agissant ainsi (1) ? Quels sont, en outre, les modes de preuve admis et pertinents (2) ? Est-ce que le dispositif ne favorise pas le défendeur dans l'hypothèse où il demeure un doute (3) ?

⁶⁷⁹ Comme le prévoit, par exemple, l'article 4 de la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les litiges relatifs à l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe.

⁶⁸⁰ Cette dernière hypothèse permettant au juge administratif de conserver son autonomie procédurale. Voir M. Canedo-Paris, « Le double apport de l'arrêt Mme Perreux : irrecevabilité des directives, charge de la preuve », *R.F.D.A.*, n°1, 2010, p. 126.

⁶⁸¹ Pourtant les directives ne sont pas d'effet direct.

⁶⁸² C'est ce que le Défenseur des droits a eu l'occasion de constater : « les indices laissant présumer la discrimination demeurant délicats à rassembler par la personne concernée », Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activités 2014*, op.cit., p. 34.

1. Le partage de la charge juridique de la preuve

L'attribution de la charge de la preuve ne se veut pas entièrement favorable au requérant, d'où l'idée d'aménagement et non de renversement de la charge⁶⁸³. Devant le juge administratif, cette idée se concrétise d'abord par le fait que le requérant doit faire présumer la discrimination, et ensuite par le fait que le défendeur n'est pas tenu de prouver la non-discrimination. Certains requérants ont pu néanmoins réclamer le renversement de la charge de la preuve, conscients du net avantage qu'il procure, ce à quoi un rapporteur public a pu affirmer qu'il n'en est rien puisqu'il « faut au moins apporter des faits présomptifs de discrimination » selon les dispositions de l'article 4 de la loi de 2008⁶⁸⁴.

a. Le commencement de preuve pour le requérant

Le requérant se voit attribuer la charge juridique du commencement de preuve, c'est-à-dire qu'il succombe s'il ne réussit pas à faire présumer la discrimination. Constitue un avantage évident le fait que la démonstration attendue n'est pas une certitude, mais une simple vraisemblance de discrimination (des « éléments suffisants » pour le rapporteur public dans l'affaire *Delaunay*)⁶⁸⁵.

Pour le requérant, le risque se situe néanmoins dès le premier stade⁶⁸⁶. Il existe en effet de nombreux exemples d'absence de présomption de discrimination vis-à-vis desquels il est important de vérifier s'ils s'expliquent par l'indigence des dossiers ou l'existence d'une particulière sévérité du juge dans l'appréciation de la présomption. Il se trouve que l'on rencontre, au travers de l'étude de la jurisprudence, des dossiers qui paraissent particulièrement vides⁶⁸⁷, et qui finissent d'ailleurs de convaincre de la nécessité de ce premier pallier, afin d'éviter les recours abusifs⁶⁸⁸. Il y en a d'autres qui semblent révéler une certaine sévérité dans l'appréciation du juge⁶⁸⁹.

⁶⁸³ Et il en a été décidé ainsi à tous les niveaux : directives, loi et juridictions. L'argument invoqué est juridique, à savoir le risque de rupture dans l'égalité des armes (voir *supra*), mais il faut également évoquer le risque pratique pour les juridictions d'une explosion du contentieux si un renversement de la charge de la preuve était tout simplement prévu, tant il pourrait constituer un véritable fardeau pour le défendeur.

⁶⁸⁴ Concl. Dewailly, sous CAA Paris, 4 juin 2012, *Mmes QUAILE, LEOWSKI et M. BOUZERAR*, req. n° 10PA03340, 10PA03341 et 10PA03453.

⁶⁸⁵ CAA Versailles, 29 décembre 2009, *Delaunay*, req. n° 08VE00296. Dans un arrêt du 15 avril 2015, req. n° 373893, le Conseil d'Etat affirme « qu'il appartient au requérant qui soutient qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer du sérieux de ses allégations ; que, lorsqu'il apporte à l'appui de son argumentation des éléments précis et concordants, il incombe à l'administration de produire tous les éléments permettant d'établir que la mesure contestée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».

⁶⁸⁶ Par exemple, CAA Paris, 3 décembre 2013, *Hadj Darvish*, req. 10PA04562.

⁶⁸⁷ TA Nancy, M. Antonio Andrade Lopes Tavares, req. n° 1300263. TA Toulouse, M. Alain REY, req. n° 0905580.

⁶⁸⁸ Par exemple, un requérant qui invoque une discrimination liée à la prise en compte d'un handicap par une commission statuant sur son aptitude à reprendre ses fonctions, alors qu'il réclamait au même moment le bénéfice de l'allocation aux adultes handicapés : TA Dijon, 20 mars 2010 ; M. Luc Morin ; req. n° 1100254. Dans un jugement de la CAA de Paris, le requérant ne produit aucun élément de nature à établir que « ses collègues ont bénéficié d'une promotion sur place » et « d'autre part, il ne peut comparer sa situation avec celle de collègues qui ont fait acte de candidature durant les années où lui-même n'a accepté aucune proposition et

Mais il est tout aussi intéressant de souligner qu'il existe aussi de nombreux exemples où les faits produits par le requérant sont suffisants. Les arrêts ne sont pas toujours explicites quant à la dialectique probatoire, et notamment quant à l'appréciation par les juges du premier stade, mais le fait que le juge analyse les arguments du défendeur impliquent en toute évidence que le requérant a réussi à faire présumer la discrimination. Dans un arrêt de la CAA de Strasbourg, le juge affirme que « [l]a Poste, à laquelle il incombe de produire tous éléments de nature à contrebattre les éléments de fait ainsi avancés par le requérant, de nature à faire présumer une discrimination à son encontre liée à son engagement syndical, se borne à dénier toute intention de discrimination de sa part en ne produisant aucun élément de fait de nature à conforter cette affirmation »⁶⁹⁰. La situation apparaît un peu particulière ici, puisque l'on peut se demander si le requérant convainc le juge ou s'il remporte le duel, faute pour l'administration d'avoir participé. Mais on peut surtout penser que le requérant s'est montré particulièrement convaincant, grâce à la mise en œuvre d'une comparaison pertinente avec d'autres agents dans la même situation professionnelle n'ayant pas fait l'objet de mesures aussi sévères que lui. Dans cette affaire, la mise en avant d'éléments constants, relatifs notamment au fait que la décision administrative de retrait de service immédiat ait été prise après qu'il ait accepté de témoigner dans le cadre d'une procédure pénale en faveur d'une salariée bousculée par le directeur, a pu certainement jouer également un rôle important dans la conviction du juge.

Dans ses conclusions sur l'affaire *Perreux*, M. Guyomar avait par ailleurs précisé qu'il était tout à fait possible pour le juge de s'arrêter au stade 1. C'est une hypothèse rare mais pas inexistante, comme le montre un jugement du TA de Limoges, où la discrimination fondée sur l'état de santé est établie sur des éléments non contestés et constants ; la preuve de la discrimination y apparaît de manière quasi évidente⁶⁹¹.

Pour le juge administratif, cet allègement constitue un gain pour le requérant, du fait qu'il n'est pas tenu d'apporter la preuve complète de la discrimination. Il faut tout de même

s'est abstenu de toute démarche, et ont accepté, à la différence de lui-même, de se soumettre aux procédures de promotion qui leur étaient proposées », CAA Paris, 19 décembre 2013, *M. Claude Rizzo*, req. n° 11PA03177. Le juge estime qu'il n'y a pas non plus d'harcèlement moral.

⁶⁸⁹ TA Poitiers, 1^{er} décembre 2010, *M. Guérin*, req. n° 0803037. Le jugement du tribunal administratif de Poitiers affirme que le requérant ne produit aucun commencement de preuve : « *s'agissant de l'ensemble du retard du déroulement de la carrière invoqué par le requérant, notamment avant le 1er juin 2003, tel qu'il ressort des pièces du dossier et du graphique qu'il produit, les éléments soumis au tribunal ne suffisent pas à faire présumer que ce retard aurait pour origine une discrimination d'ordre syndical dont aurait pâti M. GUERIN tout au long de sa carrière et particulièrement au moment des avancements de groupe et ce nonobstant la reconnaissance de sa valeur professionnelle* ». Le simple retard du déroulement de la carrière ne devrait-il pas pourtant suffire pour faire présumer la discrimination vis-à-vis d'un représentant syndical dont la valeur professionnelle est reconnue, quitte à ce qu'il succombe au second stade ? La décision CE, 21 novembre 2012, *Guérin* confirme cette position du tribunal, en sachant qu'il n'est dans cette hypothèse que le juge de cassation. Voir également CE, 15 mai 2013, *M. Lagarde*, req. n°350883 où il n'y a pas de dénaturation car le requérant n'a soumis aucun élément susceptible de faire présumer l'existence d'une discrimination.

⁶⁹⁰ CAA Nancy, 16 juin 2011, *M. Mickaël M.*, req. n° 10NC00901.

⁶⁹¹ TA Limoges, 27 janvier 2011, *Mme Patricia Terrier*, req. n° 100241.

préciser que, devant le juge administratif, le commencement de preuve n'apparaît pas comme une nouveauté⁶⁹². L'allègement de la charge de la preuve est l'un des grands avantages du recours devant le juge administratif, en recours pour excès de pouvoir comme en recours de plein contentieux, dès lors que la procédure y a toujours été inquisitoriale⁶⁹³.

b. *La production d'éléments permettant d'établir que la mesure contestée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination pour le défendeur*

Selon la décision *Perreux*, « il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que ladite mesure repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». Il convient tout de suite de remarquer qu'il ne lui appartient donc pas de prouver, mais seulement de produire des éléments permettant de convaincre le juge. Par comparaison, l'article L. 1132-3-3 du code travail affirme : « En cas de litige relatif à l'application du premier alinéa, dès lors que la personne présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, il incombe à la partie défenderesse, au vu des éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles »⁶⁹⁴. La charge juridique du défendeur devant le juge

⁶⁹² Et permet d'affirmer aux commentateurs de l'AJDA que le dispositif ne constitue pas une réelle nouveauté : « Comment qualifier ce dispositif ? Certainement pas de réelle inversion de la charge de la preuve, ce qu'institue la directive, la réserve du juge constitutionnel interdisant un tel système. Une présomption réfragable ? Même pas, car la réponse du défendeur n'étant pas requise sur le même terrain que celui du requérant, on doute de la qualification même de « présomption ». En effet, pour se soustraire à la « présomption » de discrimination qui pèse sur lui, le défendeur ne doit pas justifier ne pas avoir discriminé, mais avoir pris en compte des critères objectifs. Le juge autorise donc le défendeur à changer de terrain, ce qui rend le dispositif singulier. Quand les directives exigent que l'employeur mis en cause s'explique sur l'allégation de discrimination, le législateur français, par un geste amplifié par les juges nationaux, accepte que l'employeur s'y dérobe et réponde par des considérations extérieures, à savoir l'existence de motifs justifiant sa décision - par exemple, en cas de recrutement, la compétence de la personne choisie. On retrouve ici la marque historique du contrôle de l'égalité de traitement (l'application d'une règle objective) et l'interdiction, constitutionnellement justifiée, d'apporter une preuve négative. Ces particularités nous conduisent à penser que la décision *Mme Perreux* est, davantage qu'un aménagement de la charge de la preuve, un acte didactique. Sa vertu première est d'expliquer la démarche probatoire que le juge, appelé à interpréter un régime légal nouveau, entend suivre. Le dispositif revient au final à un mécanisme guère éloigné de l'inspiration de *Barel*, que l'on pourrait aussi comparer au régime de preuve objective auquel le juge fiscal a souvent recours », S.-J. Liéber et D. Botteghi, « Mme Perreux (II) - Juger des discriminations, une mission sous contrainte », *op. cit.* Ils soulignent également que le dispositif *Perreux* a moins d'intérêt dans le contentieux objectif que dans le contentieux subjectif. En effet, il neutralise le risque de la charge de la preuve.

⁶⁹³ Mme Cadoux-Trial expliquait ainsi les principes traditionnels : « la juridiction administrative a maintes occasions de le rappeler, il appartient au particulier qui attaque un acte administratif par la voie d'un recours pour excès de pouvoir ou au demandeur dans une instance de plein contentieux, d'établir le bien-fondé de ses allégations en apportant au moins un commencement de preuve », L. Cadoux-Trial, « La charge de la preuve devant le Conseil d'État », *E.D.C.E.*, n°7, 1953, p. 85.

⁶⁹⁴ Voir par exemple Cour d'appel de Chambéry, Soc., 22 mai 2014, req. n° 13/01926 : « il appartient à la SAS CARBONE SAVOIE d'administrer la preuve de ce que ses décisions plus ou moins favorables à l'égard d'autres ouvriers d'un même groupe, qui ont connu des progressions de rémunération et une succession de promotions dans des délais plus rapides que Didier C. lui ont été inspirées par la prise en considération d'autres éléments que les activités syndicales de l'intéressé ».

administratif paraît donc moins lourde⁶⁹⁵. En pratique, cela implique que le risque apparaît moins grand pour le défendeur, car il ne succombe pas automatiquement s'il demeure un doute⁶⁹⁶.

Devant le juge administratif, le défendeur peut réfuter la présomption en produisant des éléments établissant que le requérant ne se trouve pas dans une situation comparable, soit en démontrant que la distinction se fonde non sur la caractéristique interdite mais sur des caractéristiques objectives telles que des indemnités de déplacement, soit en justifiant la prise en compte d'une caractéristique interdite pour des raisons objectives et de manière proportionnée. Par exemple, un travail de valeur inégale, des tâches différentes, etc.

Cependant, bien que le juge administratif n'attende pas, il est vrai, des défendeurs la preuve d'une absence de discrimination, ces derniers ne parviennent pas toujours à se défendre efficacement. Il en est, par exemple, ainsi lorsque ils contestent l'un des arguments des requérants en arguant simplement du fait que les preuves sont inexistantes ou insuffisantes⁶⁹⁷.

Cela conduit à aborder l'importante question des modes de preuve.

⁶⁹⁵ Comme l'explique les commentateurs de l'AJDA, le juge administratif est encore moins contraignant que le juge constitutionnel, le juge social et le législateur français : « Ce dispositif reprend la valse à deux temps des dispositifs légaux, principalement l'article 4 de la loi du 27 mai 2008, selon l'« esprit » du droit français en la matière, moins exigeant que le droit communautaire. La Cour de cassation et le Conseil constitutionnel ont en effet interprété la partition juridictionnelle selon la logique qu'emprunte *Mme Perreux*. La chambre sociale, confirmée par la suite, a considéré qu'une fois avancés par le requérant des « éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement [...] il incombe à l'employeur [...] d'établir que la disparité de situation ou la différence de rémunération constatée est justifiée par des critères objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe » (Soc. 23 nov. 1999, n° 97-42.940, Bull. V, n° 447 ; 28 mars 2000, n° 97-45.258, Bull. V, n° 126 ; cela ne vaut pas, bien sûr, en matière pénale : Crim. 3 avr. 2007, n° 06-81.784). Le Conseil constitutionnel s'est également prononcé en ce sens, lors de sa saisine au sujet de ce qui devint la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale. Il n'a accepté la constitutionnalité de cette loi qu'au prix d'une réserve d'interprétation : quand la loi dit qu'il faut « prouver que [la] décision est justifiée », il suffit de prouver qu'il existe des « motifs objectifs étrangers à toute discrimination ». On peut considérer que le juge administratif va encore moins loin que ces juges. A leur différence, il n'exigera pas du défendeur qu'il « prouve » ou qu'il « justifie », mais seulement qu'il avance des éléments pour établir que la décision « repose sur des éléments objectifs », autrement dit des motifs de droit et de fait objectivement appréciables. D'aucuns pourraient probablement y voir un assouplissement supplémentaire de la protection en droit interne contre les discriminations », S.-J. Liéber et D. Botteghi, « *Mme Perreux (II) - Juger des discriminations, une mission sous contrainte* », *op. cit.*

⁶⁹⁶ Selon X. Lagarde, « La charge de la preuve, c'est aussi le risque de la preuve, c'est-à-dire, l'attribution de la succombance dans l'hypothèse où une incertitude demeurerait à l'issue des débats. La question du risque de la preuve est ainsi celle de savoir qui succombe si un doute subsiste sur les faits litigieux. Cette charge ne pèse pas sur les deux parties mais sur l'une d'entre elles. Elle n'évolue pas au gré des allégations de l'une ou de l'autre des parties mais elle est déterminée dès avant le procès (ex. : celui qui réclame le paiement d'une créance doit prouver le principe et l'étendue de celle-ci, à charge pour celui qui prétend avoir exécuté d'en faire la preuve...) », X. Lagarde, « D'une vérité l'autre. Brèves réflexions sur les différentes cultures de la preuve », *Gaz. Pal.*, n°203-204, 2010, p.6.

⁶⁹⁷ CAA Bordeaux, 10 mars 2014, *Mme A.*, req. n° 13BX00711.

2. Les modes de preuve

La question de l'admissibilité des modes de preuve ne se pose pas, en principe, puisque la preuve est libre et peut être apportée par tout procédé devant le juge administratif⁶⁹⁸. En revanche, apparaît comme particulièrement intéressant, dans une démarche qui interroge l'effectivité du droit à la non-discrimination, le fait de s'interroger sur la pertinence des modes de preuve.

a. Les preuves produites par le requérant

L'une des premières questions qui vient à l'esprit dès que l'on s'intéresse aux modes de preuves pertinents dans ce domaine concerne la valeur accordée par le juge administratif aux délibérations de la HALDE, aujourd'hui le Défenseur des droits. Cette question se révèle particulièrement pertinente pour le premier stade du partage de la preuve, autrement dit lorsqu'il s'agit d'établir la simple présomption. On pourrait, en effet, envisager qu'une délibération du Défenseur des droits favorable au requérant constitue une présomption ou bénéficie d'une forte valeur probante. Or, il se trouve que le juge administratif a considéré qu'une délibération de la HALDE favorable au requérant ne suffit pas à établir la présomption⁶⁹⁹.

En revanche, il arrive que le juge s'appuie sur les observations de la HALDE pour considérer certains faits comme établis. On le constate, par exemple, dans un arrêt de la CAA de Lyon, où le juge utilise notamment une délibération de la HALDE pour considérer comme fondée l'action de la requérante alléguant d'une discrimination liée à une distinction politique⁷⁰⁰. On voit également la CAA de Bordeaux intégrer dans son raisonnement les observations du Défenseur des droits, présentées devant les premiers juges, et précisant les dates auxquelles le requérant avait pris des responsabilités syndicales - dates dont le ministre niait la réalité⁷⁰¹.

Parmi les modes de preuve importants de la discrimination devant le juge administratif, on trouve également la méthode comparative. L'arrêt typique en la matière se révèle tout simplement l'arrêt de principe *Mme Perreux*, mais on voit même certains juges utiliser, à l'instar du Défenseur des droits, des panels de comparaison de carrière⁷⁰². C'est le cas le plus souvent en matière syndicale⁷⁰³. Mais ce mode de preuve peut se révéler inconfortable lorsque

⁶⁹⁸ Voir toutefois un arrêt sur la loyauté dans l'administration de la preuve d'un employeur public, voir CE, 16 juillet 2014, req. n°355201 et dont les conséquences doivent être suivies.

⁶⁹⁹ CAA Bordeaux, 23 octobre 2012, req. n° 12BX00290. Le juge précise que les recommandations de la HALDE n'ont pas de force contraignante et que le requérant ne peut donc utilement les invoquer.

⁷⁰⁰ CAA Lyon, 26 novembre 2013, *Mme A.*, req. n° 13LY00362. Il s'en sert pour établir que le maire avait connaissance des opinions politiques de l'agent contractuel non renouvelé, contrairement à ce qu'il affirmait.

⁷⁰¹ CAA Bordeaux, 10 mars 2014, req. n° 13BX00711.

⁷⁰² CAA Nantes, 19 juillet 2012, 10NT01075 et 10NT01076. CE, 20 novembre 2013, req. n° 362879 : même si c'est pour refuser de reconnaître la discrimination, le principe du panel y est acté.

⁷⁰³ *Ibid.*

la situation ne se révèle pas comparable selon le juge⁷⁰⁴. On constate même très souvent que, pour le requérant, l'utilisation de cette méthode se révèle difficile, faute de disposer d'une véritable méthode⁷⁰⁵.

La preuve statistique apparaît dès lors comme un support utile à la méthode comparative. Si l'on ne trouve pas de grand arrêt du Conseil d'Etat en la matière, on peut toutefois noter l'existence de quelques décisions qui apportent des informations se révélant utiles. Dans une décision du Conseil d'Etat du 25 janvier 2012, le fait que trois des six élèves non autorisés à redoubler soient des personnes handicapées ne suffit pas à démontrer l'existence d'une pratique discriminatoire⁷⁰⁶. Il y avait certes d'autres éléments qui allaient dans le sens d'une absence de discrimination, mais cette décision permet de s'interroger sur la place que le juge administratif entend accorder à ce que l'on appelle la discrimination systémique ou structurelle⁷⁰⁷. Le juge administratif ne semble pas, en effet, prendre en compte la dimension systémique de la discrimination, ni tenir compte de la vulnérabilité de certaines catégories de personnes⁷⁰⁸. La Cour de cassation⁷⁰⁹ et la CJUE⁷¹⁰ le font apparemment. Lorsque des données montrent, par exemple, que des femmes ou des personnes handicapées sont

⁷⁰⁴ CAA 19 décembre 2013, *M. Claude Rizzo*, req. n° 11PA03177. Pour une méthode comparative de la requérante clairement contestée par les juges, voir *infra* TA et CAA Marseille, dans l'affaire *Mme Arnaud-Eraud*.

⁷⁰⁵ Voir encore récemment CE, 15 avril 2015, req. n° 373893.

⁷⁰⁶ CE, 25 janvier 2012, *M. Bruno B.*, req. n° 348269.

⁷⁰⁷ « La discrimination systémique est une discrimination qui relève d'un système, c'est-à-dire d'un ordre établi provenant de pratiques, volontaires ou non, neutres en apparence, mais qui donne lieu à des écarts de rémunération ou d'évolution de carrière entre une catégorie de personnes et une autre. Cette discrimination systémique conjugue quatre facteurs : - les stéréotypes et préjugés sociaux ; - la ségrégation professionnelle dans la répartition des emplois entre catégories ; - la sous-évaluation de certains emplois ; - la recherche de la rentabilité économique à court terme. La particularité de la discrimination systémique étant qu'elle n'est pas nécessairement consciente de la part de celui qui l'opère. *A fortiori*, elle n'est pas nécessairement décelable sans un examen approfondi des situations par catégories », V. not. Rapp. Pécaut-Rivolier, *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Éd. ministère du droit des femmes, déc. 2013, p. 27-29. Cité par M. Mercat-Bruns, « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *R.D.T.*, n°1, 2015 p. 28.

⁷⁰⁸ On peut se demander toutefois si le Conseil d'Etat ne tient pas compte dans les affaires relatives aux discriminations liées à l'égard de magistrats ayant des responsabilités syndicales à une certaine forme de « vulnérabilité des magistrats » vis-à-vis du pouvoir exécutif. Voir les conclusions du rapporteur public C. Roger-Lacan à propos de procédures devant la HALDE laissant supposer des pratiques discriminatoires vis-à-vis de magistrats ayant des activités syndicales, ccls. sous CE, 10 janvier 2011, C. Roger-Lacan, « Quand l'opposition au détachement d'un magistrat, fondée sur le bon fonctionnement du service public, cache une discrimination », *op. cit.*

⁷⁰⁹ Soc. 3 nov. 2011, n° 10-20.765 : « L'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés ; qu'ayant relevé que l'exploitation par M. X... et M^{me} Y... de la qualité d'étrangère de M^{me} Z... en situation irrégulière sur le territoire français ne lui permettant aucune réclamation avait entraîné pour la « salariée » la négation de ses droits légaux et conventionnels et une situation totalement désavantageuse par rapport à des employés de maison bénéficiaires de la législation du travail, la cour d'appel, qui en a déduit que M^{me} Z... avait subi en raison de son origine une discrimination indirecte caractérisée, a légalement justifié sa décision de ce chef... ».

⁷¹⁰ Une femme seule élevait un enfant handicapé et n'obtenait pas d'aménagements d'horaires comme d'autres parents sans enfants handicapés. Sa situation originale de parent isolé ne pouvait pas non plus être comparée avec celle des couples de parents élevant un enfant handicapé, car elle était la seule à présenter ce trait dans l'entreprise : CJUE 17 juill. 2008, C-303/06, *Coleman*, AJDA 2008. 2327, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; D. 2008. 3038, obs. F. Muller et M. Schmitt ; RDT 2009. 41, obs. M. Schmitt ; RDSS 2008. 865, note A. Boujeka ; RTD civ. 2008. 653, obs. J. Hauser.

particulièrement désavantagées, les juridictions européennes considèrent qu'il appartient à l'État de fournir une autre explication convaincante pour justifier les chiffres en question. La CEDH a clairement énoncé ce principe dans l'affaire *Hoogendijk c. Pays-Bas*⁷¹¹.

On constate là toute la difficulté du choix du mode de preuve pertinent en la matière, y compris de la preuve statistique. Pour revenir à l'affaire jugée par le Conseil d'Etat, *M. Bruno B.*, est-ce que 4 élèves handicapés sur 6 non autorisés à redoubler aurait conduit à établir la discrimination ? Ou bien en fallait-il 6 sur 6 ? En tout cas, la moitié ne suffit pas à établir. La CEDH a eu l'occasion de préciser que pour être considérée comme discriminatoire, une mesure doit affecter un nombre « beaucoup plus élevé » ou un « pourcentage considérablement plus faible ». Il faut donc une disproportion.

Se révèle dès lors également pertinente la question de l'élaboration d'outils de preuve *a priori*, c'est-à-dire de modes de preuve plus appropriés au fonctionnement de l'administration⁷¹², mais aussi de référentiels qui puissent renforcer la preuve de certains motifs de discrimination. Par exemple, les syndicalistes disposent de tableaux et de statistiques, car il existe une obligation légale des employeurs publics et privés d'établir des statistiques fondées sur différents critères notamment sexuels depuis les années 2000⁷¹³, ce qui se révèle un outil fort utile en matière de preuve une fois l'action engagée devant le juge.

Devant le juge administratif, les modes de preuve les plus souvent admis se révèlent dès lors être de nature « matérielles », tels un rapport de conseiller pédagogique responsable du stage d'aptitude d'une candidate à l'agrégation d'éducation physique et sportive⁷¹⁴, et parfois des témoignages⁷¹⁵. De manière classique, le juge administratif s'appuie également sur le récit non contesté du requérant⁷¹⁶ et les faits constants, pour compléter les preuves matérielles, les expliquer et les remplacer quand elles sont absentes⁷¹⁷.

⁷¹¹ Déc. n° 58641/00, 6 janvier 2005.

⁷¹² Dans ses conclusions sur l'affaire *El Haddioui*, le rapporteur public J.-Ph. Thiellay précisait, par exemple, que lors de l'organisation de concours, la seule preuve utile en matière de questions discriminantes se révélait être « l'enregistrement de tous les oraux ».

⁷¹³ En outre, depuis 1983, les entreprises d'au moins 300 salariés doivent produire chaque année un rapport de situation comparée comportant notamment des informations et des indicateurs chiffrés sur la situation comparée des femmes et des hommes au sein de l'entreprise.

⁷¹⁴ CE, 30 avril 2004, req. n° 254106. Il faut préciser qu'ici une discrimination a pu être prouvée, sans même évoquer la discrimination, en évoquant une erreur d'appréciation.

⁷¹⁵ Quatre témoignages précis et concordants fournis par la requérante, dont trois membres du jury d'admissibilité : CE, 7 juillet 2010, *Mme Claude A.*

⁷¹⁶ CE, 28 septembre 1988, req. n° 43958. En l'espèce, il ne s'agit toutefois que d'un « *au surplus* » relatif au contenu politique discriminant d'une des questions posées à l'oral d'un concours, le juge disposant aussi et surtout d'une preuve matérielle plus « sûre » : la mention des opinions politiques du candidat dans son dossier de candidature.

Dans l'affaire *El Haddioui* précitée, il semble que la crédibilité du récit ait pu constituer un indice important mais insuffisant. Le rapport demandé par le ministre dans le cadre de la procédure de la HALDE donnait au juge plus d'éléments, et notamment la certitude que des questions litigieuses lui avaient été posées, ce que l'on sait grâce aux conclusions du rapporteur public.

⁷¹⁷ CE, 8 mars 2012, req. n° 343273.

De manière plus anecdotique, l'annulation d'un décret par le Conseil d'Etat a pu constituer la preuve d'une discrimination pour le TA de Besançon⁷¹⁸. Une décision de la CJCE a pu également conduire le juge à décider de l'illégalité d'un arrêté discriminant un universitaire belge⁷¹⁹.

b. *Les preuves produites par le défendeur*

La preuve de la discrimination ne se pose pas en matière d'acte réglementaire de la même manière qu'en cas de décision individuelle ou de comportement de l'administration, mais dans l'ensemble des cas, le défendeur n'est pas tenu d'apporter l'absence d'intention de discriminer, ce qui constitue un important avantage. Il n'a aucune preuve négative à apporter (voir *supra*). En revanche, il ne peut se contenter de dénier les affirmations du requérant, par exemple, par les affirmations selon lesquelles la requérante n'apporterait pas la preuve de son engagement syndical⁷²⁰.

Peut constituer une preuve pertinente pour le défendeur le fait d'avoir présenté des propositions d'avancement utiles à un agent alléguant d'une discrimination liée à ses responsabilités syndicales. Des explications crédibles constituent aussi des preuves prises en compte par le juge. Dans la décision *Perreux*, la requérante réussit à faire présumer la discrimination en établissant la qualité de sa candidature et l'existence de procédures antérieures de recrutement à la fonction de chargé de formation pour l'application des peines à l'ENM, ainsi qu'une délibération de la HALDE favorable, mais le défendeur, le garde des sceaux, produit des éléments de comparaison démontrant que le choix d'une autre candidate reposait sur des capacités, des aptitudes et des mérites supérieurs, ainsi que sur un avis motivé établi par la commission de recrutement de l'ENM. Le choix apparût également justifié au Conseil d'Etat du fait de la correspondance avec les critères du poste et les capacités linguistiques requises. Le défendeur n'étant pas tenu d'apporter l'absence d'intention de discriminer, le juge administratif n'était donc pas tenu non de chercher à savoir s'il y avait pu y avoir prise en compte des responsabilités syndicales de la requérante.

Reste alors l'importante question du défendeur se contentant d'une réponse sommaire. Succomberait-il ? C'est ici qu'intervient alors la troisième étape du raisonnement probatoire : la conviction du juge et, en cas de doute, la mise en œuvre des pouvoirs d'instruction. C'est en effet la grande nouveauté de la jurisprudence *Perreux* par rapport aux décisions *Couespel du Mesnil* et *Barel* : le juge administratif se reconnaît enfin la possibilité de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction⁷²¹.

⁷¹⁸ TA Besançon, 19 mars 2013, 1000955.

⁷¹⁹ CE, 13 mars 2002, req. n° 209938.

⁷²⁰ CAA Bordeaux, 10 mars 2014, req. n° 13BX00711.

⁷²¹ Il se reconnaît même désormais la possibilité d'exercer ses pouvoirs d'instruction vis-à-vis des tiers, voir CE, 1^{er} octobre 2014, *Erden*, *op. cit.*

3. Les pouvoirs d'instruction du juge

En principe, la mise en œuvre des pouvoirs d'instruction du juge présente deux intérêts : cela soulage le requérant⁷²² et cela permet l'intervention du juge lorsqu'il subsiste un doute. Mais ici, on peut se demander si le système probatoire ne peut pas défavoriser le requérant, ou à tout le moins favoriser le défendeur. Il apparaît, en effet, que le juge intervient seulement pour demander à l'administration de répondre, autrement dit pour fournir des preuves de sa « bonne foi ».

a. Généralement, des demandes à l'administration de fournir des preuves

Jusqu'ici les pouvoirs d'instruction ont été uniquement dirigés vis-à-vis du défendeur, ce qui pourrait impliquer que la jurisprudence *Perreux* n'a pas diminué le risque pour le requérant. Dans l'affaire jugée par la CAA de Versailles *Delaunay*, quelques semaines après la décision *Perreux*, le juge d'appel a décidé de surseoir à statuer pour ordonner un supplément d'instruction, mais on peut soulever deux éléments : en agissant ainsi, le juge laisse une seconde chance au défendeur (voir même une troisième car il a déjà eu l'occasion de se défendre en première instance, puis en appel), alors même que le rapporteur public précise que « le défendeur, dont les écritures tant de première instance que d'appel sont particulièrement sommaires en ce qui concerne le fond du litige, n'apporte aucun élément de cette nature »⁷²³ ; par ailleurs, il lui donne un véritable mode d'emploi de la preuve à apporter. Ne pouvait-on pas imaginer, au contraire, que le défendeur succombe devant tant d'absence d'effort ?

D'autres positions semblent se dégager depuis, qui se rapprochent de l'adage apparu après la jurisprudence *Barel*⁷²⁴ : « Quand l'administration perd ses dossiers, elle perd son procès »⁷²⁵. Par exemple, dans un jugement du TA de Bordeaux, le juge affirme que le défendeur « se borne à invoquer les dispositions susmentionnées de l'article 78 de la loi du 26 janvier 1984 et le pouvoir discrétionnaire dont il disposerait en matière d'avancement d'échelon ; que, ce faisant, il ne fournit pas d'indication qui permette de contredire les faits et considérations présentés par M. ROBIN et d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que, par suite, le requérant est fondé à soutenir que cette décision est entachée d'erreur de droit et à en demander l'annulation »⁷²⁶.

⁷²² « Il appartient au Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir, d'exiger de l'administration compétente la production de tous documents susceptibles d'établir sa conviction et de nature à permettre la vérification des allégations du requérant » (CE sect. 1^{er} mai 1936, Couespel du Mesnil, Lebon 485).

⁷²³ Il invite néanmoins lui aussi la formation de jugement à ordonner un supplément d'instruction, appliquant ainsi scrupuleusement la décision *Perreux*, dès lors qu'il existe un doute.

⁷²⁴ Et particulièrement avec la décision *Sanglier* de 1973 : C.E., 11 mai 1973, *Sanglier*, Rec., p.344, A.J.D.A. 1973, p. 428.

⁷²⁵ M. Waline, note sur C.E., 11 mai 1973, *Sanglier*, R.D.P. 1973, p. 1147.

⁷²⁶ TA Bordeaux, 14 décembre 2011, *M. Serge Robin*, req. n° 0903410. Pour des activités syndicales également, voir TA Bordeaux, 31 décembre 2012, *Mme Sabine POURRE*, req. n° 1000204 et M. Tournier, req. n° 1000205. Le TA de Lille adopte le même raisonnement, sans citer du reste le considérant de principe de l'arrêt *Perreux* : TA Lille, 8 juillet 2014, *Mme Valentine CHARTON*, req. n° 1200118.

Le Conseil d'Etat maintient en revanche sa position sur l'importance de lever le doute. Dans une décision du 7 juillet 2010, il condamne le défendeur parce « *qu'en réponse au supplément d'instruction ordonné par le Conseil d'Etat, le CNRS n'a produit aucun élément permettant d'établir que le jury d'admission n'aurait pas pris en compte une orientation donnée par la direction du CNRS relative à l'âge des candidats et se serait seulement fondé sur les capacités, aptitudes et mérites respectifs des candidats* »⁷²⁷. De même, avec la décision du 10 janvier 2011 par laquelle le Conseil d'Etat annule pour discrimination une décision du garde des Sceaux d'écartier la candidature d'une magistrate à un poste à l'Ecole nationale de la magistrature où le ministère n'a pas su convaincre et où le Conseil d'Etat avait ordonné un supplément d'instruction⁷²⁸.

Ces deux exemples se révèlent être au bénéfice du demandeur, mais c'est une position qui paraît difficile à tenir pour les juridictions administratives dans leur ensemble. Certains tribunaux administratifs en viennent alors à solliciter l'avis du Défenseur des droits. Le tribunal administratif de Rennes l'a fait, ce qui a donné lieu à la décision MLD-2013-269 du 14 janvier 2014 à propos d'un arrêté d'un maire décidant de baisser le régime indemnitaire d'un agent. Le Défenseur des droits y a estimé qu'il n'y avait pas d'éléments suffisants pour présumer la discrimination et le TA, dans un jugement du 16 avril 2014, a estimé qu'il n'y avait pas discrimination syndicale. Nous ne savons malheureusement pas s'il avait approfondi l'instruction ou s'en était tenu aux observations du Défenseur des droits⁷²⁹. Le TA de Paris a également sollicité un avis et, ayant connaissance cette fois du jugement, nous pouvons préciser qu'il a rejeté la requête au premier stade, sans s'intéresser aux arguments du défendeur et sans approfondir l'instruction⁷³⁰. Il s'est même contenté de citer la délibération du Défenseur des droits⁷³¹.

On peut dès lors se demander si la situation a véritablement évolué favorablement pour le requérant. Le juge administratif met-il en œuvre d'autres mesures d'instruction que ces demandes d'éclaircissement qu'il pratiquait depuis l'arrêt *Barel* ? Le juge administratif entend-il en particulier les parties ? Certaines mesures d'instruction ont plus d'intérêt que d'autres vis-à-vis des victimes. En outre, le requérant peut-il demander au juge administratif de mettre en œuvre ses pouvoirs d'instruction ?

b. *L'accès à la preuve du requérant*

Le requérant peut-il exiger du juge administratif qu'il mette en œuvre des mesures d'instruction, dans la mesure où il ne dispose pas d'un droit subjectif à la preuve devant le

⁷²⁷ CE, 7 juillet 2010, *Mme Claude A.*, req. n° 322636.

⁷²⁸ CE, 10 janvier 2011, *Karen Lévêque*, req. n° 325268.

⁷²⁹ Seul le dispositif du jugement est connu grâce au dernier rapport du Défenseur des droits.

⁷³⁰ TA Paris, 12 novembre 2014, req. n° 1311595/2-1.

⁷³¹ On peut d'ailleurs se demander s'il n'y a pas un paradoxe à relever avec le fait qu'une délibération favorable du Défenseur des droits ne permet pas au requérant de faire présumer la discrimination (voir *supra*), alors qu'en revanche, une délibération défavorable entraîne la présomption de l'absence de discrimination.

juge administratif⁷³² ? Certes, le juge peut demander à l'administration d'apporter tous les éléments dont le requérant ne peut disposer, mais la position prise par la CJUE⁷³³ ne semble pas favorable à une ouverture éventuelle du juge administratif à la mise en œuvre de mesures d'instruction à la demande du requérant : « *Dans l'arrêt Meister, une candidate à un emploi se prétend victime d'une discrimination à l'embauche, sans que l'on sache précisément s'il s'agit d'une discrimination fondée sur le sexe, l'âge ou l'origine. Elle se heurte au refus de l'entreprise de lui communiquer les informations relatives aux autres candidats et qui lui auraient permis d'établir des faits laissant présumer l'existence d'une discrimination. La Cour refuse d'admettre que les différentes directives reconnaissent un droit pour les personnes d'accéder à des informations détenues par l'employeur (relatives ici à une procédure de recrutement). En revanche pour la Cour, le refus de l'employeur de fournir ces informations doit être pris en compte et peut, en lui-même, constituer un fait laissant présumer l'existence d'une discrimination. La Cour semble parvenir à une solution assez équilibrée mais l'on peut regretter que la juridiction européenne n'ait pas saisi l'opportunité qui lui était offerte de clarifier la question de l'accès à des informations, dont certaines peuvent être des informations personnelles. L'arrêt Meister montre une lacune importante du droit de l'Union : celle de l'accès aux informations détenues par l'employeur dans les contentieux des discriminations* »⁷³⁴.

Il n'est pas du tout impossible cependant d'envisager que le juge administratif soit amené à se prononcer un de ces jours sur cette question, puisqu'il a précisé récemment que le juge administratif peut exiger, sous certaines limites, des preuves détenues par des tiers⁷³⁵.

Par ailleurs, le fait que le juge administratif soit amené à assumer ses pouvoirs inquisitoriaux, en particulier en matière de discrimination, n'apparaît pas obligatoirement sécurisant pour le requérant.

4. Le doute ne profite pas au requérant

On peut prendre l'exemple de l'affaire *Lambois*, à propos des ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne, qui a donné lieu à une décision du Conseil d'Etat en 2014. Le Conseil d'Etat a conduit une audience d'instruction et une visite des lieux avant de conclure qu'il n'existait pas de discrimination fondée sur l'âge dans ce cas de la dérogation à la règle générale de départ à la retraite des fonctionnaires. Il est plutôt amusant de constater que la CAA de Marseille, en n'effectuant aucun supplément d'instruction, n'aboutissait pas au même résultat, et relevait l'existence d'une discrimination.

⁷³² C. Foulquier, *La preuve et la justice administrative*, op. cit., p. 89.

⁷³³ CJUE 19 avr. 2012, aff. C-415/10, *Galina Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH*, D. 2012. 1132 ; *ibid.* 2013. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RDT 2012. 497, obs. N. Moizard ; RMCUE 2013. 313, chron. Ekaterini Sabatakakis. V. le commentaire critique de Lilla Farkas, « Getting it right the wrong way ? The consequences of a summary judgment : the Meister case », *European Anti-Discrimination Law Review*, n° 15, 2012, p. 29.

⁷³⁴ S. Laulom, « Les recours judiciaires et extra-judiciaires contre les discriminations », *R.D.T.*, n°2, 2015, p. 91.

⁷³⁵ CE, 1^{er} octobre 2014, *Erden*, req. n° 349560.

La preuve de la discrimination n'est pas, du reste, toujours difficile à apporter⁷³⁶. Dans la décision *El Haddioui* d'avril 2009 du Conseil d'Etat, où la jurisprudence *Perreux* ne pouvait évidemment pas trouver à s'appliquer, « *il ressort des pièces du dossier que, lors de l'entretien d'évaluation [...], le jury lui a posé plusieurs questions portant sur son origine et sur ses pratiques confessionnelles ainsi que sur celles de son épouse ; que ces questions, dont il n'est pas sérieusement contesté par l'administration qu'elles aient été posées à l'intéressé et qui sont étrangères aux critères permettant au jury d'apprécier l'aptitude d'un candidat, sont constitutives de l'une des distinctions directes ou indirectes prohibées par l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 et révèlent une méconnaissance du principe d'égal accès aux emplois publics ; que le jury a ainsi entaché d'illégalité sa délibération du 5 octobre 2007 ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, M. B est fondé à en demander l'annulation* »⁷³⁷. Certes dans cette affaire, les faits ont pu être considérés comme flagrants (voir *supra*). Mais la jurisprudence *Perreux* a peut-être suscité un espoir qui ne paraît pas fondé. L'effort est porté sur la mise en œuvre des pouvoirs d'instruction, mais peu utilisés en dehors du Conseil d'Etat, qui pourtant donne l'exemple⁷³⁸. En outre, la dialectique même ne paraît pas toujours « naturelle ». Parfois, le juge cite la jurisprudence *Perreux* et ne l'applique pas⁷³⁹, voire cite la loi de 2008 dans ses visas mais statue en preuve objective⁷⁴⁰. Les habitudes juridictionnelles paraissent donc difficiles à abandonner⁷⁴¹.

La vertu de la jurisprudence *Perreux* consiste, en effet, dans la dialectique de la preuve, qui permet de mieux comprendre le raisonnement du juge⁷⁴², d'écartier la référence trop systématique aux « pièces du dossier »⁷⁴³, et à rappeler aux magistrats que s'ils disposent

⁷³⁶ CE, 28 septembre 1988, *Merlenghi*, req. n° 43958. CE, 10 avril 2009, *El Haddioui*, req. n° 311888.

⁷³⁷ Ibid.

⁷³⁸ CE, 7 juillet 2010, *Mme Claude A.*, req. n° 322636 pour une discrimination fondée sur l'âge ; CE, 10 janvier 2011, req. n° 325268, pour une discrimination fondée sur le syndicalisme.

⁷³⁹ CAA Lyon, 18 janvier 2011, *Mme Joëlle RAJAOFERA-LACHIZE*, req. n° 09LY00727.

⁷⁴⁰ TA Dijon, 20 mars 2012, *M. Luc Morin*, req. n° 1100254.

⁷⁴¹ TA Cergy-Pontoise, 27 novembre 2014, req. n° 1206625, où le considérant *Perreux* n'est pas cité et où la preuve de la discrimination « ressort des pièces du dossier ».

⁷⁴² Dans l'affaire *Mme Arnaud-Eraud*, la lecture du jugement du TA aussi bien que celle de l'arrêt de la CAA illustrent l'intérêt de la dialectique de la preuve mise en place, parce qu'elle impose au juge de s'interroger sur son raisonnement probatoire, notamment quant aux apports respectifs des parties, et de le justifier. L'arrêt de la CAA reproche en effet à la requérante de ne pas établir que l'emploi de chef de service dont elle réclamait la titularisation ait « été créé ou vacant ». Le CE ne s'y est pas trompé et a cassé pour erreur de droit l'arrêt de la cour pour avoir « recherché si la requérante établissait elle-même la discrimination alléguée », CE, 22 février 2012, req. n° 343410.

⁷⁴³ A propos d'une décision antérieure à la jurisprudence *Perreux*, la décision du CE, Sect., 2007, *M. Lesourd* (quotas dans la composition des jurys de concours), les commentateurs de l'AJDA Boucher et Bourgeois-Machureau ont pu affirmer que « La décision commentée prend en effet soin de préciser qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que l'objectif de représentation équilibrée n'ait pas, en l'espèce, été pris en considération. Certes, la formulation classique n'épuise pas la question, comme le regrettait Paul Cassia, en ce qu'elle ne permet pas de déterminer sur quels éléments s'est fondé le juge pour parvenir à ce constat (P. Cassia, « Les quotas par sexe dans la composition de certains jurys de concours et la portée des décisions du Conseil constitutionnel », *JCP A*, n° 41, 2007. 2255). Toutefois, elle nous paraît d'ores et déjà indiquer qu'il appartiendra à l'administration de justifier devant le juge de ce qu'elle a bien pris en considération l'objectif qui lui était assigné et que celui-ci ne pouvait, pour tel ou tel motif qu'il lui incombera de préciser, être atteint dans le contexte propre au cas d'espèce. Une telle exigence n'est pas vaine. Concrètement, dans certaines professions où la proportion de femmes est au moins égale voire supérieure à celle des hommes, il sera vraisemblablement malaisé de démontrer

d'une liberté d'appréciation des preuves, la protection juridictionnelle ne peut être effective que s'ils statuent en n'ayant plus aucun doute⁷⁴⁴.

Mais il résulte paradoxalement de la jurisprudence *Perreux* une recherche de preuve plus contraignante pour le juge qui ne favorise pas nécessairement le requérant. En plus de ne pas avoir fixé au stade 2 une obligation de prouver pour le défendeur l'existence de raisons objectives, la preuve de « l'absence de discrimination » peut être facilitée par l'intervention du juge. La seule limite pour la victime alléguée, c'est que le juge administratif ne peut lui reprocher de ne pas avoir apporté une preuve impossible, et qu'il peut demander à l'administration d'apporter certains éléments dont le requérant ne peut disposer. Il ne reste qu'à espérer que le juge administratif effectue comme la jurisprudence *Perreux* l'y engage un travail d'instruction très complet⁷⁴⁵.

Dans quelle mesure un renversement de la charge de la preuve ne serait-il pas dès lors plus approprié ? Il y a d'ailleurs longtemps eu une ambiguïté sur le fait de savoir si le système de preuve devant le juge administratif consiste en un aménagement de l'ordre du simple allègement ou du renversement de la charge de la preuve⁷⁴⁶, et dans son rapport annuel

qu'en faisant prévaloir le critère de la compétence sur celui du sexe, on ne pouvait aboutir à une représentation équilibrée des hommes et des femmes au sein des jurys. Ainsi, loin de constituer un recul en matière de parité, la décision commentée, tout en les assortissant des atténuations nécessaires à leur juste insertion dans la hiérarchie des normes, maintient les exigences posées par les textes ».

⁷⁴⁴ Il s'agit du grand apport de la jurisprudence *Perreux* qui se manifeste avec la première phrase du considérant de principe : « il appartient au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction ». On a pu, en effet, reprocher au juge administratif d'être un peu léger en la matière et son appréciation des dossiers a pu être critiquée parfois pour se révéler un peu « intuitive ». Voir C. Foulquier, *La preuve et la justice administrative*, *op. cit.*, p. 361.

Dans certaines affaires, on peut avoir en outre l'impression qu'il persiste un doute, ce qui justifierait la mise en œuvre de mesures d'instruction, sans que ce soit fait, au détriment du requérant. Dans l'arrêt du 25 janvier 2012, *M. Bruno B.*, req. n° 348269, le Conseil d'Etat précise que le tribunal s'est ainsi déterminé au vu des éléments de fait échangés de manière contradictoire par M. B et par l'IRA de Lyon, ce que l'on peut interpréter comme un regret qu'un supplément d'instruction n'ait pas été réalisé.

⁷⁴⁵ C'est le cas dans la décision précitée du CE du 10 novembre 2011 : « il ressort des pièces du dossier que pour justifier sa décision et son revirement de position, le ministre se borne à indiquer, devant le juge, qu'en l'espèce l'administration a fait prévaloir les intérêts de la continuité du service public de la justice au tribunal de grande instance de Bobigny, sans donner aucune précision sur les fonctions occupées par l'intéressée dans ce tribunal et sur la nécessité de la maintenir à son poste alors que le ministre avait dans un premier temps donné un avis favorable à son détachement ; que sans apporter d'autres éléments et après avoir signifié à Mme A qu'il avait été convaincu par les arguments du Conseil supérieur de la magistrature, il indique que l'avis de ce conseil n'étant pas motivé et n'ayant pas à l'être, il n'est pas possible de faire connaître les raisons qui l'ont conduit à rendre un avis défavorable ; que la réponse de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature à une mesure supplémentaire d'instruction, en date du 16 octobre 2010, n'a pas permis de recueillir de précisions sur les motifs de cet avis sur lequel le ministre indique s'être fondé pour prendre sa décision ; que l'administration, à qui cette réponse a été communiquée, n'a fourni aucune autre indication de nature à expliciter ces motifs ou à contredire les faits et considérations présentés par la requérante ; qu'il résulte de ce qui précède que les éléments produits par le garde des sceaux, ministre de la justice en défense ne permettent pas d'établir que la décision d'écarter la candidature de Mme A en laissant plusieurs mois vacant le poste à l'Ecole nationale de la magistrature repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».

⁷⁴⁶ Certains arrêts sont déstabilisants, notamment l'arrêt du CE, 10 novembre 2011, *Mme A*, req. n° 325268 : « que les éléments de fait qu'elle apporte devant le juge doivent être regardés comme permettant de faire présumer l'existence d'une telle discrimination ; que par suite, il appartient à la partie défenderesse d'établir que la décision de refus de détachement repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».

d'activités 2014, le Défenseur des droits fait référence à un jugement du TA de Châlons-en-Champagne du 14 novembre 2013 qui n'a pas tiré selon lui « *les conclusions que semblaient imposer la mise en œuvre de l'aménagement de la charge de la preuve* »⁷⁴⁷.

Par ailleurs, il n'est pas impératif de mettre en œuvre un véritable renversement. Le risque du renversement de la charge de la preuve est, on l'a vu, de multiplier les contentieux et de déstabiliser les administrations⁷⁴⁸. Il conviendrait de conserver le premier palier (le commencement de preuve), ce qui reviendrait finalement à mettre en œuvre le mécanisme prévu par la loi de 2008. Celui-ci a, en effet, pour mérite d'être « *moins contraignant que celui de la directive, puisque ce dernier impose davantage que la simple justification de la décision : il faut que la défense prouve que l'égalité de traitement n'a pas été méconnue. Le degré d'exigence n'est pas de même nature : si les directives mettent en œuvre une inversion de la charge de la preuve, la loi française ne va pas aussi loin. Elle se borne à exiger du défendeur qu'il prouve que la décision est fondée sur des motifs objectifs convaincants* »⁷⁴⁹.

Devant le juge administratif, le système actuel ne favorise pas le requérant, il favorise surtout l'établissement de la vérité par le juge. Mais il ne faut pas oublier que la vérité judiciaire est plus que relative. Si le juge administratif semble préférer la recherche de la vérité à la logique victimaire, la jurisprudence administrative nous laisse régulièrement plonger dans le doute. Dans l'affaire *Mme Arnaud-Eraud*⁷⁵⁰, le Conseil d'Etat casse un jugement de la CAA pour ne pas avoir appliqué l'aménagement prévu par la jurisprudence *Perreux*, la Cour statue alors à nouveau, applique la dialectique prévue par la jurisprudence *Perreux*, effectue une balance des preuves défavorable à la requérante, alors même que la HALDE avait reconnu la légitimité de son action, et ne reconnaît toujours pas la discrimination.

Au-delà de son effectivité devant le juge administratif, il conviendrait peut-être de s'interroger sur l'intérêt même de ce dispositif d'aménagement de la charge de la preuve. Ne correspond-il pas à un énième exemple de politiques victimaires sans véritable intérêt opérationnel ? Sur ce plan, on peut se demander si l'action de groupe, qui vient d'être récemment introduite en matière de discrimination, ne correspond pas non plus à une œuvre politique de nature communicationnelle, à l'effectivité très sommaire.

⁷⁴⁷ Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activités 2014*, op.cit.,p. 50.

⁷⁴⁸ Il existe néanmoins la possibilité de recourir à l'amende pour recours abusif.

⁷⁴⁹ S.-J. Liéber et D. Botteghi, « Mme Perreux (II) - Juger des discriminations, une mission sous contrainte », *op.*

cit.

⁷⁵⁰ CE, 22 février 2012, *Mme Arnaud-Eraud*, req. n° 343410, 434438.

**SECTION 3 : L'INVOCABILITE DES NORMES INTERNATIONALES COMME
INSTRUMENT DE LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS**

L'objet du présent projet de recherche étant de s'interroger sur la place dévolue au principe de non-discrimination par rapport au principe d'égalité, la question de savoir si ces deux principes présentent un caractère exclusif mérite d'être soulevée. Plus précisément, il convient de s'interroger sur l'existence d'autres instruments permettant de sanctionner une situation de discrimination. En la matière, l'étude de la jurisprudence administrative permet de mettre en lumière l'utilité des certaines normes internationales. S'il apparaît que le principe d'égalité contribue, dans une certaine mesure, à sanctionner des distinctions injustifiées, constitutives de discriminations, il n'en demeure pas moins que le droit interne tolère parfois des différences de traitement qui, pour être sanctionnées, devront être condamnées au regard de certaines dispositions de conventions internationales ratifiées par la France. Il s'avère en effet que le droit interne n'est pas à lui seul suffisant pour condamner des situations discriminatoires, notamment lorsque le critère de distinction est fondé sur la nationalité. Ainsi, pour pouvoir mettre un terme à certaines différences de traitement, le droit interne peut n'être d'aucune utilité et il faudra faire appel au droit international qui, en vertu des sources de la légalité, s'impose aux autorités administratives dès lors que certaines conditions sont réunies. Il nous a donc semblé opportun de nous intéresser à l'apport des sources internationales du principe de légalité pour sanctionner les discriminations dans la mesure où elles complètent utilement l'arsenal interne. Il transparaît de différents cas d'espèce que les dispositions de certaines conventions internationales revêtues de l'effet direct permettent de remettre en cause un acte administratif créant une discrimination, alors même que cet acte était conforme aux textes de droit interne de rang supérieur. L'évolution de la définition de l'effet direct depuis 2012, et l'émergence d'une conception plus extensive, ouvre alors la voie à la consécration de nouveaux instruments pouvant servir la lutte contre les discriminations, même si l'analyse de la jurisprudence peut inviter à la réserve compte tenu de la relative prudence dont fait montre le juge administratif et des subtilités de son raisonnement.

Pour étudier cet instrument, nous procéderons en trois temps : il conviendra de revenir sur les critères qui conditionnent cette invocabilité au regard de la jurisprudence administrative (I), avant de démontrer en quoi le droit international peut profiter à la lutte contre les discriminations (II). Cette démonstration devra néanmoins être relativisée car le juge administratif s'octroie une large marge de manœuvre dans l'appréciation des critères de l'invocabilité (III).

I. Retour sur les conditions de l'invocabilité de la norme internationale

L'invocabilité des normes internationales est subordonnée au respect des articles 54 et 55 de la Constitution⁷⁵¹. Elle est également conditionnée à la reconnaissance par le juge administratif de l'effet direct de la disposition invoquée, ce qui implique qu'elle crée un droit subjectif au profit des particuliers⁷⁵². Pourtant, cette confusion entre invocabilité et effet direct interroge : si le juge administratif tend à considérer, dans le contentieux subjectif, comme dans le contentieux de la légalité, que ne sont invocables que les seules normes revêtues de l'effet direct, cette position n'est pas sans susciter certaines réserves de la part de la doctrine. Certains auteurs (y compris au sein même de la juridiction administrative) estiment en effet qu'une norme internationale pourrait s'appliquer à un litige dans lequel se pose une question de légalité même si elle ne confère pas un droit individuel au profit du requérant⁷⁵³. En d'autres termes, la prise en compte de cet élément ne devrait pas faire obstacle au contrôle de conventionalité dans le cadre du contentieux de la légalité qui est un contentieux objectif. Telle n'est cependant pas la position de la jurisprudence administrative, la prise en compte de la création d'un droit au profit des particuliers étant, dans tous les cas, un élément indispensable à l'effet direct et à l'invocabilité de la convention internationale.

Il convient néanmoins de faire remarquer que l'effet direct a bénéficié, depuis quelques années, d'une vision renouvelée au sein de la jurisprudence : en témoigne l'arrêt *Perreux* relatif à l'effet direct des directives⁷⁵⁴, mais ce renouvellement se constate également dans le champ de l'applicabilité du droit international. Dans le fameux arrêt *Gisti et Fapil* du 11 avril 2012, le Conseil d'Etat a en effet défini avec plus de précision qu'auparavant les critères permettant de révéler l'effet direct d'une disposition d'une convention internationale :

« Considérant que les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent

⁷⁵¹ Article 53 de la Constitution : « Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient les dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi.

Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés.

Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées ».

Article 55 de la Constitution : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

⁷⁵² Pour une approche globale de cette question, voir M. Trienbach, *Les normes non directement applicables en droit public français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 287, 2015, 540 p. (Bibliothèque de droit public).

⁷⁵³ Voir en ce sens les conclusions de R. Abraham, CE, section, 23 avril 1997, *Gisti*, D. 1998, p 15 ; voir également les conclusions de G. Dumortier, CE, ass. 11 avril 2012, *Gisti et Fapil*, *RFDA* 2012, p 547. S'agissant de la doctrine, on peut se reporter à D. Alland, « L'applicabilité directe du droit international considéré du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ? », *RGDIP*, n°1, 1998, n°1, p 203 ; voir aussi M. Gautier, « L'effet direct des conventions internationales », *RFDA*, n° 3, 2012, p 560.

⁷⁵⁴ CE, 30 octobre 2009, Mme Perreux, *RFDA* 2010, p 126 avec la note de M. Canedo-Paris.

directement se prévaloir ; que, sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les Etats parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ».

Pour être d'effet direct, une norme doit créer directement des droits pour les particuliers. De plus, elle doit être suffisamment précise dans son objet, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas requérir l'intervention de mesures complémentaires⁷⁵⁵.

L'une des justifications avancées pour légitimer l'existence de ces deux conditions tient dans le processus de formation de la règle de droit international qui est un processus conventionnel. Ce n'est donc que si ces conditions sont satisfaites qu'une norme internationale peut être utilement invoquée devant le juge administratif, ce qui signifie que toutes les conventions internationales promouvant la lutte contre les discriminations ne sont pas nécessairement « utiles » en droit interne, en ce sens que leur invocabilité par les requérants peut se voir opposer une fin de non-recevoir par le juge. Ainsi, contrairement à l'opinion d'une partie de la doctrine⁷⁵⁶, toutes les stipulations des conventions internationales ne peuvent venir au soutien de la lutte contre les discriminations. Pourtant, certains textes sont fréquemment invoqués en la matière, à l'image du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) ou de la Charte sociale européenne, ces textes pouvant servir de fondement à l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers, notamment dans le champ des droits sociaux. Ce recours fréquent à ces conventions tend à mettre en lumière l'importance de leur contenu pour la lutte contre les discriminations car leur fréquente invocabilité ne doit rien au hasard, nombre de dispositions pourraient contraindre les autorités administratives françaises à ne pas établir de distinctions fondées sur la nationalité. Cependant, ce pouvoir de contrainte est inhérent à l'appréciation que retient le juge administratif de l'effet direct.

II. La démonstration de l'utilité de la norme internationale

S'il s'avère que le contenu de certaines dispositions internationales pourrait faire progresser la lutte contre les discriminations, la primauté de ces dispositions sur le droit interne suppose qu'elles correspondent au logiciel construit par le juge administratif pour admettre l'effet direct. Certes, s'agissant de certaines conventions, la question ne fait l'objet d'aucun débat : c'est ainsi que l'effet direct de la Convention européenne des droits de l'Homme ne soulève aucune difficulté et peut servir à remédier à certaines discriminations, dès lors que le droit mis

⁷⁵⁵ D. 2012, p 1712, note B. Bonnet ; *Droit social* 2012, p 1014, commentaire de J. F. Akandji-Kombé ; *RFDA* 2012, p 560, note M. Gautier, *op. cit.* ; *RTDE* 2012, p 928, note D. Ritleng.

⁷⁵⁶ Voir par exemple le commentaire de Marcel Waline à propos de la décision Kirkwood (CE, Ass. 30 mai 1952), tout traité introduit en droit interne est dès lors incontestablement au nombre des règles de droit qui s'imposent au respect de toutes les autorités publiques, *RDP* 1952, p 781.

en cause est consacré par la dite convention⁷⁵⁷. Nous concentrerons donc notre analyse sur les dispositions des autres conventions internationales dans la mesure où leur effet direct est examiné au cas par cas par le juge administratif alors même qu'elles constituent un outil potentiel de lutte contre les discriminations.

Certaines décisions démontrent en effet l'utilité des conventions internationales, à l'instar de l'arrêt *Gisti et Fapil* précité qui est particulièrement révélateur de l'apport du droit international. Dans cette espèce, était attaqué le décret relatif aux conditions de permanence de la résidence des bénéficiaires du droit au logement opposable (DALO). Pour les étrangers non ressortissants de l'Union européenne, le texte prévoyait qu'il fallait justifier d'une résidence stable et préalable de deux ans, étant précisé que l'accès au DALO était réservé aux étrangers détenant certains titres de séjour, à l'exclusion de la carte de séjour temporaire portant la mention « étudiant » ou « salarié en mission », ou de la carte de séjour « compétences et talents ».

Il y avait donc deux distinctions potentiellement sources de discriminations :

- Entre les nationaux et ressortissants de l'Union européenne d'un côté et les autres étrangers de l'autre, car la condition de résidence n'était applicable qu'aux seconds
- Entre les détenteurs des différents titres de séjour

Sans employer le terme « discrimination », la première distinction est sanctionnée sur le fondement de l'article 6-1 de la convention de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) n° 97 du 1^{er} juillet 1949 ; la seconde est sanctionnée sur la base de cette convention, mais aussi sur le fondement du principe d'égalité. L'article 6-1 de la convention indique que les Etats s'engagent à ne pas appliquer aux travailleurs migrants un traitement qui serait moins favorable que celui appliqué aux ressortissants nationaux en matière de droit au logement par exemple. Pour le Conseil d'Etat, cette disposition est d'effet direct et il relève que le décret lui porte atteinte en ce qu'il instaure une condition de résidence qui ne s'applique pas aux nationaux ; dès lors, nous sommes effectivement en présence d'un traitement moins favorable. De plus, le Conseil d'Etat relève que le décret exclut de son champ d'application certains titulaires de titres de séjour pouvant être qualifiés de travailleurs migrants (tels les travailleurs temporaires ou les salariés en mission). Le juge indique que cette distinction est également contraire à cette stipulation internationale et au principe d'égalité.

Il ressort de la décision que les travailleurs migrants ne peuvent être traités de manière moins favorable que les nationaux, et cela vaut pour tous les détenteurs de titres de séjour pouvant être qualifiés de travailleur migrant.

Il est surtout intéressant de relever que ce n'est pas sur le terrain de l'égalité qu'est sanctionnée la condition de résidence, mais sur celui de sa non-conformité à une convention internationale revêtue de l'effet direct. Cela s'explique aisément par la signification classique du principe d'égalité qui admet l'établissement de différences entre des personnes placées dans des situations différentes. Sur la base de cette interprétation, le juge administratif ne s'est

⁷⁵⁷ CE, Ass, 30 novembre 2001, Diop, rec. p 605 : dans cette espèce, le droit à pension est considéré comme un droit patrimonial au sens de l'article 1^{er} du Protocole n°1 à la CEDH, donc ce droit entre dans le champ d'application du principe de non-discrimination énoncé par l'article 14 de la Convention, ce qui permet au juge de sanctionner une discrimination fondée sur la nationalité.

jamais opposé à l'instauration d'une condition de résidence dans l'accès aux droits sociaux. Au contraire, dans ses conclusions, Gaëlle Dumortier indique que si le principe d'égalité peut être invoqué dans le cas d'espèce, ce n'est pas entre nationaux -communautaires et étrangers car ces deux catégories sont placées dans une situation différente⁷⁵⁸. Il était ainsi évident que ce moyen ne pouvait utilement prospérer pour faire sanctionner la condition de résidence eu égard à la jurisprudence antérieure⁷⁵⁹. Pour contourner cette difficulté, les requérants ont donc fait appel à la convention précitée de l'OIT qui permet de faire sanctionner la distinction établie. Il semblerait qu'il y ait, au regard du principe d'égalité, une intangibilité des catégories « nationaux » et « étrangers ». Le principe d'égalité ne peut être utile que pour sanctionner les distinctions établies entre les membres de l'une ou l'autre de ces deux catégories, mais il ne peut servir à remettre en cause cette dichotomie. C'est ce que démontre l'arrêt *Gisti et Fapil* qui est particulièrement intéressant à cet égard car le principe d'égalité n'est utilisé que pour sanctionner la distinction établie au sein de la catégorie « étrangers » selon le titre de séjour détenu.

De plus, il ressort de cette décision que l'effet direct des conventions internationales est un instrument qui peut se révéler précieux pour sanctionner des discriminations entre nationaux et étrangers, ce que le droit interne ne permet pas nécessairement.

Il y a d'autres jurisprudences qui démontrent l'intérêt des stipulations internationales : tel est le cas de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 7 juin 2006, *Association Aides et autres*. Dans cette espèce, le juge reconnaît l'effet direct de la convention internationale sur les droits de l'enfant et sanctionne une distinction établie entre les mineurs nationaux et les mineurs étrangers pour l'accès aux soins. « *Considérant qu'aux termes de l'article 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées, de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » ; que ces stipulations qui, conformément à l'article 1er de cette convention, s'appliquent à « 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 », interdisent que les enfants ainsi définis connaissent des restrictions dans l'accès aux soins nécessaires à leur santé ; que, par suite, en tant qu'il subordonne l'accès à l'aide médicale de l'Etat à une condition de résidence ininterrompue d'au moins trois mois en France, sans prévoir de dispositions spécifiques en vue de garantir les droits des mineurs étrangers et qu'il renvoie ceux-ci, lorsque cette condition de durée de résidence n'est pas remplie, à la seule prise en charge par l'Etat des soins énoncés à l'article L. 254-1 du code de l'action sociale et des familles, c'est-à-dire, ainsi qu'il a été dit plus haut, des seuls soins urgents « dont l'absence mettrait en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave et durable de l'état de santé de la personne ou d'un enfant à naître », l'article 97 de la loi de finances rectificative du 30 décembre 2003 est incompatible avec les stipulations précitées ».*

⁷⁵⁸ Op. cit.

⁷⁵⁹ Cette décision s'inscrit d'ailleurs dans la veine de la jurisprudence constitutionnelle, voir en ce sens la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*.

On remarquera que le juge procède à la sanction d'une discrimination sans en prononcer le terme, il se place uniquement sur le terrain du contrôle de conventionalité et de la compatibilité avec une norme internationale revêtue de l'effet direct. Il n'en demeure pas moins que le résultat aboutit à la remise en cause d'une discrimination, ce qui tend à démontrer toutes les potentialités que recèlent les conventions internationales dès lors qu'elles entrent dans le logiciel du juge administratif en matière d'invocabilité.

Afin de parfaire la connaissance des outils juridiques permettant de lutter contre les discriminations, il pourrait être opportun de recenser les dispositions des conventions internationales pour lesquelles le juge administratif a déjà admis l'effet direct et celles qui se sont vues dénier une telle qualification. Cela permettrait de porter à la connaissance des requérants et des associations cet arsenal pouvant servir de fondement à la sanction de discriminations, comme l'ont démontré les arrêts *Association Aides* et *Gisti et Fapil*. Il convient en effet d'avoir à l'esprit que, sauf moyens d'ordre public, le juge doit se prononcer en fonction des moyens soulevés par les parties. Les évolutions de la lutte contre les discriminations ne supposent peut-être pas nécessairement de renforcer l'arsenal existant, mais de le faire davantage connaître afin qu'il puisse être pleinement utilisé devant le juge à l'occasion d'un recours. Il convient en effet de ne pas sous-estimer l'importance du contentieux pour faire progresser le niveau de protection accordé aux droits fondamentaux et pour contribuer à l'évolution de l'interprétation des textes dans un sens plus favorable à la lutte contre les discriminations. Cela renvoie, par un effet de miroir, à la problématique de l'accès au droit qui constitue sans nul doute l'une des voies à explorer, la multiplicité des textes et des dispositifs n'étant probablement pas la solution idoine dans la mesure où elle peut nuire à l'accès au droit et à la compréhension des dispositifs de lutte contre les discriminations. Cela peut alors inciter à penser que l'arsenal juridique est, dans une large mesure, suffisant ; il reste néanmoins à le diffuser afin de favoriser son utilisation, notamment en ce qui concerne les normes internationales.

Lorsqu'il est admis, l'effet direct est un instrument utile pour faire sanctionner les discriminations et pour contourner les butoirs inhérents à l'interprétation traditionnellement retenue du principe d'égalité, cependant, la question se pose encore s'agissant de nombreuses dispositions internationales. Dans l'arrêt *Gisti et Fapil*, les requérants s'étaient notamment fondés sur le PIDESC, mais le Conseil d'Etat a éludé la question de son applicabilité directe pour se réfugier derrière l'effet direct de la convention de l'OIT, lequel effet avait déjà été admis dans la jurisprudence antérieure⁷⁶⁰. S'agissant du PIDESC, le juge administratif a tergiversé et a pris des positions contradictoires au fil de sa jurisprudence : en 1993, il a admis l'effet direct de l'article 7 du Pacte consacrant le droit à des conditions de travail justes⁷⁶¹, pour ensuite l'exclure en 2007⁷⁶². Cela témoigne de l'existence d'atermoiements

⁷⁶⁰ CE, 7 juin 2006, association Aides et autres, *RDSS* 2006, p 1047, note L. Gay ; CE, 23 décembre 2010, association Aides, *AJDA* 2011, p 463, concl. C. Landais.

⁷⁶¹ CE, 21 juin 1993, *Coz*, n° 48599 : Considérant qu'aux termes de l'article 7 de la loi du 15 juillet 1970 relative à l'Ecole polytechnique, laquelle n'a pas été abrogée par la loi du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires : "Les élèves qui, à la sortie de l'école ... sont nommés dans le corps des ingénieurs de l'armement ... prennent rang dans le grade d'ingénieur, deux ans après la date de leur entrée à l'école" ; que l'article 11 du décret attaqué prévoit que "les ingénieurs recrutés en application du 1° de l'article 5 sont nommés après l'achèvement de leur formation à l'école polytechnique et prennent rang ... un an avant la date de leur nomination dans les

s'agissant de l'effet direct et de la nécessité de repenser cette théorie au nom de la sécurité juridique notamment, mais aussi pour servir la lutte contre les discriminations.

A l'instar du PIDESC, la question de l'effet direct de la charte sociale européenne se pose également même si, dans une décision du 14 février 2014, *M. B.*, le Conseil d'Etat reconnaît l'effet direct de l'article 24 de la charte sociale qui protège contre les licenciements sans motif valable⁷⁶³. Il convient toutefois d'avoir à l'esprit que l'effet direct s'apprécie pour chaque disposition de la convention. Cette décision ne permet donc pas de conclure à l'effet direct des articles de la charte qui pourraient servir de fondement pour sanctionner une discrimination entre nationaux et étrangers dans l'accès aux droits-créances par exemple, d'autant que la rédaction de ces stipulations semble moins contraignante que celle utilisée pour garantir les droits attachés au travail.

III. Une démonstration dont la portée doit être relativisée

S'il apparaît que les conventions internationales peuvent servir de fondement à la sanction des discriminations, la jurisprudence relative à l'effet direct invite à nuancer la portée de cet instrument dans la mesure où elle comporte de nombreuses ambiguïtés⁷⁶⁴.

Certains textes souffrent ainsi d'un certain rejet de la part du juge administratif, même si l'on avait pu entrevoir une ouverture : comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, l'article 7 du PIDESC a fait l'objet d'un revirement de jurisprudence puisqu'après avoir admis son effet direct, le Conseil d'Etat lui a finalement dénié cette qualité⁷⁶⁵, et ce, de manière lapidaire. Il est en effet difficile d'expliquer ce revirement, sauf à penser que l'effet direct de certaines dispositions du PIDESC se révélerait trop contraignant pour les autorités administratives françaises. Il est à cet égard significatif de relever que le Conseil d'Etat contourne l'obstacle dans la décision *Gisti et Fapil*. De façon tout aussi laconique, dans une

conditions prévues à l'article 7 de la loi du 15 juillet 1970 susvisée" ; que les dispositions de l'article 11 ne font qu'appliquer celles, précitées, de l'article 7 de la loi du 15 juillet 1970, lesquelles ne sont pas contraires aux stipulations de l'article 7 du pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ouvert à la signature à New-York le 19 décembre 1966, auquel la République française a adhéré à la suite de l'autorisation donnée par la loi du 25 juin 1980 et dont le texte est annexé au décret du 29 janvier 1981 ; qu'il s'ensuit que les conclusions du requérant dirigées contre l'article 11 du décret attaqué ne peuvent qu'être rejetées. Dans cette espèce, le Conseil d'Etat se livre à un contrôle de conventionalité par rapport au PIDESC.

⁷⁶² CE, 25 juillet 2007, *Lowinski*, n° 292730 : Considérant, en troisième lieu, que si la requérante invoque les stipulations de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels conclu à New York le 16 décembre 1966, en vertu desquelles les Etats parties au Pacte reconnaissent « le droit qu'a toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables, qui assurent notamment : a) La rémunération qui procure, au minimum, à tous les travailleurs : i) Un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail de valeur égale sans distinction aucune...ii) Une existence décente pour eux et leur famille... », ces stipulations, qui ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers, ne peuvent être utilement invoquées à l'appui de conclusions tendant à l'annulation de la décision attaquée.

⁷⁶³ *Droit social* 2014, p 474, note J. Mouly. Le Conseil d'Etat a également admis l'effet direct de l'article 2§5 de la charte : CE, 12 décembre 2012, *Syndicat des médecins inspecteurs de santé public*, rec. p 412. Toutefois, il s'est refusé à consacrer une solution identique s'agissant de l'article 2 §1 du même texte : CE, 30 janvier 2015, *Union syndicale solidaires*, rec. p 355.

⁷⁶⁴ Pour une analyse générale, voir D. Burriez, « Retour sur les critères de l'effet direct depuis l'arrêt *Gisti* du 11 avril 2012 », *RFDA*, n°5, 2015, p 1031.

⁷⁶⁵ CE, 21 juin 1993, *Coz*, *op. cit.* CE 25 juillet 2007, *Lowinski*, *op. cit.*

autre espèce, le juge administratif a également refusé d'admettre l'effet direct de l'article 12 - 1 du Pacte qui porte sur le droit à la santé⁷⁶⁶.

La charte sociale européenne bénéficie quant à elle d'un accueil plus favorable puisque l'article 24 a été qualifié de disposition revêtue de l'effet direct⁷⁶⁷. Il en a été de même s'agissant de l'article 2§5 de la charte en 2012, même si le Conseil d'Etat a dénié un tel effet à l'article 2§1, en 2015, en mettant l'accent sur l'incomplétude de la norme. La comparaison des deux décisions concernées s'avère des plus instructives car elle révèle toutes les incertitudes qui entourent la mise en œuvre des critères de l'effet direct tels qu'ils ont été formalisés dans l'arrêt *Gisti et Fapil*. Dans la décision précitée du 12 décembre 2012, *Syndicat des médecins inspecteurs de santé publique*, le juge admet, de manière laconique, l'effet direct des « règles relatives au repos journalier ou hebdomadaire qui découlent de l'article 2 de la charte », et plus précisément de l'article 2 §5. Dans son arrêt du 30 janvier 2015, *Union syndicale Solidaires*, était plus particulièrement concerné l'article 2 §1 relatif à la durée raisonnable du travail journalier et hebdomadaire, mais le Conseil d'Etat a estimé que cette disposition n'était pas d'effet direct en raison de la « marge de manœuvre laissée aux Etats pour prendre les mesures nécessaires ». Si l'on peut concevoir que le juge administratif retienne une appréciation différente selon les paragraphes de l'article 2, la différence rédactionnelle nous paraît subtile et l'on peine à comprendre le raisonnement du juge⁷⁶⁸. La jurisprudence souffre ainsi d'une moindre lisibilité, notamment dans l'approche que le juge retient du critère de la complétude de la norme.

Par ailleurs, les critères de l'effet direct ne sont pas exempts de toute critique. Selon la jurisprudence administrative, lorsque la disposition internationale renvoie à l'ordre étatique le soin de prendre une mesure d'application, l'effet direct est dénié ; pourtant, ce renvoi ne signifie nullement que l'Etat est autorisé à s'exonérer de l'obligation énoncée par la convention internationale⁷⁶⁹. Cette grille d'analyse peut également amener le juge administratif à admettre, ou à refuser, l'effet direct de dispositions au contenu pourtant très proche : s'agissant ainsi de la convention relative aux droits de l'enfant, le juge administratif a admis l'effet direct de l'article 3-1⁷⁷⁰, mais a refusé de reconnaître un tel effet à l'article 3-2⁷⁷¹.

- article 3-1 : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

⁷⁶⁶ CAA Versailles, 17 juin 2014, n° 13VE03561.

⁷⁶⁷ CE, 12 décembre 2012, *syndicat des médecins inspecteurs de santé publique*, *op. cit.* et CE, 10 février 2014, *M. B.* *op. cit.*

⁷⁶⁸ Article 2 de la charte sociale européenne : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à des conditions de travail équitables, les Parties s'engagent :

1. à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs en jeu le permettent (...)

5. à assurer un repos hebdomadaire qui coïncide autant que possible avec le jour de la semaine reconnu comme jour de repos par la tradition ou les usages du pays ou de la région ».

⁷⁶⁹ D. Bourriez, « Retour sur les critères de l'effet direct depuis l'arrêt *Gisti* du 11 avril 2012 », *op. cit.*

⁷⁷⁰ CE, 7 juin 2006, *Association aides et autres*, *op. cit.*

⁷⁷¹ CAA Paris, 10 juin 2014, n° 14PA00790.

- article 3-2 : « Les Etats parties s’engagent à assurer à l’enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées ».

In fine, l’effet direct nous semble être révélateur de l’étendue du pouvoir d’appréciation que s’accorde le juge tant le maniement des critères issus de l’arrêt *Gisti et Fapil* laisse place à des solutions variables. En dépit de ces incertitudes, plusieurs décisions démontrent tout de même que l’invocabilité du droit international constitue réellement un outil de lutte contre les discriminations, et peut ainsi venir contraindre la marge de manœuvre dont dispose l’administration dans l’appréciation d’une situation donnée.

L’appréhension par le juge administratif du principe de non-discrimination révèle une certaine méfiance dans l’utilisation de ce principe. Il considère que le principe d’égalité protège tout aussi bien les personnes. Cette façon d’aborder la non-discrimination trouve-t-elle la même résonance auprès du juge judiciaire français et des juges en Europe ?

PARTIE II

LA SINGULARITE DU DISCOURS DU JUGE ADMINISTRATIF

La comparaison du discours du juge administratif français dans sa prise en compte du principe de non-discrimination avec ceux tenus par les juridictions judiciaires françaises, les juges d'autres pays d'Europe et les Cours européennes, offre la possibilité d'apprécier si sa position s'inscrit dans un cadre général en Europe ou si une voie singulière est suivie.

Cette seconde phase de l'étude permet de mettre en perspective l'attitude du juge administratif avec celle du juge judiciaire (Chapitre 1) et de mesurer une éventuelle influence des juges européens et étrangers (Chapitre 2).

CHAPITRE I
UNE DEMARCHE DIFFERENTE DU JUGE
JUDICIAIRE

**SECTION 1: LE DISCOURS DU JUGE JUDICIAIRE ET LES DISCRIMINATIONS
RACIALES**

Les régulières polémiques liées à l'utilisation du mot « race » dans les discours politiques ont relancé le débat sur sa suppression de la législation française. Le mot « race », présent à de multiples reprises dans les dispositions législatives sanctionnant les discriminations raciales, reste, tant que les propositions législatives n'aboutissent pas, un outil à la disposition du juge dans les litiges liés à de tels comportements.

Plus largement, il faut se demander si le discours du juge judiciaire en matière de discriminations raciales ne révèle pas certaines difficultés propres à ce motif, peu importe les termes employés. Il s'avère que le discours du juge judiciaire est prudent, tant au regard de l'utilisation du mot « race », à connotation suspecte, que vis-à-vis des autres termes qui sont à sa disposition dans les lois, idéologiquement neutres et en apparence plus simples à manier. Cette prudence se devine à travers l'approximation du discours du juge dans certains aspects de son analyse (I) et peut s'interpréter soit comme un malaise de la part du juge judiciaire lié à l'idéal républicain qui l'empêche de penser les catégories raciales, soit comme une indignation particulière vis-à-vis de ces discriminations (II).

I. Les imprécisions dans le discours du juge.

Le discours du juge judiciaire, en particulier dans le cadre des discriminations raciales dans l'emploi, laisse parfois des doutes sur l'interprétation des termes et des outils mis à sa disposition pour les sanctionner.

A. L'usage des mots à sa disposition dans la loi.

Les textes incriminant les discriminations raciales dans l'emploi énoncent une liste de plusieurs motifs susceptibles de fonder ce type de discrimination. C'est d'ailleurs la seule discrimination décrite aussi « précisément ». Notamment, l'article L. 1132-1 du Code du travail dispose que sont prohibées les discriminations en raison « *de son origine [...] de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race...* ». Quatre termes sont donc à la disposition du juge : « origine », « ethnie », « nation » et « race ». La lecture des décisions démontre assez rapidement que ces termes ne lui permettent pas d'être plus précis dans la qualification de la discrimination. Le juge n'exprime pas de préférence pour l'un des termes de la loi et les utilise indifféremment pour sanctionner les discriminations raciales. Pourtant, ces mots n'ont pas les mêmes

significations. L'origine, l'ethnie et la nation ne renvoient pas aux mêmes définitions⁷⁷² et la « race » semble renvoyer à des particularités morphologiques que ne recouvrent pas nécessairement les trois autres mots et qui ne se résument pas à la couleur⁷⁷³.

Il semble néanmoins que le juge évite délibérément dans son discours le mot « race ». Il se sert plus souvent, pour condamner les comportements racistes, des autres notions qui figurent dans les lois. Le juriste Nicolas Malherbe a analysé la jurisprudence en matière de discriminations ou d'injures raciales et constate ainsi que là où le juge pourrait mobiliser la notion de race, il lui préfère les notions d' « origine », de « nation », de « confession »⁷⁷⁴. La Cour de cassation a ainsi reconnu une injure visant un groupe de personnes en raison de son « origine » juive⁷⁷⁵ ou en raison de son « origine » maghrébine⁷⁷⁶. En 2012, les juges de la chambre criminelle de la Cour de cassation ont préféré les termes « origine » et « confession » pour sanctionner une injure adressée à la communauté juive par « *le fait de tourner en dérision, par le biais de la parole, de l'étoile jaune, support du mot « juif », et de l'emblème du chancelier remis par un « déporté » à un spécialiste des thèses négationnistes, la déportation et l'extermination des Juifs par les nazis durant la Seconde Guerre mondiale* »⁷⁷⁷. Le juge contourne l'utilisation du mot « race » et ne fait pas de distinction entre les autres.

En outre, il a pu faire entrer dans les motifs prohibés par la loi d'autres éléments comme le prénom ou la couleur de peau⁷⁷⁸ sans que cela puisse être rattaché de manière tout à fait certaine à l'un des termes mentionnés dans la loi. C'est ainsi que le fait pour un employeur de demander à un salarié de changer son prénom de Mohamed pour celui de Laurent constitue une discrimination liée à l'origine sans qu'il soit dit que l'individu était effectivement d'origine étrangère⁷⁷⁹.

⁷⁷² L'ethnie est définie par le Larousse comme un « groupement humain qui possède une structure familiale, économique et sociale homogène, et dont l'unité repose sur une communauté de langue, de culture et de conscience de groupe ».

L'origine y est définie comme la « classe sociale, milieu, groupe, pays, dont quelqu'un est issu ».

⁷⁷³ Les propositions de loi visant à supprimer le mot « race » de la loi font d'ailleurs état de nombreuses difficultés sur la possibilité et l'opportunité de le supprimer ou de lui trouver un synonyme dans la loi.

⁷⁷⁴ N. Malherbe, « Quelles seraient les conséquences juridiques de la suppression du mot « race » de notre Constitution ? », *Recueil Dalloz*, n° 15, 2013, p.1012.

⁷⁷⁵ A propos de l'affirmation "les juifs, c'est une secte, une escroquerie. C'est une des plus graves parce que c'est la première", les juges estiment qu'elle « *ne relève pas de la libre critique du fait religieux, participant d'un débat d'intérêt général mais constitue une injure visant un groupe de personnes en raison de son origine.* » Cass., Assemblée plénière 16 février 2007, n° 06-81.785.

⁷⁷⁶ A propos d'un SMS à caractère raciste (« Laisse crever un bougnoule »), Cass., Chambre criminelle, 24 novembre 2009, n° 09-80.841.

Plus récemment, la Cour de cassation a reconnu l'existence d'une injure raciale en raison des *origines turques* de la victime. Cass., Chambre criminelle, 8 avril 2014, n° 12-87.497

⁷⁷⁷ Cass., Chambre criminelle, 16 octobre 2012, n°11-82.866.

⁷⁷⁸ Cass., 23 juin 2009, n° 07-85.109, à propos de l'inscription BBR (bleu-blanc-rouge) sur les fiches décrivant les salariés à recruter.

⁷⁷⁹ Cass., Chambre sociale, 10 novembre 2009, n° 08-42.286.

B. L'absence de vocabulaire stable concernant le mécanisme de preuve des discriminations décrit par le Code du travail.

Il convient ici de rappeler le régime probatoire prévu par le Code du travail, instauré par la loi du 27 mai 2008, qui facilite la preuve que la victime de la supposée discrimination raciale, ou autre doit rapporter. L'article 1134-1 du Code du travail précise que le salarié doit « *présenter des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* » et qu'ensuite « *il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.* »

L'individu qui se prétend victime doit ainsi rapporter des éléments susceptibles d'être liés à un des motifs discriminatoires décrit dans la loi. En matière de discrimination raciale, il doit invoquer une qualité qui est susceptible de discrimination. C'est ce qui permettra de distinguer la discrimination de l'inégalité.

Avant de traiter de l'évaluation de cette qualité par le juge, il peut être démontré une certaine diversité des termes employés par celui-ci, l'éloignant parfois du sens de l'article 1134-1 du Code du travail, jetant en tout cas un doute sur ce qu'implique réellement le renversement de la charge de la preuve prévu par cet article.

Il devient dès lors assez difficile de comprendre ce que le juge attend du salarié qui se prétend victime puisqu'il semble que la présentation des éléments de fait demandée par la loi soit à géométrie variable.

Le 22 septembre 2011, la Cour d'appel de Bordeaux fait référence à des éléments « *objectifs* » pour qualifier les éléments de faits qui devaient être apportés par la prétendue victime⁷⁸⁰.

Le 18 novembre 2009, la Cour de cassation considère que les éléments rapportés par l'individu qui se prétendait victime ne sont pas « *révélateurs* » d'un traitement discriminatoire pour considérer que le moyen n'est pas fondé⁷⁸¹. Le 15 mai 2013, la Cour d'appel de Paris considère que l'individu qui se présentait victime n'avait pas « *établi de faits précis* » de nature à établir la volonté de l'employeur d'embaucher des salariés d'origine étrangères⁷⁸². La précision des éléments de fait est-elle exigée par le juge ? La Cour d'appel de Lyon le 10 septembre 2012 accompagne le terme « *précis* » du mot « *concordant* » pour qualifier les éléments qui devaient laisser supposer l'existence d'une discrimination⁷⁸³. Le 5 mars 2014, cette même Cour d'appel considère que l'employeur n'avait pas rapporté d'éléments objectifs susceptibles de combattre la présomption de discrimination « *établie et détaillée* » par la salariée⁷⁸⁴. Faut-il qu'elle le soit ?

Le doute qui plane autour de ce qui est attendu de la part de la prétendue victime est peut-être justifié par l'imprécision plus grande qui entoure le groupe de référence auquel appartient cet

⁷⁸⁰ Cour d'appel de Bordeaux, 22 septembre 2011, n° 10/05162.

⁷⁸¹ Cass., Chambre sociale, 18 novembre 2009, n° 08-42.846. L'affaire concernait un individu d'origine tunisienne qui n'avait pas connu les mêmes évolutions professionnelles que ses collègues.

⁷⁸² Cour d'appel de Paris, 15 mai 2013, n° 11/12675. Ce caractère précis est également exprimé par le juge de la Cour d'appel de Colmar, le 28 mars 2013, n° 11/04717, pour rejeter l'hypothèse d'une discrimination.

⁷⁸³ Cour d'appel de Lyon, 10 septembre 2012, n° 11/03177.

⁷⁸⁴ Cour d'appel de Paris, 26 février 2014, n° 11/11688. L'affaire concernait un individu d'origine africaine qui dénonçait des retards de promotion.

individu en matière de discrimination raciale. Le juge semble attendre des éléments plus précis que ce que lui indique le texte de loi pour contrebalancer la difficulté qu'il rencontrera inévitablement pour formuler la qualité des individus visés par ce type de discrimination.

C. La caractéristique qui fonde la différence de traitement.

L'interdiction est faite à l'employeur de prendre en considération un certain nombre de traits distinctifs du travailleur. La définition des catégories qui peuvent servir de fondement aux discriminations raciales n'est pas évidente, il est donc normal que leur maniement par le juge ne le soit pas non plus. Comment reconnaître que la victime appartient à telle ou telle ethnie ou race ou à telle origine lorsque ces mots sont difficilement définissables, voire tabous s'agissant du mot « race » ?

Le juge semble avoir choisi de ne pas s'attarder sur les caractéristiques raciales de la prétendue victime. Cela ne facilite pas la lisibilité des décisions mais peut révéler une certaine prudence de la part d'un juge qui refuse de se prononcer sur la situation raciale de l'individu. C'est ainsi qu'il refuse généralement de rechercher un groupe de référence précis pour y placer l'individu ou qu'il définit ce groupe négativement en l'opposant, par exemple, à ceux qui « *n'ont pas de nom à consonance maghrébine* »⁷⁸⁵. Katell Berthou soulève une interrogation qui résume l'apparente imprécision du discours du juge sur ce type de discrimination : « *Avec quels salariés compare-t-on la situation des salariés du groupe considéré : les autochtones ? les blancs ?* »⁷⁸⁶ » Alors que c'est bien souvent la comparaison par groupes qui permet de révéler la discrimination, ces groupes ne sont pas formulés dans les décisions du juge judiciaire, ou seulement à demi-mot.

Les approximations qui entourent le discours du juge judiciaire en matière de discrimination raciale peuvent être étudiées pour comprendre si elles révèlent un malaise ou une indignation particulière.

II. Les interprétations du discours du juge.

Le refus du juge de s'étendre sur les caractéristiques raciales de l'individu donne l'impression parfois d'un faible contrôle de ce type de discrimination qui peut s'interpréter de deux manières.

A. La révélation d'un malaise.

La première explication de cette apparente approximation du contrôle réside dans le malaise que le juge peut ressentir lorsqu'il a à penser les minorités. Le modèle républicain se traduit

⁷⁸⁵ K. Berthou, « La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine », *RDT*, n° 11-12, 2010, p. 635.

⁷⁸⁶ *Ibid.*

juridiquement par l'impossibilité de compter par race, ethnie, religion ou minorité, dont la prise en compte rappellerait les périodes les plus sombres de l'Histoire. L'idéal républicain, aveugle aux distinctions raciales, empêche donc peut-être le juge de formuler ce qui pourrait laisser penser qu'il établit juridiquement des catégories raciales. Ce malaise est compréhensible (et ne concerne d'ailleurs pas uniquement le mot « race », pourtant le plus commenté) mais ce manque d'explication dans certaines décisions des juges induit parfois un télescopage entre le principe d'égalité et le principe de non-discrimination en matière raciale. Celui qui s'estime victime d'une discrimination est en effet censé fournir une explication fondée sur un caractère prohibé. Celui qui s'estime victime d'une inégalité n'en précise pas le fondement. Le discours du juge, ne s'attardant pas sur la caractéristique qui a fondé la discrimination, donne parfois l'impression que la victime n'a pas eu à s'expliquer.

Le juge a même pu, dans une décision relativement ancienne, faire la confusion entre ces deux principes en s'exprimant ainsi : « *Quand une telle discrimination est invoquée il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge des éléments de faits susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement.*⁷⁸⁷ » S'il semble que le juge judiciaire distingue davantage aujourd'hui entre ces principes dans la formulation de ses décisions, son contrôle reste parfois rapide aux yeux du lecteur qui peut avoir le sentiment qu'une inégalité est assimilée à tort à une discrimination. Si le principe de non-discrimination tend à s'autonomiser devant le juge judiciaire, cela est peut-être moins perceptible en matière de discrimination raciale.

B. La révélation d'une indignation particulière

Le manque d'explication de la part du juge judiciaire lors de la caractérisation des discriminations raciales peut également être interprété comme une intransigeance particulière du juge vis-à-vis de ce type de discrimination. Cela pourrait être une façon pour lui d'affirmer que le vocabulaire employé n'a pas d'importance lorsqu'il s'agit de sanctionner une telle discrimination. Que l'individu victime appartienne à telle « race », « origine », « ethnie » ou « nation »... le juge élude la question pour affirmer l'absence de pertinence de telles catégorisations. En agissant ainsi, il peut en outre admettre un champ d'application de la loi très large pour atteindre toutes les différences qu'une personne qui discrimine racialement est capable d'imaginer pour diviser les individus. Le contentieux concernant cette discrimination est assez peu fourni mais il est possible d'affirmer que cette manière de dénier la moindre importance au critère sur lequel repose la discrimination permettra au juge d'y faire entrer, pourquoi pas, une discrimination fondée sur un accent ou un quelconque trait du visage à partir de l'instant où cet élément a été pris en compte par le discriminant. Le juge judiciaire s'exprime avec les termes de celui qu'il entend poursuivre et punir sans s'attarder sur la pertinence des catégories définies par le discriminant parce qu'elles n'en ont pas et que cela ne fait aucun doute qui justifierait qu'il s'y attarde.

⁷⁸⁷ CA Paris, 3 décembre 2009, n° 07/04887.

SECTION 2 : LA NOTION DE DISCRIMINATION DANS LE CONTENTIEUX DE PRESSE

En matière de prise en compte des discriminations, le droit de la presse apparaît comme relativement précurseur, la notion elle-même ayant été introduite dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse dès 1972. Aujourd'hui, elle est contenue spécifiquement dans deux alinéas de l'article 24 de ladite loi, qui constituent deux délits voisins.

Le premier résulte de la loi Pleven du 1^{er} juillet 1972, dont l'objectif est de lutter contre le racisme. Considérant que les discours racistes portent atteinte à l'honneur, au principe de non-discrimination ainsi qu'au principe d'égalité, le législateur a choisi d'introduire à l'article 24 de la loi sur la presse un alinéa 8⁷⁸⁸ punissant « *ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, [...] d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement* ».

Le second est introduit par la loi du 30 décembre 2004, portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, qui transpose la directive européenne du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. Outre la création d'une nouvelle autorité administrative indépendante – la Halde –, compétente pour toutes formes de discriminations prohibées par la loi ou les engagements internationaux auxquels la France a souscrit, et dont les missions ont depuis été absorbées par le défenseur des droits – non sans débat –, la loi a ajouté à l'article 24 un alinéa 9⁷⁸⁹ visant à réprimer « *ceux qui, par ces mêmes moyens, auront provoqué à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation ou identité sexuelle ou de leur handicap ou auront provoqué, à l'égard des mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal* »⁷⁹⁰.

⁷⁸⁸ Devenu alinéa 7 depuis que la loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme a transféré la provocation et l'apologie de terrorisme vers le Code Pénal.

⁷⁸⁹ Devenu alinéa 8.

⁷⁹⁰ Section 1 : Des discriminations.

Article 225-1 : Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Article 225-2 : La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende lorsqu'elle consiste :

1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;

2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;

3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;

4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;

D'ores et déjà, la seule lecture de ces deux articles, avant toute analyse de la jurisprudence à laquelle ils ont donné lieu, appelle plusieurs commentaires :

Tout d'abord, le terme de discrimination figure, ainsi qu'il a été indiqué, dans le texte même de l'incrimination, ce qui, d'une certaine manière, explique que le juge, lorsqu'il est saisi de propos provocant à la discrimination, ne parle guère du principe d'égalité mais bien plutôt de discrimination, et ne vise pas d'autres dispositions consacrant et reconnaissant le principe de non-discrimination, qu'elles soient conventionnelles ou constitutionnelles.

Ensuite -et c'est l'une des premières différences entre les deux délits incriminés-, alors que l'alinéa 8 fait référence à la discrimination sans renvoi particulier à un autre texte qui viendrait préciser ce qu'il faut entendre par ce terme, l'alinéa 9, quant à lui, précise que seront punis ceux qui auront provoqué à une discrimination prévue par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal.

Cette distinction, si elle peut paraître anodine, n'est en réalité pas dénuée d'intérêt. Dans le cadre de l'article 24 alinéa 8, si l'on s'en tient à la seule lecture du texte de l'incrimination, alors il faut en déduire qu'il n'est pas nécessaire de provoquer à un acte discriminatoire prévu par le Code pénal pour être poursuivi. En revanche, dans le cadre de l'alinéa 9, la provocation doit résider dans une exhortation ou une incitation explicite à commettre un acte discriminatoire précis visé par le Code pénal aux articles 225-2 et 432-7 ; le premier visant des particuliers, soit qu'ils refusent de fournir un bien ou un service, soit qu'ils licencient ou refusent d'embaucher, pour un motif discriminatoire, le second sanctionnant les dépositaires de l'autorité publique se rendant coupables de telles actions.

Au travers de l'alinéa 9, le législateur semble avoir pris en compte l'une des critiques souvent émise à l'encontre de l'alinéa précédent, qui tient à son imprécision. Au-delà du terme de « haine », très largement dénoncé, en ce qu'il ne renvoie pas à une quelconque qualification juridique précise mais semble davantage être l'expression d'un sentiment, il est constamment reproché au délit de l'article 24 alinéa 8 de ne pas avoir précisé ce qu'il faut entendre par discrimination et violence. S'agit-il uniquement d'actes discriminatoires tels qu'ils sont prévus par le Code pénal ? La provocation à commettre des actes discriminatoires licites, puisque non prévus *a priori* par la loi pénale, peut-elle être sanctionnée ? Si, à première vue, une réponse négative s'impose, rien ne permet de l'affirmer avec certitude au regard du texte de l'incrimination.

5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;

6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale.

Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 Euros d'amende.

Article 432-7 : La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ;

2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque.

L'absence de précision a d'ailleurs fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. Certes, le caractère sérieux n'a pas été retenu par la Cour de cassation, enrayant, de fait, sa transmission au Conseil constitutionnel, mais il faut bien reconnaître que le raisonnement adopté n'est pas exempt de critiques. Saisie de la question suivante : « l'article 24 alinéa 8 est-il conforme à la constitution ? En ce que les notions de discrimination ou de haine prévues par l'article 24 alinéa 8 de la loi ne répondent pas aux exigences de précision résultant du principe de légalité des délits et des peines de l'article 8 de la DDHC et qu'il est porté par cette incrimination une atteinte excessive au principe de la liberté d'expression », la Cour de cassation a, dans un arrêt du 16 avril 2013, refusé de transmettre au juge constitutionnel le problème de conformité soulevé considérant que « *les termes de l'article 24 alinéa 8, qui laisse au juge le soin de qualifier des comportements que le législateur ne peut énumérer a priori de façon exhaustive, sont suffisamment clairs et précis, pour que l'interprétation du texte, qui entre dans l'office du juge pénal, puisse se faire sans risque d'arbitraire et que d'autre part l'atteinte portée à la liberté d'expression paraît nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi de lutte contre le racisme et la protection de l'ordre public* »⁷⁹¹. Cette décision peut immédiatement être mise en parallèle avec un arrêt rendu le même jour au sujet de l'alinéa suivant. Dans cette seconde espèce, la question ne visait que la première partie de l'incrimination, c'est-à-dire « la provocation à la haine et à la violence », comme étant susceptible d'être contraire au principe de légalité des délits et des peines d'où découle le principe de clarté et de prévision de la loi. La provocation à la discrimination n'était pas visée par la prétention puisqu'en se référant aux articles 225-2 et 437-2 du Code pénal, le texte semblait suffisamment précis. En dépit de cette différence, la même réponse est faite par la Cour de cassation qui dénie, dans les deux cas, le caractère sérieux à la question posée⁷⁹². Le raisonnement adopté dans la première affaire laisse songeur dans la mesure où il suggère que le législateur ne peut énumérer *a priori* les comportements discriminatoires dont l'incitation est répréhensible ... Or, un comportement discriminatoire non énuméré par un texte ne peut, quant à lui, être sanctionné en vertu du principe de légalité des délits et des peines. Il faudrait donc en conclure qu'une personne qui provoque à un acte discriminatoire non énuméré par un texte peut être sanctionné par le juge car le législateur ne peut pas tout prévoir, alors que celui qui répond à cette provocation, autrement dit celui qui accomplit l'acte discriminatoire auquel il a été provoqué, ne sera pas puni en raison du principe de légalité des délits et des peines. Ainsi, le prédicateur est réprimé pénalement, celui qui agit non... A en croire le juge, il serait plus grave de provoquer à la discrimination que de discriminer effectivement. La formulation retenue par la Cour de cassation est donc bien maladroite et laisse ouverte la question de savoir si l'on peut être condamné pour avoir provoqué à la commission d'un acte discriminatoire licite.

Cette première remarque formulée, il nous faut à présent revenir au sujet lui-même. Ainsi que nous l'avons brièvement indiqué, l'introduction de ces incriminations dans la loi sur la presse est justifiée par la nécessité de protéger l'ordre public et certaines valeurs sociales⁷⁹³,

⁷⁹¹ Cass. crim., 16 avril 2013, n° 13-90008.

⁷⁹² Cass. crim., 16 avril 2013, n° 13-90010.

⁷⁹³ Cass. crim., 30 octobre 2012, n° 11-88562 : dans cette espèce, la Cour de cassation reconnaît expressément que la provocation à la discrimination raciale a pour but de préserver une valeur sociale

précisément celle de lutte contre le racisme et toutes formes de discrimination. On peut sur ce point se référer à l'intitulé de la loi du 30 décembre 2004 « portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité » et précisément à son titre 3, dénommé : « renforcement de la lutte contre les propos discriminatoires à caractères sexiste ou homophobe » qui manifeste clairement que la lutte contre les discriminations constitue l'intérêt défendu par l'introduction de ces incriminations.

Les critères retenus sont multiples, l'article 24 alinéa 8, désormais 7, visant la provocation à la discrimination à raison de l'origine ou de l'appartenance ou non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, tandis que l'article 24 alinéa 9, désormais 8, concerne la provocation à la discrimination à raison du sexe, de l'orientation ou identité sexuelle ou du handicap. Sont donc à la fois concernés les critères de l'origine, de l'ethnie, de la nation, de la race et de la religion, ainsi que ceux du sexe, de l'orientation sexuelle et du handicap.

Si le législateur ne semble pas établir de hiérarchie entre ces différents motifs de discrimination, une rapide lecture des arrêts rendus sur ces deux chefs d'inculpation pourrait nous laisser penser que c'est la discrimination dite « raciale » qui est la plus souvent réprimée. Toutefois, cette affirmation est, en soi, erronée, d'une part, car il faut bien reconnaître que c'est celle qui est la plus souvent invoquée, ce qui explique qu'elle soit plus fréquemment sanctionnée, d'autre part, car si l'on examine plus attentivement les décisions rendues, on se rend compte que le juge a tendance à ranger derrière l'expression « discrimination raciale », les discriminations à raison de l'origine ou encore celles à raison de l'appartenance ou non appartenance à une ethnie et une nation. La confusion entre les trois premiers critères de discrimination de l'alinéa 7 est fréquente, seule la discrimination religieuse étant réellement identifiée séparément. L'examen des décisions rendues sur le fondement de l'alinéa suivant est, quant à lui, peu concluant pour notre étude, le juge n'ayant eu que très peu d'occasion de statuer à ce sujet et l'ayant fait, les rares fois où il a été saisi, sur le fondement de la provocation à la haine et à la violence, et non sur le fondement de la provocation à la discrimination⁷⁹⁴.

L'étude menée à partir des arrêts rendus par la chambre criminelle de la Cour de cassation entre 2000 et 2015, mis en ligne sur la base Légifrance, et contenant les termes provocation et discrimination, et de manière non substantielle, à partir de quelques arrêts de Cour d'appel, peu étant publiés sur cette base, peut paraître guère concluante pour le sujet donné, et ce, pour plusieurs raisons. D'une part – mais est-il vraiment nécessaire de le rappeler ? –, la Cour de cassation est juge du droit et non du fait, ce qui explique que dans bien des affaires où la Cour d'appel a retenu la provocation à la discrimination, et notamment la provocation à la discrimination raciale, elle se contente de dire que la cour « *par des motifs exempts*

⁷⁹⁴ Voir pour des exemples récents : TGI Paris, 17ème ch., 18 décembre 2015, Assoc. Inter LGBT et a. / C. Boutin, n° 140980000598, Légipresse, 2015, n°334: la provocation publique à la haine ou à la violence à l'égard d'un groupe de personnes à raison de leur orientation sexuelle a été retenue contre une femme politique ayant déclaré dans une interview pour une revue trimestrielle : « L'homosexualité est une abomination ». Voir également : TGI Paris, 17ème ch., 20 janvier 2014, Assoc. Comité Idato c. M. X. et a., n°13225000272, Légipresse, 2015, n°326.

d'insuffisance et de contradiction, a exactement apprécié le sens et la portée des propos dénoncés, et a, à bon droit, retenu qu'ils constituaient le délit de provocation à la discrimination, à la violence et à la haine raciale ». Il faudrait dès lors analyser les arrêts des différentes Cours d'appel qui sont, sans aucun doute, beaucoup plus éclairants sur ce qui a été jugé ou non comme étant une discrimination ou un acte discriminatoire. D'autre part, il faut bien reconnaître que bien souvent la Cour de cassation retient abusivement le terme de provocation à la discrimination raciale, alors qu'il n'est nulle part question de discrimination ou acte discriminatoire, mais plutôt d'incitation à la haine et à la violence contre une personne ou un groupe de personnes à raison de son appartenance ou non à une ethnie, nation, race... L'analyse du discours du juge témoigne donc d'une certaine imprécision tant du point de vue du critère, puisqu'en la matière une confusion demeure, que du point de vue de la discrimination elle-même, le juge ne cherchant pas réellement à l'établir et ne se prononçant pas sur « le groupe de référence ».

Il serait toutefois inexact d'affirmer qu'aucun enseignement ne peut être dégagé de cette analyse, même si elle peut apparaître parcellaire. Au contraire, un certain nombre de conclusions peuvent être tirées à la lumière des arrêts qui traitent vraiment de discrimination, qu'ils la retiennent ou non. Il semble possible d'établir une distinction selon que ce qui fait l'objet de la condamnation est un propos discriminatoire ou un propos visant à la commission d'actes discriminatoires. En dépit d'une interprétation stricte de la loi pénale, il n'est, en réalité, pas certain que le juge cherche systématiquement à sanctionner une provocation qui vise à la commission d'actes discriminatoires spécifiques, notamment quand il estime que le propos est profondément raciste. Ce constat est certes regrettable au regard de la règle d'équilibre poursuivie par le législateur entre la liberté d'expression et la protection des droits d'autrui et de l'ordre public, en vertu de laquelle l'opinion, même « raciste », doit rester libre sauf lorsqu'elle constitue une diffamation, injure, provocation à la discrimination, violence ou haine. Toutefois, et même s'il ne manifeste pas réellement l'existence d'une hiérarchie entre les critères, il atteste de la volonté des juges de vouloir sanctionner les propos dès lors qu'ils les estiment profondément blessants et discriminants. L'indignation ressentie face aux propos est d'ailleurs aussi ce qui explique l'imprécision des arrêts tant s'agissant du critère que de la discrimination elle-même. Finalement, « *peu importe le critère, tant le propos est indigne* », semble ainsi dire le juge.

Aussi, après avoir présenté les rares hypothèses dans lesquelles la Cour de cassation sanctionne des propos visant à la commission d'actes discriminatoires (I), nous examinerons certaines espèces dans lesquelles le délit de provocation est retenu à l'encontre de propos qui, sans constituer un appel à commettre de tels actes, peuvent être qualifiés de discriminatoires (II).

I. La sanction de propos visant à la commission d'actes discriminatoires : une hypothèse introuvable ?

Si elle ne retient que très rarement le délit, du moins dans sa branche « provocation à la discrimination », la Cour de cassation aime, en revanche, à rappeler que l'infraction doit résider dans la provocation à commettre des actes discriminatoires. C'est ainsi que, saisie du chef de provocation à la discrimination raciale à propos de l'ouvrage *Hutus –Tutsi, une brève histoire des rivalités, stratégies et crimes politiques au pays des mille collines*, la Cour de cassation a rejeté la constitution du délit, au motif de l'absence d'incitation ou d'encouragement à « *des sentiments de haine ou des comportements positifs que la loi réprime* »⁷⁹⁵, indiquant, par-là, que la discrimination doit être prévue par la loi et illégale. Or, en l'espèce, « *tel n'est pas le cas des propos qui doivent être appréciés dans leur contexte et visent à étayer une analyse politique décrivant sans but, même déguisé, de discrimination, les mécanismes de conquête, d'accession et de maintien au pouvoir dans un pays depuis longtemps déjà rongé par les rivalités ethniques* ». Elle ajoute que « *les développements relatifs à la "culture du mensonge et de la dissimulation" telle que décrite par M. Y. [...] même si leur formulation peut légitimement heurter ceux qu'ils visent, ne contiennent pas d'appel ni aucune exhortation à la discrimination, haine ou violence* ». Sans s'interroger sur le caractère peut être plus adapté du critère de l'ethnie, au lieu de celui de « race », la Cour de cassation rejette donc la prétention du requérant considérant que si les propos peuvent heurter, ils ne remplissent pas les conditions du délit de provocation à la discrimination.

La solution rendue ne doit pas surprendre. La Cour de cassation avait en effet déjà eu l'occasion de casser un arrêt de la Cour d'appel de Paris pour cette même raison⁷⁹⁶. Dans cette affaire, les juges d'appel avaient retenu le délit de provocation à la discrimination, à la haine et à la violence en raison de l'appartenance à une ethnie. Les propos litigieux concernaient la communauté Roms et avaient été tenus par un intervenant dans l'émission *C'est dans l'air*. Ce dernier affirmait, en autres : qu'un cinquième de la communauté rom roumaine est criminogène, que « les gitanes » se livrent à la prostitution dans des proportions considérables, que les adultes de cette communauté ne sont pas assimilables et même s'ils y parviennent comme « les gitans français », ils demeurent responsables de nombreux crimes et délits, et que les enfants ne peuvent être intégrés qu'à condition d'être extraits de leur famille. Pour la Cour d'appel, « *la culpabilité de M.Y, auquel il n'a pu échapper que le sujet de l'émission exigeait à tout le moins qu'il fasse preuve d'un pessimisme raisonné et argumenté et qu'il se livre à des propos créant à l'évidence par leur charge et leur caractère abrupt l'incitation à la discrimination* » doit être confirmée. Elle considère donc, à l'instar des juges de première instance, que les propos litigieux sont constitutifs du délit de provocation à la discrimination, ce qui, en dépit de la violence des propos, peut surprendre. Certes, il est possible de considérer que le propos est discriminatoire ou discriminant, en revanche, et, même si on peut à la rigueur admettre qu'il appelle à la ségrégation de ce groupe, il semble

⁷⁹⁵ Cass. crim., 8 novembre 2011, n°09-88007.

⁷⁹⁶ Cass. crim., 7 juin 2011, n° 10-85179.

délicat de considérer qu'il invite à commettre des actes discriminatoires précis. C'est d'ailleurs ce qu'indique la Cour de cassation pour qui les propos ne font que s'interroger « *sur les problèmes liés à l'intégration des roms et aux conditions de vie et à l'avenir des enfants de cette communauté, sur la gestion des flux migratoires et la gestion des problèmes de délinquance [...] [qu'ils] ne renferment aucune expression outrageante et incluent une réflexion de type compassionnel concernant le sort et l'avenir des enfants de la communauté rom, et ne sont, de manière générale, assortis d'aucune exhortation ou incitations adressées à des tiers en vue d'en tirer des conséquences discriminatoires* ». Si la solution retenue par la Cour suprême peut heurter, tant les propos, de par leur violence, semblent constituer le délit de provocation à la haine envers une communauté accusée d'être tout simplement un repère de délinquants, il faut bien reconnaître qu'ils n'appellent pas explicitement à la commission d'actes discriminatoires, ce qui a justifié le rejet de la constitution de l'infraction.

On peut donc, dès à présent, le souligner : la constitution du délit est délicate, les propos étant souvent évasifs, volontairement ou involontairement, si bien qu'ils échappent à une telle qualification. Elle n'est néanmoins pas qu'un cas d'école. C'est sur le fondement du critère de l'appartenance ou non-appartenance à une nation qu'elle est la plus fréquemment retenue. En ce sens, on peut faire état de la jurisprudence relative au boycott des produits israéliens. Dans un arrêt rendu le 28 septembre 2004⁷⁹⁷, la Cour de cassation a choisi de confirmer la décision de la Cour d'appel de Douai qui a prononcé une condamnation à 1000 euros d'amende pour provocation à la discrimination raciale – même s'il faut remarquer qu'ici c'est de l'appartenance nationale dont il est en réalité question – à l'encontre d'un maire ayant appelé au boycott des produits israéliens sur le site internet de la Commune. Pour la Cour d'appel, « *en annonçant son intention de demander à ses services de ne plus acheter de produit en provenance d'Israël, [le maire] a incité ceux-ci à tenir compte de l'origine des produits et par suite, a entravé l'exercice normal de l'activité économique des producteurs d'Israël* ». L'appel au boycott de produits ayant une certaine provenance est ici qualifié d'entrave à l'exercice normal de l'activité économique des produits en raison de leur appartenance à une nation, comportement qui est expressément interdit par l'article 225-2 du Code pénal. Si ce dernier n'est pas mentionné ni dans les visas ni dans le corps de la décision, c'est bien un appel à commettre un acte discriminatoire illégal qui est ici sanctionné. La Cour de cassation a, dans le même sens, jugé que « *la diffusion sur le site internet de la commune de la décision du maire de boycotter les produits israéliens, accompagnée d'un commentaire militant, était [...] de nature à provoquer des comportements discriminatoires* ». Elle a ainsi choisi de sanctionner une provocation à la discrimination consistant dans une infraction réprimée aux articles 225-2 et 432-7 du Code pénal, sans pour autant les viser expressément, ce qui n'étonne guère puisque cette exigence n'est pas formulée par l'article 24 alinéa 7 (ex alinéa 8) ici concerné mais par l'article 24 alinéa 8 (ex alinéa 9).

⁷⁹⁷ Cass. crim., 28 septembre 2004, n°03-87450.

Une telle solution a, depuis lors, été retenue, de façon quasi constante. Ainsi, dans un arrêt rendu le 12 mai 2012⁷⁹⁸, la Cour de cassation a confirmé la condamnation de Mme Y., militante politique, reconnue coupable d'avoir provoqué à la discrimination envers un groupe de personnes en raison de leur appartenance à une nation, pour avoir apposé une étiquette autocollante comportant l'inscription *boycott-Israël* sur une bouteille de jus d'orange de marque israélienne. En agissant de la sorte, elle aurait incité à entraver l'exercice normal d'une activité économique en opérant une distinction entre producteurs et fournisseurs de ces produits, en raison de leur appartenance ou non-appartenance à une nation déterminée. Dans cette espèce, bien que l'article du Code pénal ne soit, encore une fois, pas expressément visé, le comportement blâmé est bien l'un de ceux réprimé par l'article 225-2 dudit Code. On est donc face à une provocation à commettre un acte discriminatoire illégal précis, la militante appelant à entraver l'exercice normal de l'activité économique de personnes à raison de leur appartenance à la nation israélienne. Comme dans l'espèce précédente, la Cour de cassation condamne donc les propos comme incitant à la commission d'actes discriminatoires, sans se référer aux articles du Code pénal.

Plus récemment, dans deux décisions identiques du 20 octobre 2015⁷⁹⁹, la Cour de cassation a confirmé les deux arrêts de condamnation rendus par la Cour d'appel de Colmar qui, infirmant les jugements de première instance, avait retenu le délit de provocation à la discrimination envers un groupe de personnes à raison de leur nationalité à l'encontre de manifestants incitant au boycott de produits israéliens pour s'opposer à la politique de l'Etat d'Israël.

Ces différentes affaires nous conduisent nécessairement à nous interroger sur l'opportunité d'une telle solution dans la mesure où elle restreint la liberté d'expression et de manifestation de militants et groupes d'opposants à la politique d'un Etat étranger⁸⁰⁰, et ce d'autant plus que sa « conventionnalité » est suspectée par certains auteurs⁸⁰¹. Si tel n'est pas le sujet de la présente contribution, on peut néanmoins se demander s'il ne faudrait pas envisager une réécriture de l'article 24 alinéa 7, ou des conditions qui entourent cette infraction, afin de pouvoir établir une distinction entre la mise en cause des membres d'une nation en tant que tels et la contestation de la politique d'un Etat, qui doit rester libre. Ne pourrait-on pas admettre la possibilité d'invoquer une excuse de bonne foi qui, en matière de diffamation, libère le locuteur de toute condamnation dès lors que les conditions d'objectivité, de prudence, d'absence d'animosité personnelle et de but légitime poursuivi sont réunies ? Si elle n'est pas transposable dans sa forme stricte, la provocation déniait toute prudence dans l'expression, il convient néanmoins de préciser que la Cour de cassation a déjà eu l'occasion

⁷⁹⁸ Cass. crim., 22 mai 2012, n°10-88315, Bull. crim. 2012, n° 131.

⁷⁹⁹ Cass. crim. 20 octobre 2015, n° 14-80.020, JCP, G, 2015, 1356, note F Dubuisson et G. Poissonnier ; Comm. comm. électron., 2015, comm. 99, obs A. Lepage.

⁸⁰⁰ Il a par ailleurs été fait remarquer par le professeur Emmanuel Derieux que « des mesures discriminatoires sinon d'embargo bien plus lourdes peuvent être décidées par les instances européennes ou la communauté internationale », ce qui peut tendre à penser ou, en tout cas amène certains à penser, qu'il y a « deux poids deux mesures » ... : E. Derieux, « Incitation au Boycott de produits et provocation à la discrimination », *Légipresse*, n°333, 2015, , p. 662.

⁸⁰¹ *Ibid.*, p. 663.

d'atténuer cette condition dans le cas de la liberté d'expression politique et syndicale, qui contient bien souvent une certaine forme d'exagération. Il n'est dès lors pas totalement impossible d'étendre ce fait justificatif ou, en tout cas, d'en permettre son utilisation.

Outre le cas des propos appelant au boycott de produits en raison de leur « appartenance nationale », un autre exemple de provocation à la commission d'actes discriminatoires mérite quelques développements, et ce, même si la condamnation a été annulée par la Cour de cassation, l'infirmité de l'arrêt de la Cour d'appel résultant de l'absence d'intérêt à agir de l'association requérante, ce qui ne remet pas en cause la qualification retenue⁸⁰². Dans cette affaire, la Cour d'appel d'Aix, par un arrêt rendu le 18 juin 2001, avait retenu la provocation à la discrimination raciale contre une délibération du maire de Vitrolles, dans laquelle il était question d'une prime municipale à la naissance dont l'octroi était subordonné à la condition que l'un des parents soit de nationalité française ou soit ressortissant européen. Ici, une fois n'est pas coutume, c'est le critère de l'appartenance à une nation qui était en cause, et non celui de la « race ». L'acte discriminatoire était illégal, et l'article 225-2 du Code pénal, qui punit la discrimination lorsqu'elle consiste à subordonner l'attribution d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1, était d'ailleurs expressément visé dans la décision⁸⁰³. Il existait donc une discrimination prohibée ce qui a permis au juge d'en déduire que la délibération qui invitait à procéder à cet acte discriminatoire constituait une provocation à une discrimination interdite par l'article 24 alinéa 8 (actuel alinéa 7).

Encore une fois, le juge accorde une importance particulière au fait que l'acte discriminatoire soit prohibé par la loi. Il a du reste eu l'occasion de juger, à propos d'une affaire dans laquelle était en cause le critère de l'origine - ou de la religion -, que la provocation à un acte de discrimination positive n'entre pas dans les prévisions de l'article 24 alinéa 8⁸⁰⁴. Dans l'espèce concernée, suite à un pourvoi formé par l'AGRIF, la Cour de cassation a considéré que n'est pas une provocation à la discrimination envers un groupe de personnes à raison de son origine ou de sa religion, le fait pour le président directeur général d'une entreprise de reconnaître pratiquer la discrimination positive et faire preuve de volontarisme en la matière. Les propos étaient les suivants : « *aujourd'hui lorsque nous rencontrons un candidat qui a un prénom d'origine étrangère, il a plus de chance d'être recruté que celui qui porte un prénom de Français de souche* ». L'acte discriminatoire résidait, selon l'association requérante, dans le fait de favoriser l'accès à l'emploi des personnes étrangères ce qui impliquait, a contrario, de défavoriser les Français de souche. En rejetant la constitution du délit, la Cour de cassation considère que le fait de favoriser certaines personnes ou groupes de personnes victimes de discrimination systématique en vue de rétablir l'égalité des chances et d'inviter à ce type de comportement (même si, ici, on peut davantage y lire une justification) ne constitue pas une provocation à la discrimination envers les Français de souche. Pour le dire autrement, elle

⁸⁰² Cass. crim., 17 décembre 2002, n°1-85650.

⁸⁰³ On peut d'ailleurs s'interroger sur la pertinence d'avoir visé cet article qui ne concerne pas les dépositaires de l'autorité publique.

⁸⁰⁴ Cass. crim., 22 novembre 2011, n°10-81771.

juge que la provocation à la discrimination positive n'est pas illégale. Les juges du fond ont par ailleurs eu l'occasion de juger que les « Français blancs dits de souche » ne constituent pas un « groupe de personnes » au sens de la loi sur la presse⁸⁰⁵.

En définitive, l'analyse de ces arrêts démontre que, réduit à l'incitation à commettre des actes discriminatoires, le délit de provocation à la discrimination est peu fréquemment constitué. C'est sans doute ce qui explique qu'il soit retenu dans des hypothèses où les propos sont seulement discriminatoires, sans qu'ils forment réellement un appel à la réalisation d'une discrimination prohibée. Si légitime que puisse parfois paraître la sanction, l'extension n'en demeure pas moins dangereuse pour la liberté d'expression.

II. La sanction de propos discriminatoires : une hypothèse dangereuse ?

L'extension du délit à la poursuite de propos discriminatoires, sans qu'ils constituent nécessairement un appel à commettre des actes discriminatoires illégaux, témoigne de « sentiments » – si l'on peut parler ainsi – qui semblent être éprouvés par les juges lorsqu'ils sont confrontés aux discriminations, surtout lorsqu'elles sont dites « raciales ». Ainsi que nous l'avons indiqué dans notre propos introductif, il nous est apparu que l'extrême confusion des critères manifestait leur sentiment d'indignation. Non seulement indignés, les juges paraissent embarrassés par des propos provocateurs et particulièrement blessants, si bien qu'ils en arrivent à sanctionner des discours qui, sans être une incitation à commettre une discrimination, constituent en eux-mêmes l'expression d'une discrimination. En ce sens, on peut dire que le juge sanctionne l'expression de propos discriminatoires.

Sans prétendre être exhaustif sur le sujet, nous nous proposons de prendre appui sur quelques arrêts significatifs pour étayer cette analyse.

C'est ainsi que, dans un arrêt rendu le 26 mai 2008, la Cour d'appel de Paris a retenu le délit de provocation à la discrimination à l'égard d'écrits dénigrant systématiquement des personnes à raison de leur origine. Dans cette affaire, aucune référence n'est faite à l'article 225-2 du Code pénal ou un autre article dudit Code. Sont en cause des propos mis en ligne sur internet présentant une photo de l'équipe de France de foot où prédominent des hommes de couleur accompagnée du texte suivant « *il paraîtrait que certains savent lire le français et même penser par eux-mêmes, mais [...] il ne s'agirait en réalité que d'une légende* ». Les joueurs de couleurs, ainsi stigmatisés, sont censés être analphabètes et inintelligents. En retenant le délit de provocation à la discrimination envers un groupe de personnes à raison de son origine, l'arrêt de la Cour d'appel laisse supposer qu'est discriminatoire le fait de dénigrer systématiquement quelqu'un à raison de son origine. La Cour ne renvoie pas à un comportement précis incriminé par le Code pénal. L'auteur n'appelle d'ailleurs pas réellement à la commission d'actes discriminatoires. C'est donc manifestement le propos en lui-même qui est discriminatoire et qui justifie la condamnation prononcée.

⁸⁰⁵ CA, Paris, (pôle 2 - ch. 7), 9 décembre 2015, AGRIF c/ Said B. et a, n°15-02415.

Dans le même ordre d'idée, toujours relativement au critère de l'origine, la Cour de cassation dans un arrêt du 30 mars 2010⁸⁰⁶, a confirmé la condamnation pour provocation à la discrimination raciale d'un individu ayant prononcé les propos suivants : « *je ne cache pas que je ne voudrais pas que notre pays soit dirigé par quelqu'un qui n'est pas Polynésien. Il est peut être Français mais pour nous c'est un Asiatique ; se faire diriger par un Asiatique nous fait peur* ». La Cour a jugé que ces propos comportent « *une exhortation ou une incitation explicite à commettre des actes de discrimination ou de violence ou à concevoir des sentiments de haine vis-à-vis de la communauté chinoise* ». Elle considère donc qu'ils constituent un appel à commettre des actes discriminatoires. L'acte en question semble résider dans le fait de l'exclure de l'élection, autrement dit de l'exclure du droit d'être éligible dans la mesure où il n'y a pas un droit d'être élu. Toutefois, le raisonnement paraît un peu alambiqué, le propos n'étant pas spécifiquement adressé aux dépositaires de l'autorité publique qui, seuls, peuvent l'exclure de ce droit. Il faut donc en conclure que c'est en réalité pour son caractère seulement discriminatoire que le propos est condamné et non parce qu'il invite à la commission d'actes de discrimination, sauf à considérer que cet acte réside dans le fait de ne pas voter pour une personne parce qu'elle est chinoise... ce qui est très malaisé à prouver. Cela étant, comme on est sur une présomption, la personne qui poursuit n'a pas à prouver que de tels actes seront commis.

Une autre illustration peut être proposée. Cette fois-ci, elle ne porte pas sur le critère de l'origine mais sur celui de l'appartenance et ici la non-appartenance à une nation. La Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 25 juin 2002⁸⁰⁷, a confirmé la condamnation de la Cour d'appel pour provocation à la discrimination retenue à l'encontre du slogan « *la France aux Français* ». Pour les juges d'appel, ce dernier « *a pour effet de réserver le territoire français aux seules personnes de nationalité française et tend à susciter un sentiment de haine ou des actes de discrimination envers les étrangers, et, plus particulièrement dès lors qu'on le replace dans le contexte de la conférence sur l'immigration algérienne en France, envers les immigrés du Maghreb, lesquels ne devraient pas, selon le rédacteur du tract avoir accès au sol français* ». Ici, on peut, une fois encore, légitimement se demander si, ce qui est sanctionné, c'est le propos appelant à la commission d'actes discriminatoires ou seulement le propos discriminatoire. L'acte discriminatoire peut résider dans le fait d'interdire l'accès au sol français aux populations issues du Maghreb. Cet acte peut entrer dans les prévisions de l'article 432-7 du Code pénal qui vise le fait de refuser le bénéfice d'un droit prévu par la loi. Toutefois, l'article précise que cet acte – fort logiquement – doit être le fait d'une personne dépositaire de l'autorité publique. Dès lors que le propos, « *la France aux Français* », est contenu dans un tract à destination du public, et non à destination des personnes en charge de l'autorisation d'entrée des étrangers sur le sol français, alors il faut considérer que le propos n'est pas condamné parce qu'il invite à la commission d'actes discriminatoires mais bien parce qu'il est en lui-même discriminatoire.

⁸⁰⁶ Cass. crim., 30 Mars 2010 n° 09 – 86330.

⁸⁰⁷ Cass. crim., 25 juin 2002 n°01- 860268.

Enfin, une dernière espèce peut être développée. Est en cause, cette fois-ci, le critère de la religion. Dans un arrêt rendu le 3 février 2009⁸⁰⁸, la Cour de cassation a confirmé la condamnation à 10 000 euros d’amende pour provocation à la discrimination à raison de l’appartenance à une religion, prononcée contre l’ex président du Front national pour les propos suivants tenus dans l’hebdomadaire *Rivarol* : « *D’autant que quand je dis qu’avec 25 millions de musulmans chez nous, les Français raseront les murs, des gens de la salle me disent non sans raison “mais monsieur... c’est déjà le cas maintenant”* ». Pour la Cour d’appel de Paris, « *son propos instille dans l’esprit du public la conviction que la sécurité des Français passe par le rejet des musulmans et que l’inquiétude et la peur, liées à leur présence croissante en France, cesseront si leur nombre décroît et s’ils disparaissent* ». Ainsi, il faudrait comprendre qu’une invitation à rejeter des individus à raison de leur religion constitue le délit de provocation à commettre des actes de discrimination. En réalité, on est, ici encore, davantage face à un propos discriminatoire, que face à un propos qui tend à inciter à la commission d’actes discriminatoires. D’ailleurs, si cela avait été le cas, on aurait légitimement pu se demander à quels actes discriminatoires illégaux l’auteur de cette phrase appelait réellement.

Ces différentes espèces, dont les condamnations peuvent être discutées, tant certaines apparaissent contestables à bien des égards, sont la manifestation de l’extension du délit qui ne sert pas, ici, à appréhender des provocations directes à commettre des actes discriminatoires mais des propos qui sont en eux-mêmes discriminatoires. Au regard du principe d’interprétation stricte de la loi pénale, l’extension est critiquable. Elle l’est d’autant plus que le délit de provocation non suivi d’effet, conservé dans la loi de 1881, a été maintenu avec difficulté. S’il a pu l’être, c’est à condition qu’il soit restreint dans son objet et sa portée. Il était donc à l’origine prévu que la provocation ne soit sanctionnée que si elle réside dans une incitation à commettre des crimes particulièrement graves qui touchent profondément les intérêts privés et surtout les intérêts publics de l’Etat⁸⁰⁹. En outre, elle se devait d’être directe et intentionnelle afin d’éviter toute confusion avec le délit d’opinion. Le caractère direct s’apprécie au regard de la relation précise et incontestable qu’il y a entre le fait de provocation et les crimes visés par la prévention. L’infraction n’ayant pas été commise, le lien de causalité réside uniquement dans le fait d’avoir encouragé autrui à commettre un acte répréhensible suffisamment déterminé. C’est en introduisant en 1972 la possibilité de sanctionner la provocation à la discrimination, à la violence et à la haine raciale ou religieuse, que le législateur a engendré, consciemment ou non, une nouvelle forme de provocation interdite : en effet, si certains actes de violence et de discrimination sont expressément prévus par le Code pénal, en revanche, la haine, ainsi que nous l’avons indiqué, est un sentiment qui ne fait

⁸⁰⁸ Cass. crim., 3 février 2009, n°06-83063 /08-82402, Bull. crim. 2009, n°25.

⁸⁰⁹ Aujourd’hui élargi, le délit de provocation non suivie d’effet sanctionne ceux qui incitent à commettre les atteintes les plus graves contre les personnes et contre les biens, ainsi que contre les intérêts fondamentaux de la nation : autrement dit, les atteintes volontaires à la vie, les atteintes à l’intégrité de la personne et les agressions sexuelles ; les vols, les extorsions et les destructions, dégradations et détériorations volontaires dangereuses pour la personne ; ou l’un des crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation.

pas l'objet d'une incrimination précise, dès lors l'incitation à la haine est nécessairement une « provocation indirecte » non suivie d'effet.

Il semblerait que ce soit la légitimité de l'objectif poursuivi qui a justifié ce qui apparaît, aujourd'hui encore, comme un véritable écart au regard de l'équilibre recherché par le législateur originel. D'ailleurs, ce délit de provocation indirecte étant jugé plus dangereux pour la liberté d'expression que celui de provocation directe, il a, au départ, été décidé de l'utiliser avec prudence. Les tribunaux ont, en effet, exprimé, de longue date, la nécessité qu'il ne soit retenu que si les propos provoquent aux faits que définissent et répriment les articles 432-7 et 225-5 du Code pénal (articles 187-1 et 416 de l'ancien Code pénal)⁸¹⁰. Aussi, en condamnant certains locuteurs pour provocation à la discrimination, alors même que les discours concernés ne visent pas directement à la commission d'une infraction déterminée, le juge pénal a choisi d'opérer une extension du délit tout à fait discutable. Certes, l'évolution constatée peut s'expliquer. Il est en effet communément avancé que les provocateurs sont de plus en plus prudents et se gardent de toutes références à une infraction précise afin d'échapper à la condamnation, si bien qu'une interprétation trop étroite du délit aurait pour conséquence de faire échapper à la sanction les provocateurs avisés tandis que les provocateurs amateurs seraient systématiquement condamnés. L'évolution opérée a donc pour dessein, dans la plupart des cas, de poursuivre un racisme qui ne dit pas son nom, une provocation par insinuation.

Ainsi sauvée des eaux, il reste néanmoins possible de se demander si la fin justifie les moyens... Vu l'impact pour la liberté d'expression, la réponse n'est pas si évidente qu'on voudrait le penser...

⁸¹⁰ Cass. crim., 22 mai 1989, JCP, G, 1989, IV, 296.

**SECTION 3: ANALYSE DU DISCOURS DE LA CHAMBRE CRIMINELLE
RELATIVEMENT À LA PREUVE DES DÉLITS DE DISCRIMINATION AU
TRAVAIL**

L'effectivité même des dispositifs de lutte contre les discriminations est étroitement subordonnée à l'efficacité des règles relatives à la preuve de ces discriminations⁸¹¹.

Les règles d'administration de la preuve en matière de délit de discrimination sont celles de droit commun en matière pénale. Les principes sont donc ceux de la présomption d'innocence et de la liberté de la preuve⁸¹². Toutefois, trois facteurs donnent à la question de l'administration de la preuve de la discrimination au travail une coloration spécifique. Il découle d'abord de la forte subjectivité qui caractérise le délit de discrimination la nécessité pour entrer en voie de condamnation d'établir l'intention, le mobile discriminatoire, élément souvent délicat à prouver. La relation de subordination qui caractérise les relations au travail explique ensuite la difficulté pour le salarié prétendu victime d'une discrimination d'apporter la preuve de ce comportement faute d'accès aux documents de l'entreprise. Enfin, l'existence d'une réglementation particulière à l'endroit du droit du travail qui connaît un système de facilitation de la preuve de la discrimination⁸¹³, apparaît comme une situation propre à influencer le juge pénal.

Il conviendra donc d'analyser à la lumière de ces différentes données le discours de la Cour de Cassation mais aussi et surtout, derrière ce discours, sa position réelle.

À ce stade, deux composantes du délit de discrimination doivent être distinguées relativement à la problématique de l'administration de la preuve. Pour entrer en voie de condamnation du chef du délit de discrimination, il convient en effet d'établir d'une part l'existence d'un comportement critiquable le plus souvent, dans le monde du travail, une sanction disciplinaire, un licenciement ou un refus d'embauche. Il convient d'autre part de prouver que ce comportement a été motivé par un mobile discriminatoire.

La preuve de l'élément matériel ne pose généralement pas de difficulté particulière, la discrimination étant pour ainsi dire « ouverte ». Mais il arrive que la discrimination s'inscrive sur une période bien plus longue et qu'elle n'apparaisse pas de manière ostentatoire. C'est notamment le cas d'un défaut d'évolution de carrière qui ne peut être constaté que sur une longue période et grâce à la fourniture de preuves fondées sur la comparaison entre l'évolution de carrière de la partie civile et celle d'autres salariés présentant un profil similaire. On pourra également citer au titre de ces discriminations « occultes » dont la preuve de l'élément matériel est délicate à apporter, l'hypothèse des discriminations indirectes qui se caractérise par « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner pour l'un des motifs discriminatoires prohibés, un désavantage* ».

⁸¹¹ C. Michaud, « La preuve des discriminations en droit du travail », *JCP S*, 2012, 1481

⁸¹² Art.427, CPP.

⁸¹³ Art. L.1134-1, C.trav.

particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes »⁸¹⁴. Une telle discrimination est toujours de nature collective ce qui rend sa preuve encore plus délicate dans la mesure où elle implique une action commune de plusieurs victimes⁸¹⁵. Dans ces deux derniers cas, la preuve de l'élément matériel de la discrimination ne peut être apportée que par la fourniture de documents qui, généralement, ne sont pas directement accessibles à la victime elle-même car détenus par l'employeur. La jurisprudence en la matière est quasi inexistante et l'on peut, au vu de ce qui vient d'être évoqué, imputer cette absence de contentieux à l'impossibilité pour les victimes d'établir l'existence de telles discriminations et consécutivement d'engager les poursuites pénales.

Pour entrer en voie de condamnation du chef du délit de discrimination, il convient ensuite d'établir de manière certaine l'intention de discriminer du prévenu. Cet élément intentionnel consiste dans la volonté discriminatoire c'est-à-dire qu'il doit être établi que l'auteur a bien eu l'intention de refuser un droit ou a pris une décision à raison d'un mobile discriminatoire prohibé. Aussi, la chambre criminelle décide-t-elle régulièrement que la preuve de la simple conscience de discriminer ne suffit pas à caractériser le délit de discrimination⁸¹⁶. C'est certainement la raison pour laquelle le Défenseur des droits a affirmé que l'exigence de la preuve d'une intention de l'auteur des faits explicites fondés sur un critère de discrimination s'avère « *souvent insurmontable* »⁸¹⁷. C'est certainement aussi la raison pour laquelle les juges du fond fondent souvent leur intime conviction sur la matérialité des faits et induisent de ceux-ci l'existence d'un mobile discriminatoire⁸¹⁸.

Toutefois, cette position de la haute juridiction est conforme aux exigences de preuve existant à l'endroit de la matière pénale et implique en outre la preuve du lien de causalité existant entre la mesure contestée et le mobile discriminatoire invoqué.

Concernant la charge de la preuve, aucune spécificité législative ne remet en cause les règles de droit commun consistant à faire peser la charge de la preuve sur la partie poursuivante, soit le ministère public ou la partie civile. Il conviendra cependant de rechercher si le mécanisme de facilitation de la preuve mis en place en droit du travail et recourant au mécanisme de la présomption⁸¹⁹ influe d'une manière ou d'une autre l'approche opérée par la chambre criminelle. À noter en outre que cette différence de régime dans l'administration de la preuve entre la chambre sociale et la chambre criminelle peut aboutir à ce que des décisions opposées

⁸¹⁴ Article 1^{er}, alinéa 2de de la loi du 27 mai 2008 n° 2008-496.

⁸¹⁵ V. sur ce point : E. Fortis, « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », *AJDP*, n°7,2008, p. 303 et B. Lapérou-Schneider, « De la nature répressive de l'action de groupe et de son extension en droit du travail », *Dr. soc.*, n°3, 2015, p. 256.

⁸¹⁶ Cass. crim., 14 nov. 2006, n° 05-85 565.

⁸¹⁷ Le Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activités 2014*, [en ligne]. Disponible sur : <http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/raa_court_2014_0.pdf>; V. aussi *JCP soc.* 2015, act. 58.

⁸¹⁸ Cass. crim., 8 mai 2008, n° 07-80 530, *AJP* 2008, p.375, obs. J. Lasserre-Capdeville.

⁸¹⁹ Art. L.1134-1, C.Trav ;

soient rendues par les deux chambres ce qui peut sembler incompréhensible pour les justiciables.

Enfin, parce que le prévenu peut contester les faits qui lui sont reprochés ainsi que leur coloration discriminatoire, les articles 225-3 du code pénal et L.1133-1 et suivants du code du travail énoncent un certain nombre de faits justificatifs strictement encadrés qui entraînent l'irresponsabilité pénale. À côté de ces faits justificatifs légaux, la chambre criminelle accueille favorablement d'autres causes exonératoires de responsabilités.

La problématique de la charge de la preuve et du niveau de contrôle et d'exigence de la chambre criminelle devra donc également être envisagée sous l'angle de la preuve des faits justificatifs de la discrimination.

L'étude du discours de la chambre criminelle de la Cour de Cassation ainsi que l'analyse de son degré d'exigence au regard des éléments de preuve apportés dans le cadre de la discrimination au travail doivent ainsi être abordées d'abord sous l'angle de la preuve de la discrimination (I), puis sous celui de la preuve des faits justificatifs (II).

I. Le discours de la chambre criminelle au regard de la preuve du délit de discrimination

Après avoir analysé le discours et la position de la chambre criminelle relativement à la charge de la preuve de la discrimination (A), il conviendra d'analyser l'évolution de sa position relativement aux éléments de preuve tendant à établir une discrimination au travail (B).

A. Charge de la preuve

Si le discours officiel de la chambre criminelle relativement à la charge de la preuve du délit de discrimination semble conforme aux règles traditionnelles de la matière pénale (1), une analyse approfondie de ses décisions révèle une évolution de sa position au fil du temps (2).

1. Coexistence de deux régimes probatoires de la discrimination

Lorsque se pose la question de la charge de la preuve du délit de discrimination, une première difficulté découle de la différence de traitement existant au plan probatoire entre la matière civile et la matière pénale.

a. *Problématique*

Rapide rappel du système de preuve existant en droit social

En droit civil, la charge de la preuve en matière de discrimination a connu une première évolution avec un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 23 novembre 1999 relatif à la discrimination fondée sur le sexe des salariés. La haute juridiction a ici affirmé qu'« *il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes et qu'il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure, d'établir que la disparité de situation ou la différence de rémunération constatée est justifiée par des critères objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe* »⁸²⁰.

Ce régime aménagé de la charge de la preuve, plus favorable aux victimes, est à rapprocher de celui proposé par la Directive européenne 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discriminations fondées sur le sexe qui a instauré un partage de la preuve entre les parties demanderesse et défenderesse, cette dernière ayant la charge de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe d'égalité de traitement.

La loi n° 2007-329 du 12 mars 2007, modifiée par 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 discriminations⁸²¹ a entériné la position prétorienne en introduisant l'article L. 1134-1 du code du travail qui précise en son alinéa premier qu'en cas de méconnaissance des dispositions relatives à la lutte contre les discriminations « [...] *le candidat à un emploi, un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination...* ». Au vu de ces éléments, il appartient dès lors à la partie défenderesse, en application du deuxième alinéa de l'article, « *de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* »⁸²².

L'influence potentielle de ces dispositions sur le droit criminel a soulevé un certain nombre de questions et notamment celle de savoir si, par contagion, la victime d'un délit allait pouvoir bénéficier de ce mécanisme d'allègement de la charge de la preuve⁸²³, aboutissant à répartir cette charge entre l'employé et l'employeur. À l'appui du réalisme de cette hypothèse on rappellera que le Conseil constitutionnel avait précisé quelques années plus tôt que les présomptions simples de culpabilité ne sont pas impossibles en matière pénale à condition que

⁸²⁰ Cass. soc., 23 nov. 1999, n° 97-42.940, Bull. civ. V, n° 447 ; M.-T. Lanquetin, « Un tournant en matière de preuve des discriminations », *Dr. soc.*, n°6, 2000, p. 589.

⁸²¹ Avant ces lois, la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 avait consacré en droit social un mécanisme de la preuve favorable à la prétendue victime en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes.

⁸²² B. Boubli, « La preuve de l'élément intentionnel et le pouvoir du juge des référés », *Semaine Sociale Lamy*, suppl. au n°1439, 2010, p. 97 ; C. Michaud, « La preuve des discriminations en droit du travail », *op.cit.*, p.1481.

⁸²³ À noter que dans le contentieux prud'homal, la présomption ne concerne que la relation causale entre le motif et le comportement.

les droits de la défense soient respectés et que les faits visés rendent vraisemblable l'applicabilité de ces actes⁸²⁴.

b. *Discours de la chambre criminelle relativement à l'influence des règles probatoires civiles sur la matière pénale*

En matière pénale, le principe est celui de la présomption d'innocence. La charge de la preuve incombe dès lors entièrement à la partie poursuivante⁸²⁵. Ce principe fondamental entraîne que le système d'allègement de la charge de la preuve prévu en matière civile en faveur de la victime ne doit pas être transposé à la matière pénale. C'est la raison pour laquelle le droit communautaire relatif à la preuve en matière de discrimination n'impose pas en matière pénale le renversement de la charge de la preuve. Dans le même sens, le Conseil constitutionnel a rappelé, dans sa décision du 12 janvier 2002 relative au harcèlement moral, mais transposable à la discrimination, que « ces règles [de preuve] ne sont pas applicables en matière pénale et ne sauraient, en conséquence, avoir pour objet ou pour effet de porter atteinte au principe de la présomption d'innocence »⁸²⁶.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a pour sa part expressément précisé en 2007 que le régime probatoire prévu par le Code du travail n'avait pas vocation à s'appliquer au procès pénal en décidant que « [...] [l]a cour d'appel, qui n'a pas renversé la charge de la preuve s'appliquant aux délits prévus par les articles 225-2 du code pénal et L. 412-2 du code du travail, a justifié sa décision »⁸²⁷.

Dans le prolongement de ce discours officiel de la chambre criminelle, le législateur a lui-même expressément exclu du mécanisme du partage de la preuve le contentieux pénal à l'article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

Le discours officiel de la chambre criminelle consiste donc à faire porter l'entier fardeau de la preuve de la discrimination par la prétendue victime. Reste dès lors à analyser au-delà du discours son réel degré d'exigence quant aux éléments de preuve à apporter. Autrement dit, la chambre criminelle exige-t-elle réellement de la part des juridictions du fond pour entrer en voie de condamnation la preuve de la discrimination dans tous ses éléments constitutifs, y compris l'élément moral, ou se contente-t-elle, à l'image des juges prud'homaux, « d'éléments de faits susceptibles de faire présumer l'existence d'une discrimination » ? La réponse à cette question est d'importance dans la mesure où en parallèle à un discours officiel tendant à établir la conformité de la position de la chambre criminelle au droit commun pénal de la preuve il serait possible de constater au fond une appréciation *a minima* des éléments de preuve emportant la conviction des juges. C'est la raison pour laquelle Madame M-T.

⁸²⁴ Cons. Const., 16 juin 1999, n° 99 – 411 DC.

⁸²⁵ C. pr. pén, art. préliminaire ; CEDH, art. 6, § 2.

⁸²⁶ Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC.

⁸²⁷ Cass. crim., 3 avr. 2007, n° 06-81.784, Bull. crim., n° 105, RJS 7/07, n° 870, *AJP* 2007, p. 282.

Lanquetin estime que « [l]a question de la preuve n'est pas une simple règle de procédure mais une règle substantielle, une règle de fond du droit »⁸²⁸.

2. Analyse de la position de la chambre criminelle

Si le discours officiel de la chambre criminelle est conforme aux principes généraux d'administration de la preuve en matière pénale, une analyse plus poussée de ses décisions révèle une évolution en trois temps de sa position (a) et permet de mieux cerner son niveau d'exigence relativement aux preuves apportées pour entrer en voie de condamnation (b).

a. Évolution de la position de la chambre criminelle

1 – Dans un premier temps la chambre criminelle de la Cour de cassation s'était montrée relativement sévère pour accueillir la preuve d'une discrimination. Par une décision de 1994, elle a ainsi cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui confirmait la condamnation prononcée par un tribunal correctionnel pour avoir retenu la qualification de discrimination sans s'expliquer sur une relation de causalité entre la mesure critiquée et l'appartenance ou l'activité syndicale de l'intéressé⁸²⁹.

2 – Elle s'est dans un deuxième temps montrée plus favorable aux victimes semblant de ce fait subir l'influence de l'évolution de la conception civiliste de la charge de la preuve de la discrimination. Cette tendance vers un assouplissement de la jurisprudence a pu être relevée à partir du début des années 2000.

Par une première décision rendue le 3 avril 2002 la chambre criminelle a admis la suffisance de la preuve d'éléments tendant à laisser présumer l'existence d'une discrimination en approuvant, sans même la reprendre pour la rectifier et ce malgré les critiques avancées dans les moyens⁸³⁰, la décision d'une cour d'appel qui avait énoncé qu' « [i]l appartient au syndicat qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire affectant un de ses adhérents de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement, qu'il incombe de même à l'employeur s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé au syndicaliste, d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat »⁸³¹.

La chambre criminelle a par la suite maintenu cette position défavorable à l'employeur en cassant en 2004 l'arrêt d'une cour d'appel qui avait prononcé la relaxe d'un employeur du

⁸²⁸ M.-T. Lanquetin, « Discrimination », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2010.

⁸²⁹ Cass. crim., 18 janvier 1994, n° 92-84 337.

⁸³⁰ L'un des moyens avançait pourtant expressément que « la relaxe de l'employeur devait nécessairement être prononcée au bénéfice du doute, l'arrêt qui a fait peser sur le prévenu le risque de la preuve, a violé ce faisant les droits de la défense ».

⁸³¹ Cass. crim., 3 avr. 2002, n° 01-83 857.

chef de discrimination syndicale au motif que les juges n'ont pas recherché « *si l'employeur, qui avait admis avoir unilatéralement modifié les conditions du contrat de travail de Florence Y [...] et s'être volontairement abstenu de verser à celle-ci la prime annuelle dont tous les autres salariés avaient bénéficié, avait apporté la pleine justification de ces mesures ainsi que de leur absence de tout lien avec la qualité de déléguée syndicale de celle-ci* »⁸³².

La Cour européenne des droits de l'homme a semblé valider cette analyse en décidant quelques mois plus tard qu'une vision trop expansive du principe de la présomption d'innocence aboutirait à priver d'efficacité le recours au juge, afin de voir sanctionner la violation d'un droit aussi fondamental que celui de ne pas subir de discrimination⁸³³.

Forte de cette précision, la chambre criminelle a alors maintenu sa position pourtant assez peu conforme aux principes généraux d'administration de la preuve en matière pénale. Elle a ainsi cassé en 2006 une décision de relaxe en précisant dans son attendu que l'intéressé, poursuivi du chef de discrimination, n'avait pas apporté la pleine justification de sa décision de mutation d'un salarié syndiqué et que la cour d'appel n'avait pas justifié sa décision en ne s'expliquant « *pas davantage sur le refus de paiement de la totalité des heures de délégation contestées ni sur l'ensemble des mesures d'ordre professionnel prises à l'égard de la partie civile alors que ces faits pouvaient revêtir un caractère discriminatoire par rapport aux autres salariés de l'établissement* »⁸³⁴.

Elle a encore confirmé en 2008 la position d'une cour d'appel qui était entrée en voie de condamnation au motif qu'il suffit que le prévenu ait été « *informé du motif syndical de l'absence* » pour que le licenciement fondé sur cette absence soit fondé sur l'exercice d'un droit syndical⁸³⁵.

La chambre criminelle retient enfin dans un arrêt de 2009⁸³⁶ qu'il n'y avait pas inversion de la charge de la preuve dans une affaire de discrimination syndicale, alors que la cour d'appel s'était bornée, selon le moyen non discuté par la cour, à constater que le prévenu ne combattait pas utilement les éléments apportés par la partie civile.

3 – A partir des années 2010 plusieurs décisions ont marqué un retour à une position plus conforme au principe de la légalité, maintenant de manière bien plus stricte la charge de la preuve sur la partie poursuivante.

C'est d'abord un arrêt de 2012 qui a amorcé ce revirement dans une affaire dans laquelle une salariée élue conseillère prud'homal, avait attiré son employeur devant le tribunal

⁸³² Cass. crim., 6 janv. 2004, n° 02-88240, *Bull. crim.* n° 4.

⁸³³ CEDH, 26 févr. 2004, affaire. 43577/98, Natchova et autres c/ Bulgarie et CEDH, 6 juil. 2005, affaire. 43579/88.

⁸³⁴ Cass. crim., 12 déc. 2006, n° 05-86601, *RJS* 2006, n° 452.

⁸³⁵ Cass. crim., 6 mai 2008, n° 07-80530, *Bull. crim.* n° 106, *AJ pénal* 2008, p. 375, obs. J. Lasserre Capdeville.

⁸³⁶ Cass. crim., 17 mars 2009, n° 08-84518.

correctionnel du chef de discrimination syndicale. La cour d'appel étant entrée en voie de condamnation le prévenu forma un pourvoi en cassation au moyen que les juges du fond avaient opéré un renversement de la charge de la preuve en considérant qu'il lui appartenait de « *justifier les raisons de service le conduisant à écarter la priorité attachée à la situation de la partie civile* ». À l'appui de sa décision de cassation, la chambre criminelle rappelle d'abord expressément que l'article L. 2141-5 du code du travail et l'article préliminaire du code de procédure pénale « *n'instituent aucune dérogation à la charge de la preuve en matière pénale* », « *la charge de la preuve [...] incombe à la partie poursuivante* ». Elle relève ensuite que la cour d'appel a statué par « *des motifs impliquant un renversement de la charge de la preuve, alors qu'il lui appartenait de rechercher l'existence d'une relation de causalité entre les mesures jugées discriminatoires et l'appartenance ou l'activité syndicale de la partie poursuivante* »⁸³⁷. Il convient de déduire de cet attendu que le juge pénal fonde certes sa décision sur son intime conviction, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, mais il n'en doit pas moins motiver sa décision, motivation qui doit être exempte d'insuffisance et de contradictions⁸³⁸.

Dans le prolongement de cette décision, la chambre criminelle a cassé en 2013 la décision des juges du second degré qui avaient conclu « *qu'en l'absence de tout autre fondement possible au comportement dénoncé, il y avait lieu de considérer que celui-ci tenait aux fonctions syndicales exercées par la partie civile* »⁸³⁹.

Si le discours de la chambre criminelle s'est ainsi orienté vers une position plus conforme aux principes fondamentaux de l'administration de la preuve au cours du procès pénal mettant à la charge de la partie poursuivante le fardeau de la preuve, en pratique, cette différence de traitement entre les régimes probatoires civil et pénal n'est pas si évidente. En effet, dans la mesure où, généralement les parties vont, lors de l'instruction lorsqu'il y en a une ou lors des débats contradictoires, apporter les éléments en leur faveur et qu'en cas d'instruction en outre le juge instruit à charge et à décharge, la difficulté va résider dans la détermination par le juge du fond du poids qu'il convient de reconnaître aux différents éléments ainsi soumis à son appréciation souveraine. Ce n'est que la réponse à cette question et l'analyse du contrôle effectué par la Cour de Cassation sur ce point qui permettra de déterminer si les décisions rendues par la chambre criminelle sont ou non réellement en conformité avec son discours.

⁸³⁷ Cass. crim., 11 avril 2012, n° 11 – 83 816, *Bull. crim.* n° 95, *AJP* 2012, p. 418, obs. L. Priou, *JCP S* 2012, 1324, comm. S. Brissy, *Dr. soc.* 2012, p. 720, obs. A. Martinel, *GP* 7 juin 2012, n° 159, p. 27, *GP* 4 juillet 2012, n° 187, p. 8, obs. J. Lasserre-Capdeville et L. Mourey.

⁸³⁸ Art. 593 CPP.

⁸³⁹ Cass. crim., 19 février 2013, n° 12-81 925, *Dr. soc.* 2013, p. 626, chron. R. Salomon.

b. *Analyse du niveau d'exigence de la chambre criminelle dans l'administration de la preuve*

A cet égard, l'analyse de plusieurs décisions récentes de la chambre criminelle tend à établir l'exigence par elle pour entrer en voie de condamnation de la nécessité de prouver l'existence non seulement de l'élément matériel, mais aussi du mobile discriminatoire. Mais si cette preuve doit être établie au travers l'acte litigieux la Cour accepte aussi que la partie poursuivante recourt à d'autres éléments entourant les circonstances de fait.

Ainsi, a-t-elle décidé dans un arrêt rendu le 14 janvier 2014 que la preuve de l'intention discriminatoire peut être rapportée par le fait que la direction de l'entreprise avait été alertée depuis de nombreuses années des difficultés de carrière rencontrées par les représentants du syndicat en cause et qu'un protocole transactionnel faisait état de différends persistants portant sur l'évolution de carrière des salariés concernés⁸⁴⁰.

L'arrêt de rejet rendu par la chambre criminelle le 27 mai 2015 est également révélateur du niveau d'exigence de la Cour de Cassation⁸⁴¹. L'arrêt qui lui a été soumis avait abouti à la condamnation du prévenu du chef de discrimination au travail. Tout en relevant l'absence de justification objective de la mesure prétendument discriminatoire, la cour d'appel avait corroboré son analyse par d'autres mesures tendant à établir la discrimination et pour lesquelles elle avait elle-même relevé l'absence de justifications objectives des mesures discutées. La juridiction du fond a ainsi déduit l'existence d'une discrimination syndicale d'un faisceau d'indices. Elle a notamment relevé la proximité (14 jours) de la mesure de retrait des tâches de commissaire aux comptes (procédure disciplinaire) avec la candidature du plaignant aux élections de délégués du personnel et l'absence de justification objective de la mesure par l'employeur. Elle a d'autre part relevé l'engagement « *dans la précipitation* » d'une procédure disciplinaire, en vue d'un éventuel licenciement, à l'encontre du salarié ; procédure qui nécessitait un motif d'autant plus sérieux qu'une autorisation de l'inspection du travail aurait été indispensable ; « *que ce motif faisant défaut, cette procédure était nécessairement vouée à l'échec ; que la preuve est ainsi rapportée que la décision prise n'est pas objective et ne peut être étrangère à toute prise en considération de l'activité syndicale* ». Enfin, elle se prononce expressément sur le lien de causalité existant entre la mesure objet du litige et un motif discriminatoire en décidant « *qu'il existe ainsi un lien indissociable entre la candidature et la sanction prise ; que par conséquent, la discrimination syndicale ne peut qu'être constituée ; que si le moindre doute existait quant à l'existence d'une discrimination syndicale, il serait en tout état de cause levé par la succession des mesures dont M. Y...va faire l'objet, le refus de vacances et le rejet des demandes de droit individuel à la formation* ».

Il résulte de cette analyse, que la chambre criminelle considère bien désormais que la charge de la preuve incombe à la partie poursuivante. La preuve peut dès lors être apportée par tout

⁸⁴⁰ Cass. crim., 14 janv. 2014, n° 12-85 091.

⁸⁴¹ Cass. crim. 27 mai 2015, n° 13-85 430.

moyen, y compris, et concernant plus spécifiquement l'élément moral, par des éléments ayant entouré le fait litigieux. Dès lors, les justifications apportées par l'employeur ne doivent jouer qu'un rôle accessoire. Enfin, lorsqu'elle est établie de manière certaine, l'intention discriminatoire ne disparaît pas derrière d'autres raisons non discriminatoires. Ainsi, dans un arrêt du 23 novembre 2004, la chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé la position de la cour d'appel d'Amiens qui avait précisé que « *même s'il ressort des pièces versées au dossier que la discrimination syndicale n'a pas été le motif exclusif des mesures prises, il convient de noter qu'elle apparaît comme un motif suffisamment certain pour caractériser l'intention discriminatoire* »⁸⁴². Ainsi, le motif discriminatoire peut ne pas être l'unique motif des mesures prises par l'employeur.

B. Typologie des moyens de preuve admis par la Cour de cassation

Une analyse des décisions rendues par la chambre criminelle relativement à la prise en considération d'éléments tendant à établir l'existence d'une discrimination au travail permet de constater une évolution vers un élargissement progressif des modes d'accès et d'admission de la preuve⁸⁴³.

1. Recours aux mécanismes de comparaison, le système de preuves statistiques

Problématique - Il est rare de pouvoir prouver directement l'existence d'un mobile discriminatoire. Aussi, le fondement de la discrimination peut souvent être établi par la différence de traitement existant entre le salarié plaignant et les autres salariés présentant les mêmes qualifications et affectés à un poste identique.

Sources textuelles - Sur ce point particulier, la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 n'a pas retranscrit exactement le droit communautaire. Elle prévoit en effet dans son article 1^{er} que : « [c]onstitue une discrimination directe la situation dans laquelle [...] une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable ». Or, la directive du 27 novembre 2000 du Conseil⁸⁴⁴ n'utilise pas le futur, mais le conditionnel : « [...] ne l'aurait été dans une situation identique ».

Il ne s'agit pas là d'une erreur matérielle, mais d'une volonté délibérée du législateur qui souhaitait éviter la naissance d'une insécurité juridique par la référence à des hypothèses invérifiables auxquelles ferait renvoi le conditionnel. Mais, comme l'a remarqué M^{me} M.-T. Lanquetin, « *la Cour de justice des Communautés européennes a déjà eu recours à des comparaisons hypothétiques [...]. Prenons par exemple le cas d'un travailleur qui exerce son droit à la libre circulation ; il n'est pas national ; il arrive dans un État et il se compare à un*

⁸⁴² Cass. crim., 23 nov. 2004, n° 03-84389.

⁸⁴³ V. A. Cœuret et E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Paris : LexisNexis, 5^{ème} éd. 2012, n° 557.

⁸⁴⁴ Dir. Cons. CE n° 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

*travailleur national hypothétique*⁸⁴⁵. Avec le texte français définitivement adopté, la comparaison se fait donc au présent et au passé »⁸⁴⁶. Toutefois, la transposition n'étant pas conforme, le juge national, qui a l'obligation d'interpréter le droit français à la lumière du droit communautaire, devrait selon nous prendre en considération des comparaisons « *au présent, au passé, au futur antérieur mais aussi au conditionnel* ». Ainsi, si un salarié affecté à un poste identique à celui d'autres salariés est le seul à faire l'objet de retenues sur salaire, à être affecté à des tâches dévalorisantes ou à être sanctionné pour une faute, la discrimination devrait être établie.

Applications jurisprudentielles

La chambre criminelle de la Cour de cassation se rallie à cette méthode comparative. Elle accepte de prendre en considération des indices et des tableaux de comparaison comme démonstration des discriminations en matière de déroulement de carrière⁸⁴⁷.

Elle fonde également ses condamnations sur des éléments comparatifs de rémunération telle une étude comparative réalisée par un inspecteur du travail à partir de données individuelles précises et détaillées avec indication du nom de chaque membre du syndicat concerné et les résultats obtenus à son égard. Elle reprend à ce titre l'appréciation opérée par les juges du fond qui avaient relevé : « *que la méthodologie appliquée a permis de démontrer de manière rigoureuse et fiable l'existence d'une discrimination au préjudice des représentants du syndicat partie civile* ». Dans cette affaire tranchée en 2014⁸⁴⁸ les juges du fond s'étaient appuyés sur une étude ayant permis d'établir que l'évolution des carrières et des rémunérations des représentants des personnels du syndicat en cause était manifestement moins importante que celle des autres élus, mais également des autres salariés.

La comparaison peut également être faite avec un traitement antérieur à l'apparition du motif de discrimination (adhésion à un syndicat). Cette même méthode comparative a été appliquée pour établir l'existence de discrimination en matière de situations contractuelles dans une affaire dans laquelle des inter-contrats d'une durée plus longue avaient été conclus avec les employés représentants du personnel⁸⁴⁹. Le système de la preuve statistique semble de la sorte pouvoir être accepté à titre d'indice par les juridictions répressives, à l'image de ce que décident les juridictions sociales. Notons toutefois que bien souvent le recours à la preuve par comparaison impliquera une participation du prévenu à la fourniture des documents nécessaires à cette analyse. Ainsi, en pratique, le prévenu qui sera ainsi enjoint de collaborer avec la justice, participera de manière quelque peu contrainte à l'administration de la preuve du délit de discrimination.

⁸⁴⁵ CJCE, 28 janv. 1992, affaire. C- 204/90, Bachmann ; CJCE, 8 nov. 1990, affaire. C- 177/88, Dekker ; CJCE, 17 mai 1990, affaire. C- 262/88, Barber.

⁸⁴⁶ M-T. Lanquetin, « Vers une meilleure compréhension des exigences communautaires », *Sem. Soc. Lamy*, n° 1355, p. 4 et 5.

⁸⁴⁷ Cass. crim., 14 juin 2000, n° 99-81.108, *Bull. crim.*, n° 226 ; Cass. crim., 9 nov. 2004, n° 04-81.397, *Dr. ouvrier* 2005, p. 234, obs. Fortis É.

⁸⁴⁸ Cass. crim., 14 janv. 2014, n° 12-85.091.

⁸⁴⁹ Cass. crim., 17 mars 2009, n° 08-84.518, *Dr. pén.* 2009, chron. 10.

2. Preuves fournies par certaines autorités

La preuve de la discrimination au travail est parfois facilitée par les rapports et procès-verbaux établis par les autorités en faveur desquelles ont progressivement été reconnus par le législateur des droits particulièrement étendus en matière de discrimination.

a. Constatation de la discrimination par l'inspecteur du travail

En application de l'article L. 8112-2 du code du travail et par dérogation à la règle qui limite leur compétence au constat des infractions prévues dans le code du travail, les inspecteurs et contrôleurs du travail sont autorisés à constater les discriminations lorsqu'elles consistent à refuser d'embaucher, à sanctionner, à licencier une personne ou à refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale. Selon l'article L. 8113-5 du code du travail : Les inspecteurs et contrôleurs du travail peuvent se faire communiquer tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de vérifier le respect de l'application⁸⁵⁰ :

1° Des dispositions des articles L. 1132-1 à L. 1132-4 du code du travail et de celles de l'article 225-2 du code pénal, relatives aux discriminations ;

2° Des dispositions des articles L. 1142-1 et L. 1142-2, relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;

3° Des dispositions des articles L. 2141-5 à L. 2141-8, relatives à l'exercice du droit syndical.

L'inspection du travail dispose d'une compétence concurrente de celle de la police judiciaire pour les infractions à la réglementation du travail même si les règles sont différentes pour chaque corps : le code pénal pour la police judiciaire et le code du travail pour l'inspection du travail.

Ces procès-verbaux constituent selon la chambre criminelle des éléments de preuve parfois importants de l'existence d'une discrimination. Elle a ainsi récemment reconnu toute sa force à cet élément de preuve en décidant « *que l'inspection du travail est parvenue à cette conclusion (existence d'une discrimination) à l'issue d'une comparaison réalisée à partir de données individuelles précises, [...] que la méthodologie ainsi appliquée, qui ne saurait être utilement critiquée, a permis de démontrer de manière rigoureuse et fiable l'existence d'une situation de réelle discrimination syndicale au préjudice des représentants du personnel CFDT* »⁸⁵¹. À noter toutefois que ces éléments de preuve sont généralement corroborés par d'autres. Ainsi, dans l'affaire ci-dessus évoquée, la Cour de Cassation a-t-elle relevé que les juges du fond avaient ajouté que « *a direction de l'entreprise avait été alertée depuis de nombreuses années des difficultés de carrière rencontrées par les représentants du syndicat et que le protocole transactionnel conclu entre les parties faisait état de différends persistants*

⁸⁵⁰ À noter qu'auparavant la chambre criminelle s'était opposée à une telle possibilité : Cass. crim., 9 avr. 1996, Bull. crim. n° 116.

⁸⁵¹ Cass. crim., 14 janv. 2014, n° 12-85 091.

portant sur l'évolution de carrière des salariés concernés ; Attendu qu'en l'état de ces énonciations qui relèvent de son appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause et des éléments de preuve contradictoirement débattus et établissent la mise en œuvre, imputable au dirigeant de la société Socata et au directeur d'établissement de cette société, de mesures discriminatoires prises ».

b. *Preuve de la discrimination et Défenseurs des droits*

La création de la HALDE et la reconnaissance aux agents de cette autorité de la possibilité de constater les délits de discrimination⁸⁵² a eu pour objet de renforcer la lutte contre les discriminations en facilitant la répression de tels comportements. Suite à la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 ayant créé le Défenseur des droits et la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, les agents de cette nouvelle autorité se sont vu reconnaître diverses prérogatives (audition, demande explication, vérifications sur place). Si, en application de l'article 33 de la loi organique de 2011, le Défenseur des droits peut présenter des observations ou être entendu par les juridictions y compris pénales, son audition étant de droit lorsqu'il en fait expressément la demande, on peut raisonnablement penser que la chambre criminelle devrait accueillir de tels éléments de preuve au même titre que ceux fournis par les autorités policières, toutefois, aucune décision n'a à ce jour été rendue sur ce point.

3. *Le testing : vers un assouplissement de la preuve de l'intention discriminatoire ?*

Définition - La méthode du *testing* consiste « dans l'opération qui vise à déceler des comportements discriminatoires en effectuant successivement des démarches analogues au nom des personnes différentes par l'origine ou l'appartenance »⁸⁵³. L'objectif d'une telle démarche est donc de permettre la preuve, au plan pénal, de l'existence de certaines discriminations et plus spécifiquement la preuve du mobile discriminatoire du comportement constaté par une sorte de « provocation » à la commission de l'infraction.

Origine prétorienne du testing - Le testing est un mécanisme de preuve d'origine prétorienne. La chambre criminelle de la Cour de Cassation s'est ici montrée favorable à la facilitation de la preuve de l'intention discriminatoire. Elle a ainsi admis la technique du *testing* pour la première fois en 2002⁸⁵⁴ avant que le législateur la consacre par la loi n° 2006-

⁸⁵² Article 2 de la loi n° 2004-1486 du 31 décembre 2004 portant création de la HALDE.

⁸⁵³ Circ. DAC 2006-16, 26 juin 2006, BO Justice 2006, n° 102 ; C. Collet-Askri, « Testing or not testing ? La chambre criminelle de la Cour de cassation valide ce mode de preuve, serait-il déloyal (à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 11 juin 2002) », *D.*, n° 10, 2003, p. 1309.

⁸⁵⁴ Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85 559, *Bull. crim.* n° 131.

396 du 31 mars 2006 sur l'égalité des chances, qui a créé le nouvel article 225-3-1 du code pénal⁸⁵⁵.

Infléchissement de la rigueur de la Cour de cassation dans l'administration de la preuve de la discrimination - C'est sur le terrain du respect du principe de la loyauté de la preuve que la méthode du *testing* a été contestée. Tandis que ce principe a été analysé par certains comme « *l'élément pondérateur* » du principe de la liberté de la preuve en matière pénale⁸⁵⁶, la chambre criminelle de la Cour de cassation a pour sa part affirmé à plusieurs reprises qu'« *aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale* »⁸⁵⁷. À l'appui de cette position, la Cour européenne des droits de l'homme avait déjà estimé qu'« *elle ne saurait exclure par principe et in abstracto l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale* »⁸⁵⁸. En décidant que la loyauté du mode de preuve importe peu, la chambre criminelle a donc accueilli des moyens probatoires facilitant la preuve par la victime des faits discriminatoires.

On relèvera toutefois que cette évolution n'est pas propre aux délits de discrimination et que l'admission de la preuve déloyale a initialement été admise en matière de vol⁸⁵⁹ mais toujours dans les relations employés/employeurs. C'est donc ici davantage la relation de subordination et l'impossibilité souvent constatée pour l'employé d'avoir accès aux documents lui permettant d'organiser sa défense, qui semblent motiver cette jurisprudence favorable à la victime. Toutefois, tandis qu'en matière de vol ou d'abus de confiance⁸⁶⁰ l'admission de la preuve déloyale est conditionnée par la chambre criminelle à l'existence d'un contentieux prud'hommal entre les parties, concernant les discriminations, l'admission d'un tel mode de preuve à l'endroit d'un contentieux pénal doit être soulignée.

Constitutionnalité du testing et loyauté de la preuve - La chambre criminelle de la Cour de Cassation a été saisie d'une QPC portant sur la conformité de l'article 225-3-1 du code pénal aux droits de la défense et au droit à un procès équitable tels qu'ils découlent de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Par un arrêt du 4 février 2015⁸⁶¹ elle a

⁸⁵⁵ « *Les délits prévus par la présente section sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie* ».

⁸⁵⁶ Bouzat P., « La loyauté dans la charge de la recherche des preuves », in *Problèmes contemporains de procédure pénal : Recueil d'études en hommage à M. Louis Hugueney*, Paris : Sirey, 1964, n°1.

⁸⁵⁷ Cass. crim., 15 juin 1993, n° 92-82.509, *Bull. crim.*, n° 210, *D.* 1994, jur., p. 613, note Mascala C. ; Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85.559, *Bull. crim.*, n° 131, *RSC* 2002, p. 879, obs. Renucci J.-F., *RTD civ.* 2002, p. 498, obs. Mestre Ph. et Fagès B, *D.* 2003, p. 1309, chron. L. Collet-Askri, *Droit et patrim.* 2003, n° 111, p. 105, note Ph. Bonfils.

⁸⁵⁸ CEDH, 12 juill. 1988, aff. 10862/84, *Schenk c/ Suisse*.

⁸⁵⁹ Cass. crim., 11 mai 2004, *Bull. crim.* n° 117, *RSC* 2004, p. 635, obs. E. Fortis et p. 866, obs. Vermelle.

⁸⁶⁰ Cass. crim., 16 juin 2011, DP 2011, comm 100, obs Véron.

⁸⁶¹ Cass. crim., 4 févr. 2015, n° 14 – 90 048 QPC, *Bull. crim.* n° 26, *AJP* 2015, p. 139, obs. J Lasserre Capdeville, *Procédures* 2015, comm. 140, *Droit. pén.* 2015, comm. 46, M. Véron, *JCP* 2015, 440, note S. Detraz.

refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel cette QPC considérant qu'elle n'était pas nouvelle ni ne présentait un caractère sérieux. La haute juridiction juge ainsi que si elle facilite la constatation des comportements discriminatoires, la pratique du testing « *ne prévoit aucune dérogation aux règles de poursuite et de jugement des infractions* ». En outre, elle relève qu' « *il [le testing] ne confère pas au procureur de la république la faculté de provoquer à la commission d'une infraction et ne remet pas en cause le pouvoir du juge d'apprécier la valeur probante des éléments à charge produits par les parties, après les avoir soumis à la discussion contradictoire* ».

Domaine d'admission du testing - L'article 225-3-1 du code pénal semble ne pouvoir être utilisé que par la victime, éventuellement en ayant recours à un huissier ou aux services de police ainsi que par les agents du Défenseur des droits⁸⁶². C'est en ce sens que s'est prononcée la direction des affaires criminelles et des grâces du ministère de la Justice en précisant dans la circulaire du 26 juin 2006 que : « *si une personne véritable, donnant des renseignements exacts sur son identité et sa qualité, par exemple à l'occasion d'une demande d'embauche [...], se voit opposer un refus, alors que, pour démontrer le caractère discriminatoire de ce refus, il avait été adressé dans le même temps une demande similaire – sauf sur l'identité et l'origine de la personne – et qu'à la suite de cette demande un entretien d'embauche a été proposé [...], l'infraction sera caractérisée en dépit du caractère fictif de la seconde demande* »⁸⁶³. Par contre un tel mode de preuve, s'il était utilisé directement par les autorités policières, pourrait certainement être analysé par la chambre criminelle comme constituant une provocation policière à l'infraction - procédé illégal - et non à la preuve⁸⁶⁴.

Force probante reconnue au testing par la chambre criminelle - Le principe fondamental en matière pénale est celui de la liberté de la preuve duquel découle le pouvoir d'appréciation souveraine des juges. Parmi tous les modes de preuve, le *testing* ne connaît de ce fait pas de force particulière. Il ne présente donc pas une garantie spéciale de recevabilité de l'action en justice et doit être corroboré par d'autres éléments de preuve. Certains arrêts relèvent l'insuffisance de la preuve uniquement rapportée par testing ainsi les juges du fond analysent-ils souverainement le contenu même du rapport de l'opération de testing (en matière de recrutement) qui, s'il est généralement admis comme indice d'une discrimination, doit révéler de manière certaine et non équivoque l'intention ou la volonté discriminatoire. Dès lors, la preuve des faits discriminatoires par testing ne remet pas en cause le pouvoir du juge d'apprécier la valeur probante des éléments à charge produits par les parties⁸⁶⁵.

⁸⁶² Faute de disposition expresse en ce sens, les inspecteurs et contrôleurs du travail ne semblent pas autorisés à recourir à ce type de preuves.

⁸⁶³ Circ. DACG, 26 juin 2006, NOR : JUSD0630082C, BO Justice 2006, n° 102.

⁸⁶⁴ cf. pour une position opposée : J. Lasserre Capdeville, « Le testing », *AJDP*, 2008, n°7, p. 310 ; V. également pour une décision dans laquelle la Cour de cassation qui ne se prononce pas directement sur cette question laisse cependant entendre la possibilité de retenir les résultats fournis par un testing réalisé à l'initiative d'un procureur de la République : Cass. crim., 27 nov. 2012, n° 11-84 395.

⁸⁶⁵ Cass. crim., 12 novembre 2014, n° 13- 84 318 ; Cass. crim., 4 févr. 2015, n° 14-80 048, *Dr. pén.* 2015, comm. 46, obs. M. Véron, *Procédures* 2015, comm. 140, A.-S. Chavent-Leclère ; V. cependant pour une décision de cassation d'un arrêt d'une cour d'appel qui avait jugé que la preuve d'une discrimination pour

Alors que la partie poursuivante a établi dans tous ses éléments constitutifs le délit de discrimination, la preuve d'une justification par le prévenu permettra une sorte de « *rachat de la discrimination* »⁸⁶⁶ entraînant son irresponsabilité pénale. Confrontée à la problématique du discours de la chambre criminelle relativement à la preuve de la discrimination, il conviendra donc, à l'image de ce qui vient d'être observé à l'endroit de la discrimination, d'analyser le degré d'exigence de la haute juridiction.

II. Preuve des faits justificatifs du comportement discriminatoire invoqués par l'employeur

Charge de la preuve - La preuve du fait justificatif comme moyen de défense incombe logiquement à celui qui l'avance, le prévenu. Eu égard à ce qui a été précisé ci-dessus relativement à la charge de la preuve de la discrimination, la nécessité pour le prévenu d'apporter la preuve de l'existence d'un motif non discriminatoire fondant la mesure litigieuse ne surviendra que lorsque les éléments apportés par la partie poursuivante seront de nature à établir le mobile discriminatoire de ladite mesure.

Question - Quel est dès lors le niveau d'exigence de la chambre criminelle relativement à la preuve du fait justificatif ? Les motifs avancés par l'employeur doivent-ils être, comme en matière prud'homme, objectifs, c'est-à-dire matériellement vérifiables et « *exempts de subjectivité* »⁸⁶⁷ ou la chambre utilise-t-elle des critères d'appréciation des faits justificatifs différents de ceux rencontrés en droit du travail ?

Typologie des justifications de discrimination - Certaines justifications de discrimination sont expressément prévues à l'article 225-3 du code pénal ainsi qu'aux articles L.1133-1 et suivants du code du travail. Si les décisions rendues par la chambre criminelle de la Cour de Cassation relativement à l'application de telles dispositions sont assez rares, il conviendra de s'interroger sur l'influence qu'opèrent les dispositions du code du travail sur les justifications pouvant être avancées devant les juridictions répressives (A). Parallèlement à cette hypothèse il conviendra d'envisager les justifications admises par la chambre criminelle en dehors de toute disposition légale prévue à cet effet, lorsque les juges se fondent sur le pouvoir de direction ou disciplinaire dont dispose le chef d'entreprise (B).

A. Justifications légales de la discrimination

Il convient ici de rappeler qu'en application des articles 225-1 et suivants du code pénal, toute discrimination n'est pas constitutive d'une infraction et que plusieurs sources textuelles

l'entrée dans une discothèque fondée sur les seuls résultats d'un testing était insuffisante : Cass. crim., 27 nov. 2012, *Dr. pénal* 2013, comm. 37, obs. M. Véron.

⁸⁶⁶ P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, Paris : LGDJ, 2e éd., 2002, n°267.

⁸⁶⁷ R. Chiss, « Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes », *JCP S* 2010, 1339.

précisent les cas dans lesquels les discriminations, même si elles sont établies au regard des articles 225-1 et 225-2 du code pénal ou des dispositions du code du travail, sont justifiées par les motifs qui ont amené à leur réalisation.

L'évolution du droit communautaire est marquée par une montée en puissance du rôle joué par les justifications que le défendeur à l'action peut présenter pour éviter une condamnation fondée sur une discrimination. C'est ainsi que la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 admet les justifications 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'autrui⁸⁶⁸.

Faits justificatifs de discrimination au travail prévus dans le code pénal -

C'est l'article 225-3 du code pénal qui énumère les cas dans lesquels un traitement discriminatoire est justifié. Certains de ces cas sont propres au monde du travail.

- Il s'agit d'abord des justifications fondées sur l'état de santé ou le handicap. En application du 2° de l'article 225-3 du code pénal, une discrimination à l'embauche ou en matière de licenciement fondée sur l'inaptitude médicale peut être justifiée par l'état de santé ou le handicap de la personne
- Ce sont ensuite des justifications fondées sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique qui sont admises. Selon l'article 225-3, 3°, du code pénal, une discrimination à l'embauche peut également être justifiée par le sexe, dès lors que cette donnée constitue, conformément au Code du travail ou aux lois portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique, « *la condition déterminante* » de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle. Reste à cerner la notion de « *condition déterminante* ». On relèvera d'emblée ici le caractère imprécis des expressions employées et la liberté ainsi reconnue aux juges du fond pour apprécier la force des éléments soumis à leur appréciation.
- Peuvent également être justifiées les différenciations fondées, en matière d'embauche, sur l'âge ou l'apparence physique, lorsqu'un tel motif constitue « *une exigence professionnelle essentielle et déterminante* » et pour autant que « *l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* »⁸⁶⁹.

Les dispositions du code pénal ont largement été inspirées de l'article 6 de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 qui pose 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 de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.*

⁸⁶⁸ Dir. Cons. CE 2000/78/CE, 27 nov. 2000, art. 2, § 5.

⁸⁶⁹ art. 225-3, 3°, C.pén.

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 [...], 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, fondé sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite ».*

Ces prescriptions destinées aux États les autorisent donc à prévoir au cas par cas des dérogations au principe de non-discrimination. Elles ont été reprises presque mot pour mot par l'article L. 1133-1 du code du travail qui s'applique aux entreprises. Le caractère assez général de l'encadrement des dérogations autorise encore une fois une interprétation assez souple.

- Une autre justification des discriminations fondées sur la nationalité⁸⁷⁰ existe en matière de refus d'embauche lorsqu'il résulte de l'application des dispositions statutaires relatives à la fonction publique.
- Enfin, la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 a ajouté une nouvelle justification au dernier alinéa de l'article 225-3 du code pénal selon laquelle « *les mesures prises en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques et visant à favoriser l'égalité de traitement* » ne constituent pas une discrimination. Cette même justification figure dans le Code du travail au nouvel article L. 1133-5, elle légalise la discrimination dite positive.

Faits justificatifs prévus dans le Code du travail

La loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 a pleinement utilisé les possibilités ouvertes par l'article 4 de la directive du 29 juin 2000⁸⁷¹, qui laisse les États membres autoriser une différence de traitement fondée sur un motif discriminatoire lorsque, « *en raison de la nature de l'activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence essentielle et déterminante* ». Le chapitre III du titre III du Code du travail (relatif aux discriminations) est désormais entièrement consacré aux « *différences de traitement autorisées* ».

Permissions de la loi et caractères des justifications admises : Depuis la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, l'article L. 1133-1 du code du travail pose, pour tout type de discrimination, les caractères des différences de traitement autorisées. Il précise que l'interdiction, faite de manière générale, de discrimination en matière de travail posée à l'article L. 1132-1 du code

⁸⁷⁰ Art.rt. 225-3, 5o, C.pén.

⁸⁷¹ Dir. Cons. CE 2000/43, 29 juin 2000, art. 4, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

du travail « [...] ne fait pas obstacle aux différences de *traitement*, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée »⁸⁷². Ce texte ouvre largement les cas de discrimination autorisés puisqu'il ne limite pas l'exonération de responsabilité à certaines hypothèses déterminées en fonction du critère de discrimination. Il devrait emporter les mêmes conséquences exonératoires au plan pénal dans la mesure où l'on voit mal comment un comportement autorisé au civil serait malgré tout constitutif d'une infraction, sauf à vider l'autorisation de sa substance.

Plusieurs cas de différences de traitement sont expressément autorisés par le législateur lorsqu'elles sont fondées sur certains critères. Sont ainsi expressément envisagées :

- les différences de traitement fondées sur l'âge : elles « *ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés* » ().⁸⁷³

Les différences de traitement fondées sur l'âge sont donc admises lorsqu'elles sont justifiées par des objectifs de politique de l'emploi⁸⁷⁴. Le texte donne ensuite une liste non exhaustive des différences qui peuvent ainsi être justifiées.

- les différences de traitement fondées sur l'état de santé ou le handicap sont quant à elles justifiées et ne constituent donc pas des discriminations punissables lorsqu'elles sont « *constatées par le médecin [...] qu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées* »⁸⁷⁵.

Discrimination positive : le législateur justifie également les cas de « discrimination positive » consistant à prendre des mesures plus favorables pour des groupes de personnes à raison de certains critères. C'est ainsi que *les mesures prises en faveur des personnes handicapées*,⁸⁷⁶ et des personnes résidant dans certaines zones géographiques⁸⁷⁷ lorsqu'elles visent à favoriser l'égalité de traitement, ne constituent pas une discrimination punissable.

Quelle influence des dispositions européennes et du code du travail sur l'appréciation de la chambre criminelle ?- Une mise en parallèle des dispositions du code pénal et du code du

⁸⁷² La Cour de justice de la Communauté européenne avait déjà précisé, avant la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, les conditions générales d'admission des justifications (CJCE, 13 mai 1986, aff. C-189/84, Bilka, Rec. CJCE, p. 1607). Elle avait à ce titre retenu quatre critères en exigeant que : Les justifications avancées devaient obéir à un objectif légitime ; Qu'elles devaient être étrangères à toute discrimination (la question se pose principalement en matière de discrimination indirecte) ; Qu'elles devaient répondre à un véritable besoin de l'entreprise ; et enfin présenter qu'elles devaient présenter trois caractères : objectivité, nécessité et proportionnalité.

⁸⁷³ Art. L.1133-2, C. Trav.

⁸⁷⁴ Cf CJUE, Grande Chambre, 19 janv. 2010, aff. C-555/07, Seda Küçükdeveci, *RDT* 2010, p. 237, obs. Schmitt M., *RTD eur.* 2010, p. 113 et p. 599, chron. Coutron L. ; Bribosia E. et Bombois T., « Interdiction de la discrimination en raison de l'âge : du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations... », *RTD eur.* N°1, 2011, p. 41.

⁸⁷⁵ Art. L.1133-3, C.Trav.

⁸⁷⁶ Art. L.1133-4, C.Trav.

⁸⁷⁷ Art. L. 1133-5, C.Trav., créé par L. n° 2014-173, 21 févr. 2014.

travail permet d'abord de relever une certaine disparité des autorisations de discrimination et notamment que les textes du code du travail sont plus larges que ceux du code pénal en ce qu'ils utilisent les termes « différences de traitement » et ne visent donc pas exclusivement les seules hypothèses de refus d'embauche ou de licenciement. La question se pose alors de l'impact au plan pénal des justifications légales prévues dans le seul Code du travail. En pratique, le droit n'est pas sectorisé en tout point. De la sorte, certains textes autorisant, comme c'est le cas du code du travail, des différences de traitement semblent pouvoir utilement être invoqués au plan pénal. On ne peut en effet disjoindre les deux codes et considérer que ce qui est autorisé dans le Code du travail ne l'est pas dans le Code pénal. À l'appui de cette analyse, on précisera que par le passé les dispositions légales se référaient expressément à l'ancien article R. 123-1 du code du travail autorisant les discriminations à raison du sexe pour certains emplois. Cette disposition figure aujourd'hui à l'article L. 1142-2 du code du travail et semble logiquement devoir être prise en considération par le juge pénal dans son appréciation de la justification de l'acte litigieux.

On relèvera en outre que les textes devant être interprétés à la lumière du droit européen, l'utilisation dans les directives européennes de l'adverbe «notamment»⁸⁷⁸ renforce l'idée d'une interprétation large des textes et enfin que d'autres justifications que les justifications légales sont favorablement accueillies par la chambre criminelle.

B. Autres justifications admises par la chambre criminelle

À côté des faits justificatifs légaux, la chambre criminelle admet d'autres justifications en s'appuyant notamment sur les règles régissant les relations au travail.

1. Justification des inégalités et contenu du contrat de travail

La chambre criminelle admet que soit pris en considération par les juges du fond le contenu du contrat de travail afin d'apprécier les justifications avancées par l'employeur relativement à certaines décisions occasionnant des changements dans l'organisation générale du travail. Il a ainsi été jugé que, même si pendant un certain nombre d'années un agent immobilier a bénéficié d'une exclusivité de fait dans le domaine des logements anciens, le fait de confier la vente de tels logements à un autre agent ne caractérise pas le délit de discrimination syndicale dès lors que le contrat de travail ne lui attribuait aucune exclusivité dans ce domaine⁸⁷⁹. Dans cet arrêt, la chambre criminelle s'en remet à l'appréciation souveraine des juges du fond dont elle ne vérifie que l'existence de la motivation. Il semble dès lors possible de déduire de cette décision que, dans les relations de travail, l'existence d'une situation de faits antérieurs à la survenance d'un événement pouvant occasionner une décision discriminatoire ne semble pas devoir être prise en compte, seuls les éléments contractuels devant permettre de procéder à l'appréciation de la situation.

⁸⁷⁸ V. supra.

⁸⁷⁹ Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-82.559.

Dans un sens voisin, il a été jugé que ne constituent pas non plus des mesures de discrimination syndicale les décisions prises par un employeur (mise à pied puis mise en œuvre d'une procédure de licenciement) à la suite du refus du salarié d'appliquer un avenant au contrat de travail, avenant qui résultait d'un accord conclu entre l'employeur et les représentants syndicaux⁸⁸⁰.

2. Justification des inégalités et intérêt de l'entreprise / pouvoir de direction

Texte - En application de l'article L. 1121-1 du code du travail : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

Position européenne - La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que n'était pas justifiée par les intérêts de l'employeur, et notamment par la nécessité de rétablir le bon fonctionnement de l'entreprise, le licenciement d'un salarié décidé sous la pression du personnel à raison de sa séropositivité, dès lors que l'infection de l'intéressé n'avait pas d'effet préjudiciable sur l'exécution du contrat de travail et que la décision rendue par la juridiction nationale a justifié à tort les craintes du personnel en se fondant sur une prémisse inexacte, à savoir le caractère contagieux de la maladie du salarié⁸⁸¹.

Position de la chambre criminelle – En s'appuyant sur les données économiques et commerciales fournies par le prévenu, la chambre criminelle a décidé qu'était justifiée la décision consistant à restreindre le périmètre de vente d'un agent immobilier, dès lors qu'elle a été prise pour des considérations commerciales⁸⁸².

3. Justification des inégalités et comportement du salarié/ pouvoir disciplinaire

En la matière, la chambre criminelle s'assure que le juge du fond a procédé à l'appréciation de l'ensemble des éléments soumis à son appréciation. Elle a ainsi jugé que n'est pas caractérisée la discrimination dans le cas d'une procédure de licenciement engagée par une association à l'encontre d'un salarié syndiqué à raison de ses pratiques professionnelles (en l'espèce, il était reproché au salarié son refus systématique de se conformer à l'application de nouvelles règles de fonctionnement). Dans cette affaire, l'ensemble des témoignages recueillis tendait à dénoncer le comportement excessif de la partie civile en sa qualité de syndicaliste et à prouver l'absence de problème de discrimination syndicale envers les autres salariés syndiqués⁸⁸³.

⁸⁸⁰ Cass. crim., 3 avr. 2007, n° 06-81.784, *Bull. crim.*, n° 105.

⁸⁸¹ CEDH, 3 oct. 2013, aff. 552/10, I.B. c/ Grèce, JCP 2013, 1288, note J. Colonna.

⁸⁸² Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-82.559.

⁸⁸³ Cass. crim., 24 janv. 2007, n° 06-84.083 : ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction du chef de discrimination syndicale.

Mais les éléments de justification avancés ne remplissent pas les conditions ci-dessus énoncées lorsqu'ils consistent, par exemple, dans la fourniture d'un rapport d'entretien d'embauche relatant les insuffisances professionnelles de l'intéressé postérieures de plusieurs années à la période visée par la prévention et lorsqu'ils sont contrecarrés par divers éléments de preuve tendant à établir une discrimination syndicale⁸⁸⁴. Dans le même sens, il a été jugé que ne commet pas un acte d'insubordination constitutif d'une faute lourde autorisant le licenciement d'un délégué syndical, le fait de s'absenter de l'entreprise, malgré un refus d'autorisation, pour assurer la défense d'un salarié devant une juridiction dès lors que l'article L. 516-4 du code du travail⁸⁸⁵ confère un droit d'absence dans un tel cas⁸⁸⁶.

⁸⁸⁴ Cass. crim., 28 mars 2006, n° 05-82.727.

⁸⁸⁵ Recod. C. trav., art. L. 1453-4

⁸⁸⁶ Cass. crim., 6 mai 2008, n° 07-80.530, *Dr. pén.* 2008, comm. 109.

**SECTION 4: DISCOURS DE LA CHAMBRE SOCIALE DE LA COUR DE
CASSATION : LA DISCRIMINATION SYNDICALE**

En matière de discrimination le législateur a prévu des règles de preuve spéciales. D'après l'article L. 1134-1 du Code du travail⁸⁸⁷ le salarié qui invoque une discrimination doit présenter les éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Ensuite en fonction des éléments il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge se forge ensuite sa conviction.

Ce mécanisme probatoire en deux temps qui est issu de la transposition de la directive du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discriminations fondées sur le sexe⁸⁸⁸ a fait l'objet d'une transposition par la loi du 16 novembre 2001⁸⁸⁹ puis d'une généralisation pour toutes les discriminations grâce à la loi du 27 mai 2008⁸⁹⁰. Cet aménagement de la charge de la preuve s'applique en effet à toutes discriminations survenues dans le monde de l'entreprise mais aussi aux cas de harcèlement puisque l'article L. 1154-1 du Code du travail⁸⁹¹ prévoit le même régime probatoire. Ce faisant, il est acquis que le salarié n'a pas l'aptitude à prouver, un dispositif probatoire dérogatoire du droit commun de la preuve ayant alors été imaginé ; il est également à relever que ce dispositif participe de l'idée de lutter, par des techniques juridiques pensées comme efficaces, contre une atteinte à des droits jugés essentiels, fondamentaux. Toutefois, le législateur n'a pas été jusqu'à attribuer le risque de la preuve à l'employeur ; autrement dit, le doute ne profite pas au salarié⁸⁹².

De même en matière d'égalité de traitement la Cour de cassation a développé une jurisprudence similaire concernant l'articulation de la charge probatoire ; mais, contrairement aux discriminations, cette articulation ne puise sa source dans aucun texte du Code du travail, elle est une création prétorienne. Pour apporter la preuve du manquement au principe « *à travail égal, salaire égal* » la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises qu' « *il appartient*

⁸⁸⁷ Article L. 1134-1 du Code du travail « Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

⁸⁸⁸ Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discriminations fondées sur le sexe.

⁸⁸⁹ Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

¹⁰ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, *op.cit.*

⁸⁹¹ Article L. 1154-1 du Code du travail « Lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 et L. 1153-1 à L. 1153-4, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

⁸⁹² Comme en matière de cause réelle et sérieuse de licenciement.

au salarié qui invoque une atteinte au principe à travail égal, salaire égal de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération⁸⁹³ ». Ensuite le renversement de la charge de la preuve pèse sur l'employeur. Ainsi si les éléments laissent supposer l'inégalité de traitement, il peut se dédouaner en apportant des éléments objectifs et matériellement vérifiables⁸⁹⁴ qui prouvent que les salariés qui font le même travail ne se trouvent pas dans une situation similaire au regard de l'avantage en cause. Enfin le juge se forge sa conviction.

Il faut remarquer que même si la discrimination et l'égalité de traitement sont des notions distinctes, elles se rapprochent sur le plan du mécanisme probatoire. Il est en effet identique s'agissant de la répartition de la charge de la preuve⁸⁹⁵ et aussi des modes de preuve puisque dans les deux cas, en présence de faits juridiques, la preuve est libre. En revanche l'objet de la preuve n'est pas identique c'est-à-dire que les éléments à rapporter sont différents en fonction du cas dans lequel on se place.

Afin de se faire une idée précise du discours du juge en matière de discrimination il a été nécessaire de procéder à un choix parmi les différentes discriminations existantes. Notre préférence s'est portée sur la discrimination syndicale. En effet c'est dans le domaine du droit syndical que la discrimination de carrière a fait l'objet d'un important contentieux. La discrimination syndicale est aussi à l'origine d'une construction jurisprudentielle relative à la carrière des représentants du personnel et des délégués qui a permis d'élaborer une méthode de comparaison par la construction d'un panel. Cette méthode est connue sous le nom de « *méthode F. Clerc* » car elle a la particularité d'avoir été développée par un syndicaliste de la CGT⁸⁹⁶. Elle consiste à rassembler des informations devant permettre de constituer un panel de comparants composé selon trois critères : la date d'entrée dans la société, le diplôme et le statut à l'embauche. Ces données sont ensuite modélisées et lorsque la courbe de progression de carrière du syndicaliste présentera un décrochage concomitant avec la prise de fonctions syndicales ou l'élection comme représentant du personnel, la présomption de discrimination sera établie par rapport aux autres salariés de l'entreprise. La méthode est pertinente dans la mesure où elle fait l'objet d'une consécration par les juges de la Cour de cassation comme moyen de preuve de la discrimination. C'est également dans ce cadre qu'a été largement débattue la question des justifications que l'employeur peut invoquer pour échapper à la qualification de discrimination. La construction jurisprudentielle ainsi élaborée en matière de discrimination est importante dans la mesure où elle sert de référence pour le traitement de toutes les discriminations de carrière. L'étude du discours du juge sur la discrimination sera

⁸⁹³ Cass. soc. 13 janv. 2004, *Dr. soc.* 2004, p. 307, obs. Ch. Radé ; Cass. soc. 28 sept. 2004, *Dr. soc.* 2004, p. 1144, obs. Ch. Radé ; Cass. soc. 20 oct. 2010, n° 08-19.748, *Lexbase hebdo*, n° 415 du 4 novembre 2010, éd. soc. chron. Ch. Radé.

⁸⁹⁴ Cass. soc. 21 juin 2005, *Dr. soc.* 2005, 1047, obs. Ch. Radé ; Cass. soc. 28 sept. 2004, *Bull. civ.* V. n° 228.

⁸⁹⁵ J-Y Frouin, « La preuve en droit du travail. Deuxième partie : la charge de la preuve », *SSL*, 2006, suppl. n° 1276, p. 51-56.

⁸⁹⁶ R. Spire, « Agir contre la discrimination syndicale : le droit en pratique », *Droit ouvrier*, n°693, 2006 ; F. Clerc, « Discrimination syndicale : la stratégie de la CGT », *SSL*, n°1190,2004.

couplée avec celle sur le harcèlement dans la mesure où le mécanisme probatoire est proche et qu'il fournit ainsi des éléments enrichissant notre analyse.

Délimitation du sujet

Il ressort de manière évidente de la loi que le discours du juge de la chambre sociale de la Cour de cassation est construit en trois temps en matière de discrimination et d'égalité de traitement. Le salarié doit apporter des éléments de preuve laissant supposer la discrimination, le harcèlement ou encore l'inégalité de traitement, l'employeur doit se justifier en apportant la preuve d'éléments objectifs et le juge se forge sa conviction. Le régime particulier de la preuve qui s'impose au salarié puis à l'employeur s'articule quant à lui en deux phases probatoires. La Cour de cassation opère un contrôle sur ce point : les juges du fond qui ne respectent pas ces phases, par exemple en faisant peser la charge de la preuve sur le salarié, voient leur décision cassée.

Il semble ainsi intéressant d'examiner le premier temps probatoire reposant sur le salarié (I) pour pouvoir déterminer dans le discours du juge les modes de preuves admissibles et l'objet de la preuve. Puis il convient d'analyser le deuxième temps probatoire reposant sur l'employeur (II) en examinant le risque probatoire et en dégagant l'objet de la preuve estimé comme pertinent par le juge.

I. Le premier temps probatoire : l'apport d'éléments laissant supposer les faits reprochés

La récolte des preuves dans l'établissement d'une discrimination syndicale, d'un harcèlement ou d'une inégalité de traitement a été facilitée par l'implication de nombreux acteurs. Mais c'est surtout la mise en place d'un régime allégé qui a particulièrement favorisé l'action des victimes. Cet allègement du fardeau de la preuve pesant sur le salarié semblait nécessaire. En effet, le salarié se heurtait à la difficulté récurrente d'apporter la preuve de la mesure discriminatoire, du comportement harcelant ou de l'inégalité. Dans la majorité des cas, celui-ci se voyait débouter de son action faute de preuve. Par ailleurs l'allègement de la charge probatoire à l'égard du salarié semble motivé par une certaine logique. Effectivement qui mieux que l'employeur qui est à l'origine de la mesure mise en cause peut s'expliquer sur les raisons qui l'ont motivé à agir ? Seul l'employeur est le mieux placé pour s'expliquer sur les motivations de sa décision ou de son comportement. Or, à partir du moment où le salarié ne satisfaisait pas la première partie du régime probatoire, l'employeur n'était pas tenu de s'expliquer puisque le renversement de la charge de la preuve ne s'effectuait pas.

Depuis l'instauration de cet allègement probatoire en faveur du salarié, et seulement du salarié, le discours des juges de la chambre sociale de la Cour de cassation concernant les affaires touchant aux thèmes évoqués laisse transparaître une *certaine souplesse quant aux éléments que le salarié doit leur fournir*. Afin de confirmer cette première impression il

convient d'analyser le discours du juge sur les modes de preuve (A) et sur l'objet de la preuve (B).

A. Le discours du juge sur les modes de preuve

Quand le salarié doit apporter au juge des éléments laissant supposer qu'il est victime d'un comportement discriminatoire ou d'une inégalité, il s'agit pour lui de démontrer un fait juridique. Le système probatoire retenu par le législateur est alors peu contraignant pour le salarié dans la mesure où l'administration de la preuve est dite libre. Il laisse en effet aux parties le choix des moyens de preuve, le juge ayant toute latitude pour les apprécier et former sa conviction. Il est ainsi libre de retenir ou d'écarter un moyen de preuve, de lui attribuer la portée qu'il entend. Ce système présente ainsi l'avantage d'être très souple et libéral pour les parties.

Le juge ne restreint effectivement pas les modes de preuve⁸⁹⁷ que le salarié peut utiliser pour laisser supposer les faits reprochés à l'employeur.

Cette souplesse se manifeste dans le cadre du **harcèlement moral et sexuel**. Ainsi les juges admettent la preuve testimoniale qui permet au salarié victime d'un harcèlement sexuel ou moral de fournir le témoignage⁸⁹⁸ de ses collègues pour faire état du comportement ou de l'acte reproché à l'employeur. Les juges retiennent également comme mode de preuve la preuve écrite comme les certificats médicaux⁸⁹⁹, une lettre de licenciement adressé au salarié contenant des griefs de l'employeur faisant état du harcèlement moral⁹⁰⁰, des courriels⁹⁰¹ ou encore des SMS⁹⁰². La mise à l'écart manifeste du salarié dans l'entreprise⁹⁰³ ou sa rétrogradation injustifiée⁹⁰⁴ sont également retenues.

En matière de discrimination syndicale le mode de preuve est toujours libre mais la nécessité d'établir un panel pour établir la discrimination rend *un peu moins souple* le mode de la preuve par tous moyens. Pour convaincre le juge, le salarié syndiqué doit en effet réaliser soit lui-même ce panel⁹⁰⁵ démontrant le retard de carrière ou sur le constat du

⁸⁹⁷ Dès lors qu'ils sont loyaux et licites.

⁸⁹⁸ CA Toulouse, 16 mars 2000, *RJS* 9-10/2000, n°1041.

⁸⁹⁹ Cass. soc. 6 juin 2012, n°10-27.766, *Dr. Soc.* 2012, obs. Ch. Radé, p. 848.

⁹⁰⁰ Cass. soc. 29sept. 2011, n° 10-12.722, *Rép. trav.* n° 353, obs. P. Adam.

⁹⁰¹ Cass. soc. 4 mars 2015, n° 13-20.496.

⁹⁰² Cass Soc. 12 fév. 2014, n°12-26.652 « Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la salariée avait reçu, pendant son stage et après la signature du contrat de travail, plusieurs "SMS" de son supérieur hiérarchique, dans lesquels celui-ci lui écrivait notamment "je te souhaite une douce journée avec plein de baisers sur tes lèvres de velours", que l'intéressée avait demandé à son employeur une suspension de sa "période d'essai" et dans le même temps avait déposé une main-courante auprès des services de police pour se plaindre d'un harcèlement sexuel de la part de son supérieur hiérarchique, ce dont il résultait des éléments qui, pris dans leur ensemble, laissaient présumer l'existence d'un harcèlement sexuel, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

⁹⁰³ Cass. soc. 23 janv. 2011, n° 10-18.571.

⁹⁰⁴ Cass soc. 4 mars 2015, n° 13-20.496.

⁹⁰⁵ Cas. soc. 18 juin 2002, n° 00-43.831.

défenseur des droits⁹⁰⁶. Il s'appuie parfois sur le rapport d'enquête de l'inspecteur du travail⁹⁰⁷, lequel dans le cadre de ses investigations peut recueillir des informations très utiles. Pour autant, cela réduit les modes de preuve à la disposition du salarié et implique finalement que la preuve n'est pas totalement libre. La preuve testimoniale ne semble effectivement pas pertinente. L'utilisation du panel comme mode de preuve soulève de manière incidente une problématique quant à sa recevabilité devant le juge. En effet pour établir le panel les salariés syndiqués doivent pouvoir comparer leur situation à celle des autres salariés de l'entreprise et donc avoir accès à certaines données qui sont en possession de l'employeur. Or, ce dernier ne fournira pas les éléments permettant d'établir la discrimination et à ce titre les salariés peuvent être tentés de voler les documents nécessaires à l'établissement du panel recommandé pour avoir une chance de succès. La question de la loyauté de la preuve est donc également un enjeu important en matière de discrimination. Ainsi se pose la question de savoir si le salarié qui volerait les données évoquées pour établir un panel pertinent se verrait refuser ce mode de preuve par les juges en raison de sa déloyauté ?

Pour répondre à cette interrogation il faut se reporter à la jurisprudence sur le vol de données dans le cadre d'un licenciement. Il établit que le salarié est libre de « *produire en justice des documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions* », lorsqu'elle est « *strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur* »⁹⁰⁸.

Toutefois, la jurisprudence encadre et contrôle l'origine et l'objet des éléments produits ainsi que leur contenu. Ainsi le salarié ne peut se saisir de documents appartenant à l'entreprise que s'il a eu accès à ces derniers dans le cadre de ses fonctions et que s'ils sont strictement nécessaires à sa défense. Si le salarié peut maintenant produire des documents dont le propriétaire est l'employeur sans risquer une sanction civile ou pénale, il n'en reste pas moins que les deux conditions imposées pour les soustraire peuvent paraître relativement restrictives. La doctrine estime effectivement qu'il s'agit d'une « *jurisprudence discriminante* » en ce que les modes de preuves dépendent alors de la fonction des salariés qui pourront produire des éléments plus ou moins pertinents selon leur place au sein de l'entreprise⁹⁰⁹.

Le mode de preuve qui semble ainsi exigé du salarié constitue un obstacle car comme il a été expliqué tout dépendra de la fonction dudit salarié au sein de l'entreprise. Or, l'accès aux documents nécessaires pour établir le panel est très restreint car seule une poignée de salariés y ont accès dans le cadre leur fonction. Ce mode de preuve semble être plus favorable aux salariés ayant des fonctions stratégiques dans l'entreprise qu'aux salariés ayant un rôle de

⁹⁰⁶ Le Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activités 2014*, [en ligne]. Disponible sur : <http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/raa_court_2014_0.pdf>

⁹⁰⁷ Cass. soc. 15 janv. 2014, n° 1-27.261.

⁹⁰⁸ Cass. soc. 2 déc. 1998, n° 96-44.258, *Dalloz* 1999. 431, note H. K. Gaba ; *Dalloz* 2000. 87, obs. S. Frossard ; *JCP* 2009. 10166, note S. Bouretz ; *Dr. ouvrier* 2000. 13, note M. Romain ; Cass. soc. 30 juin 2004, n°02-41.720 et 02-41.771, *Dalloz* 2004, p. 2326, note H. K. Gaba ; *Dr. soc.* 2004, obs. J. Mouly ; *D.* 2004, p. 2760, obs. G. Ranjou de Boubée ; Cass soc 18 novembre 2009 n°08-42498 ; Cass soc 31 mars 2015 n° 13-24410 ; sur la loyauté de la preuve V. : J-Y Frouin, « La preuve en droit du travail. Première partie : les modes de preuve », op.cit. ; P. Bouzat, « La loyauté dans la recherche des preuves », p.172 in *Problèmes contemporains de procédure pénal : Recueil d'études en hommage à M. Louis Huguency*, Paris : Sirey, 1964, n°1.

⁹⁰⁹ F. Duquesne, « Nouvelle avancée des droits de la défense du salarié menacé de licenciement », *Dr. Soc.* 2004, p 938.

simple exécutant. En cela le mode de preuve semble moins souple comparativement aux harcèlements évoqués. Cependant un mode de preuve par présomption semble avoir été établi par les juges en matière de discrimination syndicale dans le cas où le salarié n'aurait pas accès aux données. Ainsi elle semble établie dès lors que depuis la prise de fonctions représentatives le salarié n'a eu aucune promotion. Ici le juge paraît admettre un mode de preuve peu exigeant⁹¹⁰ puisqu'il n'exige plus une preuve écrite comparative. Pour autant cet assouplissement semble seulement valable dans le cas où le salarié n'aura obtenu aucune augmentation, ce qui signifie que si la discrimination syndicale a simplement été freinée et non pas arrêtée l'évolution de carrière le panel redevient de rigueur.

En matière **d'égalité de traitement**, le salarié peut aussi utiliser tous modes de preuve pour établir qu'il fait l'objet d'une inégalité par rapport aux autres salariés de l'entreprise en termes de rémunération ou d'avantage. La preuve est libre. En raison de la généralisation de l'égalité de traitement au sein de l'entreprise, le salarié peut utiliser tous modes de preuve pour établir qu'il a été exclu du bénéfice d'un avantage pour laisser supposer l'inégalité. A ce titre il peut utiliser la preuve écrite comme un tableau comparatif mais il semble que la preuve de l'inégalité se fasse aisément.

B. Le discours du juge sur l'objet de la preuve

Il s'agit ici de savoir ce que doit prouver le salarié pour laisser supposer la discrimination, le harcèlement ou l'inégalité auprès du juge afin de passer à la deuxième phase probatoire imposant à l'employeur de s'expliquer. Plus particulièrement de déterminer au regard de l'appréciation des juges la force probante qu'ils entendent donner aux preuves qui leur sont soumises.

Concernant le **harcèlement moral et sexuel** il a été très tôt souligné qu'en ces matières la preuve résulte généralement de faisceaux d'indices concordants, de plaintes convergentes concernant la même entreprise ou la même personne, d'une rupture inexplicquée dans la carrière du salarié bien noté et apprécié jusqu'à l'arrivée de tel supérieur. Il est effectivement exceptionnel qu'en matière de harcèlement, des personnes assistent aux faits ou acceptent de témoigner pas peur de perdre leur emploi.

Le juge procède donc à la méthode du faisceau d'indices en prenant en considération tous les éléments de preuve apporté par la victime. En effet la Cour de cassation impose aux juges du fond de procéder à une appréciation d'ensemble des éléments⁹¹¹ fournis par le salarié. Elle a ainsi cassé de nombreux arrêts d'appel où les juges avaient apprécié de manière isolée les faits et donc conclu au rejet de la satisfaction de la première phase probatoire. Ces derniers ne peuvent se prononcer en ne retenant que certains faits établis par le salarié et en en écartant

⁹¹⁰ Cass ; soc. 15 déc. 2010, n° 08-44.955, *Rép. trav.* n° 416, L. Pécaut-Rivolier ; Cass. Soc. 4 mars 2008, n° 06-45.258, *Rép. trav.*, n° 375, M-T. Lanquetin ; Cass. soc. 26 avril 2006, n° 01-46.100.

⁹¹¹ Cass. soc. 13 nov. 2014, n° 13-17.459 ; Cass. soc. 13 fév. 2013, n° 11-28.201 ; Cass. soc. 19 juin 2013, n° 11-27.709 ; Cass. soc. 25 janv. 2011, n° 09-42.766 ; Cass. soc. 15 nov. 2011, n° 10-10.687 ; Cass. soc. 24 sept. 2008, n° 06-45.747.

d'autres. Le salarié doit fournir généralement aux juges plusieurs éléments qui cumulés laissent supposer le harcèlement alors que pris isolément la présomption n'aurait pas été établie. Ainsi si les certificats médicaux ne permettent pas, à eux seuls, d'établir la présomption⁹¹², ils seront pris en compte⁹¹³ dès lors qu'ils viennent corroborer d'autres éléments soumis à l'appréciation des juges. De même un courriel⁹¹⁴ et un SMS⁹¹⁵ ne peuvent isolément établir le harcèlement invoqué devant les juges mais s'ils viennent s'ajouter à d'autres éléments de preuve alors ils pourront être retenus. Tel sera le cas lorsque le courriel sera associé à une rétrogradation injustifiée⁹¹⁶ de la salariée s'estimant victime d'un harcèlement moral ou encore si le SMS est couplé à un dépôt de plainte et à un signalement du harcèlement sexuel auprès de l'employeur du harceleur⁹¹⁷.

En matière de **discrimination syndicale**, la preuve se fait généralement par la constitution d'un panel pour lequel le salarié doit obtenir des éléments pertinents afin de faire apparaître, par exemple, que son défaut de progression de carrière est dû à son mandat représentatif. Or pour pouvoir établir ce tableau, le salarié risque d'avoir des difficultés à accéder aux informations détenues par l'employeur. Il faut en effet qu'il ait accès aux bulletins de paie, aux contrats de travail des autres salariés de l'entreprise afin de faire apparaître à titre comparatif le décalage de situation entre lui et les autres. Or à moins que ledit salarié ne soit le comptable de l'entreprise ou ne fasse partie des ressources humaines de la société il n'aurait pas accès par le biais de sa fonction aux éléments nécessaires à la constitution de son panel.

L'accès aux données pertinentes pour la constitution du panel est donc primordial et constitue un vrai obstacle matériel à l'introduction même de l'action en discrimination. Cependant cette difficulté importante semble pouvoir être contournée d'une certaine manière puisque le salarié suspectant l'existence d'une discrimination peut demander au juge des référés, en amont de tout procès, d'obliger l'employeur à lui communiquer des documents relatifs aux autres salariés de l'entreprise afin de pouvoir comparer sa situation et ainsi obtenir les éléments de faits nécessaires à l'introduction d'un recours pour discrimination⁹¹⁸ ; le recours possible à l'article 145 du Code de procédure civile est un outil précieux pour le salarié. Afin d'éviter la communication de données incriminantes imposées par le juge, l'employeur a invoqué l'atteinte à la vie personnelle des autres salariés de l'entreprise et une atteinte au secret des affaires. Or pour rejeter ces deux arguments les juges de la Cour de cassation estiment que leur décision se fonde sur l'article 145 du Code de procédure civile qui ne permet cette délivrance que dans la mesure de la légitimité et de la nécessité des intérêts en cause. Ainsi il suffit que les demandes soient légitimes et aient pour but d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution du litige. Donc même lorsque les salariés n'apportent que peu d'éléments à l'appui de leur requête, l'allégation de leur doute suffit à

⁹¹² Cass. soc. 29 janv. 2014, n° 13-16.436 ; Cass. soc. 30 sept. 2014, n° 11-22.174.

⁹¹³ Cass. soc. 6 juin 2012, n° 10-27.766, Dr. Soc. 2012, p. 848, obs. C. Radé.

⁹¹⁴ Cass. soc. 22 mars 2011, n° 09-43.307.

⁹¹⁵ Cass. soc. 23 janv. 2015, n° 14-17.143 ; Cass. soc. 23 sept. 2015, n° 14-17.143.

⁹¹⁶ Cass. soc. 4 mars 2015, n° 13-20.496.

⁹¹⁷ Cass. soc. 12 fév. 2014, n° 12-26.652.

⁹¹⁸ Cass. Soc. 19 déc. 2012, n° 10-20.526, *Dalloz Actualité* du 18 janvier 2013, note M. Peyronnet ; *Dalloz* 2013, p. 2802, obs. P. Delebecque, J-D. Bretzner et I. Darret-Courgeon ; D. 2013, p. 1026, note P. Lockie et J. Porta.

emporter la conviction des juges. *L'accès aux éléments de preuve* pour le salarié est ainsi très *facilité* mais pour autant il a tout intérêt à faire cette demande d'accès en amont car s'il le fait après que l'employeur est produit lui-même un panel plus élaboré que le sien, le salarié a toute les chances d'être débouté de sa demande faute d'utilité⁹¹⁹ au regard de l'article 146 du Code de procédure civile.

Toutefois pour décider d'accorder ou non par injonction accès aux documents détenus par l'employeur le juge doit mettre en balance les intérêts des salariés invoquant la discrimination et ceux des autres salariés de l'entreprise qui sont extérieurs au litige. C'est pourquoi afin de ne pas porter atteinte à ces derniers le juge peut se faire communiquer les documents pour ensuite les transmettre aux salariés victime de discrimination après les avoir rendu anonymes. Par analogie un conflit similaire se présente lorsqu'un syndicat souhaitant constituer une section syndicale doit apporter la preuve du nombre de ses adhérents sans porter atteinte à la liberté syndicale des adhérents. La communication des éléments à l'employeur est alors dépourvue de tout élément d'identification mais le juge reçoit la liste complète des adhérents⁹²⁰. Le rôle actif du juge est ici primordial. Il faut remarquer que même si les éléments fournis au salarié sont rendus anonymes, cette démarche reste artificielle dans la mesure où il est possible de deviner l'identité des salariés de l'entreprise dont les bulletins de paie et contrat de travail ont été transmis. Mais cette démarche a pour avantage de permettre au salarié prétendument victime de son employeur d'avoir au final accès aux documents dont il a besoin ; elle participe de l'idée d'un *droit à la preuve*⁹²¹. Pour autant le salarié doit être vigilant dans la présentation de son panel à savoir que pour qu'il soit pertinent il doit remplir un certain nombre de conditions objectives portant sur l'ancienneté, le niveau de professionnel, le tout dans un périmètre déterminé. Ainsi si le salarié, pour établir la disparité, se contente de comparer sa situation seulement avec celle d'un autre salarié⁹²², les juges estimeront que les éléments sont insuffisants.

En matière **d'égalité de traitement** un grand nombre d'arrêts laissaient à penser que le juge n'admettait pas facilement l'identité de situation ou l'égalité de valeur des tâches de salariés différents ou encore la similitude de leurs situations. Ainsi il apparaissait difficile pour le salarié de laisser à penser au juge qu'il était victime d'une inégalité de traitement. Mais depuis 2008 il semblerait que l'application du principe d'égalité de traitement puisse devenir satisfaisante pour les salariés. Ce changement est essentiellement dû au fait que la chambre sociale estime maintenant que l'employeur doit offrir à tous les salariés placés dans une situation identique les mêmes avantages tels que les tickets restaurants, la mutuelle ou encore

⁹¹⁹ Cass. Soc. 3 déc. 2008, n° 07-42.976, *RDT* 2009, p. 105, obs. A. Varneck et M. Keim-Bagot.

⁹²⁰ Cass. Soc. 8 juill. 2009, n° 09-60.011, *Sté Okaidi c/Aouiti et a.*, *Dalloz Actualité*, 31 juill. 2009, obs. J. Cortot ; *Dalloz* 2009, 2393, note G. Loiseau.

⁹²¹ Cass. 1^{ère} civ., 5 avril 2012, n° 11-14177 : « Vu les articles 9 du code civil et du code de procédure civile, ensemble, les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de *son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence*, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »

⁹²² Cass. soc. 20 fév. 2008, n° 05-41.416.

le plan d'entreprise⁹²³. Les salariés semblent pouvoir montrer la différence de traitement dès qu'ils peuvent établir qu'ils ne bénéficient pas d'un avantage dont les autres salariés de l'entreprise bénéficient. Il en résulte que la présomption de différence de traitement est facilement admise par les juges dès lors que le salarié n'aura pas un avantage que les autres salariés ont.

Il apparaît nettement que le juge est enclin à faciliter l'accès aux preuves et à croire le salarié qui fournit des éléments même minimes. Il suffit souvent d'une simple *croissance raisonnable* pour satisfaire la première étape probatoire en matière de harcèlement sexuel, moral et d'égalité de traitement. L'apport d'éléments laissant supposer la discrimination syndicale semble pour sa part un peu plus délicat pour le salarié lorsqu'il doit établir un panel.

Mais le sentiment qui ressort de l'étude de la jurisprudence est que le salarié peut passer relativement facilement à la deuxième étape qui repose sur l'employeur.

II. Le second temps probatoire : la nécessité d'apporter des éléments objectifs et matériellement vérifiables

La discrimination, le harcèlement ou encore l'égalité de traitement paraissent facilement caractérisés à l'étude du discours du juge. L'exigence probatoire reposant sur le salarié prétendument victime est très allégée ce qui explique une caractérisation aisée de l'incrimination invoquée. Si cet axe pris par le législateur et renforcé à l'évidence par le juge est favorable au salarié, il faut également analyser le discours du juge concernant la seconde phase probatoire reposant sur l'employeur. Il faut ainsi examiner la question du risque de la preuve (A) et ensuite l'objet de la preuve (B) que doit apporter l'employeur afin de convaincre les juges qu'il n'a pas fait l'objet de discrimination, d'inégalité ou de harcèlement à l'égard du salarié qui s'en prétend victime.

A. Le risque de la preuve

L'efficacité du positif mis en place pour faciliter le recueil et l'établissement des éléments dont le salarié a besoin pour passer à la phase de justification de l'employeur constitue un enjeu important. Cependant il convient de relever que ce dernier peut avoir pour effet de mener à sanctionner un innocent. En effet dans le discours du juge il n'y a rien sur le risque de la preuve. Deux interprétations peuvent être données à cette absence d'éléments. Soit le doute n'existe pas car le juge est toujours convaincu dans un sens ou dans un autre, soit le doute est caché c'est-à-dire qu'il préfère ne pas en tenir compte. Or, une fois la première étape franchie si le juge a un doute il profitera généralement au salarié.

⁹²³ A. Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. soc.*, n°7/8, 2004, p. 694 ; G. Auzero, « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », *Dr. soc.*, n°9/10, 2006, p. 822.

B. L'objet de la preuve

Il s'agit ici de savoir ce que doit prouver l'employeur pour écarter ou justifier la discrimination, le harcèlement ou l'inégalité auprès du juge. L'employeur doit effectivement fournir des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement, discrimination ou inégalité de traitement. Tout comme le salarié l'employeur peut utiliser tous les moyens de preuve dont il dispose puisque la preuve est libre. Cependant la justification imposée à l'employeur semble être plus lourde et difficile à prouver que pour le salarié.

En matière **de harcèlement moral et de harcèlement sexuel** il paraît difficile pour l'employeur de se justifier aux yeux des juges. Il ressort du discours du juge que les éléments justificatifs pertinents à ses yeux sont peu nombreux. Concernant le harcèlement moral la qualification est finalement rejetée lorsque l'employeur pourra prouver que les mesures assimilées à du harcèlement ne le sont pas car elles sont justifiées à l'origine par la mise en place d'une nouvelle organisation de l'entreprise⁹²⁴ ou prises au regard des nécessités de fonctionnement de l'entreprise⁹²⁵. L'autre moyen de preuve considéré par les juges est que la mesure de licenciement ou les avertissements infligés par l'employeur au salarié a pour origine le comportement du salarié. Le comportement fautif⁹²⁶ du salarié, l'absence au travail⁹²⁷, l'insuffisance professionnelle⁹²⁸ sont considérés comme des éléments objectifs et vérifiables permettant à l'employeur de se justifier. En dehors de ces moyens aucun autre ne semble être admis par les juges. Or pour l'employeur la tâche ne sera pas aisée car s'il ne s'est pas constitué préalablement à l'instance des éléments attestant de l'inexécution fautive de la prestation de travail par le salarié il a toutes les chances d'être condamné pour harcèlement. Les juges sont, en effet, très pointilleux et sévères quant aux justifications avancées.

Par ailleurs, il faut relever que l'employeur qui se contenterait d'affirmer l'absence de preuve d'une pression ou d'une manœuvre⁹²⁹ pour s'exonérer ne sera pas libéré faute de preuve suffisante. L'employeur doit donc être actif dans la recherche de preuve et ne peut se contenter de riposter en se basant sur l'absence de preuve de la partie adverse. Ce raisonnement des juges est logique dans la mesure où le salarié ne doit apporter que des éléments qui laissent supposer le harcèlement. Or, si ensuite l'employeur peut s'appuyer sur ces éléments pour faire tomber la qualification, l'allègement de la charge de la preuve consenti au salarié n'a plus lieu d'être. De façon globale, il est très difficile pour un employeur de faire tomber la présomption de harcèlement. Par ailleurs, si le harcèlement a été réalisé par un subordonné, on reprochera très souvent à l'employeur son attitude passive ou une réaction trop modérée. La jurisprudence la plus récente est plus sensible à la souffrance morale que peut subir la victime d'un harcèlement ou d'une discrimination.

⁹²⁴ Cass. soc. 23 sept. 2014, n° 12-28.257 ; Cass. soc. 25 oct. 2011, n° 10-18.101.

⁹²⁵ Cass. soc. 20 oct. 2011, n° 10-23.358.

⁹²⁶ Cass. soc. 28 avril 2011, n° 09-72.224 ; Cass. soc. 14 sept. 2010, n° 09-41.275.

⁹²⁷ Cass. soc. 12 mai 2010, n° 08-45.244 ; Cass. soc. 31 mars 2009, n° 08-40.041 ; Cass. soc. 3 déc. 2008, n° 07-44.263.

⁹²⁸ Cass. soc. 6 janv. 2011, n° 09-71.045 ; Cass. soc. 9 oct. 2007, n° 06-42.350 ; Cass. soc. 23 nov. 2005, n° 04-46.152.

⁹²⁹ Cass. soc. 18 mars 2014, n° 12-29.007.

En matière de **discrimination syndicale** l'employeur doit également prouver que la disparité constatée est justifiée par des « *critères objectifs* » ou par des « *éléments objectifs* ». Plus particulièrement face à un panel établi par le salarié syndiqué montrant sa stagnation de carrière ou de sa rémunération par rapport aux autres salariés, quels moyens de preuve peut apporter l'employeur pour justifier cette disparité ? L'employeur peut, pour sa défense, fournir également un panel venant contredire celui établi par le salarié syndicaliste⁹³⁰. Or, comme la jurisprudence ne donne pas de directives précises pour unifier la pratique malgré les difficultés rencontrées pour la construction de ce panel, les juges de la chambre sociale s'en remettent généralement à l'appréciation des juges du fond, dès lors qu'ils ont bien procédé à une comparaison. A défaut la Cour casse pour manque de base légale invitant ainsi la juridiction de renvoi à procéder à cette comparaison⁹³¹. Ce sont les juges du fond qui vont apprécier si la composition du panel fourni par le salarié est plus pertinente que celle de l'employeur. Si le salarié a réalisé son panel en respectant les conditions portant sur l'ancienneté, le niveau professionnel, avec un périmètre déterminé et qu'il apparaît une disparité alors l'employeur a peu de chance de venir contredire l'évidence du résultat. Mais si le salarié n'a pas réalisé ce panel, faute d'accès suffisant aux éléments de preuve, alors l'employeur pourra facilement s'exonérer.

Ainsi même si l'absence d'évolution de carrière ou de rémunération est établi par le salarié, l'employeur pourra s'exonérer en invoquant la situation économique de l'entreprise⁹³², le niveau moindre de formation du salarié par rapport aux autres salariés auxquels il s'était comparé⁹³³ ou encore que la seule appartenance à une même catégorie professionnelle n'implique pas une identité de situation⁹³⁴.

En revanche, l'employeur ne peut justifier une différence de rémunération en invoquant son pouvoir discrétionnaire⁹³⁵ lui permettant d'attribuer une rémunération plus ou moins importante aux salariés de l'entreprise en fonction de la qualité de leur prestation de travail. Pour les juges la preuve est insuffisante et ne constitue pas une cause objective justificative. De même il ne peut se justifier en relevant les difficultés relationnelles du salarié avec sa hiérarchie dans la mesure où celles-ci n'avaient aucune incidence sur la qualité du travail du salarié⁹³⁶. Ici le juge procède à une étude de la causalité pertinente entre la disparité de traitement et le motif invoqué par l'employeur. Ce n'est pas le motif qui est contesté par le juge mais ce motif n'est pas une cause pertinente pour justifier la disparité.

En matière **d'égalité de traitement** la position de la chambre sociale a été fluctuante quant au contrôle exercé sur les justifications apportées par l'employeur. Pendant un certain temps elle admettait assez libéralement les raisons justifiant une différence de traitement⁹³⁷, notamment

⁹³⁰ Cass. soc. 20 juin 2007, n° 06-41.399, CA 19 mai 2008, n°07/01382.

⁹³¹ Cass. soc. 17 oct. 2006, n° 05-40.450.

⁹³² Cass. soc. 5 mai 2011, n° 10-14.413.

⁹³³ Cass. soc. 1^{er} juil. 2009, n° 07-45.376.

⁹³⁴ Cass. soc. 26 nov. 2014, n° 13-20.058.

⁹³⁵ Cass. soc. 17 oct. 2007, n° 06-41.053 ; Cass. soc. 28 sept. 2004, n°03-42.624.

⁹³⁶ Cass. soc. 23 mai 2007, n° 05-44.231.

⁹³⁷ Dalloz 2007, Pan. 179, obs. A. Jeammaud.

une différence de rémunération. Mais depuis 2008 la chambre sociale est devenue très sévère sur le contrôle des juges du fond quant à la démonstration de l'existence de raisons objectives et pertinentes pour justifier la différence de traitement. Elle procède à un véritable contrôle de la réalité et de la pertinence des motifs invoqués par l'employeur. Ainsi l'appartenance d'un salarié à une catégorie professionnelle différente⁹³⁸ ne suffit plus à elle seule à justifier une différence de traitement pour l'octroi d'un avantage. Le motif invoqué par l'employeur a été jugé non pertinent par les juges à savoir qu'il ne permettait pas à lui seul de justifier la différence de traitement entre les cadres et les non-cadres. De même l'employeur qui invoque une disparité de rémunération en raison du travail médiocre⁹³⁹ du salarié n'en apporte pas la preuve dès lors que le procès-verbal d'entretien d'évaluation qu'il produit contient des appréciations positives sur la qualité du travail fourni par le salarié. La réalité du motif invoqué n'était pas prouvée pour les juges. Dernièrement, les juges sont d'ailleurs venus rappeler que l'employeur doit prouver et pas seulement alléguer que cette inégalité repose sur des éléments objectifs⁹⁴⁰.

On remarque la sévérité des juges qui procèdent à un vrai contrôle des motifs et de leur pertinence. L'employeur aura des difficultés à prouver que l'égalité de traitement ne peut être invoquée faute pour le salarié d'être dans la même situation que les autres salariés de l'entreprise. Ainsi l'employeur peut se justifier s'il démontre que la distinction opérée par le défaut d'attribution d'un avantage ne relève pas de son pouvoir discrétionnaire mais en raison de régimes de retraite distincts⁹⁴¹, ou du transfert d'une entité économique⁹⁴² ou de la médiocrité du travail⁹⁴³ du salarié à condition d'avoir des éléments de cette médiocrité.

Il ressort de cette analyse que la tâche probatoire de l'employeur est difficile et délicate pour s'exonérer de la qualification de harcèlement, de discrimination ou d'inégalité de traitement puisqu'il doit apporter une preuve justificative sévèrement contrôlée. Comparativement à celle incombant au salarié dans la première phase il apparaît avec évidence que conformément à la volonté du législateur et des juges il ne s'agissait pour celui-ci que d'apporter des éléments et non des preuves. En définitive, ce dispositif probatoire apparaît comme une technique efficace de protection de droits jugés essentiels.

⁹³⁸ Sur la différence de catégorie professionnelle ou de statut comme : Cass. soc. 20 février 2008, n° 06-40.085 ; Cass. soc. 1^{er} juill. 2009, n° 07-42.675, *Dalloz* 2009.2042 ; *ibid.* 2010. 342 et les obs. ; *ibid.* 2012. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *Dr. soc.* 2009. 1002, obs. C. Radé ; *ibid.* 1169, note P.-H. Antonmattei ; *JCP S* 2009. 1451, note Jeansen ; *Sem. soc. Lamy*, 28 sept. 2009, p. 16, chron. P. Barthélémy ; *ibid.* p. 13, interview P. Bailly ; Cass. soc., 6 févr. 2013, n° 11-26.604 à n° 11-26.610 : *JurisData* n° 2013-001562 : *RJS* 2013, n° 328 ; *JCP S* 2013, 1175, note S. Brissy ; Cass. soc. 16 fév. 2012, n° 10-21.864 ; Cass. soc. 9 déc. 2015, n° 14-24.948 à n° 14-24.953 et n° 14-24.953.

⁹³⁹ Cass. soc. 20 fév. 2008, n° 06-40.615.

⁹⁴⁰ Cass. soc. 06.05.2015, n° 13-25821.

⁹⁴¹ Cass. soc. 13 janv. 2011, n° 10-12.806, *Dalloz* 2011, obs. H. Goutel, p. 1926.

⁹⁴² Cass. soc. 11 janv. 2012, n° 10-14.614 à n° 10-14.617 et n° 10-14.620 à 10-14.623, *Dr. soc.* 2012, obs. C. Radé, p. 428 ; *RDT* 2012, obs. J. Icard, p. 294.

⁹⁴³ Cass. soc. 8 nov. 2005, *RJS* 1/06, n° 47.

**SECTION 5 : LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE SEXE DANS LA
JURISPRUDENCE DE LA CHAMBRE SOCIALE DE LA COUR DE CASSATION**

Le Titre III du Livre Ier du Code du travail est consacré aux discriminations. Après un chapitre Ier relatif au champ d'application, figure un chapitre II consacré au principe de non-discrimination. Celui-ci commence par un article L. 1132-1 qui, dans une approche globale relative au monde professionnel et dans une approche spécifique renvoyant aux relations de travail au titre du salariat, interdit toute forme de discrimination directe⁹⁴⁴ ou indirecte⁹⁴⁵ en raison d'une liste de critères déterminés⁹⁴⁶. Cette dernière comprend entre autres le sexe, l'orientation ou l'identité sexuelle.

En matière de lutte contre les discriminations, le motif sexuel a une importance centrale. Jusque dans les années 2000, le droit de l'Union européenne qui représente aujourd'hui le socle du droit interne en matière de non-discrimination, ne prohibait que la discrimination fondée sur le sexe⁹⁴⁷. Par ailleurs, le sexe recèle automatiquement une dimension symbolique de répartition des humains, qui pourrait parfois conduire à ce qu'il absorbe ou noie d'autres facteurs discriminants.

L'article L. 1132-1 du Code du travail n'est pas le seul à faire du sexe un critère prohibé. L'article L. 1142-1 du même code relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes y renvoie, en l'écartant comme critère susceptible de fonder un refus d'embauche ou de renouvellement d'un contrat, par exemple. En somme, en dehors des hypothèses où l'appartenance à l'un ou l'autre sexe répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante⁹⁴⁸, le sexe est un critère interdit dans les relations de travail et dans la vie professionnelle.

⁹⁴⁴ La discrimination directe est définie par l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de lutte contre les discriminations. L'article 1^{er} de cette loi a été modifié par l'article 23 de la loi du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement. Cette dernière a introduit la perte d'autonomie dans la liste des critères de discrimination prohibés.

L'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, définit la discrimination directe comme la situation dans laquelle sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, sa perte d'autonomie, son handicap, son orientation ou identité sexuelle, son sexe ou son lieu de résidence, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

⁹⁴⁵ Selon l'al. 2 de l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008, constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.

⁹⁴⁶ Sur le caractère limitatif ou non de cette liste, voir G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Paris : Dalloz, 30^{ème} éd., 2016, spéc. p. 743 et s.

⁹⁴⁷ Jusqu'en 2000, la législation européenne en matière de non-discrimination s'appliquait exclusivement au domaine de l'emploi et de la sécurité sociale et sanctionnait exclusivement la discrimination fondée sur le sexe.

⁹⁴⁸ Selon l'article L. 1142 al.2, un décret en Conseil d'Etat détermine, après avis des organisations d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national, la liste des emplois et des activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante. Cette liste est révisée périodiquement.

La belle structure du titre relatif aux discriminations⁹⁴⁹ ne doit pas tromper sur la difficulté de mise en œuvre du principe de non-discrimination. En effet, la volonté d'une lutte efficace contre les discriminations prend forme dans un processus continu de dilatation de la sphère des motifs prohibés⁹⁵⁰ et de multiplication de dispositions dont l'articulation n'est pas toujours simple à réaliser. De ces considérations s'évince le rôle capital du juge, s'agissant du principe de non-discrimination. D'une part, il lui revient de procéder à la mise en œuvre des textes, en réalisant l'articulation susmentionnée. D'autre part, il faut rappeler que la discrimination recèle une dimension éminemment factuelle, qui rend cette fois-ci décisif le travail des juges du fond⁹⁵¹. La Cour de cassation a elle-même reconnu dans son rapport annuel de 2008 consacré au sujet le rôle résiduel du juge, s'expliquant par un taux de rejet très élevé des pourvois et d'une rareté des décisions publiées.

Le débat ne change pas d'une discrimination à une autre. Et à ce titre, la discrimination en raison du sexe ne fait pas exception dans la jurisprudence de la Chambre sociale. On pourrait simplement relever que la discrimination en raison du sexe est celle qui donne l'occasion de ces quelques arrêts publiés notamment lorsque la victime de la discrimination est un homme⁹⁵². Pour le reste, on peut relever deux choses. D'une part, le régime de la discrimination en raison du sexe fait écho au régime général des discriminations, notamment au regard de la question de la preuve. D'autre part, malgré l'important travail de précision réalisé par la Chambre sociale, les contours du principe de non-discrimination et de celui de l'égalité de traitement ne sont pas toujours cernés avec netteté. Et à ce titre, la discrimination en raison du sexe est parfois au centre de la confusion, parce que construit autour d'un critère (le sexe) qui est cœur des deux dispositifs.

I. La preuve d'une discrimination en raison du sexe.

C'est par un arrêt *Seiller* du 23 novembre 1999⁹⁵³ relatif à la discrimination en raison du sexe que la Cour de cassation a posé le régime de la preuve en matière de discrimination. Dans cette affaire, la Cour de cassation a précisé qu'il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes et qu'il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure, d'établir que la disparité de situation ou la différence de rémunération constatée est justifiée par des critères objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Ce premier arrêt est une

⁹⁴⁹ Le titre III relatif aux discriminations est composé de 4 chapitres qui concernent le champ d'application des dispositions, le principe de non-discrimination, les traitements autorisés et les actions en justice.

⁹⁵⁰ La loi du 28 décembre 2015 qui intègre la perte d'autonomie dans la liste en est un exemple.

⁹⁵¹ Voir à ce sujet, B. Bossu (dir.), *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel : la réalisation contentieuse d'un droit fondamental*, Droit et perspectives du droit EA, n° 4487, Mission de recherche Droit et Justice, septembre 2014.

⁹⁵² Exemples, Soc. 23 octobre 2007, Bull. 2007, V, n° 173, pourvoi n° 06-43.329 ; Soc., 18 décembre 2007, Bull. 2007, V, n° 215, pourvoi n° 06-45.132.

⁹⁵³ Soc. 23 nov. 1999, n° 99-42.940, *Seillier c/ CEA*, Bull. civ. V, n° 447. Sur la même question, voir au titre d'une discrimination syndicale, Soc. 28 mars 2000, n° 97-45.258, *Guy Fluchère, Gérard Dick, Synd. CFDT Cheminots c/ SNCF*, Dr. soc. 2000, p. 593.

anticipation du régime de la preuve résultant de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations. Au titre du principe de non-discrimination, la règle figure désormais à l'article L. 1134-1 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 27 mai 2008.

La jurisprudence en matière de preuve peut être considérée comme étant aujourd'hui bien établie. En revanche, malgré l'assouplissement de la charge de la preuve au bénéfice du salarié, la phase probatoire reste une étape face à laquelle succombent nombre de salariés. Il est davantage de pourvois rejetés pour une absence de faits laissant présumer une discrimination en raison du sexe que de décisions portant sur une validation par le juge de la décision de l'employeur, considération faite du motif étranger à toute discrimination fondant ladite décision⁹⁵⁴. Il ne faut pas y voir forcément une sévérité envers les salariés ; il faut simplement comprendre que la part de la chaîne probatoire qui incombe au salarié est une étape préalable au déplacement de la charge de la preuve en direction de l'employeur. Dès lors, l'incapacité pour le salarié à franchir cette étape permet d'écarter d'emblée l'existence d'une discrimination et dispense d'avoir à réfléchir sur les éventuelles justifications de la mesure litigieuse.

Ce constat ne doit pas laisser supposer que la Cour de cassation n'est d'aucun secours au salarié dans la caractérisation d'une discrimination en raison du sexe. D'un point de vue général, la Cour de cassation a précisé dans un arrêt du 10 novembre 2009 que la preuve d'une discrimination ne suppose nullement de mettre en place une logique comparative⁹⁵⁵. Cette démarche peut aussi profiter à la victime d'une discrimination en raison du sexe, même si ici plus qu'ailleurs la comparaison peut avoir un écho et un sens particuliers. De manière plus spécifique, il faut rappeler que la Chambre sociale ne se contente pas d'enregistrer les décisions des juges du fond reprochant aux victimes une absence d'éléments laissant présumer une discrimination en raison du sexe. D'une part, nombre d'arrêts sont cassés qui rappellent aux juges la part active qu'ils doivent prendre dans le débat probatoire. D'autre part, la Cour de cassation n'hésite pas elle-même à reconsidérer les affaires, appelant parfois au soutien de la victime des valeurs et principes fondamentaux.

Deux arrêts du 20 mai 2015 peuvent être retenus pour illustrer le propos. Dans une première espèce, une salariée engagée en tant qu'agent de fabrication a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation de son contrat de travail à durée indéterminée pour harcèlement moral et discrimination en raison du sexe. La juridiction a rejeté la demande aux motifs que la salariée ne démontrait pas qu'elle avait été moins bien payée que son homologue masculin le moins bien payé, tout en ayant admis qu'il ressortait des pièces du dossier que les hommes au coefficient 170 étaient légèrement mieux payés que les femmes. Les juges du fond ont par ailleurs relevé que l'évolution des salaires des opérateurs de production passés au coefficient 170 et ayant environ dix ans d'ancienneté, démontrent au contraire que la salariée a un salaire comparable aux leurs, qu'il s'agisse d'hommes ou de femmes.

⁹⁵⁴ Pour quelques exemples : Soc. 22 oct. 2014, n° 13-16.936 ; 10 avril 2013, n° 11-26.986 ; 23 sept. 2015, n° 14-14.321.

⁹⁵⁵ Soc. 10 nov. 2009, n° 07-42.849 Dr. soc. 2010. 112, obs. C. Radé.

La Cour de cassation a pourtant cassé l'arrêt en reprochant au juge du fond de ne pas avoir recherché si la salariée avait perçu pendant plusieurs années une rémunération inférieure à la moyenne des rémunérations perçues par les salariés placés dans une situation identique et ayant la même ancienneté et alors qu'il résultait de ses constatations que les hommes au coefficient 170 étaient mieux payés que les femmes⁹⁵⁶.

Dans une seconde espèce, une femme engagée en qualité d'agent polyvalent par une association a dénoncé à son employeur des faits de discrimination. Elle a été mise par la suite en arrêt de travail. Elle a saisi le juge au titre de diverses demandes. Pour rejeter ces dernières, un arrêt a estimé que les propos tenus à son égard par un autre salarié l'ayant traitée de « sac à foutre » étaient d'une indéniable vulgarité et inadmissibles. Cependant, ils ne permettaient pas de caractériser l'existence de paroles discriminatoires. La Cour de cassation a cassé la décision. Dans le visa de l'arrêt, elle a tenu à rappeler que « *la discrimination inclut notamment tout agissement à connotation sexuelle subi par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ». Cette affirmation faite, elle relèvera qu'un témoin a attesté que la victime avait été traitée de « sac à foutre » et cet élément ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité de la salariée laissait présumer une discrimination⁹⁵⁷.

Les deux arrêts quoique inédits sont intéressants⁹⁵⁸. Le premier rappelle le rôle actif que doit jouer le juge dans la recherche de la preuve. Si la comparaison n'est pas indispensable dans la caractérisation d'une discrimination. Il arrive cependant que la preuve directe de la discrimination soit impossible. Dans cette hypothèse, le juge doit réaliser au mieux cette comparaison, et aller au-delà, au besoin, des éléments soumis par la victime.

Le second arrêt n'est pas moins intéressant. L'arrêt est rendu sous le visa des articles L. 1132-1 et L. 1134-1 du Code du travail dans leur rédaction issue de la loi du 27 mai 2008. La Cour de cassation affirme dans l'attendu principal que « *la discrimination inclut notamment tout agissement à connotation sexuelle subi par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ».

La Cour de cassation reprend dans cette formule le contenu de l'article 1^{er} al. 3, 1^o de la loi du 27 mai 2008. Cette disposition non codifiée trouve désormais une forme d'écho à l'actuel article L. 1142-2-1 du code du travail issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi. Il s'agit d'un texte qui intègre le dispositif relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

La définition de la discrimination rejoint presque celle du harcèlement sexuel. Il se dégage dès lors de la lecture de l'arrêt une vigueur redoutable au bénéfice de la discrimination en raison du sexe. En réalité, le raisonnement absorbe et noie complètement le régime probatoire en deux temps de l'article L. 1134-1 du Code du travail. Selon ce texte, lorsque les éléments présentés par la victime prétendue laissent supposer l'existence d'une discrimination, il appartient à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments

⁹⁵⁶ Soc. 20 mai 2015, n° 13-27.643.

⁹⁵⁷ Soc. 20 mai 2015, n° 14-13.357.

⁹⁵⁸ Il n'y a que très peu d'arrêts relatifs à la discrimination qui soient publiés.

objectifs étrangers à toute discrimination. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt, n'était pas en cause une décision de l'employeur. Cependant, on peine à imaginer une contre-argumentation qui puisse permettre de valider une décision ou d'écarter une discrimination dès lors que les faits litigieux auront été considérés comme attentatoires à la dignité de la victime.

Dans l'affaire, la Cour d'appel avait refusé de caractériser une discrimination aux motifs qu'il n'y avait pas de la part du témoin de paroles précises susceptibles de révéler une discrimination. On peut toujours débattre du caractère précis ou non de l'expression « sac à foutre ». Il reste cependant intéressant de relever que selon la Cour de cassation l'atteinte à la dignité laisse présumer une discrimination.

En réalité, le lien entre discrimination et atteinte à la dignité pourrait ne pas se réduire à la seule discrimination en raison du sexe. La discrimination ainsi considérée pourrait être raciale, ou être liée à l'appartenance physique, etc... Cependant, la référence aux « agissements à connotation sexuelle » retenu dans l'attendu de l'arrêt emporte de manière quasi automatique constat d'une discrimination en raison du sexe.

Il y a donc à la lecture de l'arrêt une relation entre le texte retenu et les valeurs et principes mis en avant qui facilite la reconnaissance de preuves au bénéfice de la victime. La discrimination en raison du sexe devient inéluctable dans son constat et les principes retenus rendent quasi impossible la démonstration d'un motif étranger. Ce type de raisonnement participe sans aucun doute à une meilleure efficacité de la lutte contre les discriminations. En amont, la victime franchit sans difficulté l'obligation de présenter des faits qui laissent supposer une discrimination. En aval, la partie défenderesse ne dispose d'aucune porte réelle de sortie. En revanche, il n'est pas certain que la notion de discrimination en raison du sexe gagne en intelligibilité.

II. L'identification de la discrimination en raison du sexe.

Le législateur intervient régulièrement pour allonger la liste des critères discriminatoires prohibés⁹⁵⁹. Il existe aujourd'hui à côté du sexe lui-même, l'orientation sexuelle ou l'identité sexuelle. La multiplicité des critères présente un risque dans l'identification des différents types de discrimination. Les discriminations peuvent se chevaucher ou se compléter. Il n'est pas exclu que puisse se greffer sur une discrimination en raison du sexe une autre fondée sur l'orientation ou l'identité sexuelle. Le débat sort d'un champ lexical lié au sexe pour englober d'autres critères. La jurisprudence recèle à ce titre un exemple assez significatif tiré d'une affaire que l'on pourrait appeler l'affaire du serveur aux boucles d'oreilles.

Engagé dans le cadre d'un contrat d'apprentissage suivi d'un contrat à durée indéterminée, un salarié d'un restaurant a été licencié pour avoir refusé d'enlever ses boucles d'oreilles. Selon le motif de la lettre de licenciement, le statut au service de la clientèle du salarié ne permet pas à l'entreprise de tolérer le port des boucles d'oreilles sur l'homme qu'il est. Attaquée en justice pour discrimination, l'entreprise a été condamnée. La Cour de cassation confirmant

⁹⁵⁹ A titre d'exemples, la loi du 13 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations n'intégrait pas l'identité sexuelle dans la liste des critères prohibés.

l'arrêt d'appel a estimé qu'il résultait du motif de la lettre de licenciement une discrimination fondée sur l'apparence physique rapportée au sexe⁹⁶⁰. Au-delà de la volonté de coller au motif de la lettre de licenciement (« l'homme que vous êtes »), la référence au sexe dans la solution n'est pas d'une grande évidence. La référence à l'apparence aurait pu suffire, et ce, indépendamment de la conception large ou stricte retenue de l'apparence physique⁹⁶¹ ; la conception renvoyant à une corrélation entre les faits et la notion. L'arrêt fait peut-être simplement application de l'idée d'une discrimination multicritère. La discrimination se construit en contemplation de plusieurs motifs (l'apparence, le sexe). Cependant, elle est vécue sur la base de l'apparence, le sexe ne fait qu'intensifier ce vécu.

La référence à l'idée de discrimination multicritère n'est pas dans la logique du système interne qui se focalise avant tout sur un motif précis de discrimination. Cependant, le sexe est sans doute le foyer le plus pertinent d'une approche multicritère de la discrimination. De manière générale, et du fait de la logique binaire de notre système d'état civil, toute victime d'une discrimination appartient à l'un ou l'autre sexe. Dès lors, le critère du sexe peut être latent dans une discrimination dont les causes paraissent renvoyer à un autre critère. De manière plus spécifique, dans la multitude des critères prohibés, le sexe est sans doute le seul à avoir un écho direct ou indirect dans de nombreux autres motifs de la liste de l'article L. 1132-1 du Code du travail. Gravitent dans l'orbite sexuel l'orientation ou l'identité sexuelle et dans une certaine mesure la grossesse et l'apparence physique.

Le contentieux de la discrimination est pour une large part focalisée sur la discrimination en raison des activités syndicales. La jurisprudence ne dévoile pas de grands enjeux notionnels propres à des critères précis de discrimination prohibés. Le débat se focalise tout au plus sur la distinction entre discrimination et égalité de traitement. Et sur cette question, la Cour de cassation a procédé à un vrai travail d'explication et de précision dans son rapport annuel de 2008⁹⁶².

Cependant, si du point de vue du régime, la différence entre discrimination et égalité de traitement est indispensable, elle perd en relief d'un point de vue notionnel et notamment au titre du critère du sexe. La différence de traitement entre un homme et une femme de laquelle il ressort un désavantage pour l'un ou l'autre emporte forcément une discrimination en raison du sexe. Sur la question du sexe et d'un point de vue notionnel, le besoin de précision renvoie à une logique intra-discrimination.

Cette précision est indispensable d'autant que la lutte contre les discriminations recèle un volet répressif. A son égard, le principe de légalité criminelle implique obligatoirement une clarté des textes et une intelligibilité des notions. Pour autant, il y a parfois dans l'approximation et le mélange des genres un gage d'efficacité en vue de la sanction de comportements qui peuvent se révéler insidieux, sournois, perfides.

⁹⁶⁰ Soc. 11 janvier 2012, n° 10-28.213, *Sté Bessière Frères c/ Alister Wylock*, Dr. soc. 2012, p. 346, obs. J-Ph. Lhernould.

⁹⁶¹ V. sur ce sujet, Cons. prud'h. Paris, 17 déc. 2002, RJS 3/03, n°s 308 et 309 ; A. Boisgibault de Bryas, La tenue vestimentaire du salarié, JCP E 2003. 851 ; Soc. 28 mai 2003, JCP 2003. II. 10128, note D. Corrigan-Carsin ; D. 2004. 176, note A. Pousson ; GADT, 4^e éd. 2008, n° 69-70 ; RTD civ. 2003. 680, obs. J. Hauser.

⁹⁶² Rapport annuel de la Cour de cassation 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris : La Documentation française, 2009, 482p. Disponible sur <https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Cassation_2008.pdf>.

Le mélange des définitions que réalise la loi du 17 août 2015 entre discrimination et harcèlement sexuel s'inscrit dans cette volonté d'efficacité de protéger les femmes (en majorité) contre ceux des hommes qui avancent masqués.

Le discours du juge judiciaire dévoile ce souci d'efficacité. L'assouplissement de la charge de la preuve avant la transposition des directives communautaires sur la question ; la distinction entre discrimination et égalité de traitement aux fins d'un allègement du régime de la première (absence d'une obligation de comparaison) en témoigne. Il lui sera sans doute plus difficile d'agir sur la notion de discrimination elle-même. Sans doute que la discrimination a cette part fonctionnelle qui fait qu'elle se précise au regard de ce qu'on en fait.

Le discours des juges de la Cour de cassation en matière de discrimination tant dans sa chambre criminelle que sociale révèle une démarche autre que celle du juge administratif. Cette différence peut s'expliquer pour partie par la nature des contentieux, pour autant un tel argument ne convainc pas totalement, car le principe d'égalité demeure un pilier essentiel de cette recherche d'équilibre entre le contrôle de la puissance publique et la protection des « administrés ».

Si les discours entre les deux ordres juridictionnels français sont différents, l'analyse comparative avec des Cours étrangères et les Cours européennes montre une influence et met en exergue une influence relativement réduite.

CHAPITRE II
UNE INFLUENCE REDUITE DES JUGES
EUROPEENS

**SECTION 1 : L'ANALYSE DU DISCOURS DE LA COUR EUROPEENNE SUR LA
DISCRIMINATION ET SON INFLUENCE SUR LE JUGE ADMINISTRATIF
FRANÇAIS (HANDICAP, RACE ET NATIONALITE/SEXE ET ORIENTATION**

Le principe de non-discrimination dans le système conventionnel apparaît comme une garantie supplémentaire des droits protégés par la Convention. Il en est ainsi en raison de sa place et de sa signification dans la protection instaurée par la Convention à laquelle participe activement l'examen opéré par la Cour en la matière. Mais il convient au préalable de se demander s'il s'agit d'un principe ou d'un véritable droit à la non-discrimination au sens de la Convention. Cette interrogation n'est pas infondée dans la mesure où la doctrine emploie de manière indifférente principe de non-discrimination et droit à la non-discrimination⁹⁶³. Cette dernière qualification est retenue par le professeur Sudre qui voit dans le principe de non-discrimination un véritable droit à la non-discrimination. Ce droit serait un droit transversal parce qu'il n'existe pas de manière autonome et indépendante et parce qu'il ne s'applique que pour autant qu'un droit garanti par la Convention en est l'objet.

Le vocabulaire utilisé n'est pas anodin parce que la prémisse est différente. Parler de manière générale d'un principe implique de reconnaître qu'il est à la base même de la protection instaurée. Ce qui expliquerait dans une certaine mesure sa place relativement secondaire par rapport aux droits garantis et sa position de principe de contrôle de la marge nationale d'appréciation. En revanche, parler d'un droit à la non-discrimination c'est reconnaître un véritable droit garanti par la Convention, lequel mérite l'instauration d'un régime de protection au même titre que les autres droits garantis. En ce sens, on peut le comprendre comme un droit à la non-discrimination parce qu'il est reconnu dans la jouissance ou l'exercice d'un droit protégé par la Convention.

Les deux lectures de l'interdiction de discrimination sont possibles dans le système conventionnel. En effet, l'article 14 de la Convention stipule que : « *la jouissance des droits et libertés doit être assurée sans distinction aucune* ». De plus, le préambule du protocole n° 12 affirme « *le principe fondamental selon lequel toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi* ». De même son article 1^{er}, intitulé interdiction générale de discrimination⁹⁶⁴, précise que « *la jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune* ».

Cette brève présentation de la place du principe de non-discrimination permet de mieux comprendre le champ de l'interdiction posée par l'article 14 et par l'article 1^{er} du protocole n° 12.

En effet, concernant en premier lieu l'interdiction de l'article 14, celle-ci ne concerne pas l'exercice de n'importe quel droit ou liberté mais ceux qui relèvent du champ d'application de

⁹⁶³ F. Sudre, Droit européen et international des droits de l'homme, Paris : PUF, 2015.

⁹⁶⁴ CEDH, gd ch., 22 décembre 2009, *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*.

la Convention. L'article 14 n'est jamais applicable isolément mais toujours en combinaison avec un autre article, les combinaisons les plus fréquentes étant celles avec l'article 8 sur le droit au respect de la vie privée et l'article 10 sur la liberté d'association, de manifestation et de réunion. Lorsque l'article 14 est invoqué, la Cour rappelle qu'il ne fait que compléter les autres clauses matérielles de la Convention et de ses Protocoles. En revanche, conformité et applicabilité sont deux contrôles différents : la question de l'applicabilité de l'article 14 est différente de celle de la conformité à l'article protégeant un droit pris isolément⁹⁶⁵. Ainsi, son applicabilité ne se limite pas aux hypothèses où il y aurait violation concomitante d'un autre article. La Cour parle ici de l'autonomie de l'article 14. Il faut, mais il suffit, que les faits de la cause tombent « sous l'empire » de l'un au moins des articles de la Convention.

Ce raisonnement est repris par le Conseil d'État, qui écarte le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 14 de la Convention européenne par une disposition législative lorsque n'est pas précisé le droit ou la liberté reconnu par cette convention ou par ses protocoles additionnels dont la jouissance serait affectée par la discrimination alléguée⁹⁶⁶. Il rappelle même, sur le modèle des arrêts de la Cour européenne, « *qu'il résulte des termes mêmes de cet article que le principe de non-discrimination qu'il édicte ne concerne que la jouissance des droits et libertés reconnus par la convention et ses protocoles* »⁹⁶⁷.

Concernant, en second lieu, l'article 1 du Protocole n° 12, il faut distinguer deux points. D'une part, l'interdiction de la discrimination vaut pour tout droit prévu par la loi. L'article 1er du Protocole n° 12 a vocation à s'appliquer à toutes les actions de la puissance publique dès lors qu'elle agit sur les particuliers. Le rapport explicatif du Protocole n°12 dresse une liste qui recense les diverses hypothèses qui tombent dans le champ d'application de l'article 1er du Protocole n° 12⁹⁶⁸ : sont visées toutes les actions de l'État à l'égard des personnes privées, quelle que soit leur forme⁹⁶⁹. Une question importante se pose cependant relativement à un éventuel effet horizontal du Protocole n°12 : le droit à l'égalité de traitement du Protocole n° 12 couvre-t-il, directement ou indirectement, les relations entre particuliers ? Si le texte semble exclure un tel effet (les discriminations proscrites sont celles provenant « de la part des autorités publiques »), la jurisprudence relative à l'application de l'article 14 dans les relations entre particuliers semble contredire ce constat. Ainsi, l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans des relations entre personnes privées a été appliquée lorsque la Cour sanctionne une législation au motif qu'elle permet la survenance de discriminations entre les personnes privées⁹⁷⁰.

D'autre part, l'interprétation des deux dispositions (article 14 et article 1er du Protocole n°12) doit se faire selon les mêmes règles par la Cour, qui a précisé, dans son avis sur le projet de Protocole n° 12, que celui-ci renvoyait à la notion de discrimination telle que celle-ci a

⁹⁶⁵ F. Edel, *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg : Editions du Conseil de l'Europe, 2010, (Dossiers sur les droits de l'homme n°22), p.18.

⁹⁶⁶ CE 23/12/2015 M. A...E..., M. G...D..., M. F...I..., M. B...J...et Mme H...C... : n°372907.

⁹⁶⁷ CE n°366457 M.B. 9/11/2015.

⁹⁶⁸ F. Edel, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre*, Conseil de l'Europe, 2015, p.35-37.

⁹⁶⁹ Ibid.

⁹⁷⁰ Ibid. Voir l'arrêt P.B. et J.S. c. Autriche du 22 juillet 2010 pour la condamnation de la législation autrichienne en matière d'extension d'assurance contre la maladie et les accidents (req. 18984/02).

toujours été interprétée par les juges européens. Dans la première affaire portant sur le champ d'application du Protocole n°12, la Cour va considérer que le sens du mot « discrimination » employé dans les deux textes doit être identique, elle ne voit aucune raison de s'écarter de l'interprétation bien établie de cette notion dans le cadre de l'article 14⁹⁷¹.

La place et la signification de l'interdiction de la discrimination dans la Convention ainsi que dans la jurisprudence de la Cour révèlent son importance dans la protection des droits et libertés reconnus. Cette importance peut et doit être prise en compte par le juge administratif français en raison de l'invocabilité directe dont bénéficient les stipulations de la Convention en droit interne. L'effet direct des normes internationales repose néanmoins sur trois critères. Le premier est à rechercher en amont de la stipulation elle-même. Il se réfère aux intentions des parties signataires et à leur volonté de reconnaître directement des droits aux particuliers. Le deuxième et le troisième critères sont à rechercher dans le contenu même de la stipulation invoquée. Pour qu'une stipulation d'un traité international soit considérée d'effet direct, il faut qu'elle soit suffisamment claire et précise. Cela signifie qu'elle ne doit pas laisser de doute quant à l'interprétation à lui donner ainsi que de dépendre d'une action positive ou négative de la part des États signataires. Il ne faut pas qu'elle fasse une prescription aux États signataires d'agir expressément de manière normative pour mettre en œuvre cette stipulation.

Pour ce qui est de ces trois critères dans le cadre de la Convention, il convient de souligner que l'article 1^{er} de la Convention, qui s'intitule « Obligation de respecter les droits de l'homme », précise que « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et les libertés définis au titre I de la présente Convention ». L'intention des États signataires n'est pas dès lors limitée à une simple proclamation de leur attachement aux droits et aux libertés garantis par la Convention, mais bien au contraire à leur reconnaissance à tout individu humain et, partant, s'engagent à garantir une protection effective de ces droits dans l'ordre juridique interne. De même, la rédaction des articles 2 à 18 ainsi que de ceux des protocoles annexés est en termes clairs et précis dans le sens où elle affirme les droits que ces articles instituent. Les formules utilisées à cet effet sont éclairantes parce qu'elles révèlent une intention claire et précise d'affirmer la fondamentale des droits garantis : « toute personne a droit à », « le droit de toute personne », « tout accusé a droit à » ou bien pour aller dans le crescendo « nul ne peut être ».

Cette lecture étymologique de la Convention emporte deux conséquences. La première est sans aucun doute que la Convention est d'effet direct et peut être invoquée par toute personne devant les juridictions et/ou autorités nationales des États parties pour exiger une protection effective de ses droits. La seconde est que le caractère fondamental des droits garantis est reconnu. Cela signifie que toute restriction à ces droits ne sera interprétée que de manière restrictive et ne sera acceptée que dans les conditions expressément fixées par la Convention, notamment à la lumière de l'interdiction de discrimination.

⁹⁷¹ CourEDH, req. 27996/06 et 34836/06, 22 décembre 2009, Sejdic et Finci contre Bosnie-Herzégovine, § 55.

Cette spécificité normative de la Convention à l'égard des autres conventions internationales pour lesquelles le juge administratif a fait évoluer sa jurisprudence relative à leur applicabilité directe, s'accompagne de la reconnaissance du juge administratif comme juge naturel de la Convention. En effet, dès 1976, dans son arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*⁹⁷², la Cour a expressément jugé que « *les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international* » pour assurer l'exercice des droits et des libertés reconnus par la Convention. Cette subsidiarité dans la protection conventionnelle est inhérente au contrôle juridictionnel instauré et signifie que toute violation des droits de l'homme doit être sanctionnée au niveau le plus proche, c'est-à-dire au niveau des États.

Le protocole n° 15, en cours de ratification, inscrit ce principe de subsidiarité dans le préambule de la Convention et en fait un outil de la pérennité du système conventionnel reposant davantage sur un partage de compétence entre la Cour européenne et le juge interne. Comme le souligne le vice-président du Conseil d'Etat, ce principe de subsidiarité nécessite un effort aussi bien de la part du juge interne qui doit analyser la compatibilité du droit interne avec les garanties européennes, que de la part du juge européen qui doit adopter « des prises de position stables et cohérentes »⁹⁷³.

De son côté, le juge administratif a également fait évoluer sa jurisprudence concernant l'invocabilité directe des conventions internationales dès lors que celles-ci, de par leur objet, conféraient une protection aux particuliers. Lors d'un colloque organisé par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation sur l'ordre juridique national aux prises avec le droit européen et international, le vice-président du Conseil d'Etat a rappelé la position de la Haute juridiction française sur l'invocabilité et l'application des traités internationaux en droit interne⁹⁷⁴. Toute personne peut en effet se prévaloir directement des stipulations d'un traité, lorsqu'elles « *n'ont pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à [leur] égard* »⁹⁷⁵. Comme l'a précisé le Conseil d'État, ces deux critères tenant à l'objet et à la complétude des stipulations invoquées sont mis en œuvre eu égard « *à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes* », de sorte que l'absence d'effet direct « *ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation [invoquée] désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit* »⁹⁷⁶.

⁹⁷² CEDH, Ass. plénière, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*.

⁹⁷³ J.-M.Sauvé, vice-président du Conseil d'État, « *L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ?* » [en ligne], Colloque organisé par le Conseil d'État et la Cour de cassation au Conseil d'État, 10 avril 2015, disponible sur : <http://www.conseil-etat.fr/content/download/41650/360518/version/1/file/20150410_CE_Cass%20souverainete%20et%20droit%20international.pdf> (consulté le 09/05/16)

⁹⁷⁴ Ibid.

⁹⁷⁵ CE, Ass., 11 avril 2012, GISTI et FAPIL, Rec. 142, n°322326 ; voir par ex. pour des cas d'invocabilité directe : CE 4 juillet 2012, Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes, n°341533 (art. 15 de la Charte sociale européenne), CE 10 février 2014, Fischer, n°358992 (art. 24 de la Charte sociale européenne), CE 30 janvier 2015, Union syndicale solidaires, n°363520 (art. 2 de la partie II de la Charte sociale européenne) ; pour un cas où l'invocabilité directe n'a pas été reconnue : CE, Ass., 12 avril 2013, Association coordination interrégionale stop THT, n°342409. (art. 6 § 9 de la Convention d'Aarhus).

⁹⁷⁶ CE, Ass., 11 avril 2012, GISTI et FAPIL, Rec. 142, n°322326.

De manière tout à fait originale, la Cour convoque l'ensemble de tous ces éléments dans son approche de la non-discrimination. Par touches successives, elle élabore une signification de la notion de discrimination propre au système conventionnel (I). Cette signification propre repose sur un postulat de départ qui est relativement simple : l'interdiction de la discrimination suppose qu'un traitement égal soit réservé à des individus égaux, c'est-à-dire qui se trouvent dans des situations analogues ou comparables. De ce postulat minimaliste, la Cour a fait peser de nouvelles obligations à l'égard des États lorsqu'il s'agit du respect de la Convention. De la sorte, elle fait ainsi évoluer la conception de l'interdiction de discrimination en droit interne, notamment devant le juge administratif français (II).

I. Le raisonnement de la CEDH et sa contribution à une approche de la discrimination propre au système conventionnel

L'analyse de la jurisprudence la Cour européenne, lorsqu'est invoquée devant elle une discrimination au titre de l'article 14, révèle un raisonnement en quatre temps : la recherche d'une situation analogue, la définition de la différence de traitement, l'existence d'une justification objective et raisonnable et enfin la proportionnalité des mesures prises par l'Etat. On peut systématiser ce raisonnement autour de deux idées : l'existence d'une différence de traitement (A) et sa justification (B).

A. L'existence d'une différence de traitement

Pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14, il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations analogues ou comparables. La Cour commence donc par qualifier la situation. Ainsi, si l'on se place sur le terrain des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, la situation d'un couple homosexuel et de l'enfant d'un des membres du couple n'est pas comparable à celle d'un couple marié car le mariage confère un statut particulier, garanti par l'article 12 de la Convention. Mais ce même couple se trouve dans une situation comparable à celle d'un couple hétérosexuel non marié, à qui l'adoption est ouverte alors qu'elle ne l'est pas pour les couples homosexuels⁹⁷⁷. Toujours dans le cadre des couples homosexuels, la Cour considère qu'il n'y a pas de situation similaire entre un couple de même sexe et un couple hétérosexuel pour la présomption de paternité quand un enfant naît de l'une des partenaires⁹⁷⁸. En revanche, la seule différence entre la situation d'un parent absent homosexuel qui a une nouvelle relation est l'orientation sexuelle, pour tous les autres aspects la situation est similaire⁹⁷⁹.

Concernant la reconnaissance d'une vie familiale aux couples homosexuels, la jurisprudence de la Cour a connu une profonde évolution, en plusieurs étapes. En 2001, la Cour, tout en

⁹⁷⁷ X et autres contre Autriche GC 19 février 2013, req. 19010/07.

⁹⁷⁸ Boeckel et Gessner-Boeckel contre Allemagne 7 mai 2013, décision sur la recevabilité req. 8017/11.

⁹⁷⁹ JM. c. Royaume-Uni, 28 septembre 2010, req. 37060/06.

constatant l'évolution dans plusieurs Etats européens tendant à la reconnaissance légale et juridique des unions de fait stables entre homosexuels, considère que les relations homosexuelles ne relèvent pas de la vie familiale⁹⁸⁰. Le revirement de jurisprudence découle de l'arrêt Schalk et Kopf contre Autriche de 2010⁹⁸¹ dans lequel la Cour énonce que le couple homosexuel connaît une vie familiale comme un couple hétérosexuel. Dès lors, les couples homosexuels se trouvent dans une situation comparable pour ce qui est du besoin de reconnaissance juridique et de protection de la relation homosexuelle⁹⁸².

Les personnes se trouvant dans une situation analogue seront considérées comme discriminées si elles subissent une différence de traitement. La Cour examine donc si le requérant a subi une telle différence de traitement par rapport aux autres personnes se trouvant dans une situation similaire. Ainsi, dans le cas d'une législation portugaise relative à l'interdiction des activités sexuelles avec des adolescents, établissant une différence entre filles et garçons, la Cour a considéré que les tribunaux internes avaient condamné le requérant en faisant appel aux mêmes conditions d'incrimination que si les activités avaient eu lieu avec une adolescente. Il n'y a dès lors pas eu de différence de traitement⁹⁸³.

La notion de différence de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne apparaît comme fondamentale pour la qualification d'une discrimination : celle-ci est établie par l'existence d'un critère objectif dès qu'une différence de traitement est constatée. Cette différence de traitement peut résulter d'une multitude de critères, ceux contenus dans l'article 14, que la Cour interprète de la manière la plus large possible afin de retenir leur caractère discriminant. Ainsi, si la nationalité n'est pas expressément visée par l'article 14, la Cour n'hésite pas à le qualifier de « critère suspect » justifiant un contrôle poussé de la part de la Cour⁹⁸⁴. De même, elle fait entrer la situation de séjour dans les critères prohibés de l'article 14⁹⁸⁵.

Par conséquent, en matière d'handicap, de race et de nationalité, la démarche de la Cour est fondamentalement la même et ne se distingue pas fondamentalement de son approche classique en matière de discrimination. D'un point de vue quantitatif et qualitatif c'est la position de la Cour dans le domaine de la discrimination raciale qui l'emporte, mais cela se justifie par le contexte d'élaboration de la Convention et la place de la personne humaine comme bénéficiaire directe des droits et des libertés reconnus par la Convention. Comme le rappelle la Cour, dans l'arrêt *DH. République tchèque*, « la discrimination fondée, notamment, sur l'origine ethnique d'une personne constitue une forme de discrimination raciale. Il s'agit d'une discrimination particulièrement condamnable qui, compte tenu de ses conséquences dangereuses, exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités. C'est pourquoi celles-ci ont l'obligation de recourir à tous les moyens dont elles disposent pour combattre le racisme, en renforçant ainsi la conception que la démocratie a de la société, y percevant la diversité non pas comme une menace mais comme une richesse

⁹⁸⁰ Mata Estevez contre Espagne 10 mai 2001, décision sur la recevabilité req. 56501/00.

⁹⁸¹ Schalk et Kopf 24 juin 2010 req. 30141/04.

⁹⁸² Vallianatos contre Grèce 7 novembre 2013, GC req. 29381/09.

⁹⁸³ Santos Couto contre Portugal 21.09.2010, req. 31874/07.

⁹⁸⁴ CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche* ; CEDH, 30 décembre 2003, *Koua Poirez c. France*.

⁹⁸⁵ CEDH, 10 mars 2009, *Anakomba Yula c. Belgique* ; CEDH, 27 septembre 2011, *Bah c. Royaume-Uni*.

(*Natchova et autres*, précité, § 145 ; *Timichev*, précité, § 56). La Cour a par ailleurs considéré que, dans la société démocratique actuelle basée sur les principes de pluralisme et de respect pour les différentes cultures, aucune différence de traitement fondée exclusivement ou dans une mesure déterminante sur l'origine ethnique d'une personne ne saurait être objectivement justifiée (*Timichev*, précité, § 58) »⁹⁸⁶.

Pour la notion de différence de traitement, la jurisprudence de la Cour européenne est particulièrement intéressante parce qu'elle recherche par principe l'existence d'une discrimination directe. La différence de traitement doit résulter expressément d'un des critères discriminants. Elle se montre plus réticente à constater une violation de la Convention lorsqu'une différence de traitement existe, mais que celle-ci n'est pas directement créée par un critère discriminant. Cette réticence à condamner des pratiques et législations nationales au titre d'une discrimination indirecte s'explique à la fois par le caractère secondaire de l'article 14 de la Convention et par le contrôle opéré par la Cour. Compte tenu du principe de subsidiarité, la Cour est et reste dépendante des informations que lui communiquent les États et donc il y a là une volonté manifeste d'éviter, comme nous allons le voir, une difficulté de preuve⁹⁸⁷.

Seule la lutte contre la discrimination raciale a conduit la Cour à franchir le pas et à accepter l'existence d'une discrimination indirecte. L'affaire de principe est *DH c. République tchèque*⁹⁸⁸. Dans cette affaire, la Cour a admis la possibilité de retenir l'existence d'une discrimination indirecte : une situation qui apparaît *a priori* indistinctement applicable, mais qui, en raison de ses effets, aboutit à une différence de traitement fondée sur un critère discriminant prohibé. En l'espèce, il s'agissait du placement des enfants roms dans des écoles spéciales pour des enfants ayant besoin d'une attention particulière, après avoir fréquenté des écoles maternelles ou primaires normales. Dans cette affaire, la Cour a retenu que les enfants roms se trouvaient dans une situation comparable à celle des enfants non roms et avaient subi un traitement moins favorable du fait du fort pourcentage des placements des premiers dans les écoles spéciales. Pour ce faire, la Cour a admis l'existence d'une présomption de discrimination parce que ni la législation nationale instituant les écoles spéciales ni les pratiques nationales n'étaient directement fondées sur l'origine ethnique, mais de par leur effet, conduisaient à stigmatiser un groupe d'individus.

L'on peut dire que la Cour retient en principe l'existence d'une discrimination directe : le critère discriminant est ainsi directement invoqué ou sert de base à la différence de traitement. Cette position de principe révèle une conception objective de la discrimination, celle-ci étant déconnectée de toute intention de discriminer, mais comme nous le verrons, elle peut reprocher aux États de ne pas l'avoir recherchée et donc les sanctionner au titre de l'obligation d'enquête effective⁹⁸⁹. Dès lors que l'on est en présence d'un critère discriminant prohibé, il y

⁹⁸⁶ CEDH, gde ch., 13 novembre 2007, *DH. c. République tchèque*, req. 57325/00, §176.

⁹⁸⁷ Voir infra.

⁹⁸⁸ CEDH, gde ch., 13 novembre 2007, *DH et autres c. République Tchèque*, précité.

⁹⁸⁹ Voir infra.

a suspicion de discrimination et il incombe alors à l'État défendeur de justifier cette différence de traitement.

B. L'obligation pour les États de justifier une différence de traitement constatée

L'obligation pour les États de justifier une différence de traitement joue à un double niveau : il faut qu'ils démontrent l'existence d'une justification objective et raisonnable (1) et son caractère proportionné (2). Si la question de la preuve s'intègre dans l'examen de la justification et de la proportionnalité, elle présente une certaine particularité en raison de son caractère délicat en matière de discrimination (3).

1. L'existence d'une justification objective et raisonnable

L'importance d'une justification objective et raisonnable se décèle dans la jurisprudence de la Cour en raison des effets qui s'attachent à son absence. L'absence d'une justification objective et raisonnable suffit à elle seule à retenir l'existence d'une discrimination. Face à une telle situation, la Cour ne procède pas à l'examen de la proportionnalité ni de la preuve de la justification, celle-ci étant manquante⁹⁹⁰. Ainsi, dans l'affaire *Gaygusuz c. Autriche*⁹⁹¹, la Cour avait estimé que la législation autrichienne relative aux prestations de chômage était exclusivement fondée sur la nationalité et ne prenait pas en compte la situation individuelle du requérant et, que par conséquent, manquait de justification objective et raisonnable. La Cour a confirmé ce raisonnement au sujet de la législation française relative aux prestations sociales « non contributives » qui étaient octroyées selon le seul critère de la nationalité⁹⁹². Dans l'arrêt *Niedzwiecki c. Allemagne*⁹⁹³, la Cour va même plus loin dans le domaine de l'octroi de prestations familiales subordonnées à la détention d'un titre de séjour permanent. Elle a retenu l'existence d'une différence de traitement et le manque de justification objective et raisonnable parce que le législateur allemand n'avait pratiquement pas motivé cette distinction, mais avait simplement renvoyé à l'article 8 de la CEDH. Dans l'affaire *Anakomba Yula c. Belgique*⁹⁹⁴, se fondant sur le caractère fondamental de l'article 6§1 de la Convention, la Cour a même retenu l'existence d'une différence de traitement manquant de justification objective et raisonnable au sujet de la législation belge qui excluait par principe les ressortissants étant dans une situation de séjour irrégulier, de l'aide judiciaire. La Cour a consacré ainsi, par une interprétation extensive du critère de la nationalité, l'existence d'une discrimination fondée sur la régularité ou irrégularité du séjour⁹⁹⁵ et laisse une marge d'appréciation très faible aux Etats lorsqu'il s'agit de la justification. Le caractère fondamental de l'article 6§1 « *exigent, des raisons particulièrement impérieuses pour justifier une différence de traitement* ».

⁹⁹⁰ CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, req.17371/90 .

⁹⁹¹ *Ibid.*

⁹⁹² CEDH, 30 décembre 2003, *Koua Poirez c. France*.

⁹⁹³ CEDH, 25 octobre 2005, *Niedzwiecki c. Allemagne*.

⁹⁹⁴ CEDH, 10 mars 2009, *Anakomba Yula c. Belgique*.

⁹⁹⁵ CEDH, 27 septembre 2011, *Bah c. Royaume-Uni*.

Si une différence de traitement est constatée, il appartient au gouvernement de l'État défendeur de donner des raisons convaincantes et solides. On constate souvent l'énoncé lapidaire de la Cour selon lequel le gouvernement n'a pas fourni de justification convaincante⁹⁹⁶ ou de considérations très fortes⁹⁹⁷, par conséquent, la différence de traitement constatée manque de justification objective et raisonnable⁹⁹⁸.

En matière de discrimination sexuelle ou sur l'orientation sexuelle, la Cour ne se trouve pas facilement convaincue⁹⁹⁹. La protection de la famille traditionnelle ou plus largement des traditions ne sont pas toujours considérées comme des justifications objectives et raisonnables. Ainsi, le gouvernement n'a pas fourni de raisons particulièrement solides et convaincantes propres à établir que l'exclusion des couples homosexuels de l'adoption coparentale était nécessaire à la préservation de la famille traditionnelle ou à la protection des intérêts de l'enfant¹⁰⁰⁰. L'exclusion des personnes homosexuelles de la succession d'un bail locatif n'est pas considérée comme nécessaire à la protection de la famille au sens traditionnel¹⁰⁰¹. Une distinction uniquement motivée par les traditions, les présomptions générales ou les attitudes sociales dominantes dans un Etat ne peut donc pas être admise¹⁰⁰².

Un cas, à notre connaissance, semble contredire le reste de la jurisprudence, dans le domaine des assurances sociales. Ainsi, maintenir les coûts de l'assurance sociale dans des limites acceptables est une justification objective et raisonnable, le nouveau critère de revenus introduit par la législation est considéré comme raisonnable, même s'il engendre une discrimination indirecte pour les femmes¹⁰⁰³. Il faut d'ailleurs souligner que l'on est ici face à une discrimination fondée sur le sexe, que seules des raisons très fortes peuvent habituellement justifier.

De même, dans le domaine du handicap, la Cour admet plus facilement l'action positive de l'Etat en vue de rétablir une certaine égalité comme une justification objective et raisonnable. Dans l'affaire, *Glor c. Suisse*¹⁰⁰⁴, la Cour avait estimé que la distinction opérée par la législation autrichienne entre les personnes souffrant d'un handicap mineur et celles souffrant d'un handicap majeur en assujettissant les premières à une taxe d'exemption constituait une mesure qui compensait une inégalité de fait.

⁹⁹⁶ Pajic contre Croatie, 23 février 2016, req. 68453/13.

⁹⁹⁷ CEDH, 27 septembre 2011, Bah c. Royaume-Uni.

⁹⁹⁸ CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche* ; CEDH, 30 décembre 2003, *Koua Poirez c. France*.

⁹⁹⁹ L et V contre Autriche 9 avril 2013, req. 39392/98 et 39829/98 : le gouvernement n'a pas fourni de raisons convaincantes et solides justifiant le maintien en vigueur de l'interdiction des actes homosexuels librement consentis entre hommes adultes et adolescents âgés de 14 à 18 ans alors qu'il n'y a pas d'interdiction des relations hétérosexuelles ou lesbiennes avec adolescentes de la même tranche d'âge. X contre Turquie 9 octobre 2012, req.24626/99 : le gouvernement n'a pas avancé de justification montrant que la distinction litigieuse était compatible avec la Convention (cas d'un détenu homosexuel mis à l'isolement et privé de promenade).

¹⁰⁰⁰ X et autres contre Autriche GC 19 février 2013, req. 19010/07.

¹⁰⁰¹ Kozak contre Pologne 2 mars 2010 req.13102/02

¹⁰⁰² M.D contre Irlande 2014 16/09/2014 50936/12 décision irrecevabilité: dans cette affaire, la Cour reconnaît au contraire qu'il y a une justification objective et raisonnable car la loi dans son ensemble adopte une approche large et neutre du point de vue du genre et la mise en œuvre de la loi par les autorités de poursuite est adaptée à la personnalité de la personne poursuivie et aux circonstances.

¹⁰⁰³ Hoogendijk contre Pays-Bas 6 janvier 2005, req. 58461/00.

¹⁰⁰⁴ CEDH, 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*.

Lorsque des justifications sont avancées par l'Etat défendeur, encore faut-il que les mesures prises par celui-ci soient proportionnées à l'objectif poursuivi.

2. Le caractère proportionné de la justification

L'examen du caractère proportionné de la justification doit retenir particulièrement l'attention. L'intensité de ce contrôle dépend de la marge nationale d'appréciation dont l'ampleur est déterminée par l'existence ou l'absence d'un consensus européen. Pour ce qui est des différences de traitement résultant de l'application des critères liés au handicap, à la race et à la nationalité, cette marge nationale est relativement faible de sorte que l'existence d'une justification objective et raisonnable ne suffit pas à elle seule à la faire accepter par la Cour. La Cour exige « des considérations très fortes »¹⁰⁰⁵ ou des « raisons suffisamment fortes »¹⁰⁰⁶.

Dans ces domaines, la Cour pousse ainsi son contrôle plus en avant au titre de la proportionnalité. Ce contrôle revêt plusieurs formes que l'on peut retrouver soit de manière isolée, soit de manière accumulée. Cette façon de procéder est révélatrice de l'importance accordée au critère discriminant prohibé à l'origine de la différence de traitement¹⁰⁰⁷.

Sans pour autant chercher à établir une hiérarchie entre ces différentes formes du contrôle au titre de la proportionnalité, il convient de souligner que le caractère proportionné d'une justification objective et raisonnable est déterminé par la mise en balance des intérêts en jeu : intérêts publics invoqués par l'État et intérêts privés soulevés par le requérant, notamment l'atteinte portée à un droit reconnu par la Convention par l'utilisation des critères discriminants prohibés. La mise en balance des intérêts en jeu conduit la Cour à adopter une appréciation *in concreto* de la situation du requérant et du caractère discriminant. L'examen de la proportionnalité révèle une tendance à une appréciation casuistique ainsi que la prise en compte de la situation individuelle du requérant. Au titre de la proportionnalité, la Cour recherche également l'absence de mesures alternatives et accorde une place à la question de la preuve et à son administration.

3. L'administration de la preuve

La question de la preuve de la discrimination fondée sur le handicap, la nationalité et la race se pose à plusieurs niveaux : on la retrouve au moment de la qualification de la différence de traitement, au moment de l'établissement de l'existence d'une justification objective et raisonnable et au moment de l'examen du caractère proportionné de la justification. La place qu'occupe la question de la preuve dans le contrôle opéré par la Cour de justice est ainsi ambivalente : tantôt un élément de la définition de la discrimination, tantôt un élément de son régime juridique.

¹⁰⁰⁵ CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*.

¹⁰⁰⁶ CEDH, 25 octobre 2005, *Niedzwiecki contre Allemagne*.

¹⁰⁰⁷ CEDH, 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*.

En matière d'appréciation des preuves, le principe général est que la Cour applique le critère de la « *preuve au-delà de tout doute raisonnable* ». C'est à l'occasion de l'arrêt *Velikova contre la Bulgarie* du 18 mai 2000 que, pour la première fois, la Cour a expressément mentionné qu'elle faisait application de ce standard de preuve sur le terrain de l'article 14. Puis l'arrêt de Grande Chambre *Natchova* du 6 juillet 2005 conduira la Cour à mettre en œuvre une application quelque peu assouplie de ce standard de preuve. Ainsi, la preuve d'une allégation de discrimination pourrait, le cas échéant, résulter d'un « *faisceau d'indices ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants* ». On trouve l'application de cette méthode dans l'affaire *Genderdoc-M c. République de Moldova*¹⁰⁰⁸, qui concernait l'interdiction d'une manifestation pour encourager l'adoption de lois sur la protection des personnes LGBT contre la discrimination. Sur le terrain de l'article 14, la Cour s'appuie sur un faisceau de preuves pour établir, d'une part, que la demande d'autorisation de manifester présentée par l'association requérante avait été traitée différemment que d'autres demandes de manifestation qui, à la même époque, avaient reçu une réponse favorable et, d'autre part, que le motif qui fondait ce traitement distinctif résidait uniquement dans la désapprobation de l'homosexualité, comme le laissaient apparaître les arguments en défense exposés par la municipalité de Chisinau devant les juridictions internes.

D'autre part, il arrive que la Cour utilise des données statistiques pour déterminer l'existence d'effets préjudiciables disproportionnés¹⁰⁰⁹, la charge de la preuve de la non-discrimination incombant alors au gouvernement. La Cour a également admis l'utilisation de la preuve statistique dans le domaine de la discrimination raciale. Il s'agit d'une nouveauté en raison de la réticence pour la Cour à consacrer déjà l'existence d'une discrimination indirecte et, par conséquent, à se référer à la preuve statistique, moyen de preuve par excellence de la discrimination indirecte. Cette réticence s'explique par le caractère potentiellement stigmatisant des statistiques qui peuvent aboutir elles-mêmes à créer une différence de traitement et à constituer un critère discriminant, notamment dans le cadre des discriminations raciales. En effet, la notion de discrimination indirecte pose deux problèmes : comment identifier l'existence d'un critère discriminant prohibé et comment en apporter la preuve. Fondée sur un critère apparemment neutre, la différence de traitement de par ses effets aboutit à une situation discriminante comme si elle résultait d'un critère prohibé. Ce dernier n'étant pas directement visé, mais en constituant le résultat, la Cour avait admis que la preuve de cette différence pouvait être apportée par le biais d'une présomption - faisceau d'indices et la preuve statistique. La Cour est extrêmement vigilante sur ce point¹⁰¹⁰, et exerce un contrôle poussé sur les éléments de preuve fournis par le requérant et tient ainsi compte des explications fournies par l'État¹⁰¹¹ (la plausibilité), ce qui conduit parfois à des solutions pour le moins critiquables avec des opinions dissidentes intéressantes. Elle renforce également les

¹⁰⁰⁸ *Genderdoc - M c. République de Moldova*, 12 juin 2012, req. 9106/06.

¹⁰⁰⁹ *Hoogendijk contre Pays-Bas* 6 janvier 2005, req. 58461/00.

¹⁰¹⁰ CEDH, 16 février 2006, *Osman c. Bulgarie*.

¹⁰¹¹ CEDH, 14 décembre 2010, *Mižigárová c. Slovaquie*.

obligations procédurales pesant sur les autorités nationales en cas de suspicion d'une discrimination raciale au titre d'une enquête effective et objective¹⁰¹².

Dans la mesure où le juge administratif est le juge naturel de l'application de la Convention, l'approche retenue par la Cour en matière de discrimination peut avoir une influence certaine. L'intensité de cette influence est variable et dépendra de la question juridique soulevée, de l'ampleur dans l'interprétation du droit ou de la liberté reconnue par la Convention dans le cadre de laquelle est invoqué le principe de non-discrimination et de son importance dans l'ordre juridique interne. Cette variabilité s'explique aussi par la nature différente du contentieux devant le juge administratif et son office et devant la Cour européenne.

II. L'influence de l'approche de la Cour sur la pratique du juge administratif en matière de discrimination

L'article 14 de la CEDH est souvent invoqué par les requérants devant le juge administratif français, qui va dans une large mesure appliquer le même raisonnement que la Cour européenne. D'une manière plus générale, les difficultés surgissent plutôt au stade de l'application de ces arrêts par les juges internes. En ce sens, l'approche de la Cour est à la fois une source d'inspiration pour le juge administratif français (A), mais dont la portée ne peut qu'être limitée (B).

A. L'approche de la Cour, source d'inspiration pour le juge administratif français

Les arrêts de la Cour en matière de discrimination fondée sur le handicap, la race et la nationalité ou encore sur l'orientation sexuelle sont une illustration éclairante que le juge administratif peut s'inspirer de l'approche de la Cour. En effet, dans ces affaires, la Cour déplace le curseur de la marge nationale d'appréciation au moment de l'examen de la proportionnalité et condamne *a priori* les différences de traitement dès lors qu'elles résultent d'un critère relatif au handicap, la race, la nationalité ou l'orientation sexuelle. Ces différences de traitement deviennent « suspectes »¹⁰¹³ et nécessitent alors un contrôle au titre de la justification. Face à une telle situation, le juge administratif peut faire évoluer son contrôle pour vérifier si le requérant se trouvait effectivement dans une situation comparable ou analogue ou qu'une telle différence de traitement peut être justifiée.

¹⁰¹² CEDH, 6 juillet 2005, *Natchova et autres c. Bulgarie* ; CEDH, 10 mars 2009, *Turan Cakir c. Belgique* ; CEDH, 20 septembre 2012, *Fedorchenko et Lozenko c. Ukraine*.

¹⁰¹³ Notamment sur le critère relatif à la nationalité, V. CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche* ; ou sur la condition relative à la régularité du séjour, CEDH, 10 mars 2009, *Anakomba Yula c. Belgique* ; V. cependant l'évolution de la position de la Cour, dans l'arrêt CEDH, 27 septembre 2011, *Bah c. Royaume-Uni*. Dans cette affaire, c'est que la Cour EDH crée une « *nouvelle distinction* » : pour la première fois, elle fait une distinction entre celui qui choisit de son plein gré sa situation actuelle de séjour et celui qui est contraint de la subir, comme, par exemple, les demandeurs d'asile ou les réfugiés politiques. Autrement dit, la Cour distingue une situation de séjour « choisie » d'une situation de séjour « subie ».

On constate dans un certain nombre d'affaires que le Conseil d'Etat vérifie le respect de l'article 14 de la CEDH en suivant la méthode de la Cour européenne, même si la formulation n'est pas totalement identique. Ainsi, en matière de discrimination sur la base de la nationalité, on peut citer l'arrêt *De Brito Paiva* de 2011 : « *Considérant qu'une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue ne peut être regardée comme discriminatoire, au sens de ces stipulations, que si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif d'utilité publique, ou si elle n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la disposition applicable* »¹⁰¹⁴. Il faut cependant noter l'association faite par le Conseil d'Etat entre le principe d'égalité et l'article 14 de la CEDH : « *Considérant qu'il résulte de ce qui précède que M. Kandyrine Brito de Payva n'est pas fondé à soutenir à l'appui de ses conclusions tendant à l'annulation de la décision du trésorier du 8ème arrondissement de Paris, que les dispositions du décret du 3 juillet 1998, ainsi que celles de la loi du 2 juillet 1998 pour l'application de laquelle elles ont été prises, qui imposent la preuve de la nationalité française des porteurs de titres et sur le fondement desquelles a été prise la décision contestée, auraient méconnu le principe d'égalité, garanti notamment par l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » (souligné par l'auteur). Dans une autre affaire, le Conseil d'Etat ne rappelle pas les principes de l'article 14 mais les applique : « *qu'ainsi, la distinction qu'elles opèrent repose sur des critères objectifs et rationnels en rapport direct avec le but que s'est assigné le législateur ; qu'elles n'instituent aucune discrimination fondée sur une origine ethnique ; que l'atteinte portée à la liberté d'aller et de venir qui en résulte est justifiée par la nécessité de protéger l'ordre public et proportionnée à cet objectif ; que, par suite, en imposant aux personnes visées d'être porteuses d'un titre de circulation, le législateur n'a méconnu ni l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui interdit toute discrimination, ni l'article 2 du quatrième protocole additionnel à cette convention, qui garantit la liberté de circulation* »¹⁰¹⁵.

Le Conseil d'Etat commence sa démarche de la même manière que la Cour européenne en recherchant l'analogie des situations afin de déterminer s'il peut y avoir discrimination : « *Considérant, en second lieu, que si l'article 14 interdit, dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la convention, de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables, l'enfant issu d'un don de gamètes ne se trouve dans une situation analogue, et par suite comparable, ni à celle des enfants du donneur de gamètes, ni à celle des enfants du couple receveur ; que par suite, aucune discrimination, au sens de ces stipulations, ne frappe l'enfant issu d'un don de gamètes en matière d'accès à de telles données* »¹⁰¹⁶.

¹⁰¹⁴ CE 23/12/2011 M. Kandyrine de Brito Paiva, n°303678.

¹⁰¹⁵ CE 19/11/2014 M. B et M. A n°359223.

¹⁰¹⁶ CE12/11/2015 Mme B. n°372121. Voir aussi : CE 22/07/2015 n°380682 Union des familles en Europe.

« 5. *Considérant, toutefois, que la mesure de plafonnement, dont l'instruction précise et illustre le mode de calcul, ne concerne que les contribuables ayant des revenus excédant un certain montant, variable selon leurs charges de familles ; qu'elle a été adoptée par le législateur afin de limiter l'avantage, croissant avec le niveau de revenus, correspondant à la réduction d'impôt résultant du système du quotient familial ; que si, ainsi que le*

On peut également trouver des arrêts du Conseil d'Etat considérant que la distinction opérée entre des situations analogues n'est pas justifiée : « *que la différence de situation existant entre des ayants cause d'anciens militaires et agents publics de la France, selon que ceux-ci ont la nationalité française ou sont ressortissants d'Etats devenus indépendants, ne justifie pas, eu égard à l'objet des pensions de réversion, une différence de traitement ; que cette différence de traitement ne peut être regardée comme reposant sur un critère en rapport avec l'objectif de la loi du 30 décembre 2002 ; que les dispositions du VI de l'article 68 de cette loi étant, de ce fait, incompatibles avec les stipulations précitées de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il y a lieu d'en écarter l'application au présent litige* »¹⁰¹⁷.

La jurisprudence de la Cour relative à la discrimination raciale peut être également une source d'inspiration pour le juge administratif en ce qui concerne la preuve. L'obligation de procéder à une enquête effective et objective peut être exploitée au niveau de l'administration de la preuve en cas de présomption de discrimination fondée sur la race.

L'influence du discours de la Cour européenne sur le juge administratif se fait sentir dans l'application de l'article 14 de la CEDH. Les difficultés apparaissent plutôt au stade de l'exécution des arrêts de la Cour.

B. La limite à l'approche de la Cour comme source d'inspiration pour le juge administratif

Les Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme se sont engagés à mettre en œuvre les arrêts de la Cour mais il faut faire une distinction selon que l'Etat est lui-même défendeur ou non. L'obligation de mise en œuvre est directe lorsque l'Etat est le défendeur et elle peut prendre différentes formes : annulation de l'acte administratif à l'origine de la violation, modification de la loi considérée comme contraire à la Convention ou paiement d'une satisfaction équitable déterminée par la Cour elle-même. Les Etats ont le choix des mesures, même s'il arrive que la Cour indique plus précisément les mesures individuelles ou générales étant le mieux à même de réparer le préjudice subi par le requérant¹⁰¹⁸. L'objectif de l'article 46 de la Convention est de mettre le requérant dans la mesure du possible dans une situation équivalente à celle qui existerait s'il n'y avait pas eu violation de la Convention.

Cette exigence n'est peut-être pas tout à fait intégrée par le Conseil d'Etat notamment lorsqu'il s'agit de la réouverture d'une procédure en raison d'une condamnation pour

soutient la requérante sans être contredite sur ce point, l'application du plafonnement a pour effet de soumettre des contribuables dont le niveau de revenu excède un certain seuil à un taux d'imposition moyen supérieur au taux d'imposition moyen de contribuables n'ayant pas d'enfants à charge à raison d'un même niveau de revenu déterminé en divisant le revenu du foyer fiscal par le nombre de parts de quotient familial, ces contribuables ne sont pas placés dans des situations analogues, de sorte que la distinction opérée entre eux n'institue aucun traitement discriminatoire ».

¹⁰¹⁷ CE 29/12/2014 n°377293 Ministre de la Défense contre Mme A.

¹⁰¹⁸ Voir CourEDH Broniowski GC 22.06.2004, req.31443/96.

violation du droit à un procès équitable¹⁰¹⁹. En effet, de son côté, la Cour européenne des droits de l'homme estime lorsqu'un particulier a été condamné à l'issue d'une procédure entachée de manquements aux exigences de l'article 6 de la Convention qu'elle peut « *indiquer qu'un nouveau procès ou une réouverture de la procédure, à la demande de l'intéressé, représente en principe un moyen approprié de redresser la violation constatée* »¹⁰²⁰. Cela correspond, qui plus est, aux indications du Comité des Ministres qui, dans sa Recommandation n°R(2000)2, invite les Etats parties à la Convention à instaurer des mécanismes de réexamen de l'affaire et de réouverture de la procédure au niveau interne, considérant que ceux-ci représentent « *le moyen le plus efficace, voire le seul, pour réaliser la restitutio in integrum* »¹⁰²¹.

Pour leur part, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation considèrent qu'un arrêt de la Cour européenne ayant constaté une violation du droit à un procès équitable n'ouvre aucun droit à réexamen de la cause¹⁰²². Le Conseil d'Etat va développer son argumentation pour justifier une telle solution dans l'arrêt Baumet de 2012. Il invoque en effet l'article 1er de la Convention européenne sur l'obligation pour l'Etat de respecter les droits garantis par la Convention, puis l'article 41 sur la satisfaction équitable et enfin l'article 46 sur l'exécution des arrêts de la Cour européenne¹⁰²³. Cet article met à la charge de l'Etat défendeur l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour réparer les conséquences de la violation de la Convention et faire disparaître la source de la violation. Cependant « *le caractère essentiellement déclaratoire des arrêts de la Cour* »¹⁰²⁴ laisse aux Etats le choix de ces mesures. Tant que l'Etat n'a pas mis en place un mécanisme de réouverture des procédures suite à une condamnation par la Cour européenne, il n'est pas possible de remettre en cause l'autorité des décisions de justice définitives. Si l'on peut regretter cette position

¹⁰¹⁹ S. Slama, « Absence de droit au réexamen de jugements définitifs suite à une condamnation de la France par la Cour de Strasbourg pour violation du droit au procès équitable » [PDF] in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 16 octobre 2012.

¹⁰²⁰ Voir, parmi d'autres, Cour EDH, 23 octobre 2003, *Gençel c. Turquie*, no 53431/99, § 27 ; Cour EDH, GC, 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, n° 46221/99, § 210.

¹⁰²¹ Recommandation n°R(2000)2 du Comité des ministres aux Etats membres sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 19 janvier 2000.

¹⁰²² Cour de cassation chambre sociale 30.09.2005 N° de pourvoi: 04-47130 : « Mais attendu que la décision du Comité des ministres du Conseil de l'Europe ou l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dont il résulte qu'un jugement rendu en matière civile et devenu définitif a été prononcé en violation des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde de droits de l'homme et des libertés fondamentales n'ouvre aucun droit à réexamen de la cause ». Arrêt CE Chevrol 11.02.2004, n°257682 : « Considérant qu'il ne résulte d'aucune stipulation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et notamment de son article 46, non plus que d'aucune disposition de droit interne, que la décision du 13 février 2003 par laquelle la cour européenne des droits de l'homme a condamné la France puisse avoir pour effet de réouvrir la procédure juridictionnelle qui a été close par la décision du Conseil d'Etat du 9 avril 1999 et à l'issue de laquelle Mme X a saisi la cour européenne des droits de l'homme ; que dès lors la requête de Mme X ne peut qu'être rejetée ».

¹⁰²³ CE, Baumet 4.10.2012 n°328502.

¹⁰²⁴ CE, Baumet, op.cit. : « 6. Considérant qu'il résulte des stipulations de l'article 46 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que la complète exécution d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme condamnant un Etat partie à la convention implique, en principe, que cet Etat prenne toutes les mesures qu'appellent, d'une part la réparation des conséquences que la violation de la convention a entraînées pour le requérant et, d'autre part, la disparition de la source de cette violation ; qu'en égard à la nature essentiellement déclaratoire des arrêts de la Cour, il appartient à l'Etat condamné de déterminer les moyens de s'acquitter de l'obligation qui lui incombe ainsi ».

défavorable à une réparation complète du préjudice subi par le requérant¹⁰²⁵, il faut tout de même signaler que le Conseil d'Etat fait siennes les exigences de la Cour européenne concernant l'exécution de ses arrêts et renvoie aux résolutions du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relatives au suivi de cette exécution¹⁰²⁶. Le législateur est déjà intervenu pour instaurer une voie de réexamen à l'encontre des décisions juridictionnelles définitives rendues en matière pénale par l'Autorité judiciaire (article 622-1 Code de procédure pénale)¹⁰²⁷ ; cette solution n'est toutefois pas transposable en dehors de ce cadre.

La situation est différente lorsque c'est une décision administrative qui est en cause et non une décision juridictionnelle. Ainsi, dans l'arrêt Vernes de 2014, le Conseil d'Etat considère que l'arrêt de la Cour européenne constatant une violation de la Convention « *constitue un élément nouveau qui doit être pris en considération par l'autorité investie du pouvoir de sanction* »¹⁰²⁸. Dès lors, l'exécution pleine et entière d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme peut s'opérer par la voie administrative sans difficulté tant que nulle décision de nature juridictionnelle ne doit être remise en cause¹⁰²⁹.

Même si les affaires évoquées ici ne concernent pas l'application du principe de non-discrimination, les considérations relatives à l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme valent quel que soit l'article de la Convention dont la Cour aurait constaté la violation par l'Etat français, y compris donc l'article 14.

¹⁰²⁵ Ainsi, Serge Slama se demande si « le Conseil d'Etat a-t-il laissé passer l'occasion de prévoir de manière prétorienne une nouvelle voie de recours en révision permettant le réexamen d'une procédure en cas de condamnation de la France pour violation de l'article 6§1 du fait de la procédure administrative contentieuse », S.Slama, « *Absence de droit au réexamen de jugements définitifs suite à une condamnation de la France par la Cour de Strasbourg pour violation du droit au procès équitable* », op.cit.

¹⁰²⁶ S. Touzé, in *Les grandes décisions de la jurisprudence française de Droit international public*, sous la direction d'Alain Pellet et Alina Miron, Paris : Dalloz, 1^{er} éd., 2015. Arrêt n°57, CE M. Baumet, p. « 9. Considérant, d'ailleurs, que le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a constaté, dans sa résolution du 6 juin 2012 clôturant l'examen de l'exécution de l'arrêt du 24 juillet 2007, que toutes les mesures requises par l'article 46 § 1 de la convention avaient été adoptées par les autorités françaises ».

¹⁰²⁷ Article introduit par la Loi n° 2000516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

¹⁰²⁸ CE 30.07.2014 M. Vernes n°358564.

¹⁰²⁹ D. Girard : « Remettre en cause une sanction administrative définitive après une condamnation de la Cour européenne des droits de l'Homme n'est pas chose naturelle pour le Conseil d'Etat, Note sous CE Ass., 30 juillet 2014, Vernes, n° 358564 », [en ligne], *Revue générale du droit*, octobre 2014, disponible sur : <<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2014/10/28/vernes/>> (consulté le 09/05/16).

**SECTION 2 : UNE ANALYSE EN TENSION : L'INFLUENCE DE LA CJUE SUR LE
DISCOURS DU JUGE ADMINISTRATIF**

La vocation de l'Union européenne consistant à la mise en place d'un marché unique, elle s'est dotée d'un droit susceptible de briser toutes entraves à la libre circulation des opérateurs économiques salariés et indépendants. Dans ce cadre, apparaît très vite le principe de non-discrimination fondé sur la nationalité très largement nourri par la jurisprudence de la Cour de justice. Cette dernière permet donc de mener une approche comparative avec le discours du juge administratif. Cette démarche est d'autant plus nécessaire qu'en vertu du principe de primauté, l'ordre juridique de l'UE s'impose aux ordres juridiques des Etats membres. Aussi, à la différence d'une approche de droit comparé classique entre des juridictions différentes en droit interne (Conseil d'Etat/Cour de cassation) ou entre diverses juridictions d'Etats étrangers, l'analyse comparative entre le discours du juge administratif et celui de la Cour de justice s'inscrit dans un autre contexte. En effet, l'harmonisation d'application des dispositions du droit de l'UE dans 28 Etats, suppose que l'interprétation de la Cour de justice relative au principe de non-discrimination soit réceptionnée de la même façon par les juges nationaux. Ainsi, dans certaines hypothèses, le juge administratif est amené à appliquer du droit de l'UE, dès lors il doit l'interpréter dans le sens voulu par la Cour de justice. Comme le souligne Jean-Marc Sauvé « *lorsque la Cour de justice est saisie à titre préjudiciel, ses arrêts s'imposent, cependant, au Conseil d'Etat, conformément aux Traités, même s'ils excèdent le périmètre de la seule question posée* »¹⁰³⁰. Le juge administratif doit donc s'incliner, en quelque sorte « malgré lui ». L'objectif est donc de mesurer cette tension, ces distorsions¹⁰³¹, entre un juge administratif encore très empreint du principe d'égalité dit à la française et la non-discrimination importée du droit européen.

Il est, aujourd'hui, certain que la jurisprudence administrative s'imprègne tant du droit de l'Union européenne¹⁰³² que de la convention européenne des droits de l'homme¹⁰³³. Se déclenche alors une coopération entre les juges souvent qualifiée de « *dialogue* »¹⁰³⁴.

¹⁰³⁰ Jean-Marc Sauvé, « Le Conseil d'Etat, une cour suprême administrative », [en ligne] intervention lors de la remise des prix à la Faculté de droit de l'université de Strasbourg le 9 décembre 2014 ; v. CE, Ass., 11 décembre 2006, *Société De Groot En Slot*, n°234560.

¹⁰³¹ CE 28 mai 2014, *Association Vent de colère !*, n°324852, il s'agissait, en l'espèce d'une demande de modulation des effets de l'arrêt.

¹⁰³² L'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne interdit « toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, 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 ». Des directives ont précisé les règles, en particulier la directive 2000/43 du 29 juin 2000 relative à l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 sur l'interdiction des discriminations en matière d'accès au travail et à l'emploi.

¹⁰³³ L'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme prohibe toute discrimination, puisque la jouissance des droits et libertés reconnus par la convention doit être assurée « *sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ». Voir également, l'intervention de B. Stirn, président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, « Le juge administratif et les discriminations », [en ligne] intervention lors du colloque *10 ans de*

Deux niveaux d'analyse sont ainsi envisagés dans cette comparaison concernant l'application du principe de non-discrimination par les deux ordres de juridiction, l'un dans l'aspect méthodologique (I) et l'autre dans sa dimension substantielle (II).

I. Une certaine porosité dans les méthodes des juges

La première influence du juge de l'Union européenne sur le juge administratif s'exprime dans la façon d'aborder le principe de non-discrimination. Il s'agit pour les juges d'une part d'admettre l'action contentieuse fondée sur l'atteinte au principe de non-discrimination (A), pour ensuite déterminer les étapes conduisant à accepter ou refuser la discrimination (B).

A. L'admission de l'action contentieuse

Le problème de la recevabilité ne se pose pas dans les mêmes termes pour le juge européen et les juridictions administratives. Lorsque la Cour de justice est saisie d'un renvoi préjudiciel, l'examen de la recevabilité, même si le fond de l'affaire porte sur l'existence d'une discrimination, vise pour l'essentiel la capacité du juge interne à démontrer qu'un problème d'interprétation du droit de l'Union européenne peut être soulevé. En revanche, lors du procès administratif contre un acte, le juge se livre à la qualification juridique de l'acte. Est-ce un acte administratif faisant grief ? A cette occasion, la présence potentielle d'une discrimination modifie l'attitude du juge pour accueillir la requête. Les litiges en matière de fonction publique illustrent, fort bien, cette évolution. Dans sa jurisprudence classique seuls sont recevables les recours contre des actes qui touchent les droits statutaires ou ceux produisant des effets sur la rémunération, la carrière ou encore leur responsabilité. Pour le reste, des changements de tâches ou des modifications d'affectation sont considérés comme des mesures d'ordre intérieur, donc insusceptibles de recours car ne faisant pas grief à leurs destinataires. L'irrecevabilité est prononcée par le juge. Or, sous l'influence à la fois du droit de l'Union européenne et de l'interprétation du juge du Luxembourg, la potentialité d'une discrimination modifie la méthode d'analyse du juge administratif, sans aboutir nécessairement à l'admission de la recevabilité du recours. En l'occurrence, un agent public non titulaire de Pôle emploi a répondu à un appel à candidature pour occuper un poste de « correspondant régional justice ». Sa candidature est rejetée. Le candidat estime que ce refus de changement d'affectation est lié à une discrimination syndicale. Un recours est intenté devant le juge administratif, se pose alors la question de la recevabilité car il s'agit d'une mesure d'ordre intérieur normalement insusceptible de faire l'objet d'une action en annulation. Or, ici, le juge décide qu'avant de conclure à une irrecevabilité, il fallait examiner si un risque de

droit de la non-discrimination, organisé par le défenseur des droits, Cour de cassation, 5 octobre 2015, Disponible <<http://www.conseil-etat.fr/content/download/49227/430896/version/2/file/Colloque%20défenseur%20des%20droits.pdf>> (consulté le 22/03/16).

¹⁰³⁴ Conseil d'Etat, *Les dossiers thématiques du Conseil d'Etat*, « Le juge administratif et le droit de l'Union européenne », [en ligne] 23 septembre 2015, plus particulièrement, p. 12. <<http://www.conseil-etat.fr/content/download/47718/416523/version/5/file/juge-adm-et-droit-ue.pdf>> (consulté le 22/03/16).

discrimination n'était pas présent¹⁰³⁵. Il est certain que cette évolution du juge vient de l'influence de la jurisprudence de la CJUE. Le juge du Luxembourg lorsqu'il est saisi sur la base d'une discrimination s'attache à rechercher la réalité de l'allégation. Ainsi, il examine la présence ou non d'une discrimination : C'est tout le propos de la décision du 18 mars 2014 rendue en grande chambre. En l'espèce, une femme recourt à la gestation pour autrui et se rend en Californie pour assister à la naissance et selon la loi californienne, l'enfant né porte le nom de ses parents et non celui de la mère porteuse. Ne pouvant obtenir de congé maternité, ni de congé pour cause d'adoption, la mère demande un congé équivalent à celui dû en matière d'adoption. L'employeur lui accorde un congé sans solde, puis à la naissance un congé parental. Devant, cette proposition madame Z intente un recours pour traitement discriminatoire fondé sur le handicap, le sexe et le statut familial. Sont invoqués l'article 3 TUE, les articles 8 et 157 TFUE et les articles 21, 23, 33 et 34 de la Charte des droits fondamentaux. Sur cette base, peut-on considérer qu'existe une discrimination fondée sur le sexe ? La Cour estime que dans les deux hypothèses il n'y a pas discrimination. En effet, l'affection dont souffre madame Z n'est pas un handicap au sens de la directive, et concernant la discrimination sur le sexe, la Cour l'écarte car la mère commanditaire par définition même ne peut pas faire l'objet d'un traitement moins favorable lié à sa grossesse dans la mesure elle n'a pas été enceinte de cet enfant. Aussi, le refus pour l'employeur d'accorder le congé de maternité ne constituait pas une discrimination fondée sur le sexe puisqu'un père commanditaire était traité de la même manière qu'une mère commanditaire dans une situation comparable¹⁰³⁶. Le juge administratif se livre également à de telles analyses. Il recherche la réalité de la discrimination. Certes, dans l'affaire « pôle emploi », après examen de la présence d'une discrimination, il déclare irrecevable la requête en raison de l'insuffisance de preuve. En la matière, le Conseil d'Etat reconnaît que la charge de la preuve doit connaître un régime spécifique. Il estime que l'établissement de la preuve par la victime est difficile. Toutefois, il ne veut pas faire supporter entièrement à l'administration la démonstration de l'absence de discrimination. Il cherche un équilibre. Reste que là encore, l'application du droit de l'Union européenne a quelque peu influé sur le juge administratif. Dans sa décision Mme Perreux, au-delà de l'invocabilité d'une directive européenne, il pose les jalons concernant l'administration de la preuve de la discrimination. Ainsi, *« de manière générale, il appartient au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction ; que cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la*

¹⁰³⁵ 3. « Considérant qu'en ne recherchant pas si les éléments de fait soumis par la requérante étaient de nature à faire présumer une discrimination, avant d'en déduire que les éléments produits par l'administration ne permettaient pas d'établir que les décisions attaquées reposaient sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, le tribunal a entaché son jugement d'une erreur de droit ; ».

¹⁰³⁶ CJUE, 18 mars 2014, aff. C. 167/12, C. D. et aff. 363/12, Z. ; A. Gardin, « Gestation pour autrui et congé de maternité : la CJUE confrontée au Tabou », *RDLF [en ligne]*, chron. n°15, 2014. Selon la Cour « *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, doit être interprétée en ce sens que ne constitue pas une discrimination fondée sur le handicap le fait de refuser d'accorder un congé payé équivalent à un congé de maternité ou à un congé d'adoption à une travailleuse étant dans l'incapacité de porter un enfant et qui a recouru à une convention de mère porteuse* ».

preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes ; que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile ; »¹⁰³⁷. Il s'agit bien de concilier dans ce cadre les obligations issues des droits de la défense et les exigences en matière de preuves en droit de l'Union européenne. La façon de raisonner se rapproche de celle de la Cour de justice qui est favorable à la technique de la preuve partagée. Dans sa décision Danfoss, le juge européen précise « Il appartient normalement à la personne qui allègue des faits au soutien d'une demande d'apporter la preuve de leur réalité. La charge de prouver l'existence d'une discrimination de rémunération fondée sur le sexe incombe donc, en principe, au travailleur qui, s'estimant victime d'une telle discrimination, engage une action juridictionnelle contre son employeur en vue d'obtenir la disparition de cette discrimination. Cependant, (...) lorsqu'une entreprise applique un système de rémunération qui est caractérisé par un manque total de transparence, l'employeur a la charge de prouver que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire, dès lors que le travailleur féminin établit, par rapport à un nombre relativement important de salariés, que la rémunération moyenne des travailleurs féminins est inférieure à celle des travailleurs masculins »¹⁰³⁸.

Si le juge administratif ne calque pas totalement sa démarche sur celle de la Cour de justice, cette dernière façonne à force de jurisprudence la méthode mise en place dans le contentieux administratif en matière de discrimination. Le Conseil d'Etat dans une affaire Mme L. relative à la nomination d'un chargé d'enseignement à l'école nationale de la magistrature reprend sa position de principe en matière de preuve en cas de discrimination. Mais, il fait dans ce cas précis une application positive en considérant que les éléments de preuve fournis par l'administration sont insuffisants, concluant à la présence d'une discrimination directe¹⁰³⁹. A l'image de la démarche du juge de l'Union européenne, le juge administratif fait donc peser sur le défendeur en matière de discrimination un mécanisme de preuve alliant le classicisme du droit administratif tout en reprenant des techniques issues de la Cour de justice.

¹⁰³⁷ CE, assemblée, 30 octobre 2010, Mme Perreux, rec. 2010, p.

¹⁰³⁸ CJUE, 17 octobre 1989, aff. 109/88, Rec. p. 3199, point 16 ; v. également, CJCE, 10 juillet 2008, Feryn, C-54/07 : "30 L'article 8 de la directive 2000/43 précise à cet égard qu'il appartient à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement dès lors que des faits permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. L'obligation d'apporter la preuve contraire, qui pèse ainsi sur l'auteur présumé d'une discrimination, n'est subordonnée qu'au seul constat d'une présomption de discrimination dès lors que celle-ci est fondée sur des faits établis".

¹⁰³⁹ CE, 10 janvier 2011, Mme L., Rec. Lebon, « qu'il résulte de ce qui précède que les éléments produits par le garde des sceaux, ministre de la justice en défense ne permettent pas d'établir que la décision d'écarter la candidature de Mme A en laissant plusieurs mois vacant le poste à l'Ecole nationale de la magistrature repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que par suite, la requérante est fondée à soutenir que cette décision est entachée d'erreur de droit et à en demander pour ce motif l'annulation ; ».

Là où l'influence de la Cour de justice peut paraître moins probante, c'est dans la méthode de détermination de la discrimination. A cet égard la comparaison entre les deux ordres de juridiction montre une influence plus altérée qu'en matière de preuve, même si elle demeure présente.

B. L'admission de la discrimination

La Cour de justice afin d'assurer une réelle protection du principe de non-discrimination admet une atteinte soit directe soit indirecte. Ce second aspect pénètre, certes plus tardivement, la jurisprudence du juge administratif. D'ailleurs, à ce stade on peut retrouver dans la jurisprudence de la Cour de justice une certaine confusion dans le vocabulaire utilisé entre discrimination et égalité à l'instar du juge administratif. Ainsi, dans l'affaire X de la CJUE du 3 septembre 2014 relative au versement d'une indemnité forfaitaire pour préjudice permanent du fait d'un accident de travail, le requérant refuse la somme proposée en estimant que dans une situation comparable une femme eut obtenu une somme plus élevée. Il en déduit la manifestation d'une inégalité fondée sur le sexe. L'Etat finlandais, en l'occurrence, estime que le traitement peut être différent car l'indemnité est versée selon l'espérance de vie sachant que celle de la femme est supérieure à celle de l'homme. La cour dans sa réponse affirme que c'est la première fois qu'elle a à examiner une telle situation mais que la généralisation de cette distinction serait de nature à conduire à un traitement discriminatoire entre les sexes. Elle considère alors que ce dispositif est contraire à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière de sécurité sociale. Ici, comme d'ailleurs dans le discours du juge administratif, les deux principes sont abordés, la présence d'une discrimination conduit à une rupture d'égalité. La Cour de justice admet dans ce cas de figure une discrimination indirecte. Au-delà du maniement délicat des principes d'égalité et de non-discrimination, l'introduction d'une discrimination indirecte fut longtemps exclue du vocabulaire du juge administratif. Pourtant par effet de porosité de la jurisprudence des juridictions de l'Union européenne, le Conseil d'Etat fait sienne la méthode de la Cour de justice pour consacrer une discrimination indirecte. En l'occurrence, la décision Spaggiari révèle ce revirement. En l'espèce, le Conseil d'Etat affirme que « *Les stipulations du traité instituant la Communauté européenne doivent être interprétées comme interdisant non seulement les discriminations fondées sur la nationalité, mais encore toutes les formes de discrimination, qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat* »¹⁰⁴⁰. Si la notion de discrimination indirecte n'est pas consacrée explicitement, sa reconnaissance ne fait aucun doute. La formulation utilisée par le juge administratif, reprend le dispositif de la décision Sotgiu¹⁰⁴¹, plus jamais remise en cause par la Cour de justice de l'Union européenne¹⁰⁴². Avant

¹⁰⁴⁰ CE, 18 octobre 2002, Spaggiari, req n° 224804, AJDA, 13 janvier 2003, p. 36, concl. R. Schwartz. V. également, Serge Slama, « La discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *AJFP*, n°4, juillet-août, 2003, p. 4.

¹⁰⁴¹ CJCE, 12 février 1974, Sotgiu, Rec. 1974, p. 153.

¹⁰⁴² CJCE, 23 février 1994, Scholz, aff. c-419/92, Rec, p. I-50 ; CJCE, 23 mai 1996, O'Flynn, aff. C-237/94, Rec, p. I-2617 ; CJCE, 15 janvier 1998, Schöning-Kougebetopoulou, aff. C-15/96, Rec., p. I-47.

cette date, il évitait scrupuleusement de faire référence à une discrimination indirecte en s'appuyant simplement sur l'article 39 du traité¹⁰⁴³.

A la suite de la reconnaissance d'une discrimination, la Cour du Luxembourg s'interroge sur les justifications apportées par l'Etat. La méthode utilisée est aujourd'hui bien rôdée. Elle examine les raisons fondant la discrimination et contrôle ensuite si la mesure imposée est proportionnée aux fins qu'elle s'assigne, donc si une atteinte moins rude du principe de non-discrimination n'était pas possible.

Il en va ainsi dans sa décision récente du 29 avril 2015, Geoffrey Léger concernant une discrimination relative à l'orientation sexuelle. En l'occurrence, Monsieur Léger décide de faire un don de sang, le médecin responsable de la collecte le refuse au motif que le donneur avait eu une relation sexuelle avec un homme, le candidat s'étant exposé à un risque infectieux transmissible par voie sexuelle. Un recours est intenté contre cette décision en arguant de la contrariété de l'arrêté sur lequel la décision se fondait à la directive 2004/33¹⁰⁴⁴ intitulé « information à fournir sur les donneurs ». Le tribunal administratif décide de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. Le gouvernement français justifie sa réglementation sur la base de statistiques qui révèlent que la quasi-totalité des contaminations par le VIH sur la période 2003 à 2008 est due à un rapport sexuel et que les hommes ayant des rapports sexuels avec les hommes représentent la population la plus touchée (48%).

La Cour estime que l'arrêté en question met bien en œuvre le droit de l'UE, mais qu'il doit, cependant, respecter la charte des droits fondamentaux¹⁰⁴⁵ qui prohibe toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Or, en traitant moins favorablement les donneurs masculins homosexuels qu'hétérosexuels l'arrêté est susceptible de comporter une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Cette atteinte à l'exercice d'un droit ou à une liberté n'est possible que si c'est prévu par la loi, et que ces limitations sont nécessaires et justifiées par des objectifs d'intérêt général. Elle l'admet en l'espèce car la charte et le traité exigent qu'un niveau élevé de protection de la santé humaine soit assuré dans la définition et la mise en œuvre de l'ensemble des politiques et des actions de l'Union.

Toujours dans la même décision d'avril 2015, la Cour de justice ajoute qu'il revient à la juridiction de renvoi de contrôler si le principe de proportionnalité a été respecté¹⁰⁴⁶. Il ne faut

¹⁰⁴³V. CE, 22 septembre 1997, Iorio, Rec, p. 322 ; CE, 13 mars 2002, Courtage, req. n° 209938, Droit administratif, juin 2002, p.26 ; *AJDA*, juin 2002, p. 530, note M. C. de Montecler.

¹⁰⁴⁴ 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, JOUE, L.91, p. 25.

¹⁰⁴⁵ Article 21 §1 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹⁰⁴⁶ CJUE, 29 avril 2015, Geoffrey Léger, c/ Ministère des Affaires Sociales, de la Santé et des droits des femmes et Etablissement français du sang, aff. C-528/13, non encore publié ; « *Le point 2.1 de l'annexe III de la 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, doit être interprété en ce sens que le critère d'exclusion permanente du don de sang visé à cette disposition et relatif au comportement sexuel couvre l'hypothèse dans laquelle un État membre, eu égard à la situation prévalant dans celui-ci, prévoit une contre-indication permanente au don de sang pour les hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes lorsqu'il est établi, sur la base des connaissances et des données médicales, scientifiques et épidémiologiques actuelles, qu'un tel comportement sexuel expose ces personnes à un* »

pas que les mesures prévues par la législation nationale excèdent les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par cette législation. Il revient à l'autorité de choisir la mesure la moins contraignante et il faut que les inconvénients causés ne soient pas démesurés par rapport aux objectifs visés.

Cette démarche est constamment réaffirmée par la Cour de justice. Elle demeure très nette dans la décision du 16 juillet 2015 « CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD »¹⁰⁴⁷ concernant la population Roms en Bulgarie. En l'espèce, des compteurs électriques ont été placés à une hauteur évitant tout détournement d'électricité, dans un quartier majoritairement habité par des roms. Une action en justice est engagée contre cette mesure par une bulgare non Rom. Le juge national saisit d'une question préjudicielle la Cour de justice sur la présence ou non d'une discrimination fondée sur l'origine ethnique. A cet égard, la première difficulté à résoudre vise la recevabilité du recours. En effet, n'étant pas Rom, la requérante peut-elle souffrir d'une quelconque discrimination ? L'avocat général dans ses conclusions aborde ce sujet par l'examen d'une discrimination par association ou encore par ricochet dans la mesure où la requérante habite le quartier et subit nécessairement la mesure litigieuse¹⁰⁴⁸. La Cour de justice adopte cette logique. Elle reconnaît la présence d'une discrimination indirecte fondée sur l'origine ethnique, même si la mesure présente un caractère apparemment neutre car elle pourrait « *reposer sur des stéréotypes ou des préjugés d'ordre ethnique* »¹⁰⁴⁹. Elle se livre ensuite à l'examen de la justification présentée par l'Etat. Il s'agit de préserver la sécurité des réseaux de transport d'électricité et d'assurer un suivi approprié de la consommation. A cet égard, elle demande au juge national de vérifier si « *ladite mesure ne dépasse pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation de ces objectifs légitimes et que les inconvénients causés ne soient pas démesurés par rapport aux buts ainsi visés. Tel n'est pas le cas s'il est constaté, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, soit qu'il existe d'autres moyens appropriés et moins contraignants permettant d'atteindre lesdits objectifs, soit, et à défaut de tels autres moyens, que ladite mesure porte une atteinte démesurée à l'intérêt légitime des utilisateurs finals d'électricité habitant le quartier concerné, essentiellement peuplé d'habitants ayant une origine rom, d'avoir accès à la fourniture d'électricité dans des conditions qui ne revêtent pas un caractère offensant ou stigmatisant et qui leur permettent de contrôler régulièrement leur consommation d'électricité* »¹⁰⁵⁰.

La méthode proposée est ici suivie par la justice administrative même si à l'examen de la jurisprudence, force est de constater que pour certaines discriminations relevant à la fois du

risque élevé de contracter des maladies infectieuses graves susceptibles d'être transmises par le sang et que, dans le respect du principe de proportionnalité, il n'existe pas de techniques efficaces de détection de ces maladies infectieuses ou, à défaut de telles techniques, de méthodes moins contraignantes qu'une telle contre-indication pour assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs. Il appartient à la juridiction nationale de vérifier si, dans l'État membre concerné, ces conditions sont remplies ».

¹⁰⁴⁷ CJUE, 16 juillet 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD, aff. C-83/14, non encore publié.

¹⁰⁴⁸ Conclusions de l'avocat général Juliane Kokott, points 52 à 61.

¹⁰⁴⁹ Point 82 de la décision précitée. V. également, Aurélia de Tonnac, « *Les stéréotypes saisis par le juge européen en matière d'asile* », *RDLF*, chron. n° 28, 2015.

¹⁰⁵⁰ Point 128 de la décision précitée.

droit de l'Union européenne et du droit public interne, l'influence de la CJUE peut différer. Une jurisprudence de la Cour de justice portant sur une discrimination fondée sur le sexe permet de mesurer la différence des méthodes entre les juges. En l'occurrence, le juge de l'Union européenne est saisi d'une question préjudicielle par la CAA de Lyon¹⁰⁵¹ dans une affaire Maurice et Blandine Leone, relative à une mise à la retraite anticipée avec pension à jouissance immédiate.¹⁰⁵² A cet égard, le juge admet une discrimination indirecte entre les hommes et les femmes qui ne peut être admis que pour satisfaire un « *objectif légitime de politique sociale et à être propre à garantir l'objectif invoqué et nécessaire à cet effet* ». Il faut, en outre, qu'il soit « *mis en œuvre de manière cohérente et systématique* ». Cette position est tenue malgré des conclusions contraires de l'avocat général¹⁰⁵³.

Il s'agit d'examiner comment la Cour administrative de Lyon a reçu cette interprétation. Dans sa décision du 3 novembre 2015, elle considère que même en présence d'une discrimination indirecte, elle se justifie en raison d'un objectif légitime de politique sociale¹⁰⁵⁴. Elle utilise

¹⁰⁵¹ CAA de Lyon, 3 avril 2013, Chambres réunies.

¹⁰⁵² CJUE, 17 juillet 2014, Maurice et Blandine Leone c/ Garde des Sceaux, ministère de la justice et Caisse Nationale de retraite des agents des collectivités locales, aff.. C-173/13, non encore publié ; « *L'article 141 CE doit être interprété en ce sens que, sauf à pouvoir être justifié par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe, tels qu'un objectif légitime de politique sociale, et à être propre à garantir l'objectif invoqué et nécessaire à cet effet, ce qui exige qu'il réponde véritablement au souci d'atteindre ce dernier et qu'il soit mis en œuvre de manière cohérente et systématique dans cette perspective, un régime de mise à la retraite anticipée avec pension à jouissance immédiate, tel que celui en cause au principal, engendre une discrimination indirecte en matière de rémunération entre travailleurs féminins et travailleurs masculins contraire à cet article* ».

¹⁰⁵³ Conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen, point 57 « Nonobstant, je rappelle, conformément à l'analyse que j'ai menée dans l'affaire Amédée, précitée (52), que ledit arrêt Griesmar a selon moi fait une abstraction regrettable du fait que concéder des avantages sous la forme de droits complémentaires servis lors de la prise de retraite permet d'éviter de figer les inégalités de rémunérations dont il est notoire qu'elles existent le plus souvent au détriment des travailleurs féminins, et particulièrement quand ces derniers ont interrompu leur carrière pour assumer l'éducation d'enfants. J'ajoute que, compte tenu de la formation ayant rendu cet arrêt, un éventuel revirement de la jurisprudence qui en est issue ne devrait, selon moi, pouvoir être opéré que par la grande chambre de la Cour ».

¹⁰⁵⁴ CAA de Lyon, 3 novembre 2015, M. D. C. « Considérant que si, pendant son congé de maternité, la femme fonctionnaire ou militaire conserve légalement ses droits à avancement et à promotion et qu'ainsi la maternité est normalement neutre sur sa carrière, il résulte néanmoins de l'instruction et des données disponibles en la matière, qu'une femme ayant eu un ou plusieurs enfants connaît, de fait, une moindre progression de carrière que ses collègues masculins et perçoit en conséquence une pension plus faible en fin de carrière ; que les arrêts de travail liés à la maternité contribuent à empêcher une femme de bénéficier des mêmes possibilités de carrière que les hommes ; que, de plus, les mères de famille ont, dans les faits, plus systématiquement interrompu leur carrière que les hommes, ponctuellement ou non, en raison des contraintes résultant de la présence d'un ou plusieurs enfants au foyer ; qu'alors qu'une femme fonctionnaire sans enfant perçoit en moyenne à la fin de sa carrière une pension au moins égale à celle que perçoivent en moyenne les hommes sans enfant, les femmes avec enfants perçoivent en moyenne des pensions inférieures à celles des hommes ayant le même nombre d'enfants ; que ces écarts entre les pensions perçues par les femmes et les hommes s'accroissent avec le nombre d'enfants ; que le niveau de la pension ainsi constaté des femmes ayant eu des enfants résulte d'une situation passée, consécutive à leur déroulement de carrière ; qu'au regard de cette situation et tant qu'elle perdure, les dispositions des articles L. 24 et R. 37 du code des pensions civiles et militaires de retraite permettant un départ anticipé à la retraite avec jouissance immédiate de la pension offrent, dans la mesure du possible, une compensation des conséquences actuelles de la naissance et de l'éducation d'enfants sur le déroulement passé de la carrière des femmes et sont ainsi objectivement justifiées par un but légitime de politique sociale qu'elles sont propres à garantir et pour l'accomplissement duquel elles apparaissent nécessaires ; que, par suite, ces dispositions ne peuvent être regardées comme instituant une discrimination au sens des stipulations précitées de l'article 141 du traité instituant la Communauté européenne, devenu l'article 157 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ni comme méconnaissant ces stipulations ; ».

donc sa part d'appréciation discrétionnaire que lui laisse le principe d'autonomie des juridictions nationales.

Dans une situation sensiblement similaire relative à une discrimination fondée sur le sexe concernant une demande de pension anticipée par un veuf avec trois enfants, le juge aboutit à la même solution. En l'espèce, le recteur de Limoges lui refuse et le CE appliquant la jurisprudence de la CJUE admet la discrimination mais considère ensuite que la différence de traitement, dont peuvent bénéficier indirectement certaines femmes, est justifiée par un objectif légitime de politique sociale tendant à compenser la différence de situation avec les hommes, ce qui est conforme au droit de l'Union¹⁰⁵⁵.

Le processus mis en place par la Cour de justice pour consacrer la présence d'une discrimination est en grande partie suivie par le juge administratif lorsque le champ matériel est pénétré par le droit de l'Union européenne. En revanche, là où le droit administratif demeure vierge de toute règle supranationale, l'approche par l'égalité de traitement retrouve toute sa puissance.

II. Des décalages sur le plan substantiel

Suivant les types de discrimination, l'approche du juge français diffère profondément de celle du juge de l'Union. Une telle distinction méthodologique ne préjuge cependant pas d'une vision défavorable de la part du juge français ou de la volonté de négliger certaines discriminations. En effet, derrière l'impression donnée, le juge administratif semble plutôt dubitatif, voire réticent face à certains concepts et méthodes issus du droit de l'Union. Toutefois, cela s'explique par la prégnance du principe d'égalité et la volonté de lutter contre les inégalités par ce prisme.

Par exemple, pour illustrer cette réticence, à propos de la discrimination indirecte, selon un Maître des requêtes au Conseil d'Etat en 2015, « *quoi qu'il en soit, c'est avec la problématique des discriminations indirectes que l'on entre dans un univers juridique nouveau, un univers aussi désarçonnant, parfois, pour le juriste français que la géométrie non-euclidienne pour le mathématicien néophyte* »¹⁰⁵⁶.

Néanmoins, on tend vers un rapprochement qui pour l'instant mérite sans doute du temps pour voir sa portée. En effet, si la sémantique du juge administratif évolue indéniablement intégrant le vocabulaire de la Cour de justice, l'application des mécanismes et leur mise en œuvre

¹⁰⁵⁵ CE, 27 mars 2015, Quintanel, n° 372426, « Considérant que, dans ces conditions, la différence de traitement dont bénéficient indirectement les femmes mères d'enfants nés avant le 1er janvier 2004 par le bénéfice systématique de la bonification pour enfant tel qu'il découle de la prise en compte du congé maternité, en application des dispositions combinées du b de l'article L. 12 et de l'article R. 13 du code des pensions civiles et militaires de retraite, est objectivement justifiée par un objectif légitime de politique sociale, qu'elle est propre à garantir cet objectif et nécessaire à cet effet ; que par suite, les dispositions en cause ne méconnaissent pas le principe d'égalité tel que défini à l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; ».

¹⁰⁵⁶ Bertrand Dacosta, Régime des pensions, égalité des sexes et droit de l'Union européenne. Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 27 mars 2015, M. Quintanel, n° 372426, RFDA 2015 p.550.

invitent à la prudence. Deux types de discrimination illustrent notre propos, d'une part les inégalités homme / femme, d'autre part, la lutte contre les discriminations fondées sur l'âge. La comparaison s'avère intéressante, car la lutte contre les inégalités dans le cadre du premier critère (A) a été présente dans la jurisprudence administrative depuis un arrêt de 1936¹⁰⁵⁷, alors que dans le second cas, il s'agit d'un nouvel objectif issu directement du droit de l'Union européenne¹⁰⁵⁸ (B).

A. L'égalité homme / femme

Dans une décision du 22 juin 2007, le juge administratif rappelle que « *le principe d'égalité aux emplois publics énoncé à l'article 6 de la Déclaration de 1789 exclut que, pour les candidatures à des dignités, places et emplois publics autres que ceux ayant un caractère politique, une distinction puisse être faite entre les candidats en raison de leur sexe* »¹⁰⁵⁹.

Il est frappant de constater dans cet arrêt que le vocabulaire et la démarche communautaire sont absents. Cependant, d'autres arrêts illustrent l'utilisation timide de la discrimination indirecte (1), même si en l'absence de l'admission du procédé statistique une telle approche s'avère inévitablement limitée

1. L'intégration de la discrimination indirecte

Peu d'arrêts ont été rendus en matière de discrimination indirecte et encore moins pour les inégalités homme / femme. Rappelons que dans ce cas, une mesure apparemment neutre peut en réalité discriminer davantage un groupe plutôt qu'un autre. Une telle discrimination apparaît, indique la Cour, lorsque :

« cette mesure frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que l'entreprise n'établisse que ladite mesure s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe ».

La position de la Cour de justice a été posée dans des arrêts relativement anciens, dont par exemple, celui du 13 mai 1986 *Bilka*¹⁰⁶⁰ dans lequel, elle considère que :

« l'exclusion des travailleurs à temps partiel du bénéfice du régime de pensions d'entreprise vise uniquement à défavoriser le recours à l'emploi à temps partiel. Bilka fait valoir, à cet égard, que, normalement, des travailleurs à temps partiel se refusent à travailler les fins d'après-midi et les samedis. par conséquent, il lui était nécessaire, pour s'assurer la présence d'un nombre suffisant de travailleurs pendant ces fractions

¹⁰⁵⁷ CE, 3 juillet 1936, *Delle Bobard*, rec., p. 721D. 1937.3.35 concl. R. Latournerie ; l'arrêt intervient à propos de l'exclusion des femmes des grades supérieurs selon un décret du 25 août 1934 du ministre de la Guerre.

¹⁰⁵⁸ M. Houser, « La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge », *RFDA*, mars-avril 2010, n° 2, pp. 323-332.

¹⁰⁵⁹ CE sect. 22 juin 2007, *Lesourd*, Lebon p. 253 avec les conclusions de T. Olson.

¹⁰⁶⁰ CJCE, *Bilka - Kaufhaus GmbH contre Karin Weber von Hartz*, aff. C-170/84, Recueil de jurisprudence 1986 p. 01607.

d'horaire, de rendre le travail à temps plein plus attrayant que le travail à temps partiel, en limitant aux seuls travailleurs à temps plein l'admission au régime de pensions d'entreprise. Bilka en déduit que, sur la base de l'arrêt du 31 mars 1981, précité, on ne saurait lui reprocher d'avoir violé l'article 119 ».

Malgré peu d'arrêts, des évolutions indéniables démontrent la volonté du juge administratif, du moins en apparence, de respecter le droit de l'Union. L'intégration de l'esprit de ce droit constitue, en revanche, un autre aspect.

Dans deux arrêts du 20 avril 2005, un changement sémantique dans la jurisprudence administrative peut être décelé.

Dans un premier arrêt Union des familles en Europe¹⁰⁶¹, était en cause le décret n°2004-144 du 13 février 2004 qui par son article 5 définit « *un coefficient de minoration qui doit être appliqué pour le calcul des retraites des assurés dont la durée d'assurance est inférieure aux 160 trimestres nécessaires pour obtenir une pension à taux plein* ».

La mise en œuvre de ce coefficient aboutit au constat selon lequel un certain nombre de femmes se trouvent en présence de nombreux trimestres inférieurs au seuil des 160 requis. Cependant, le Conseil d'Etat refuse de considérer qu'on est en présence d'une discrimination indirecte. Pour ce faire, il constate :

- « *que ces dispositions s'opposent non seulement à l'application de règles qui établissent des discriminations directement fondées sur le sexe, mais également à l'application de règles qui aboutissent en fait à des différences de traitement non objectivement justifiées entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale* » ;
- « *alors même que les travailleurs féminins ont, en moyenne, une durée de cotisation inférieure à celle des travailleurs masculins, le décret pouvait, sans porter atteinte au principe d'égalité entre les hommes et les femmes, fixer des règles identiques pour le calcul des retraites des assurés dont la durée de cotisation totale est inférieure à 160 trimestres* »
- « *si les travailleurs féminins qui demandent la liquidation de leur retraite ont, davantage que les travailleurs masculins, des durées de cotisation inférieures à 160 trimestres, il n'en résulte pas pour autant qu'en fixant le coefficient de minoration le décret attaqué contrevienne aux dispositions précitées dès lors que, ayant notamment pour but d'inciter à l'allongement des durées d'activité, il repose sur un facteur objectif et étranger à toute discrimination fondée sur le sexe et que le coefficient de minoration, qui est d'ailleurs réduit par ce décret, n'est pas fixé de manière disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi* ».

¹⁰⁶¹ CE, 20 avril 2005, *Union des familles en Europe*, n° req. 266572.

Le Conseil d'Etat aurait pu se livrer à une appréciation plus poussée des facteurs justificatifs de la discrimination indirecte.

Dans le même temps, un arrêt rendu le même jour précise un élément important concernant le même thème :

- « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le coefficient de minoration litigieux affecterait un pourcentage considérablement plus important de fonctionnaires féminins que de fonctionnaires masculins »¹⁰⁶².

On ne peut que rester circonspect sur cette analyse du Conseil d'Etat, qui n'est étayée par aucun élément chiffré.

L'approche développée par le juge de l'Union ne s'inspire donc que partiellement de celle du droit de l'Union qui en matière de discrimination indirecte, s'appuie précisément sur des analyses chiffrées. Sur cet aspect, le juge administratif semble en retrait.

Le Conseil d'Etat reprend la suite du raisonnement de la Cour de justice en indiquant que la solution pour justifier l'absence de discrimination indirecte réside dans l'existence de « *facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe* ». Là encore, plus de précisions aurait permis d'éclaircir la position de la Cour.

2. L'analyse statistique

La Cour de justice incite les Etats membres à utiliser la preuve statistique révélant les discriminations indirectes.

Dans une décision du 2 octobre 1997, au sein de l'administration fiscale du Land de Brême, la durée de l'expérience professionnelle entraînait une dispense d'examen pour accéder à un certain type d'emploi, notamment ceux relatifs aux fonctions de conseil fiscal.

Cette ancienneté était calculée par rapport à une durée minimale de quinze ans mais également par rapport à un travail à temps complet. Pour conclure à l'existence d'une discrimination indirecte, le juge communautaire relève le fait que « *que 92,4 % des fonctionnaires d'encadrement de l'administration des finances de Brême travaillant à temps partiel sont de sexe féminin* », dès lors l'accès aux fonctions de conseil fiscal sans examen bénéficie presque uniquement aux personnes de sexe masculin¹⁰⁶³.

Dans une autre affaire du 6 décembre 2007, la Cour de justice indique aux Etats membres la méthode de fonctionnement :

¹⁰⁶² CE, 20 avril 2005, *Union des familles en Europe*, req. n°265120.

¹⁰⁶³ CJCE, 2 octobre 1997, *Kording / Senator für Finanzen*, aff. C-100/95, Rec. 1997 p. I-5289.

« dans l'hypothèse où cette différence de traitement affecterait un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes et dans la mesure où il n'existerait pas de facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe susceptibles de justifier une telle différence de traitement, l'article 141 CE s'opposerait à ladite réglementation nationale »¹⁰⁶⁴.

Elle poursuit son raisonnement en utilisant les informations fournies par la juridiction de renvoi :

« environ 88 % des enseignants employés à temps partiel par le Land de Berlin au printemps de l'année 2000 étaient des femmes ».

La jurisprudence administrative ne semble pas aller jusque-là. L'intégration partielle de la démarche communautaire s'illustre également concernant le critère de l'âge.

B. Le critère de l'âge et la comparaison CJUE/juge administratif

La jurisprudence administrative récente se caractérise par un certain nombre d'arrêts dans lesquels l'existence d'un âge limite pour travailler a été abordée. Contrairement aux inégalités homme / femme, dans le cadre de ce critère, il s'appuie davantage sur la logique communautaire avec la démarche en trois temps :

- la détection d'une discrimination ;
- le caractère justifiée ou non de celle-ci ;
- la proportionnalité entre la discrimination et l'objectif recherché.

La jurisprudence administrative s'illustre sur deux points particuliers, d'une part sur l'intégration de la démarche communautaire (1) mais également sur l'utilisation des modes de preuve dégagés par le droit de l'Union (2).

1. Le caractère justifié d'une discrimination

La jurisprudence administrative, globalement, utilise la démarche communautaire en s'interrogeant sur l'existence ou non d'un objectif justifié en présence d'une discrimination.

¹⁰⁶⁴ CJUE, 6 décembre 2007, *Ursula Voß contre Land Berlin*, aff. C-300/06, Rec. P. I-10573. Comme l'indique la Cour, la réglementation en cause « définit les heures supplémentaires effectuées tant par les fonctionnaires employés à temps plein que par ceux employés à temps partiel comme les heures qu'ils accomplissent au-delà de leur horaire individuel de travail et, d'autre part, rémunère ces heures à un taux inférieur au taux horaire appliqué aux heures effectuées dans la limite de l'horaire individuel de travail, de sorte que les fonctionnaires à temps partiel sont moins bien rémunérés que les fonctionnaires à temps plein en ce qui concerne les heures qu'ils effectuent au-delà de leur horaire individuel et jusqu'à concurrence du nombre d'heures dues par un fonctionnaire à temps plein dans le cadre de son horaire ».

Par exemple, concernant l'existence d'une limite d'âge fixée à 40 ans pour passer le concours interne de l'agrégation en droit, le juge relève que l'existence d'une condition d'âge, qu'il assimile à une discrimination directe, s'avère non-justifiée¹⁰⁶⁵. Il utilise intégralement le vocabulaire du droit de l'Union en indiquant que :

- « la discrimination litigieuse ne répond donc pas à une exigence professionnelle essentielle et déterminante », aussi, la décision en cause doit être annulée.

Le Conseil d'Etat s'est également prononcé à plusieurs reprises sur l'abaissement de la limite d'âge, notamment dans le domaine de l'aviation.

Suivant la Cour de justice¹⁰⁶⁶, il estime à propos des contrôleurs aériens qu'une limite d'âge constitue un objectif légitime au nom de la sécurité publique, toutefois, les mesures proposées n'étaient pas proportionnées¹⁰⁶⁷. Toutefois, la jurisprudence administrative demeure parfois hésitante et à propos des pilotes de ligne cette fois, le Conseil d'Etat a considéré dans une formule un peu ambiguë que des limites d'âge « *n'étaient pas nécessaires à la sécurité publique au sens des dispositions du paragraphe 5 de l'article 2 de la directive précitée du 27 novembre 2000 et qu'elles étaient par suite incompatibles avec son objectif de non-discrimination en fonction de l'âge* ».

Le juge aurait peut-être gagné en lisibilité en considérant qu'il y avait un objectif légitime mais que la mesure proposée n'était pas proportionnée.

Le juge administratif a, par ailleurs, considéré que l'impossibilité pour un professeur de musique territorial de travailler au-delà de 65 ans constitue un objectif légitime en ce sens que cette mesure promeut « *l'accès à l'emploi par une meilleure distribution de celui-ci entre les générations* »¹⁰⁶⁸.

2. L'utilisation des modes de preuve du droit de l'Union en matière d'âge

L'un des apports importants du droit de l'Union européenne réside dans le renversement de la charge de la preuve en matière de discrimination.

¹⁰⁶⁵ CE, 26 janvier 2015, req. n° 373746.

¹⁰⁶⁶ CJUE, 13 septembre 2011, *Reinhard Prigge e. a c/ Deutsche Lufthansa AG*, AJDA, 2011, 2339 ; CJUE, 12 janvier 2010, *Wolf*, aff. C-229/08.

¹⁰⁶⁷ CE, 4 avril 2014, *Ministre de l'Ecologie, du développement durable et de l'énergie c/M. Z...*, req. n° 362785, 362787, 362806, 362811, 362813, 362815, 362817, 362819, 362821.

¹⁰⁶⁸ CE, 22 mai 2013, req. 351183.

Selon l'article 10.1 de la directive n° 2000/78, lorsque la victime établit 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* ». Ce mode de preuve n'a pas été transposé dans la loi pour la fonction publique¹⁰⁶⁹. Pendant longtemps, la charge de la preuve en droit de la fonction publique découlait de la jurisprudence administrative, fixée par deux arrêts, un de 1936¹⁰⁷⁰ et un autre de 1954¹⁰⁷¹. Le juge administratif a opéré une évolution importante de sa jurisprudence par son arrêt Perreux du 30 octobre 2009.

La jurisprudence récente illustre la mise en œuvre de ce principe. Dans un arrêt rendu par la Cour administrative d'appel le 30 juin 2015 (req. n° 14PA00635), le juge administratif utilise la jurisprudence Perreux.

Dans cette affaire, M^{me} Negrea, née en 1956, recrutée en 1984 en qualité de musicienne dans la gendarmerie nationale, souhaite prolonger son activité au-delà de la limite d'âge de son grade laquelle, initialement fixée à 56 ans, pouvait, en ce qui la concernait être fixée au 20 octobre 2012. Sa demande a été rejetée malgré deux motifs, un concernant les discriminations fondées sur l'âge et un autre relatif aux discriminations homme / femme.

Le juge estime que Mme A fournit suffisamment d'éléments permettant de renverser la charge de la preuve et de demander à l'administration de justifier sa décision. Le juge relève ainsi que

- « Mme A...produit en appel les noms de trente-cinq musiciens des orchestre et harmonie de la garde républicaine qui ont été maintenus en activité au-delà de la limite d'âge sans que leur soient opposées les considérations de gestion qui ont motivé le rejet de la demande de l'intéressée ; que le ministre de la défense qui se borne à faire état de ce que le seul refus de maintien en activité opposé à un agent masculin, au-delà de la limite d'âge, a été motivé pour des raisons disciplinaires, fait valoir que la requérante ne présentait pas les qualités professionnelles requises pour poursuivre son activité ; que toutefois, cette allégation ne ressort pas de la motivation de la décision contestée et est contredite, tant par la formation de l'intéressée, premier prix de violon du conservatoire national supérieur de musique de Paris, à 18 ans, que par le déroulement de la carrière de Mme A...dont, notamment, les dernières notations confirment la valeur professionnelle ;
- Considérant qu'il résulte ainsi de ce qui précède, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres moyens de la requête, que Mme A...est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal

¹⁰⁶⁹ F. Rolin, « Le harcèlement moral au risque du droit administratif », *AJDA*, 2002, p. 733.

¹⁰⁷⁰ CE, sect., 1^{er} mai 1936, *Couespel du Mesnil*, rec., p. 485.

¹⁰⁷¹ CE, 28 mai 1954, *Barel*, rec., p. 308, concl. Letourneur.

administratif de Paris a rejeté ses conclusions tendant à l'annulation de la décision du 5 octobre 2012 par laquelle le ministre de l'intérieur a rejeté son recours administratif préalable obligatoire contre la décision du 9 juillet 2012 portant rejet de sa demande de maintien en service au-delà de la limite d'âge, pour discrimination ;

On le voit un dialogue se noue entre le juge administratif et le juge de l'Union européenne en matière de contentieux relatif à l'application du principe de non-discrimination.

Conclusion

Comme le souligne le vice-président du Conseil d'Etat, « *Le Conseil d'Etat incarne ainsi, par son histoire et ses pratiques, un « modèle » français de cour suprême. Il n'est certes pas une cour suprême polyvalente, car il exerce son office « à l'intérieur de l'ordre administratif* »¹⁰⁷², tout en restant ouvert à un dialogue avec les autres cours suprêmes françaises, qui n'a pas cessé de s'intensifier et de s'assouplir ». ¹⁰⁷³ L'examen de l'office du juge administratif par le prisme de l'application du principe de non-discrimination révèle des constances mais également des influences subies du fait de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. L'objectif est de veiller à une certaine cohérence entre les ordres juridiques dans l'approche du principe de non-discrimination sans pour autant, loin s'en faut, aboutir à des attitudes identiques.

¹⁰⁷² P. Delvolvé, « Le Conseil d'Etat, cour suprême de l'ordre administratif », *Pouvoirs*, n°123, 2007.

¹⁰⁷³ J.-M.Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat « Le Conseil d'Etat, une cour suprême administrative », *op.cit.*

**SECTION 3 : LE PRINCIPE DE NON DISCRIMINATION DANS LE DISCOURS
DU JUGE ITALIEN**

La réflexion qui suit porte sur l'expérience juridique italienne en matière d'égalité et de non-discrimination à travers la doctrine constitutionnelle mise en rapport avec l'action des organes de l'Union européenne et notamment la jurisprudence de la Cour de Luxembourg. Cette interaction a soulevé des problèmes délicats par rapport aux valeurs constitutionnelles italiennes et celles mises en avant dans le processus d'intégration européenne. C'est incontestablement l'article 3 de la Constitution qui constitue le point focal à la fois des contradictions susceptibles de naître et des orientations esquissées.

Notre contribution ne prétend pas à l'exhaustivité. Il s'agit de fournir quelques clés pertinentes pour mettre en évidence les difficultés et les solutions qui ont été finalement mises en œuvre. Après une brève présentation générale de l'article 3 de la Constitution qui pose le principe (I), nous nous proposons d'étudier le principe d'égalité et de non-discrimination à travers deux éléments que sont le sexe (II) et l'âge (III). Il faut néanmoins préciser que l'élément de l'âge n'est pas mentionné expressément dans le texte constitutionnel, mais il est le résultat de l'impact de la législation européenne sur le droit national italien. Afin de cibler notre travail de manière concrète et de faciliter les comparaisons et les résultats des élaborations juridiques, nous prendrons comme terrain d'analyse le domaine des relations du travail.

I. Le principe d'égalité dans la Constitution italienne par rapport au droit de l'Union Européenne

Le principe de l'égalité dans la Constitution italienne a une double dimension, formelle et substantielle et son contenu est assez complexe. L'orientation générale, qui progressivement a été consolidée, pourrait s'énoncer de la manière suivante : une différence de traitement n'est pas en soi contraire au principe d'égalité quand elle n'est pas en conflit avec l'un des critères mentionnés expressément par l'article 3 Constitution et quand elle est justifiée par des raisons susceptibles de fournir une base de légitimité pertinente, raisons qui font ensuite l'objet d'un examen par la Cour constitutionnelle.

L'article 3 de la Constitution établit en effet, dans son premier paragraphe, le principe de l'égalité formelle quand il énonce que « *tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinion politique, personnelle et conditions sociales* ». Le paragraphe suivant affirme le principe de l'égalité substantielle, qui concerne l'engagement pris par l'État pour éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui freinent la liberté et l'égalité des citoyens et empêchent le développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs dans la vie politique et sociale.

Le principe de l'égalité formelle est reflété dans l'interdiction, en premier lieu adressée à l'Assemblée législative, d'adopter un traitement différencié déraisonnable entre les citoyens. Cela implique, entre autre, l'interdiction d'introduction de discriminations illégitimes par rapport aux motifs énumérés dans la Constitution, ou la mise en place des discriminations fondées sur des évaluations irrationnelles ou arbitraires par rapport aux situations à régler.

Par conséquent, le principe d'égalité est considéré comme non respecté, chaque fois que le législateur traite de la même manière, c'est-à-dire en tant que situations égales, des situations qui sont différentes, ou lorsqu'il traite de manière différente des situations qui sont similaires à ses yeux. Il y a l'application classique du principe d'égalité tel que la plupart des droits le connaissent. Bien évidemment, à côté de l'inscription du principe dans le texte constitutionnel, il est tout aussi nécessaire de regarder l'interprétation dont il a fait l'objet, en observant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

Sans entrer dans les détails d'une analyse de cette jurisprudence, on peut dire que celle-ci a évolué de la manière suivante : d'une position initiale marquée par une certaine prudence, la Cour constitutionnelle a affirmé de manière de plus en plus marquante le principe de non-discrimination et l'égalité totale entre hommes et femmes. Dans l'arrêt n°126 de 1993, la Cour précise en outre le champ d'application de l'article 3 de la Constitution, qui tend à exclure les dispositions discriminatoires et privilèges entre les citoyens ; elle considère que l'homme et la femme en tant que sujets individuels, et dans les relations sociales, jouissent des mêmes droits et des mêmes devoirs. Elle protège les droits des femmes en les mettant en termes d'égalité parfaite avec les hommes en ce qui concerne les droits à la liberté, l'entrée dans la vie publique, la participation à la vie et de relations de travail économiques, etc. L'arrêt n°422 de 1995 se situe dans cette même logique : puisque l'article 3, premier alinéa, et en particulier l'article 51, premier alinéa, garantissent l'égalité absolue entre les sexes dans l'accès aux fonctions électives, dans le sens où l'appartenance à l'un ou l'autre sexe ne peut jamais être considérée comme une condition d'admission à l'exercice de ces fonctions, il s'ensuit que cela concerne aussi la candidature ; par conséquent, si le législateur peut et doit adopter des instruments afin d'éliminer les situations d'infériorité sociale et économique, ou, plus généralement, pour compenser et éliminer les inégalités matérielles entre les individus, ces mesures et ces actions ne peuvent pas avoir un impact direct sur le contenu réel de ces mêmes droits, strictement garantis également à tous les citoyens en tant que tels.

Le choix fait par le constituant d'indiquer dans l'art. 3 explicitement seulement quelques critères de discrimination traduit sa volonté de ne pas imposer au législateur un cadre rigide de référence.

Le deuxième paragraphe de l'art. 3 de la Constitution, se réfère, lui, à l'égalité substantielle. Le texte, qui est le résultat d'un compromis entre les différentes forces politiques représentées à l'Assemblée constituante, identifie le rôle actif assumé par la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui limitent efficacement l'extension de la liberté et de l'égalité de chacun. L'intervention des pouvoirs publics qui est sollicitée en l'occurrence, est axée sur la redistribution des ressources et la prise des mesures correctives de l'inégalité des

individus. Sont ici incluses les règles constitutionnelles favorables aux catégories et sujets les moins protégés. Il y a donc un devoir de promouvoir l'égalité qui constitue une position intermédiaire entre l'égalitarisme compris comme chacun selon ses besoins et l'égalité des chances comprise comme chacun selon ses mérites.

Bien évidemment, égalité de statut social ne signifie pas égalité absolue et totale, à l'image d'une société utopique où toute distinction est absente ; cela signifie tout simplement que les obstacles que la République s'est engagée à supprimer, au paragraphe 2, sont ceux qui limitent la liberté et l'égalité et empêchent le plein épanouissement de la personne humaine dans ses manifestations essentielles.

La Cour constitutionnelle a, en substance, exprimé sa position dans la reconnaissance, à la lumière de l'article 3 de la Constitution, de l'interdiction de discrimination arbitraire. En résumé, l'égalité est comprise comme une interdiction d'introduire des distinctions réglementaires arbitraires entre les situations semblables et assimilations infondées entre des situations différentes. Dans ce contexte, il convient de mentionner l'arrêt n°78 de 2007, dans lequel il est souligné que le législateur peut bien, en tenant compte de la situation particulière des détenus non-citoyens de l'UE, qui sont entrés illégalement sur le territoire italien ou qui peuvent être privés d'un permis de séjour, de différencier, par rapport à eux, les conditions d'accès et les modalités d'exécution, mais sans aller jusqu'à imposer une interdiction absolue et un large accès à des mesures alternatives.

Le principe d'égalité a donc appuyé le principe du caractère raisonnable de certaines différenciations introduites, comme une sorte de recul *a posteriori* opéré par le constituant afin de rendre possible l'évaluation de la cohérence logique de la règle formulée dans le texte réglementaire ou pour évaluer l'objectif de l'inégalité de traitement.

Comme mentionné ci-dessus, la détermination du risque de discrimination dans l'article 3 par. 1 de la Constitution peut ne pas être exhaustive; en effet, ce dernier identifie non seulement un principe général d'égalité, mais aussi un principe général de non-discrimination. Certains critères sont explicitement mentionnés dans l'article, alors que d'autres éléments peuvent être introduits par voie législative afin de garantir le bénéfice d'une protection contre la discrimination. Ce qui change c'est le point de départ: les discriminations qui tombent dans le champ de l'article 3 par.1 de la Constitution supposent dès le début le caractère déraisonnable de la règle ; pour tous les autres cas, il est nécessaire d'appliquer le critère de ce qui est raisonnable et cela relève du travail du législateur.

Il convient également de souligner que la définition même de la discrimination implique que celle-ci soit configurée uniquement lorsque la différence de traitement est sans justification raisonnable, c'est-à-dire elle ne poursuit pas un but justifié ou lorsque elle est frappée de défaut de proportionnalité entre les moyens employés et les situations légitimes qu'elle avait ciblées.

Une analyse du principe constitutionnel de l'égalité ne peut cependant se limiter à l'examen de l'article 3 de la Constitution. Aussi bien l'égalité formelle, mentionnée dans le premier

paragraphe, que l'égalité substantielle, visée au deuxième, sont complétées par des références supplémentaires dans de nombreuses autres dispositions constitutionnelles. Sans entrer dans les détails d'une énumération exhaustive, on peut citer, à titre purement indicatif, l'art. 29, paragraphe 1, sur l'égalité de traitement entre les conjoints ou l'art. 48, paragraphe 2, à propos de l'égalité du vote des citoyens. Plus généralement, constituent l'expression du principe de l'égalité, les dispositions constitutionnelles qui confèrent des droits également à tous, ou à des citoyens, afin de mettre dans les mêmes conditions les destinataires des mêmes droits.

Enfin, il reste à préciser la relation entre le principe constitutionnel d'égalité et le droit de l'Union. Alors que dans l'ordre juridique italien, l'égalité a été créée et est présentée avant tout comme un principe général, qui doit être spécifié dans un certain nombre d'interdictions de discrimination, dans le cadre de l'Union le processus a été inversé: l'égalité en tant que principe général, a été façonnée par les interdictions spécifiques de discrimination.

II. L'égalité de traitement entre hommes et femmes : critère expressément prévu par la Constitution italienne

A. La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle

En conformité avec le principe constitutionnel (art. 3, premier alinéa), qui interdit la discrimination fondée sur le sexe, la Cour constitutionnelle a explicitement considéré dans plusieurs arrêts que, selon la conscience sociale et la coutume, les rôles des hommes et des femmes semblent de moins en moins différenciés, en particulier en matière de travail et ensuite en ce qui concerne les questions (surtout les pensions) de sécurité sociale : en conséquence, dans les limites de ses pouvoirs, la Cour a vigoureusement renforcé la protection des femmes, en mettant en œuvre pleinement le principe d'égalité.

L'affirmation du principe de l'égalité entre les hommes et les femmes dans les grandes déclarations internationales qui ont suivi la Seconde Guerre mondiale et dans la Constitution italienne répond à la conscience profonde de la nécessité de lutter contre les stéréotypes qui ont longtemps empêché la reconnaissance d'un statut juridique "égal" des femmes. À cet effet dans la Constitution, le principe de l'égalité formelle et l'interdiction de la discrimination qui lui est liée, est complété par le principe d'égalité réelle et se joint à la référence explicite à l'égalité entre les hommes et les femmes; ce principe est en outre réitéré dans l'art. 37, c.1¹⁰⁷⁴(la main-d'œuvre) et dans les articles 48 et art. 51¹⁰⁷⁵ (sur l'accès aux institutions et la représentation politique), où s'exprime la pleine égalité que les femmes ont réclamée après leur participation à la résistance lors de la seconde guerre mondiale¹⁰⁷⁶. La Constitution est

¹⁰⁷⁴ Art. 37, c. 1: « *La femme qui travaille a les mêmes droits et, à travail égal, les mêmes rétributions que le travailleur. Les conditions de travail doivent permettre l'accomplissement de sa fonction familiale qui est essentielle et assurer à la mère et à l'enfant une protection spéciale et adéquate.* »

¹⁰⁷⁵ Art 48: « Les électeurs sont tous les citoyens, hommes et femmes qui ont atteint l'âge de la majorité; art. 51: Tous les citoyens des deux sexes sont admissibles pour les emplois publics et postes élus »

¹⁰⁷⁶ S. Scarponi, *Diritto e Genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Padova: CEDAM, 2014, p.63 et ss.

caractérisée par une conception émancipatrice qui confie aux femmes leur pleine entrée dans le marché du travail; si cela se manifeste comme une condition préalable à choisir librement leur travail, prévu par l'article 4 (droit qui concerne chaque personne), sa philosophie va plus loin car elle arrête pratiquement un programme d'action afin d'éliminer les conditions d'infériorité qui assaillent la majorité des femmes. Le travail hors la maison prend ainsi la valeur d'un double objectif à atteindre pour surmonter la situation de marginalisation et la nature subordonnée de travail des femmes ainsi que le niveau de salaire inférieur; et dans le même temps, il devient une condition nécessaire pour l'accès à certains droits et protections spéciales, tels que ceux liés à la maternité ou des prestations de retraite.

A propos de l'emploi, le principe d'égalité a été confirmé dans des dispositions plus spécifiques contenues dans l'art. 37, paragraphe 1, qui prévoit l'égalité de traitement des hommes et des femmes «*pour travail égal*», et combine également le principe de l'égalité protection associée à la spécificité biologique de la maternité, en définissant l'obligation de «*conditions de travail offrant une protection adéquate pour la mère et l'enfant*». La dernière partie de la disposition reflète, cependant, la division traditionnelle des rôles familiaux, établissant que doit être assuré "à la femme la possibilité de remplir son rôle essentiel dans la famille"¹⁰⁷⁷, prescription qui plus tard, pendant l'évolution des mœurs des années 70, a été réinterprétée à la lumière de la reconnaissance de la valeur sociale de la maternité et de l'importance du partage des rôles parentaux, pour donner lieu à l'affirmation du principe de la "conciliation entre le travail professionnel et le travail de soins et de son partage"¹⁰⁷⁸.

Au cours de cette même décennie, ont été adoptées aussi certaines lois qui ont permis de surmonter l'influence du conditionnement culturel qui a longtemps empêché l'application du principe de l'égalité entre les hommes et les femmes dans sa proclamation «formelle». C'est en 1975, avec la loi n°151, qu'il a été formellement consacré l'égalité entre les époux en droit de la famille et le partage du pouvoir en son sein, et c'est en 1977, avec la loi n°903, que l'interdiction de la discrimination dans l'accès à l'emploi, la formation professionnelle et l'évolution en termes de carrière des femmes ont été établies. Dans ce domaine, d'ailleurs, la Cour constitutionnelle, en interprétant le principe de l'égalité, en fonction de la méthode d'évaluation qui autorise un traitement différent selon les situations objectives entre catégories de personnes, a longtemps justifié l'exclusion des femmes des nombreux domaines d'activité. Dans le secteur public, en raison de la législation fasciste, l'entrée complète des femmes dans le secteur du travail a été effectuée en plusieurs étapes : en 1963 a été enlevée la forclusion qui empêche les femmes d'accéder à certaines carrières comme celle de magistrat, et c'est seulement dans les années 2000 qu'a été pleinement reconnue la liberté d'accès à l'armée et à la police¹⁰⁷⁹.

D'autres différences de traitement ont été invoquées: par exemple, pour justifier l'inégalité de rémunération, on a avancé l'argument de la moindre efficacité qui accompagne le stéréotype

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 66.

¹⁰⁷⁸ D. Gottardi, « Congedi parentali », in *Digesto italiano*, IV Agg., Torino, 2000, p. 185.

¹⁰⁷⁹ D. lgs. 31 gennaio 2000, n. 24, artt. 1 e 2, ora contenuti nel Codice delle pari opportunità di cui al d. lgs. 198/2006.

féminin (les femmes sont moins productives, plus faibles que les hommes), ou le fait que les femmes sont loin le plus souvent pour prendre soin des membres de leur famille (protégée par l'art. 37 c. 2 de la Constitution.) ; autrement dit, il s'agissait de légitimer une inégalité et une discrimination réelles. Particulièrement intéressant à ce propos est le phénomène suivant : lorsque, à la fin des années 60, a été lancé le chantier de l'industrie, une différenciation entre tâches masculines et féminines a été introduite : les tâches les plus typiquement féminines ont été « *casées* » dans des qualifications inférieures par rapport aux tâches typiquement masculines. C'est beaucoup plus tard que la révision des textes a été opérée, mais la question du critère intrinsèque de l'évaluation des compétences professionnelles demeure : en effet, les femmes continuent d'obtenir moins fréquemment et plus difficilement les niveaux de classification définis par des professionnels appliqués aux conventions collectives¹⁰⁸⁰.

B. L'influence du droit européen sur le droit national italien

Il est indéniable que le droit européen a influencé le droit national italien d'une manière positive, dans la lutte contre la discrimination, directe et indirecte ; plusieurs arrêts condamnant l'Etat italien ont permis des avancées importantes dans la protection des femmes en matière de travail. En réalité, il s'agit de comparer et de rapprocher deux types de raisonnement : celui de l'Union européenne, plus marqué par la règle de la péréquation comme un outil pour assurer un statut d'égalité aux femmes qui travaillent et celui de l'Italie, ouvert à la préservation d'un traitement différencié envers les femmes¹⁰⁸¹.

Un exemple est la loi n°903/77 qui avait épousé le principe de l'égalité de traitement avec la demande de protection ; le texte s'inspirait d'un souci de protection renforcée à l'égard des femmes¹⁰⁸², tel le droit accordé de bénéficier plus tôt d'une retraite ou l'interdiction du travail de nuit pour les entreprises manufacturières (ce dernier, cependant, pourrait être prévu par des conventions collectives, sauf en ce qui concerne la période de grossesse et jusqu'au septième mois de l'enfant).

Sa compatibilité avec le principe plus général d'égalité de traitement inscrite dans les directives européennes a été soulevée ; cependant, elle n'a pas été censurée par la Cour constitutionnelle, qui a considéré que la situation particulière du travailleur féminin peut justifier les dispositions visées au nom, non pas d'une « *égalité de tous en tout* », mais de l'égalité de tous sur la base de la nécessité de traiter des situations inégales de manière différente. L'interdiction du travail de nuit a été conçue à la fois pour protéger le rôle des femmes dans la famille, consacré par l'article 37, par. 1 Const., et aussi pour des raisons sociales telles que les risques d'agressions lors des trajets pour arriver au lieu de travail. En ce qui concerne l'âge de la retraite, le principe d'un départ à un âge moins avancé que celui pour les hommes a été maintenu au nom des soins procurés aux petits enfants et aux parents. En

¹⁰⁸⁰ Le phénomène décrit a également atténué la valeur positive de l'abandon par la jurisprudence sur l'égalité de rémunération du critère de détermination de la rémunération basée sur la performance, qui pénalise les contributions moins productives.

¹⁰⁸¹ S. Scarponi, *Diritto e Genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, op.cit., p. 70-71.

revanche, malgré les exceptions au principe d'égalité de traitement autorisées par le décret 76/207, à condition qu'elles soient justifiées par des raisons liées à la protection de la maternité ou de l'égalité des chances, la Cour de justice européenne n'a pas admis l'interdiction du travail de nuit pour les femmes, ni le régime favorable des départs en retraite pour les employées du secteur public.

a) Dans le cas du travail de nuit, la Cour ¹⁰⁸³ n'a pas accepté que la justification relative à la protection de la famille soit de nature à interdire l'activité nocturne¹⁰⁸⁴, ni celle du plus grand risque d'agressions et elle n'a pas voulu limiter l'accès des femmes à des professions qui impliquent le travail de nuit. Suite à la position de la Cour de justice, qui a conduit également à modifier la Convention de l'OIT correspondante, l'interdiction du travail de nuit a été transformée en « droit » de l'ouvrier de ne pas travailler la nuit. La norme pertinente a été modifiée dans le sens de l'abrogation de l'interdiction et la reconnaissance, en même temps, à l'égard de quiconque assume des obligations de diligence (femme ou homme), du droit de demander à son employeur d'être occupé le jour; ce droit est toutefois soumis à la disponibilité effective des emplois dans ce cas. L'interdiction absolue du travail de nuit continue à exister cependant pour la femme pendant la période de grossesse et jusqu'à la fin du septième mois de grossesse¹⁰⁸⁵.

b) L'âge de la retraite des fonctionnaires féminins a aussi été soumis à l'examen de la Cour de justice qui a pris une position opposée à celle de la Cour constitutionnelle. Cette dernière avait jugé compatible avec le principe d'égalité, la règle selon laquelle l'âge de retraite peut être différent pour les femmes et pour les hommes, tant que les femmes avaient en tout cas la garantie de pouvoir continuer à travailler, si elles le souhaitent, jusqu'à atteindre le même âge que les hommes (initialement 55 à 60 ans, suivie par 60 à 65 ans)¹⁰⁸⁶. La Cour de justice a, en revanche, critiqué cette inégalité de traitement et elle l'a jugée contraire au principe d'égalité et de non-discrimination; elle a imposé d'éliminer le traitement inégal sans indiquer pour autant une solution spécifique¹⁰⁸⁷.

Les critiques de l'arrêt ont souligné, d'une manière générale, que le régime de pension de l'Etat pour fonctionnaires entre dans la demande en vertu de l'article. 157 TFUE, qui admet des différenciations en raison des dommages susceptibles d'être causés aux femmes qui

¹⁰⁸³ Arrêt CJCE Stoekel 25 Juillet 1991, C-145-89.

¹⁰⁸⁴ À cet égard, la Cour de justice a déclaré: « En ce qui concerne les responsabilités familiales ... la directive ne vise pas à réglementer les questions relatives à l'organisation de la famille et à modifier la répartition des responsabilités au sein du couple ».

¹⁰⁸⁵ S. Scarponi, Diritto e Genere. Analisi interdisciplinare e comparata, op.cit., p. 73 et ss.

¹⁰⁸⁶ Voir. Cour constitutionnelle jugement n. 498/88: « L'âge de travailler devrait être le même pour la femme et pour l'homme, tout en maintenant le droit de la femme à obtenir la pension de vieillesse à cinquante ans, afin de satisfaire les besoins spécifiques de la même femme, n'entre pas en conflit avec le principe fondamental de l'égalité, qui n'exclut pas ces profils dictés à partir de la même position des travailleurs »

¹⁰⁸⁷ Corte di giustitza UE, 13 novembre 2008, C-46/07, Commissione c. Repubblica italiana.

continuent à travailler jusqu'à atteindre le même âge de retraite que les hommes¹⁰⁸⁸. Cependant, le législateur a finalement modifié le système national en introduisant une égalisation en matière des retraites; et il n'a pas tenu compte du fait que la Cour de justice suggérait des régimes d'âge de la retraite flexibles, sans distinction entre les hommes et les femmes, comme il avait prévu la réforme lancée en 1995. Ce paramètre a ensuite été soulevé par la réforme de 2011 (connu sous le nom décret « *Sauvegarder l'Italie* ») pour tous les employés de l'État, y compris les femmes. Il est raisonnable de penser que cela permettra de déterminer à l'avenir le changement de régime également appliqué dans le secteur privé, où l'âge de la retraite pour les femmes se situait à 60 ans, avec le droit d'aller jusqu'à 65 ans¹⁰⁸⁹.

Quoi qu'il en soit, il est clair que les deux juridictions se sont prononcées en l'occurrence dans des sens opposés. Alors que la Cour constitutionnelle, avec l'arrêt n°246 de 1987 n'a pas jugé une telle interdiction incompatible avec l'article 37, par. 1 de la Constitution, la Cour de justice, elle, l'a déclarée incompatible avec la directive 76/207¹⁰⁹⁰, qui garantit au niveau communautaire le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le travail avec les mêmes limitations en vertu de la disposition constitutionnelle (art. 2, al. 3 de la directive est, en effet, sans préjudice des disparités de traitement et vise « *la protection des femmes, en particulier en ce qui concerne la grossesse et la maternité* »).

La divergence entre les deux jurisprudences ne peut, par conséquent, être attribuée au fait que le droit communautaire, contrairement à la Constitution italienne, néglige la spécificité des femmes et que, par conséquent, il ne prévoit pas d'exceptions au principe d'égalité de traitement en raison de cette spécificité; il faut situer la différence au niveau de l'interprétation et, plus précisément, au niveau de l'appréciation du caractère raisonnable des exceptions qui peuvent être apportées au principe de l'égalité entre les hommes et les femmes au travail¹⁰⁹¹. La raison de l'opposition se trouve dans les abus qui ont eu lieu et qui ont poussé la Cour de justice à soumettre les règles qui dérogent au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes à un examen beaucoup plus rigoureux que celui de la Cour constitutionnelle. Cela est démontré par une comparaison attentive des arrêts de la Cour de justice sur le travail de nuit pour les femmes et l'arrêt n°246 de 1987 de la Cour constitutionnelle.

¹⁰⁸⁸ O. Bonardi, « *La discriminazione basata sull'età* », p.125 in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano: Giuffrè, 2007.

¹⁰⁸⁹ S. Scarponi, *Diritto e Genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, op.cit., p. 74.

¹⁰⁹⁰ V. arrêt du Tribunal de justice du 4 Décembre 1997, C-207/96, Commission c. République italienne, qui a condamné l'Etat italien à avoir maintenu en vigueur l'article. 5, alinéa 1, loi du 9 décembre 1977 n°903. Auparavant, la Cour de justice, statuant sur des questions d'interprétation préjudicielle en vertu de l'art. 177 du traité (devenu 234), avait fait savoir que la directive n°76/207 interdit aux États membres de prévoir l'interdiction du travail de nuit pour les femmes seulement (v. 1993, C-158/91 procédures pénales c. Jean Claude Levy, et le jugement du 5 mai 1994, C-421/92 Habermann c -Beltermann. Arbeiterwohlfahrt).

¹⁰⁹¹ Dans un cas, cependant, on peut constater le contraste entre le droit communautaire et le texte de la Constitution d'un État membre (Allemagne) v. Arrêt du Tribunal de Justice du 11 Janvier 2000, C-285/98 Kreil c. République fédérale d'Allemagne : il a été déclaré, en effet, incompatible avec le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, inscrite dans la directive 76/207/CEE, l'exclusion générale des femmes du service militaire impliquant l'utilisation d'armes, prévue par le droit allemand en application d'une disposition de la loi fondamentale (article 12).

En effet, la décision de la Cour constitutionnelle se fonde sur un but de protection des femmes qui travaillent et elle est justifiée par les exceptions autorisées par l'art.37 de la Constitution. La Cour de justice ne se situe pas dans cette perspective ; elle se demande si le travail de nuit peut compromettre physiquement la femme ou interférer avec ses responsabilités familiales. A cette question, le juge européen répond négativement, en faisant valoir que « ... *quels que soient les inconvénients du travail de nuit, il ne semble pas que, sauf dans les cas de grossesse et de maternité, les risques auxquels les femmes sont exposées à cause de ces travaux sont, en général, d'une nature différente de ceux rencontrés par les hommes* » (par. 15 de l'arrêt Stoeckel). Par conséquent, conclut la Cour de justice, le législateur national peut interdire ou non le travail de nuit, ou le permettre sans discrimination entre les hommes et les femmes ; l'interdire pour les cas des femmes en congé de maternité ou enceintes. Dans ce dernier cas, la nature spécifique de la situation justifie l'interdiction de l'occupation des femmes pendant la nuit, en dérogation au principe d'égalité de traitement¹⁰⁹².

A y regarder de plus près, il apparaît que la solution de la Cour européenne n'entre pas forcément en contradiction avec l'article 37§1 de la Constitution, étant simplement l'expression d'un équilibre différent entre les deux principes énoncés par cette disposition (à savoir le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, d'une part, et le principe de la protection des femmes dans le travail en raison de la nature spécifique de leur état), par rapport à ce qui avait été établi selon la loi italienne (art. 5 l 9. Décembre, 1977 n. 903) et jugé conforme à la Constitution par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n ° 246 de 1987¹⁰⁹³.

C. Egalité des chances dans la pratique italienne

La réalisation de l'égalité des chances dans l'emploi en Italie a été tentée par deux lois du début des années 90: lois n°125 de 1991 et n°215 de 1992, adoptées en faveur de l'entrepreneuriat féminin et désormais intégrées dans le code de l'égalité des chances. La loi

¹⁰⁹² Cette conclusion a suscité des critiques tant à l'intérieur de l'Italie que dans d'autres États membres. La décision de la Cour de justice sur le travail de nuit, en particulier, a été vivement critiquée en France (dont la législation a été critiquée à plusieurs reprises par la Cour). Ainsi, par exemple, Alain Supiot a examiné la réponse donnée par la Cour de justice à la lumière de la problématique du travail de nuit des femmes, symptôme d'une dissociation irrationnelle entre le principe d'égalité substantielle et de l'égalité formelle, car il n'a pas réussi à prendre en compte les différences factuelles entre les hommes et les femmes, et en particulier le fait que le travail de nuit entraîne un plus grand risque pour ces dernières (cette déclaration a été étayée par des données statistiques). A. Supiot, « Principio di eguaglianza e limiti di nazionalità giuridica », *Lav. Dir.*, 1992, p. 211 ss .. En Allemagne, cependant, la solution de la Cour de justice n'a pas attiré particulièrement des critiques, et elle a été mise en œuvre facilement. La Cour constitutionnelle allemande, qui, dans une décision de 1992 (un an plus tard, par conséquent, de l'arrêt Stoeckel Cour de justice) a déclaré inconstitutionnelle l'interdiction du travail de nuit pour les femmes seulement a ainsi effectué un revirement de sa jurisprudence précédente de 1956 et 1979 (voir. C.D. Classen « L'influence du Droit Communautaire Sur l'Egalité Hommes / Femmes en Allemagne », in L. Dubouis (dir.), *Droit communautaire et la protection des Droits fondamentaux dans les Etats Membres*, Paris : Economica, Paris, 1995, p. 23).

¹⁰⁹³ La nouvelle disposition relative au travail de nuit des femmes contenue dans l'article 5 de la loi n°903 de 1977, tel que modifié par la loi n°25 de 1999, qui a maintenu que l'interdiction du travail de nuit uniquement pour les travailleurs en état de grossesse et jusqu'à l'âge de 7 ans de l'enfant, respecte pleinement la Constitution.

de 1992 a fait l'objet d'un recours devant la Cour constitutionnelle pour prétendu conflit avec l'interdiction de la discrimination entre les hommes et les femmes, en raison des mesures d'aide financière qui y sont mentionnées au profit des entreprises avec une composition à forts effectifs féminins. A cette occasion, la Cour constitutionnelle a exprimé une position plus avancée que celle proclamée quelques années après l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Kalanke*. Selon la Cour constitutionnelle ces lois constituent des « *interventions positives* », destinées à éliminer ou à corriger un déséquilibre manifeste au détriment des femmes en raison de la discrimination accumulée par le passé dans certains comportements sociaux et les modèles culturels, qui ont conduit à favoriser l'accès des hommes aux postes d'entrepreneur ou de dirigeant d'entreprise. En d'autres termes, les objectifs poursuivis par les dispositions attaquées résultent de l'obligation que l'article. 3, deuxième alinéa, de la Constitution attribue à la République. "*Les actions positives sont en fait l'outil le plus puissant disponible au législateur pour le respect de l'autonomie des individus ; il s'agit de relever le seuil pour permettre à des catégories ou à des groupes socialement défavorisés d'obtenir le même statut réel de l'égalité des chances en matière sociale, économique et politique ; elles sont conçues pour surmonter le risque qu'une différence naturelle ou biologique se transforme en discrimination de la destinée sociale*".

Une lecture attentive de la conception de l'action positive pour les femmes dans le travail fait apparaître un autre point de désaccord entre le principe constitutionnel de l'égalité entre les hommes et les femmes au travail et le même principe garanti par la Communauté.

Il faut, cependant, noter que, du point de vue de la Constitution italienne, le principe de l'égalité réelle ne peut être tenu sans condition et prévaloir sur le principe de l'égalité formelle si, comme dans le cas de l'action positive, il se heurte à l'interdiction de consacrer un traitement inégal des différences liées à la manière d'être de la personne.

Par conséquent, en voulant ramener l'action positive en faveur des femmes dans le travail sur le principe de l'égalité réelle contenu dans l'art. 3, paragraphe 2 de la Constitution par voie prétorienne, la Cour constitutionnelle (arrêts n°109 de 1993 et 442 de 1995) a recherché un équilibre raisonnable.

Pour la Cour de justice, l'action positive en faveur des femmes ne peut aller jusqu'à imposer un système de quotas dans l'accès à des emplois, sur la base du seul argument que l'un des sexes est moins représenté que l'autre. La solution adoptée par la jurisprudence semble tout à fait appropriée à la nécessité d'assurer un équilibre raisonnable entre le principe de l'égalité formelle entre les hommes et les femmes, d'une part, et celui de l'égalité réelle de l'autre, et donc pleinement compatible avec le cadre des principes constitutionnels italiens.

Ce point de vue, cependant, n'a pas été confirmé pour le moment par une décision de la Cour constitutionnelle, qui n'a pas été amenée jusqu'à présent à se prononcer sur les règles prévoyant des "*actions*" en faveur du sexe sous-représenté dans l'accès à l'emploi ou l'avancement de carrière.

En outre, la Cour constitutionnelle a jugé (pas. 422 de 1995), que le système de mise en place de quotas pour les femmes dans l'accès à certaines prestations (dans ce cas il s'agissait de l'accès à une fonction publique élective, mais le principe énoncé par la Cour est destiné à être d'une application générale) est incompatible avec les fins indiquées au paragraphe 2 de l'art.3 Const, car il ne propose pas de supprimer les obstacles qui empêchent les femmes d'atteindre certains résultats. Cette conclusion est également confirmée par la tendance plus générale de la Cour constitutionnelle à prêter attention aux solutions annoncées par la Cour de justice sur des questions similaires et de s'y conformer. Quant au domaine de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, l'arrêt n. 163 de 1993 de la Cour constitutionnelle est significatif: la Cour a censuré une loi de la province de Trente, qui a établi une exigence identique en taille (1,65m) pour les hommes et les femmes pour l'accès à la profession de sapeur-pompier; pour la Cour cette exigence pourrait en fait être satisfaite par un plus grand nombre d'hommes que de femmes, et aboutir indirectement à discriminer ces dernières¹⁰⁹⁴.

De cette manière, en effet, la Cour constitutionnelle semble s'aligner sur la Cour de justice sur l'égalité entre les hommes et les femmes au travail, à savoir que le caractère discriminatoire d'une mesure doit être apprécié en tenant compte non seulement de ce qui doit être dans l'abstrait, mais aussi des effets concrets résultant de l'application (discrimination indirecte par les effets). Et il convient de noter qu'en reconnaissant le concept de discrimination indirecte, la Cour constitutionnelle a, par sa jurisprudence, considérablement innové ses propres catégories.

L'adoption par la Cour constitutionnelle de la notion de discrimination indirecte, est incontestablement bénéfique par rapport à la tentation du législateur de la contourner par des critères de sélection susceptibles de favoriser l'un des deux sexes au détriment de l'autre. Cependant, dans ce cas, l'utilisation de la catégorie de la discrimination indirecte pour évaluer la légalité de la règle qui fixe à une taille donnée (1,65m) une exigence pour l'accès à un emploi semblait, en effet, complètement hors de propos. Cependant, la Cour constitutionnelle aurait plutôt dû examiner si le critère de la stature caractérise une aptitude pour l'accès à la profession de sapeur-pompier pour les hommes et les femmes. Au lieu de cela, en reconnaissant dans ce cas, une discrimination indirecte, la Cour constitutionnelle a, en substance, invité le législateur provincial à prévoir une condition de taille pour l'accès au même travail différemment pour les hommes et les femmes. Cela donnerait lieu à une discrimination déraisonnable entre les individus de sexe différent dans l'accès à cet emploi, car est-il vraiment conforme au bon sens de permettre l'accès à l'emploi des femmes plus petites qu'1,65m, mais pas à des hommes de la même hauteur ? En fait, il semble impossible d'échapper à l'alternative suivante: soit une certaine exigence de taille doit être réputée constituer une aptitude pour l'exercice de la profession et donc celle-ci devra être respectée

¹⁰⁹⁴ Cour constitutionnelle, arrêt no. 163 1993: « avoir prévu une exigence physique identique pour l'un et l'autre sexe sur l'hypothèse de la pertinence, pour les fins de l'ouvrage, de la diversité de la stature physique entre un homme et une femme-en moyenne importante, comme le montrent les mesures anthropométriques, dans une différence considérable au détriment des personnes de sexe féminin - implique la production systématique des effets concrets proportionnellement plus désavantageux pour les candidatures féminines, précisément en raison de leur sexe. En d'autres termes, l'adoption ... d'un traitement juridique uniforme est dû à une discrimination indirecte ».

par toute personne qui souhaite y accéder, indépendamment de son sexe; soit la stature ne doit pas être considérée comme élément déterminant de l'aptitude requise et donc elle ne peut être exigée d'un candidat, homme ou femme.

D. La problématique de la charge de la preuve en matière d'emploi

Selon les règles générales, la charge de la preuve de discrimination repose sur celui qui l'invoque. La loi admet la difficulté de l'établir et elle introduit à ce sujet un assouplissement: si l'employée ou l'employé ne parviennent pas à fournir la preuve de l'existence d'une discrimination¹⁰⁹⁵, ils peuvent se contenter de mentionner tout élément de fait utile susceptible d'établir la présomption de discrimination en des termes *précis* et *cohérents*, mais pas son caractère de *gravité*; par la suite, il incombe à la partie défenderesse de prouver la non-existence de ladite discrimination; si ce test négatif n'est pas réussi, alors la discrimination sera considérée comme constituée (art. 40, décret législatif n°198/2006).

Cet exercice opère à deux niveaux: d'une part, il intègre la force probante des faits qui, en eux-mêmes ne seraient pas suffisants (comme l'inexistence de gravité), en les plaçant dans une affaire complexe; d'autre part, il caractérise quelques faits de base, évalués en faveur de l'employé, tels les données statistiques sur le recrutement, les systèmes de rémunération, la répartition des tâches et des qualifications, les transferts, l'avancement de carrière et les licenciements. Ces cas énumérés par la loi constituent l'épine dorsale de la présomption de discrimination: cette dernière est textuellement limitée à ceux qui sont liés aux situations sur le marché du travail. Concrètement, une discrimination peut être présumée si la société X a embauché, promu, transféré, etc. un nombre proportionnellement plus élevé de personnes d'appartenance à un sexe en relation avec le groupe de destinataires possibles des mesures susmentionnées. Dans le cas de la discrimination directe, en règle générale, ce qui précède suffit pour donner la preuve de la discrimination. En effet, lorsque la discrimination directe est flagrante¹⁰⁹⁶, *ictu oculi*, il n'y a pas besoin d'avoir recours à des données statistiques, étant donné son évidence. Mais dans le jugement sur l'existence d'une discrimination indirecte, le déséquilibre entre les sexes dans la composition du groupe cible de traitement défavorable se fonde tout d'abord sur les décisions énumérées à l'art. 40, décret-loi. N°198/2006. Il est dans ce cas lié à des facteurs biologiques, historiques, économiques, sociaux, sans lien avec l'employeur individu et son organisation¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹⁵ Parce qu'ils ne peuvent pas compléter la présomption de *grave, précise et cohérente* requise par l'art. 2792 C.civ.

¹⁰⁹⁶ Par exemple, quand il prend la forme d'une offre d'emploi limitée à l'appartenance à un sexe ou un licenciement motivé expressément sur la base d'appartenance à un sexe.

¹⁰⁹⁷ La limitation de l'accès à l'emploi contre les travailleurs engagés pour travailler à temps partiel ou ceux qui ne sont pas en possession d'une certification de qualification certaine, affecte négativement un nombre proportionnellement plus important des personnes appartenant au sexe féminin. Ces cas ne peuvent porter que sur les politiques d'embauche de l'entreprise individuelle ou de l'administration. Il est nécessaire de démontrer l'existence de données quantitatives qui font référence à la situation du marché du travail national ou même à des domaines non liés à la situation d'emploi du genre défavorisé. Et la preuve de ces situations doit pouvoir être

Sans préjudice des arguments exposés pour le travailleur et conformément aux dispositions de l'art. 2697 C.civ., l'établissement de la charge de la preuve de la discrimination exige que la personne discriminée démontre, dans l'ordre: a) l'exécution d'un acte, la conclusion d'un accord ou la tenue d'un comportement qui soustrait ou refuse des avantages en raison de l'appartenance à une catégorie générale ou de son appartenance à un groupe dans lequel les membres sont beaucoup plus nombreux selon des critères, biologique, historique, économique, etc.; b) le lien de causalité entre l'effet indésirable et l'acte, le contrat et le comportement. En revanche, la reconnaissance de l'intention dans la définition réglementaire de la discrimination, n'est pas nécessaire.

Quant à l'accusé, quand il ne veut pas se contenter de réfuter le contenu, le bien-fondé ou la pertinence des allégations indésirables, il peut démontrer que le traitement en cause est justifié sur la base de l'une des justifications prévues par la loi car la loi ne prévoit aucun obstacle à constituer une discrimination indirecte.

Dans le cas de discrimination directe, la réfutation doit se référer : a) au fait que les tâches dont les femmes sont exclues sont particulièrement lourdes, selon les principes de la négociation collective ; b) au fait que l'appartenance à un sexe est une condition essentielle à l'égard de la nature du travail ou les performances, en particulier; excepté dans le secteur de la mode, de l'art ou du divertissement ; c) au fait que les éléments, sur la base desquels ont été déterminés les différents niveaux de prestations de retraite supplémentaires, sont différents pour les deux sexes ; d) à établir une corrélation entre la différence de traitement et les besoins de sécurité spécifiques de l'appartenance à un sexe.

En revanche, dans l'hypothèse de discrimination indirecte, le défendeur sera obligé de démontrer que l'exigence ou l'élément qui est indirectement à l'origine de la discrimination (stature, la force physique, un certain degré d'éducation et de formation, une certaine durée de service, la volonté de travailler à certaines heures, etc.), est essentiel à l'exécution du travail, à la nature du travail ou à la performance, et qu'il contribue à la poursuite d'un objectif légitime de l'entreprise.

III. L'interdiction de la discrimination par l'âge

A. Problématique générale

L'insertion professionnelle, visée par la directive européenne 2000/78¹⁰⁹⁸, et l'exclusion des discriminations qui était proclamée, ont constitué une véritable nouveauté dans la législation italienne du travail.

menée en faisant appel à des données quantitatives et, à des statistiques sans que cela puisse être un obstacle à la liste contenue dans l'art. 40 du décret législatif n°198/2006.

¹⁰⁹⁸ C'est la directive 2000/78/CE, 27 Novembre 2000, connue sous le nom de « directive-cadre », qui prévoit "un cadre général pour l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail".

Ce qu'il faut d'emblée souligner, c'est que le système juridique italien, tel que développé et affiné par la doctrine et la jurisprudence en matière de discrimination, avait, au fil des ans, porté son attention principalement sur certains facteurs prévus par le législateur, comme le sexe et l'origine nationale ou ethnique.

Il est donc clair que, jusqu'à il y a une dizaine d'années, ce système n'avait pas fonctionné par rapport au facteur de l'âge. Toutefois, l'art. 3 de la Constitution, ne mentionne pas expressément cet élément parce qu'il le ramène à la catégorie large et générique de «*situation personnelle*».

Une seule fois, en référence à une question spécifique, la jurisprudence a déduit de la disposition constitutionnelle précitée, en étroite liaison avec l'art. 37 3^{ème} alinéa de la Constitution, une interdiction de la discrimination liée au facteur d'âge¹⁰⁹⁹. Celle-ci n'a cependant pas affirmé en des termes généraux une interdiction globale fondée sur l'âge, mais une interdiction plus limitée relative au traitement différencié lié à des mineurs. La question discutée, sur la légalité des termes de la convention collective, qui prévoit le cumul de l'ancienneté par l'accomplissement de la vingtième année, a fourni à la Cour de Cassation¹¹⁰⁰ l'occasion d'affirmer que l'article 37, paragraphe 3 de la Constitution, sur le droit des enfants à un salaire égal pour un travail égal, "*trouve sa «matrice» dans l'art. 3 de la Constitution*". La Cour ajoute également qu'il s'agit d'une spécification à l'égard de la nécessité d'assurer les travailleurs contre l'inégalité de traitement qui ne résulte pas d'une réelle diversité des tâches, mais elle se fonde uniquement sur la situation de minorité. Pour la juridiction suprême, au contraire, il n'y a aucune pertinence, au fait que l'article 3 ne mentionne pas la minorité parmi les causes de discrimination interdites: "*le champ d'application du principe d'égalité comprend l'interdiction d'un traitement discriminatoire qui serait arbitraire, qui n'est pas rationnellement justifiée pour une variété de situations*".

La Cour précise que la configuration ainsi proposée, qui considère le principe de l'égalité de rémunération de l'enfant comme une simple spécification du principe de non-discrimination, serait déduit de l'art. 3 de la Constitution et d'autres principes constitutionnels, ainsi que de la législation ordinaire, comme l'article 15 du Statut des travailleurs, et des sources communautaires et internationales¹¹⁰¹. La Cour de Cassation conclut enfin sa position avec un rappel à la décision de la Cour constitutionnelle de 1989 sur l'égalité de traitement dans les relations entre les individus ; il s'agit de rechercher toujours si la base de différence de traitement constitue une justification raisonnable. Dans cette optique, plusieurs décisions, avant 2003, ont explicitement affirmé la nullité des mesures ciblées sur les travailleurs d'un certain âge¹¹⁰².

¹⁰⁹⁹ E. Pasqualetto, *L'età di accesso al lavoro tra tutele, differenziazioni e discriminazioni*, Padova : CEDAM, 2013, p.203 ss.

¹¹⁰⁰ Cass. sez. lav., 8 Janvier 1991, n°71.

¹¹⁰¹ Nous soulignons qu'il y a une coïncidence entre ces arguments et ce que la Cour de Justice a affirmé en 2005 dans la célèbre et contestée décision sur l'interdiction de la discrimination par l'âge, *Mangold*.

¹¹⁰² Au contraire, il semble que les tribunaux du travail, sur les rares occasions où ils ont été appelés à faire face à des problèmes similaires, ont généralement opéré dans la direction opposée.

La disposition du Décret Législatif n°216/2003, qui est consacré à la protection judiciaire des droits, vise à réprimer tout comportement discriminatoire manifesté dans une relation de travail.

Par rapport à 1970 étaient, en particulier, précisées les solutions techniques nécessaires pour lutter contre les différenciations inégalitaires qui, malgré les interdictions, ont été effectivement mises en œuvre. Le texte original de l'article 4 du décret législatif n°216/2003 a également été modifié par l'art. 28 du décret législatif n°150/2011¹¹⁰³. Les litiges relatifs à la discrimination d'âge, ainsi que d'autres facteurs interdits, doivent être tranchés par le tribunal à la suite du nouveau texte qui permet à la personne discriminée et selon une procédure assez souple d'obtenir satisfaction. En effet, le tribunal peut ordonner au défendeur de payer des dommages-intérêts, y compris pour le préjudice moral, d'ordonner la cessation du comportement préjudiciable, ou d'adopter toute autre mesure pour arrêter les effets dommageables. Il va donc bien au-delà de la lettre de l'art. 15 du Statut des travailleurs qui ne réussit pas à donner des pistes décisives satisfaisantes dans les cas où la nullité de l'acte ou de l'accord n'a pas été effectivement prononcée¹¹⁰⁴.

Afin de prévenir la conduite interdite, le tribunal peut également ordonner, dans le délai fixé dans la décision, un plan pour l'élimination de la discrimination établie (art. 28, paragraphe 5 du décret-législatif n°150/2011). Et aussi la publication de la décision dans un journal ayant une diffusion large, ce qui est susceptible de renforcer le caractère dissuasif de la sanction. Peut aussi être appliquée la sanction (onzième alinéa de l'art. 44 du texte consolidé, visé à l'art. 4, paragraphe 2, du décret législatif n°216/2003) consistant en la suppression de certains avantages (passation des marchés et des facilités financières ou de crédit) accordés par le gouvernement ou par des organismes publics à des entreprises responsables des comportements discriminatoires¹¹⁰⁵ ; à cela s'ajoutent, éventuellement, les poursuites en vertu de l'art. 388, paragraphe 1 du Code pénal, en cas de non-respect de la décision judiciaire.

Ce qu'il faut aussi mentionner, car c'est un élément caractéristique du droit italien, c'est la possibilité d'entreprendre une action collective, exercée par certains organismes à la fois « *au nom ou en soutien de la victime de la discrimination* » (art. 5, paragraphe 1 du décret législatif n°216/2003, tel que modifié par la loi n°101/2008). Cette action est basée sur une initiative indépendante, « *si les personnes lésées par la discrimination ne sont pas directement et immédiatement identifiables* » (art. 5, paragraphe 2, du décret législatif n°216/2003, tel que modifié par la loi n°101/2008).

Cela dit, il convient de souligner qu'une recherche plus approfondie sur la jurisprudence formée après l'entrée en vigueur du décret législatif n°216/2013 conduit à un résultat évident: le nombre de cas portant sur la discrimination par l'âge dans les relations entre les individus

¹¹⁰³ G.P. Pellegrini, « Art. 28. Delle controversie in materia di discriminazione » in C. Consolo (dir.), *Codice di procedura civile commentato, La semplificazione dei riti*, Milano : Ipsoa, 2012, pp. 361 ss.

¹¹⁰⁴ A. Palladin, « L'attuazione delle direttive comunitarie contro le discriminazioni di razza, etnia, religione o convinzione personale, handicap, età e orientamento sessuale », in *Massime di giurisprudenza del lavoro*, 2004, p. 52.

¹¹⁰⁵ Cette phrase peut, dans des cas graves, étendre l'exclusion des mêmes prestations pour une période pouvant atteindre deux ans.

est très faible, et les violations qui auraient été commises par les employeurs lors de l'accès au travail restent rares. Parmi quelques jugements qui vont dans ce sens, la majorité se réfère à la discrimination faite par des accords syndicaux, conçus exactement pour avoir un impact sur un certain nombre de relations de travail. La différenciation injustifiée de traitement dans ces cas, découle, par conséquent, d'une norme et elle est établie avant même l'acte de gestion de la relation.

Un autre exemple, concernant une mesure prise par un employeur contre son employé, est l'arrêt de la Cour de Bari du 25 Juillet 2011, dans lequel le juge a vérifié la compatibilité de la mesure litigieuse avec la législation anti-discrimination ; ce qui est entré en ligne de compte, ce n'est pas la norme qui permet aux pouvoirs publics de mettre fin unilatéralement à l'emploi des salariés ayant des contributions jusqu'à quarante ans, mais la discrimination qui en résulte par l'employeur, le demandeur étant réputé indirectement discriminé. Le résultat du jugement est néanmoins favorable à l'administration, sur la base des critères de proportionnalité, du but légitime poursuivi et des ressources nécessaires et appropriées utilisées pour sa réalisation.

Ceci étant, il importe de signaler que trop souvent c'est le manque de preuves qui explique le nombre limité d'arrêts en matière de pratiques discriminatoires par l'âge, en particulier au stade de l'accès à l'emploi.

En fait, le critère de l'âge, contrairement à d'autres pris en compte par la législation anti-discrimination, n'est pas structuré de sorte à permettre de comparer d'une manière schématique certains groupes de travailleurs à d'autres, comme c'est, par exemple, le cas du critère du genre ou de l'invalidité. Les comparaisons ne sont pas faciles à réaliser, par exemple, lorsqu'il est question de "*jeunes travailleurs*" ou "*ouvriers certainement plus âgés*"; il n'y a pas de concept juridique commun susceptible d'effectuer le partage entre « *jeunes* » et « *vieux* ». De même, les différences de traitement peuvent aussi exister entre personnes du même âge, si bien qu'il peut être vraiment difficile de dire si une différence de traitement résulte réellement de l'âge.

B. La directive 2000/78 et le droit national italien

L'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge, ainsi que la portée limitée de la disposition concernée, ne produisent pas d'effets importants. De même, en matière de législation européenne, la directive 2000/78, qui définit les concepts de discrimination directe et indirecte, et qui identifie les circonstances permettant d'exclure une variété de situations, n'a pas beaucoup de conséquences juridiques. La loi et le décret législatif n°216/2003, qui se sont alignés sur cette approche, essaient de fournir un cadre national, évitant ainsi à la notion interne de la discrimination d'avoir une portée plus large que la notion de communauté d'origine.

1. L'article 6 de la directive 2000/78

Comme mentionné précédemment, l'art. 6 de la directive est spécifiquement dédié à la discrimination par l'âge. Son application pose de nombreux problèmes. Le texte, sous la rubrique « *justification des différences de traitement fondées sur l'âge* » admet généreusement que les États membres considèrent un traitement différent lié à l'âge comme justifié, puisque n'entrant pas en conflit avec l'objectif communautaire de « *promotion de la diversité dans l'emploi* », ou avec les autres objectifs définis dans les lois nationales sur l'emploi.

Selon l'art. 6, les différences de traitement fondées sur l'âge prévues dans la législation nationale peuvent être considérées comme justifiées si elles remplissent certaines conditions. Tout d'abord, elles doivent être objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime, y compris dans le cadre des politiques d'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle; d'autre part, il est nécessaire que les ressources utilisées pour la poursuite de cet objectif soient appropriées et nécessaires¹¹⁰⁶.

La clause générale est accompagnée d'une liste indicative des situations où la différence de traitement semble être assez bien acceptée *a priori*, mais dont la lecture doit se faire à la lumière du contexte global de la clause elle-même. Il s'agit des mesures invoquées à titre d'hypothèses qui doivent toujours être vérifiées par les exigences précitées. En conséquence, les exemples cités par le législateur communautaire concernent la définition, par chaque État membre, des « *conditions spéciales d'accès à l'emploi et la formation professionnelle, l'emploi et les conditions de travail, y compris licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et les travailleurs avec leurs responsabilités familiales afin de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection* ». Sont considérées comme acceptables, d'une part, « *la fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans le service d'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi* » et, d'autre part, « *la fixation d'un âge maximum pour le recrutement basé sur les exigences de formation du poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite* ».

Les exceptions que la loi admet peuvent donc être introduites en conformité avec l'interdiction de la discrimination selon l'âge surtout quand les mesures prises sont conçues pour promouvoir l'emploi des groupes particuliers identifiés précisément en fonction de l'âge. Mais, selon la Cour, dans une telle hypothèse, c'est sur les États que repose le « *fardeau de prouver la légitimité de l'objectif invoqué comme une justification* ».

¹¹⁰⁶ E. Pasqualetto, L'età di accesso al lavoro tra tutele, differenziazioni e discriminazioni, op.cit., p. 235.

2. L'article. 3, paragraphe 4 bis et 4 ter du décret législatif n. 216/2003

L'art. 6 de la directive a été transposé par l'art. 3, paragraphes 4-bis et 4 ter du décret de 2003¹¹⁰⁷. Cependant, très vite on a constaté que l'écriture de la loi nationale s'écartait du texte communautaire et que sa conformité aux dispositions de la directive était douteuse. En effet, la technique mentionnée du test de proportionnalité ne faisait pas référence au caractère "*approprié et nécessaire*" pour introduire des différences légitimes de traitement par âge. Cela a suscité des critiques de la doctrine, qui contestait en particulier l'expression utilisée par le législateur qui évoquait une référence générale "*aux fins légitimes de la politique de l'emploi ou le marché du travail*" dont le caractère vague pourrait conduire à considérer tolérable pratiquement tous les types de différenciation liée à l'âge et aboutir à empêcher la poursuite de la discrimination faite à cause de ce facteur.

La Commission européenne, en janvier 2008, a invité l'Italie (et 11 autres pays européens) à mettre en œuvre pleinement et correctement la directive 2000/78. Le législateur italien, en particulier, s'est vu reproché d'avoir introduit des traitements différenciés en raison de l'âge plus larges que ceux autorisés par la directive. Le texte actuel de l'article 3, avec de nouveaux paragraphes 4-bis et 4-ter, est donc l'aboutissement d'un travail de mise en conformité avec les normes de l'UE.

Cela ne veut pas dire, cependant, que tous les doutes d'une transposition incorrecte des principes de l'UE ont été résolus de façon permanente. En réalité, l'art. 6 de la directive semble exiger du législateur national d'identifier spécifiquement et de manière exhaustive les cas dans lesquels les exceptions à l'interdiction sont justifiées. En faveur de ces considérations, le considérant n°25 précise que « (...) *des dispositions spécifiques peuvent varier selon la situation des États membres* ». La Commission européenne s'est exprimée dans ce même sens, en précisant que l'article 6, par. 1, exige l'adoption d'une mesure nationale spécifique qui reflète un ensemble de circonstances et des objectifs particuliers¹¹⁰⁸.

Afin de donner une certaine souplesse à ces considérations, l'article 16 de la directive prévoit que les États membres doivent prendre les mesures nécessaires pour assurer, d'une part, que toutes les dispositions législatives et réglementaires contraires au principe de l'égalité de traitement soient supprimées ; et, d'autre part, que toutes les dispositions qui vont dans le même sens et qui sont contenues dans les contrats de travail, les conventions collectives, les règlements internes des entreprises, ainsi que les règles régissant l'auto-entrepreneuriat et les organisations de travailleurs et les employeurs, puissent être déclarées nulles et non avenues, ou modifiées. Grâce à la mise en œuvre de la directive, en d'autres termes, seront supprimées

¹¹⁰⁷ Mais l'article. 3, paragraphe 4, précise à condition que les dispositions de la directive puissent s'intégrer dans les dispositions internes qui imposent un traitement différencié, qu'elles soient liées à *la nature particulière de la relation* ou l'objectif légitime de la politique du travail, du marché du travail et de la formation professionnelle, qu'elles puissent avoir comme cibles spécifiques les adolescents, les jeunes, les travailleurs âgés ou les personnes à charge. P. Chieco, « *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione* », *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro.*, 2002, p. 104. ; L. Galantino, « *Lo svolgimento del rapporto di lavoro e le discriminazioni relative all'età* », *Diritto delle Relazioni Industriali*, Vol.4, 2005, p.954.

¹¹⁰⁸ E. Pasqualetto, *L'età di accesso al lavoro tra tutele, differenziazioni e discriminazioni*, op.cit.,p. 239 ss.

toutes les règles de droit interne jugées incompatibles avec l'interdiction de la discrimination par l'âge. Mais le résultat est loin d'être certain, surtout compte tenu de la solution exigeante adoptée par la législation italienne avec l'art. 3, paragraphes 4-*bis* et 4-*ter* du décret législatif n°216/2003. Celui-ci contient simplement une clause générale conforme à l'art. 6 de la directive, même si une telle clause est alors accompagnée d'une liste d'exemples.

Ce que l'on peut dire c'est qu'il y a un réseau dense de règles de droit communautaire et de droit interne, avec des articulations complexes qui touchent en particulier l'efficacité des directives, selon que leur mise en œuvre a eu lieu correctement ou non, selon que les dispositions communautaires peuvent produire un effet direct ou non, selon que les rapports que ces dispositions visent à réglementer se situent entre des parties privées, ou, au contraire, impliquent l'État.

Le fait que le législateur ait réaménagé dans son droit interne l'article 6, a produit un certain nombre de conséquences. En effet, au-delà des relations entre les différentes règles du droit interne, il convient de constater que la règle de l'art. 3, paragraphe 4-*bis* du décret législatif n°216/2003, est soumise à certaines dispositions à condition qu'elles remplissent les critères de jugement anti-discrimination. L'absence d'une relation hiérarchique de la règle qui contient la clause générale sur les justifications, oblige à évaluer la légalité de cette dernière non pas par rapport au droit national mais par rapport au conflit avec le droit communautaire.

Partiellement différent est le raisonnement qui concerne les mesures qui différencient selon l'âge et qui sont introduites dans l'ordre national italien par d'autres sources telles que réglementaires et administratives, les contrats de travail et les conventions collectives ou le règlement intérieur de l'entreprise¹¹⁰⁹ ; l'article 16 de la directive impose aux législateurs nationaux d'agir positivement afin que ces mesures soient abolies ou modifiées.

Conclusion

En guise de conclusion, l'on pourrait affirmer que le droit italien a évolué d'une conception générale et abstraite de l'égalité vers la mise en évidence et la prise en compte de certains éléments précis qui ont rendu possible la concrétisation normative du principe. Ainsi, le *traitement égal* a-t-il permis l'introduction des critères de proportionnalité et de différenciation selon les situations factuelles. Le *traitement égal* est devenu l'angle sous lequel on aborde pratiquement tous les cas litigieux. A l'égalité juridique abstraite-formelle s'associe par conséquent une égalité substantielle susceptible de favoriser la jouissance effective des droits en question.

¹¹⁰⁹ Des règles identiques sont contenues dans les «*directives de deuxième génération*» : l'art. 14 de la directive 2000/43 sur l'égalité de traitement sans distinction de race et d'origine ethnique; art. 13 de la directive 2004/113 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès aux biens et services; l'art. 23 de la directive 2006/54 mettant en œuvre le principe de l'égalité des chances et l'égalité de traitement des hommes et des femmes en matière d'emploi et de profession.

**SECTION 4 : LES PRINCIPES DE NON DISCRIMINATION ET D'ÉGALITE DANS
LE DISCOURS DU JUGE ALLEMAND**

Introduction

La Loi fondamentale (LF) est pour une large part une réaction à l'ordre nazi. L'énonciation des droits fondamentaux aux 19 premiers articles en est la première manifestation. L'existence de limites au pouvoir de révision de la Constitution à l'article 79 al.3 en est une seconde. Enfin, les pouvoirs conférés à la Cour constitutionnelle, et notamment son rôle de gardienne des droits fondamentaux en est une troisième.

Afin de pouvoir étudier les principes de non-discrimination et d'égalité dans le discours du juge allemand, il est nécessaire de faire des remarques préalables sur les pouvoirs de la Cour constitutionnelle (2) ainsi que sur la construction juridique des droits fondamentaux en droit allemand (1).

1. La construction juridique des droits fondamentaux en droit allemand

Comme le souligne Olivier Jouanjan, « *la construction juridique des droits fondamentaux [...] donne un tour particulier aux méthodes juridictionnelles allemandes* » et « *permet aussi, dans une certaine mesure de comprendre certaines différences existant entre les méthodes d'application du principe d'égalité devant la loi entre le juge allemand et le juge français* »¹¹¹⁰. Certes, les droits fondamentaux sont tout d'abord considérés comme des « droits publics subjectifs », ils « *sont destinés en première ligne à préserver la sphère de liberté de l'individu contre le pouvoir étatique* »¹¹¹¹. Et outre cette approche négative de protection face à l'Etat, un versant positif implique le droit à prestation envers l'Etat¹¹¹².

Parmi les droits fondamentaux, seul le principe de dignité humaine bénéficie d'une protection spécifique par le biais de l'art.79 al.3 LF, mais ils font par ailleurs l'objet d'une protection dans leur globalité sur la base de l'art.1 al.3 LF qui énonce que « *les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable* ». Au-delà des versants négatifs et positifs susvisés, les droits et valeurs servent d'orientation au juge constitutionnel qui peut ainsi « *légitimer certaines de ses méthodes d'interprétation, et, notamment, l'interprétation systématique* »¹¹¹³. Selon une jurisprudence constante, la Cour affirme ainsi qu' « *une disposition constitutionnelle ne peut être interprétée de façon isolée, [mais qu'] elle doit être interprétée à l'aune du contexte de la*

¹¹¹⁰ O. Jouanjan, Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, op.cit., pp.163-164

¹¹¹¹ BVerfGE 7, 198 (1^{er} sénat 15 janvier 1958 Lüth : p.204, pt.25)

¹¹¹² Autexier pt.110

¹¹¹³ O. Jouanjan, Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, op.cit., pp.173

Constitution »¹¹¹⁴. Ainsi, si un conflit juridique entre personnes privées au sujet de règles de droit civil reste au plan matériel et procédural un conflit de droit civil¹¹¹⁵, « *le juge a l'obligation constitutionnelle de contrôler si les droits fondamentaux ont un effet sur les dispositions matérielles de droit civil qu'il doit appliquer* », car « *tel est le sens de la soumission aux droits fondamentaux qui vise aussi le juge civil (art.1 al.3 LF)* »¹¹¹⁶.

La Cour impose par ce biais « *à l'administration et au juge de tenir compte des droits fondamentaux dans leur activité d'interprétation et de mise en œuvre des règles de droit* »¹¹¹⁷. Par cette dimension objective, elle « *contraint le juge, même dans des litiges de nature civile où le plaignant ne peut invoquer contre le défendeur un droit fondamental qui ne peut être exigé que de la puissance publique, à ne pas ignorer [...] « l'effet d'irradiation des droits fondamentaux » (Ausstrahlungswirkung) sur les autres branches du droit, sans toutefois que le juge constitutionnel soit ainsi habilité à se transformer en instance de « super-révision* » »¹¹¹⁸. Le « *traitement objectif des droits subjectifs* » permet aussi « *dans une mesure relative, de faire jouer un rôle aux droits fondamentaux dans les relations entre personnes privées* », un « *effet horizontal (Drittwirkung)* », sans que la Cour reconnaisse une opposabilité directe de ces droits dans les relations entre personnes privées¹¹¹⁹.

A la base de cette jurisprudence se trouvent trois principes qui constituent le socle des valeurs de l'ordre constitutionnel allemand : la dignité, qui par sa nature intangible occupe la place principale, le libre développement personnel, et l'égalité devant la loi qui universalise les deux premiers en reconnaissant « *à tous la même dignité et la même liberté* »¹¹²⁰. Ainsi, la Cour énonce que la dignité implique « *de se déterminer et se développer soi-même en toute liberté* » et qu' « *au sein de la société, chaque individu doit, par principe, être reconnu comme un membre égal en droits ayant sa valeur propre* »¹¹²¹. Ce système de valeurs a une fonction d'intégration dans le sens utilisé par Rudolf Smend dont la théorie a inspiré la jurisprudence constitutionnelle¹¹²². Selon Rudolf Smend, les citoyens doivent partager des buts et des valeurs pour qu'une intégration matérielle soit possible, sachant que ces buts et valeurs ne doivent pas être imposés de l'extérieur, mais doivent être intrinsèques à la communauté qui les réalise.

¹¹¹⁴ BVerfGE 39, 334 (2^e sénat 22 mai 1975 Extremistenbeschluss) pt.96.

¹¹¹⁵ BVerfGE 7, 198 Lüth (p.205, pt.28) : « La portée juridique du droit fondamental en tant que norme objective se déploie en droit privé par l'intermédiaire des dispositions qui s'imposent directement dans ce domaine » ; (Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften).

¹¹¹⁶ BVerfGE 7, 198 Lüth. (p.206, pt.130).

¹¹¹⁷ Autexier pt.111

¹¹¹⁸ Autexier pt.111. Les passages cités sont issus de la décision Lüth : BVerfGE 7, 198 (207, pt.31).

¹¹¹⁹ O. Jouanjan, Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, op.cit. pp.173-174

¹¹²⁰ *Ibid.*, p.170. Dans le même sens voir : Kirchhof, Der allgemeine Gleichheitssatz In: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 1992, §124, pts.194 et s. L'auteur souligne que « *ce qui sous-tend ce contrôle renforcé des violations du principe d'égalité dans le champ d'application d'une liberté fondamentale est l'idée de statut d'égalité (statusgleichheit) de tous les Hommes qui s'enracine dans la dignité humaine et les droits de la personnalité (allgemeinen Persönlichkeitsrecht) en tant que normes centrales de protection des droits fondamentaux* ».

¹¹²¹ BVerfGE 45, 187 (1^{er} sénat 21 juin 1977 Lebenslange Freiheitsstrafe) (p.257, pt.144).

¹¹²² En ce sens Peter Badura, Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre. Zum Tode von Rudolf Smend, Der Staat, t.16, 1977 : décisions citées pp.305-306

Dans ce contexte, la substance de l'Etat réside dans la fonction de réalisation de ces valeurs et la Constitution ne fait que les positiver¹¹²³.

A cet égard, la Cour constitutionnelle souligne que la Loi fondamentale « *ne veut pas être un ordre neutre* », mais a au contraire « *érigé dans sa section relative aux droits fondamentaux un ordre objectif de valeurs* » qui « *s'impose comme choix constitutionnel fondamental à toutes les branches du droit* »¹¹²⁴. Dans cette perspective, les partis politiques sont notamment vus comme « *des éléments intégrateurs de l'organisation et de la vie politique mise en place par le droit constitutionnel* »¹¹²⁵, mais dans le même temps l'article 21§2 LF permet de dissoudre un parti portant atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique¹¹²⁶. En effet, la Loi fondamentale ne se contente pas d'énoncer des droits et valeurs, elle les inscrit dans le cadre d'une « *démocratie militante* » (Streitbare Demokratie), expression signifiant notamment que les droits fondamentaux ne peuvent être invoqués afin de remettre en cause l'ordre libéral et démocratique de la Constitution¹¹²⁷. Ainsi, dans une décision de 1975, la Cour, après avoir rappelé qu'« *une disposition constitutionnelle ne peut être interprétée de façon isolée, elle doit être interprétée à l'aune du contexte de la Constitution* », affirme qu'« *il est exclu que cette Constitution qui, à partir de l'expérience amère du destin de la démocratie de Weimar, a fondé la République fédérale d'Allemagne en tant que démocratie militante capable de se défendre, soit obligée de livrer cet Etat à ses ennemis à l'aide de l'art.3 al.3 LF* »¹¹²⁸.

L'Allemagne est l'Etat où l'intégration par les valeurs a joué un rôle essentiel comme identité commune du peuple allemand après la Seconde Guerre mondiale à travers ce qui a été qualifié de patriotisme constitutionnel, et pourtant, l'égalité n'y joue pas le rôle structurel qu'elle a dans de nombreuses constitutions européennes, à commencer par la Constitution française. Le paradoxe n'est qu'apparent puisque, comme nous l'avons vu, les droits fondamentaux servent d'orientation au juge. C'est en particulier vrai pour l'art.3 al.3 LF qui est à la fois un droit subjectif défensif et un élément objectif de l'ordre de valeur objectif de la Loi fondamentale¹¹²⁹.

¹¹²³ SMEND (Rudolf), *Verfassung und verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, 1928, rééd. in : réédité in : *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze von Rudolf Smend*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, p.215.

¹¹²⁴ BVerfGE 7, 198 Lüth. (p.205, pt.27)

¹¹²⁵ BVerfGE 1, 208 (2^e sénat 5 avril 1952 7,5%-Sperrklausel) (p.225, pt.56). Les dispositions constitutionnelles fondant le recours relevaient de la compétence des deux sénats, et finalement l'affaire a été confiée au 2^e sénat par l'assemblée plénière.

¹¹²⁶ Deux partis ont été interdits jusqu'à présent sur la base de la Loi fondamentale : le Sozialistische Reichspartei, (SRP) un parti néonazi, en 1952 (BVerfGE 2, 1 (1^{er} sénat, 23 octobre 1952 SRP-Verbot) et le Kommunistische Partei Deutschland (KPD), en 1956 (BVerfGE 5, 85 (1^{er} sénat, 17 août 1956 KPD-Verbot)). Après avoir échoué au début des années 2000, une procédure d'interdiction est actuellement en cours contre le parti d'extrême droite Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD).

¹¹²⁷ BVerfGE 30, 1 (Abhörurteil, 15 décembre 1970), p.19, pt.90

¹¹²⁸ BVerfGE 39, 334 (2^e sénat 22 mai 1975 Extremistenbeschuß) pt.96.

¹¹²⁹ En ce sens : Krieger pt.54

2. Les pouvoirs de contrôle étendus du juge constitutionnel allemand

Dans l'ordre juridique allemand qui trouve son fondement au sein de la Loi fondamentale (LF), la Cour constitutionnelle joue un rôle central. Même si elle a pu subir des attaques, ses pouvoirs et son autorité au sein de la société allemande va bien au-delà de celle du Conseil constitutionnel français.

La Cour constitutionnelle est subdivisée en deux sénats. Le premier sénat est compétent pour rendre les décisions lorsque l'objet du recours concerne essentiellement le domaine des droits fondamentaux¹¹³⁰.

Dans une décision *Gleichberechtigung* du 18 décembre 1953, deux ans seulement après son entrée en fonction, la Cour s'est reconnu un pouvoir de contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles¹¹³¹ par le biais d'une lecture systémique et téléologique des dispositions de la Loi fondamentale¹¹³². De plus, la question de conformité à l'article 79 al.3 LF lu en combinaison avec l'article 1 al.3 LF posée en l'espèce¹¹³³ dépassait le simple contrôle de constitutionnalité d'une loi constitutionnelle puisqu'elle concernait un article déjà inclus dans la Constitution, l'article 117 qui prévoit une règle transitoire dérogatoire au principe d'égalité entre les hommes et les femmes posé à l'art.3 al.2¹¹³⁴. La Cour affirme que « *la validité absolue du principe selon lequel le pouvoir constituant originaire peut tout ordonner selon sa volonté signifierait un retour à l'état d'esprit d'un positivisme dépourvu de valeur, tel qu'il a été dépassé dans science juridique et la pratique depuis longtemps* » et que pour cette raison, « *la possibilité devrait être donnée, dans des cas extrêmes, de juger supérieur le principe de la justice matérielle à celui de sécurité juridique* »¹¹³⁵. Elle oppose à l'argument de l'absence d'habilitation constitutionnelle qu'il ne s'agit que de respecter la volonté du pouvoir constituant¹¹³⁶, ce dernier ne pouvant avoir voulu des principes qu'il a choisi de déclarer intangibles, même si elle ajoute, pour relativiser le pouvoir qu'elle se confère ici, que l'hypothèse où « *les limites ultimes de la justice s[eraient] dépassées* » par un pouvoir constituant démocratique libéral est tellement improbable que « *la possibilité théorique d'une*

¹¹³⁰ Certaines des décisions citées ci-dessous ont été rendues par la seconde chambre car même si les passages cités concernent les droits fondamentaux, leur centre de gravité a conduit à écarter la compétence de la première chambre.

¹¹³¹ BVerfGE 3, 225 (décision du 1^{er} Sénat du 18 décembre 1953, *Gleichberechtigung*), p. 231.

¹¹³² Ce procédé est classique. Sur le raisonnement suivi par la Cour pour le justifier, voir L. Dechâtre, « *L'identité constitutionnelle comme limite à l'ouverture au droit international et européen en Allemagne et en France* » pp.pp.57-85 in Lagrange (E.), Hamman (A.), Sorel (J.-M.) (dir.), *Si proche, si loin, la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Société de législation comparée, 2012.

¹¹³³ Article 1§1 LF : « Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable ». Ayant à statuer dans le cadre d'une procédure de divorce, le tribunal supérieur de Francfort, auteur du renvoi préjudiciel, estimait qu'il était contraire aux principes supérieurs de sécurité juridique et de séparation des pouvoirs en tant qu'il prévoyait que des pans entiers du droit de la famille étaient abrogés avant l'adoption d'une loi d'adaptation à la Loi fondamentale.

¹¹³⁴ L'article 117§1 LF précise que « toute règle contraire à l'article 3, al. 2 reste en vigueur jusqu'à ce qu'elle ait été mise en conformité avec cette disposition de la Loi fondamentale, mais pas au-delà du 31 mars 1953 ».

¹¹³⁵ BVerfGE 3, 225 , *Gleichberechtigung*, p.232, pt.31.

¹¹³⁶ BVerfGE 3, 225 , *Gleichberechtigung*, p. 234-235, pt. 26.

« norme constitutionnelle inconstitutionnelle » s'apparente presque à une impossibilité pratique »¹¹³⁷.

« la contradiction de la loi positive à la justice atteint un niveau si insupportable que la loi en tant que « droit illégal (*unrichtiges Recht*) » doit céder devant la justice »¹¹³⁸. La Cour conclut à une exception temporaire à l'art.1 al.3 LF. Cette jurisprudence semblait abandonnée, mais elle a été de nouveau réaffirmée dans une décision de 1991 concernant les expropriations en RDA¹¹³⁹. On relativisera néanmoins sa portée en soulignant qu'il s'agit de cas particuliers, puisqu'ils concernent des règles et des décisions adoptées sous le régime nazi et le régime communiste de RDA.

Les deux seules limites aux pouvoirs de la Cour constitutionnelle sont l'absence de possibilité d'autosaisine et le recours au pouvoir constituant originaire pour revenir sur une jurisprudence. Même si jusqu'à présent aucune loi constitutionnelle n'a été déclarée contraire à l'article 79 al.3 LF, la Cour subit des critiques importantes depuis une dizaine d'années, notamment à cause de sa jurisprudence concernant les limites à l'intégration européenne. Au-delà, si elle prend soin de rappeler que « le contrôle est dans sa fonction défensive quelque chose d'essentiellement distinct de la fonction de poser le droit du législateur »¹¹⁴⁰, elle impose parfois au législateur récalcitrant des adaptations textuelles, notamment, pour ce qui nous intéresse ici, au nom du principe d'égalité¹¹⁴¹.

Parmi les procédures de saisine de la Cour constitutionnelle existantes, trois peuvent être utilisées pour contester la violation de l'article 3 LF¹¹⁴². Selon l'art.93 al.2 LF, un recours permettant de contester le droit fédéral ou le droit d'un Land au regard de la Loi fondamentale peut être exercé par le gouvernement fédéral, le gouvernement d'un Land, ou un tiers des membres du Bundestag. On relèvera en outre, que peut être également contestée dans ce cadre la compatibilité du droit d'un Land avec une règle du droit fédéral, ce qui permet en particulier de fonder un recours sur la base de la violation d'un texte visant à mettre en œuvre le principe d'égalité ou à lutter contre des discriminations. Un autre recours, prévu à art.93 al.4a. LF est ouvert à toute personne qui estime avoir été lésée par la puissance publique dans

¹¹³⁷ BVerfGE 3, 225, *Gleichberechtigung*, p.233, pt. 21.

¹¹³⁸ BVerfGE 3, 225, *Gleichberechtigung*, p. 232, pt. 21.

¹¹³⁹ BVerfGE 84, 90 (1^{er} Sénat, 23 avril 1991 *Bodenreform*), p. 121, pt. 131. Le principe, prévu dans l'accord RFA/RDA, selon lequel ces expropriations ne pouvaient être annulées a été intégré dans la Loi fondamentale au sein d'un article 143 al.3 dont la constitutionnalité était contestée par les requérants. La Cour rejette les recours en arguant que cette dérogation au droit de propriété était justifiée en tant qu'elle était une des conditions de la réunification (*Ibid.*, p. 127).

¹¹⁴⁰ BVerfGE 3, 225, *Gleichberechtigung*, p. 235-236, pt. 27.

¹¹⁴¹ Voir infra la critique concernant son interprétation extensive de la portée du contrôle sur la base de l'art.3 LF.

¹¹⁴² Article 93 LF :

« (1) La Cour constitutionnelle fédérale statue : (...)

2. en cas de divergences d'opinion ou de doutes sur la compatibilité formelle et matérielle, soit du droit fédéral ou du droit d'un Land avec la présente Loi fondamentale, soit du droit d'un Land avec toute autre règle du droit fédéral, sur demande du gouvernement fédéral, d'un gouvernement de Land, ou d'un tiers des membres du Bundestag ; (...)

4a. sur les recours constitutionnels qui peuvent être formés par quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par les articles 20, al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104; »

l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par les articles 20, al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104. L'article 3 étant inclus parmi les droits fondamentaux, il peut donc être invoqué dans ce cadre. Ce recours est plus large que le précédent puisqu'il permet de contester une décision de justice, une mesure administrative ou de toute personne publique, ainsi qu'indirectement un texte réglementaire ou législatif, que l'autorité soit fédérale ou celle d'un Land. Enfin, une question préjudicielle de constitutionnalité peut être posée par un juge dans le cadre d'un litige sur la base de l'article 100 al.1 LF¹¹⁴³. Le juge constitutionnel doit être saisi par tout juge qui doute de la constitutionnalité d'une loi au regard de la Loi fondamentale ou lorsqu'un doute existe sur l'appartenance au droit fédéral d'une règle de droit international ou sur la création de droits et obligations directs par cette règle¹¹⁴⁴. En pratique, ce sont surtout la grande majorité des contrôles de constitutionnalité concernant les principes d'égalité et de non-discrimination qui relèvent des procédures de l'art.93 al.4 et de l'art.100 al.1 LF.

Compte tenu de ces éléments, le cadre de réflexion doit être adapté. Les contours de la notion de discrimination par rapport au principe d'égalité, et la place des discriminations indirectes dans le discours du juge allemand feront l'objet d'une étude approfondie (I). Il en sera de même concernant l'étendue du contrôle du juge sur les différences de traitement pratiquées (II). Par ailleurs, nous verrons que l'impact du droit européen se manifeste non pas sur le recours au principe de non-discrimination, mais sur l'appréhension faite par le juge constitutionnel de certains critères de discrimination (III). Enfin, et surtout, étant donné le rôle essentiel qu'il joue en tant que garant des droits fondamentaux en Allemagne, la présente étude se concentrera sur le discours du juge constitutionnel (IV). Il en résulte que la place accordée par le juge à l'intention et la charge de la preuve ne seront pas examinés en tant que tels¹¹⁴⁵.

I. Définition des principes d'égalité et de non-discrimination dans le contexte allemand

L'article 3 LF inclut à la fois un principe général d'égalité et des principes spéciaux de non-discrimination. L'article 3 al.1 pose un principe général d'égalité, il dispose que « *tous les êtres humains sont égaux devant la loi* ». L'article 3 al. 2 pose un principe d'égalité entre les

¹¹⁴³ Article 100 LF

« (1) Si un tribunal estime qu'une loi dont la validité conditionne sa décision est inconstitutionnelle, il doit surseoir à statuer et soumettre la question à la décision du tribunal compétent pour les litiges constitutionnels du Land s'il s'agit de la violation de la constitution d'un Land, à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale s'il s'agit de la violation de la présente Loi fondamentale. Il en est de même s'il s'agit de la violation de la présente Loi fondamentale par le droit d'un Land ou de l'incompatibilité d'une loi de Land avec une loi fédérale.

(2) Si, au cours d'un litige, il y a doute sur le point de savoir si une règle de droit international public fait partie intégrante du droit fédéral et si elle crée directement des droits et obligations pour les individus (article 25), le tribunal doit soumettre la question à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale. »

¹¹⁴⁴ Les conditions posées sont beaucoup plus souples que celles de la question prioritaire de constitutionnalité dans le cadre français : il n'y a pas de filtre de la juridiction suprême compétente et la question n'est pas limitée aux droits fondamentaux constitutionnels.

¹¹⁴⁵ Nous verrons toutefois que l'intention a joué un rôle dans la jurisprudence constitutionnelle jusqu'au début des années 1990.

hommes et les femmes, puis, depuis 1994, inclut une disposition permettant l'adoption de mesures de discrimination positive en la matière. La première phrase énonce que les « *hommes et femmes sont égaux en droits* ». La seconde phrase ajoute que « *l'Etat promeut la réalisation effective de l'égalité en droits des femmes et des hommes et agit en vue de l'élimination des désavantages existants* ». Enfin, l'article 3 al.3 pose une interdiction de discrimination concernant une liste fermée de critères. Il énonce dans sa 1^{ère} phrase 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* ». Une 2^e phrase a été ajoutée en 1994 qui dispose que « *nul ne doit être discriminé en raison de son handicap* ».

L'article 3§1 LF confère un droit public subjectif à l'égalité de traitement et il découle de ce principe des droits créances, des droits d'accès et des droits aux prestations existantes dont ont bénéficié d'autres personnes se trouvant dans une situation comparable¹¹⁴⁶. Dans le cas de ces droits dérivés, l'obligation d'égalité doit être lue en combinaison avec d'autres normes constitutionnelles, à la différence de l'interdiction de discrimination de l'article 3§3 LF. L'art.3 al.3 LF est opposable à tout dépositaire de prérogatives de puissance publique. Les personnes juridiques ne peuvent en principe l'invoquer qu'en cas de discrimination en raison d'opinions religieuses ou politiques, les autres critères renvoyant à des éléments personnels¹¹⁴⁷.

D'autres dispositions posent des versions particulières du principe d'égalité¹¹⁴⁸, concernant les enfants légitimes et naturels (art.6 al.5)¹¹⁴⁹, l'accès à la fonction publique (art.33 al.2)¹¹⁵⁰, les droits et obligations civiques (art.33 al.1)¹¹⁵¹, le droit de vote (art.28 al.1 et art.38 al.1)¹¹⁵². On notera notamment que dans un arrêt de 1969, la Cour rejette le caractère simplement programmatique de l'art.6 al.5 LF, jugeant notamment une telle interprétation comme « *incompatible avec le lien étroit de cette disposition avec les valeurs centrales de l'ordre constitutionnel* »¹¹⁵³. Enfin, la Cour déduit de l'art.6 al.1¹¹⁵⁴ une interdiction de bien moins traiter le mariage et la famille par rapport à d'autres formes de vie commune.

¹¹⁴⁶ BVerfGE 115, 81 (1^{er} sénat 17 janvier 2006 Rechtsschutz gegen Verordnungen) (p.95) ; BVerfGE 116,1 (2^e sénat 22 novembre 2005 Einbürgerung) (p.13).

¹¹⁴⁷ Jarass, art.3, Jarass/ Pierot, pt.117 ; Krieger, pt.54, p.246.

¹¹⁴⁸ On laissera de côté l'art.107 sur la péréquation financière dont l'al.2 prévoit une compensation appropriée des inégalités de capacité financière entre les Länder.

¹¹⁴⁹ Article 6§5 LF : « La législation doit assurer aux enfants naturels les mêmes conditions qu'aux enfants légitimes en ce qui concerne leur développement physique et moral et leur statut social. »

¹¹⁵⁰ Article 33 : « (2) Tous les Allemands ont un droit d'accès égal à toutes fonctions publiques, selon leurs aptitudes, leurs qualifications et leurs capacités professionnelles. » En outre, l'alinéa 3 dispose : « La jouissance des droits civils et civiques, l'admission aux fonctions publiques ainsi que les droits acquis dans la fonction publique sont indépendants de la croyance religieuse. Personne ne doit subir de préjudice en raison de son adhésion ou de sa non-adhésion à une croyance religieuse et philosophique. »

¹¹⁵¹ Art.33 al.1 LF : « Tous les Allemands ont dans chaque Land les mêmes droits et obligations civiques ».

¹¹⁵² La 2^e phrase de l'art.28 al. LF dispose que « dans les Länder, les arrondissements et les communes, le peuple doit avoir une représentation issue d'élections au suffrage universel direct, libre, égal et secret ». L'art.38 a.1 LF énonce que « les députés du Bundestag allemand sont élus au suffrage universel, direct, libre, égal et secret. »

¹¹⁵³ BVerfGE 25, 167 (Nichtehelichkeit) (p.181, pt.37).

¹¹⁵⁴ Article 6 al.1 : « Le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'Etat ». Voir : arrêt de 1998 : BVerfGE 99, 216.

Les principes d'égalité et de non-discrimination peuvent être invoqués par toute personne physique. Dans le cas des personnes morales par contre, l'usage est limité. En effet, si l'art.19 al.3 LF dispose ainsi que « *les droits fondamentaux s'appliquent également aux personnes morales nationales lorsque leur nature le permet* », dans le cas du principe d'égalité...

A. Discrimination ou inégalité de traitement : une terminologie souple

Il convient en liminaire de relever que la version française peut tromper le lecteur. En effet, dans la version allemande de l'art.3 al.3 LF, le terme utilisé n'est pas "*diskriminiert*", mais "*benachteiligt*" qui, traduit littéralement, signifie défavorisé / lésé. Ces adjectifs et les expressions non-discrimination ou "*Benachteiligung*"¹¹⁵⁵, qui se traduit par tort / préjudice, sont utilisés sans qu'il y soit attaché une différence de signification, ou *a fortiori* de portée juridique. On relèvera que l'expression "*inégalité de traitement*" est également fréquemment utilisée comme synonyme par le juge. On trouve aussi, plus rarement, l'expression "*subir un préjudice*" ("*ein Nachteil erwachsen*") à l'art.33 al.3 LF. Aucune évolution concernant les expressions employées par le juge ne peut être mise en évidence. Pour des raisons pratiques, nous ferons ici uniquement référence à l'utilisation du terme "*Diskriminierung*" et de ses variantes (adjectifs, verbes) par le juge ou le législateur, et non par les requérants, et le tableau qui se trouve à la fin de la présente contribution récapitule uniquement les arrêts où le juge emploie le terme discrimination ou l'un de ses dérivés (adjectif, verbe).

Dès un arrêt de 1953, la Cour parle de "*discrimination interdite (verbotene Diskriminierung) par l'art.3 al.3 LF*"¹¹⁵⁶. La Cour affirme ainsi notamment que « *la réforme du droit des enfants naturels est tout autant une exigence de justice matérielle que l'égalité entre les hommes et les femmes* », « *la discrimination (Diskriminierung) qui frappe encore un groupe de personnes [...] uniquement à cause d'une « souillure de naissance », n'est pas compatible avec les droits fondamentaux que sont l'égalité et le libre épanouissement de la personnalité* »¹¹⁵⁷.

L'arrêt de 1969 susvisé concernant l'art.6 al.5 inclut ainsi par exemple trois occurrences de l'expression discrimination et le juge recourt aussi par trois fois à l'expression "*benachteiligt*"¹¹⁵⁸. De même dans son arrêt de 1992 sur l'interdiction de travail de nuit des femmes, la Cour a par quatre fois recours à l'expression d' "*interdiction de discrimination*" (Diskriminierungsverbot) posée par l'art.3 al.3 LF" et à ses dérivés et emploie parallèlement à cinq reprises *benachteiligt* et *Benachteiligung*¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁵ On trouve par exemple deux occurrences (*benachteiligen/ Benachteiligung*) dans un arrêt du 23 octobre 1951 (BVerfGE 1, 14 (2^{ème} sénat, *Südweststaat*)).

¹¹⁵⁶ BVerfGE 2, 266 (7 mai 1953 *Notaufnahme*) (p.286, pt.54).

¹¹⁵⁷ BVerfGE 25, 167 (1^{er} sénat 29 janvier 1969 *Nichtehelichkeit*) (p.179, pt.35). La Cour affirme plus loin que « le pouvoir constituant veut mettre fin à cette situation et contribuer dans le même temps par les moyens du droit, et dans la mesure du possible, à l'éradication de la discrimination (Diskriminierung) au sein de la société » (Ibid., p.183, pt.42) et que « l'enfant doit souffrir le moins possible [...] d'une discrimination (Diskriminierung) au sein de la société » (p.196, pt.66).

¹¹⁵⁸ BVerfGE 25, 167 (*Nichtehelichkeit*).

¹¹⁵⁹ BVerfGE 85, 191 (1^{er} sénat, 28 janvier 1992 *Nachtarbeitsverbot*) : La Cour emploie l'expression « *interdiction de discrimination* » au point 54 (p.207) de manière générale, et au point 62 (p.209) en lien avec le

Même dans des arrêts ne concernant pas un critère textuel ou jurisprudentiel¹¹⁶⁰ suspects, on trouve parfois une utilisation de l'expression discrimination ou d'une de ses variantes. Ainsi, dans un arrêt de 1990 concernant une loi qui posait des délais de préavis de licenciement distincts aux ouvriers et aux employés, la Cour affirme qu'elle « *doit se limiter à déclarer la disposition discriminatoire (diskriminierende) contraire à la Constitution* »¹¹⁶¹.

Pour ce qui est du législateur, on relèvera que dans la majorité des cas, il préfère utiliser égalité plutôt que non-discrimination dans l'intitulé de la loi afin de lui donner une portée plus large. Ainsi en est-il de la grande loi de 1953 sur l'égalité entre les hommes et les femmes dans le domaine du droit civil¹¹⁶² ou de la loi de 2006 transposant les directives est intitulée loi sur l'égalité de traitement (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz : AGG). Seule l'autorité administrative indépendante créée par cette dernière loi s'appelle agence de lutte contre les discriminations (Antidiskriminierungsstelle). Une loi de 1969 a quant à elle recours à une expression plus neutre puisqu'elle s'intitule loi sur la position juridique de l'enfant naturel¹¹⁶³. On notera certes que la loi de 2001 sur le partenariat de vie entre personnes de même sexe est également intitulée "*loi visant à mettre fin à la discrimination (Diskriminierung) de communautés de vie homosexuelles*". Cela ne conduit toutefois pas à mettre en évidence une tendance du législateur à recourir plutôt à l'expression non-discrimination qu'à celle d'égalité.

B. Egalité et non-discrimination : une même idée prise sous deux angles distincts

En l'absence de contrôle de constitutionnalité ou de conventionalité des lois, la problématique de l'égalité se limite au niveau de l'application du droit. Cette acception traditionnelle du principe d'égalité a conduit certains auteurs à voir une distinction majeure par rapport au principe de non-discrimination. Ainsi, Christian Tomuschat écrivait en 1981, relativement au contexte du Pacte international des droits civils et politiques, que le principe d'égalité se limite à l'application du droit, là où les garanties parallèles de non-discrimination font uniquement sens si elles lient également le législateur¹¹⁶⁴. Dès lors que non-discrimination et égalité sont opposables au législateur, il n'existe qu'une différence de degré et non de principe entre eux. Une confirmation de cette conclusion peut être trouvée dans l'art.14 de la CESDH, qui en visant une liste non exhaustive de critères de distinction interdits « *se transforme en un principe général d'égalité* »¹¹⁶⁵. C'est le point de départ d'une réflexion proposée par Georg Nolte dans laquelle l'auteur se demande si la distinction entre "égalité et non-discrimination" est essentielle.

critère du sexe. Voir pour un autre exemple, un arrêt de de 1976 qui contient une occurrence à l'expression discrimination et quatre de benachteiligen/ Benachteiligung (BVerfGE 44, 1 (1er sénat 8 décembre 1976 Nichtehelichen-Erbrecht)).

¹¹⁶⁰ Nous verrons que la Cour a en effet dégagé des critères suspects liés à la personne.

¹¹⁶¹ BVerfGE 82 126 (1er sénat 30 mai 1990 Kündigungsfristen für Arbeiter) (pt.112).

¹¹⁶² BGBl.1957 (I, p.609).

¹¹⁶³ BGBl.1969 (I, p.1243).

¹¹⁶⁴ Christian Tomuschat, "Equality and Non-Discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights", in Ingo von Münch (ed.): *Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht - Festschrift Für Hans-Jürgen Schlochauer*, 1981, pp.691 et s. (cité par Nolte p.238).

¹¹⁶⁵ G. Nolte, p.239.

Les critères de non-discriminations apparaissent comme des cas particuliers d'application du principe d'égalité.

La jurisprudence vient corroborer cette interprétation. Elle affirme que « *l'art.3 al.3 renforce le principe général d'égalité issu de l'art.3 al.1 LF en ce qu'il fixe des frontières plus étroites à la marge de manœuvre qui est accordée au législateur* »¹¹⁶⁶. De surcroît, la Cour a énoncé à plusieurs reprises que « *l'art.6 al.5 garantit un droit fondamental qui doit être vu comme une expression particulière du principe général d'égalité* »¹¹⁶⁷. De même, elle a parlé de « *concrétisations du principe d'égalité par la Constitution elle-même, telles que, à côté de l'art.3 al.2 et 3, par exemple aussi dans l'art.6 al.5, l'art.9 al.3, l'art.28 al.1* »¹¹⁶⁸, ou encore précisé qu' « *en vertu de l'art.3 al.3 LF [...], le principe d'égalité de l'art.3 al.1 LF est formalisé et les opinions politiques en tant que critère fondant une discrimination ou un privilège sont interdites* »¹¹⁶⁹.

La Cour affirme que l'art.3 al.2 LF va au-delà de l'interdiction de discrimination posée par l'art.3 al.3 LF en ce qu'elle « *pose une obligation d'égalité* » et que cette obligation « *s'étend aussi à la réalité sociale* »¹¹⁷⁰ gesellschaftliche Wirklichkeit (au sein de la société/sociétale). « *Au-delà d'une [...] inégalité de traitement directe, les effets distincts pour les hommes et les femmes d'une réglementation ont aussi de l'importance au regard de l'art.3 al.2 LF* » (hinaus erlangen für Art. 3 Abs. 2 GG ebenfalls Bedeutung)¹¹⁷¹.

Les critères visés par l'interdiction de discrimination à l'art.3 al.3 bénéficient en théorie d'une protection renforcée par rapport à celle issue de l'article 3 al.1 LF. En partant de la dogmatique de l'égalité en Allemagne, « *l'incidence pratique de cette distinction découle de la différence de degré d'exigence en matière de justification d'une inégalité de traitement* »¹¹⁷². Quand l'Etat a recours à un critère douteux, l'inégalité de traitement est, dans le doute, considérée comme illégale.

Une tendance de l'égalité au profit de la non-discrimination peut être constatée au sein des Constitutions des Etats membres de l'OSCE¹¹⁷³. Les Constitutions les plus anciennes incluent seulement un principe général d'égalité, là où les Constitutions plus récentes, comme en Allemagne, ajoutent pour la plupart à ce dernier des interdictions de discrimination particulières. Georg Nolte relève même que certaines Constitutions présentent d'abord des critères de discrimination et uniquement dans un second temps le principe général d'égalité (Croatie, Slovénie par exemple), et que d'autres renoncent même à évoquer un tel principe général d'égalité (Hongrie, Suède), même si l'auteur souligne qu'il s'agit dans ce dernier cas

¹¹⁶⁶ BVerfGE 85, 191 (1er sénat, 28 janvier 1992 Nachtarbeitsverbot) (p.206, pt.53).

¹¹⁶⁷ BVerfGE 25, 167 (1^{er} sénat 29 janvier 1969 Nichtehelichkeit) (p.173, pt.20); BVerfGE 44, 1 (1er sénat 8 décembre 1976 Nichtehelichen-Erbrecht) (p.18, pt.64).

¹¹⁶⁸ BVerfGE 3, 225 (décision du 1^{er} Sénat du 18 décembre 1953, Gleichberechtigung) (p.240, pt.39).

¹¹⁶⁹ BVerfGE 39, 334 (2^e sénat 22 mai 1975 Extremistenbeschuß) (p.368, pt.93).

¹¹⁷⁰ BVerfGE 85, 191 – (1er sénat, 28 janvier 1992 Nachtarbeitsverbot) (p.207, pt.54).

¹¹⁷¹ BVerfGE 113, 1 (1^{er} sénat 5 avril 2005 Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung) Pt.52, pp.15-16

¹¹⁷² G. Nollte, p.236.

¹¹⁷³ G. Nollte, pp.239-240.

d'exemples isolés et non de marqueurs d'une tendance. Il estime toutefois que le mouvement de l'égalité vers la non-discrimination ne doit pas être exagéré, et souligne qu'une dernière catégorie d'Etats européens combinent principe d'égalité et critères de non-discrimination au sein d'une même disposition à l'instar de la France¹¹⁷⁴.

Contrairement à l'Allemagne, plus de la moitié des Etats membres de l'OSCE n'inclut pas l'égalité dans la liste des droits fondamentaux mais parmi les principes structurels de l'Etat, à l'instar de la France, et que dans la plupart de ces Etats, il a un rôle symbolique au-delà de son caractère défensif de protection de la personne ou du groupe, une fonction positive constitutive d'une société (*Gemeinschaftskonstituierende*)¹¹⁷⁵. Cette fonction n'est pas mise en avant dans le cas allemand où l'égalité est placée volontairement après la garantie générale des libertés fondamentales.

Intérêt du principe de non-discrimination par rapport au principe d'égalité.

Il peut sembler plus pertinent d'utiliser les interdictions de différenciation explicitement visées dans une convention que le principe général d'égalité si l'on considère les conceptions divergentes existant entre les Etats relativement à ce qui peut constituer un motif légitime de différenciation.

Au niveau des conventions internationales, la nette tendance en faveur de l'affirmation de la non-discrimination au détriment de l'égalité s'explique par la considération qu'elles n'ont pas pour objet de fonder une communauté politique et que le problème de la discrimination raciale est au cœur de la constitution de la communauté internationale d'après-guerre¹¹⁷⁶. De plus, il convient de souligner que le principe général d'égalité a existé bien avant que des interdictions de discrimination ne soient développées¹¹⁷⁷.

Les différences textuelles au sein des Constitutions et des conventions ne suffisent pas à expliquer les différences importantes au niveau de la pratique juridictionnelle. Une comparaison proposée par Georg Nollte entre les pratiques américaine et allemande¹¹⁷⁸ permet également de mieux comprendre le discours du juge constitutionnel de Karlsruhe.

Aux Etats-Unis, seule l'égalité de protection des lois est visée par la Constitution, et pourtant le juge constitutionnel a développé à partir de la décision *The Slaughterhouse cases* une interdiction de discrimination raciale qui a joué un rôle fondamental, là où l'obligation de fondement raisonnable à une différence de traitement est complètement occultée. A l'inverse en Allemagne, les interdictions de discrimination jouent, à l'exception de celle concernant le sexe, un rôle secondaire. Bien entendu, la discrimination raciale joue un tout autre rôle aux Etats-Unis qu'en Allemagne, mais comme le relève Georg Nollte, la raison principale se

¹¹⁷⁴ Article 1 de la Constitution de 1958 : La France « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

¹¹⁷⁵ Kirchof supra pp.855 et s et G. Nollte, p.241.

¹¹⁷⁶ G. Nollte, p.250.

¹¹⁷⁷ Souligné notamment par G. Nollte, p.237.

¹¹⁷⁸ G. Nollte, pp.243-246.

trouve dans la compréhension qu'a le juge de son pouvoir de contrôle par rapport au législateur. Ainsi, aux Etats-Unis, l'intensité du contrôle a reculé suite à la crise entre le Président et la Cour dans le cadre du contrôle des textes du New Deal¹¹⁷⁹, et la concentration de la Cour sur la protection du droit des minorités a eu des conséquences sur l'interprétation du principe d'égalité. A l'inverse, les juges de Karlsruhe ont affirmé un contrôle strict des empiètements sur ce principe, et en dépit de critiques, ses décisions ont jusqu'à présent bénéficié d'un large soutien au sein de la société allemande.

Aux Etats-Unis, les juges de la Cour suprême affirment que « *si une loi n'entrave pas un droit fondamental ni ne vise un groupe suspect, [ils] soutiendront[t] la classification législative aussi longtemps qu'elle présente un lien raisonnable avec un but légitime quelconque* »¹¹⁸⁰. De plus, non-discrimination et égalité y sont bien plus distincts que ce n'est le cas en Allemagne où la majorité de la doctrine considère que les principes inclus à l'art.3 al.3 LF ne sont que des expressions particulières d'une même idée.

D'un point de vue dogmatique en droit allemand, il y a une distinction entre non-discrimination et égalité. L'intensité du contrôle n'est pas la même, même si en pratique, nous verrons que l'opposition n'est pas si stricte. Le principe d'égalité y est renforcé par le recours au principe de proportionnalité en cas de besoin, et des critères suspects de différenciation peuvent être déduits d'autres droits fondamentaux, ce qui relativise la spécificité du régime juridique des interdictions de discrimination posées à l'art.3 al.3 LF. « *Il en résulte un principe d'égalité unitaire qui comprend des différenciations plus ou moins suspectes conformément à une échelle mouvante et soumet à un contrôle au cas par cas* ».

L'art.3 al.2 pose dans sa 1^{ère} phrase un principe de stricte égalité entre les hommes et les femmes. La 2^e phrase pose un principe de promotion qui permet de justifier une inégalité au profit des femmes pour corriger une inégalité de fait. La Cour affirme que l'art.3 al.2 LF a une véritable portée juridique, qu'il ne s'agit pas uniquement d'une simple disposition programmatoire. Elle estime qu'une telle interprétation reviendrait en effet à « *méconnaître l'importance de la disposition en tant que concrétisation du principe général d'égalité* (art.3 al.1 LF) »¹¹⁸¹.

Portée de l'obligation : négative/positive? Élément de distinction entre égalité et discrimination

La majorité de la doctrine estime qu'aucune obligation de protection, de réalisation concrète de la part de l'Etat (obligation positive), ne découle du principe général d'égalité posé à l'article 3§1 LF¹¹⁸². En effet, « *le caractère formel du principe général d'égalité s'oppose à la déduction d'une obligation de protection car le principe d'égalité n'inclut pas de domaine*

¹¹⁷⁹ Voir pour des détails sur ce point, L. Dechâtre, *Le Pacte fédératif européen*, Thèse en droit, Université Panthéon-Assas, 2012, pts.694 et s.

¹¹⁸⁰ *Romer v. Evans* 517 US 620 1996, 9.

¹¹⁸¹ BVerfGE 3, 225 pp.239-240, pt.39.

¹¹⁸² Voir : Krieger : 232.

matériel digne de protection »¹¹⁸³. L'effet direct en droit privé (Drittwirkung) du principe d'égalité fait l'objet de débats : les personnes privées ne peuvent en principe se le voir opposer, la raison en est que son contenu est « *trop abstrait pour en déduire des obligations à l'égard de personnes privées* »¹¹⁸⁴. Par contre, le juge doit l'appliquer et le faire respecter dans les relations horizontales, et il doit toujours faire une interprétation conforme de la loi à son égard. Il existe toutefois certaines obligations de protection comme dans le cas où des personnes privées ont une compétence de réglementation. Ainsi, si les parties à une convention collective ne sont pas directement liées par les droits fondamentaux, une obligation de protection oblige les juridictions compétentes en matière de droit du travail à refuser tout caractère contraignant à des accords collectifs qui conduiraient à des différenciations contraires au principe d'égalité¹¹⁸⁵.

Il en va différemment lorsque les critères qui sont des éléments essentiels de la personnalité d'un individu sont le fondement d'une discrimination systématique.

Dans une décision concernant le §611a du BGB, la Cour constitutionnelle a déduit une obligation de protection des §2 et 3 de l'article 3 de la part du législateur et du juge. Il s'agissait en l'espèce d'une discrimination en raison du sexe en matière de recherche d'emploi. La Cour affirme que l'obligation de protection est violée lorsque « *l'interprétation et l'application manquent fondamentalement le but de protection dessiné par le droit fondamental* »¹¹⁸⁶. Cet article du code civil allemand imposait aux employeurs des règles en matière d'égalité entre les hommes et les femmes, règles qui sont désormais incluses dans la loi sur l'égalité de traitement (AGG) de 2006, et la Cour en déduit qu'il sert les buts visés à l'art.3 al.2 LF et « *étend l'interdiction de discrimination (Diskriminierungsverbot) aux relations de travail du secteur privé* »¹¹⁸⁷. Art. 3 Abs. 2 GG : Cette disposition, en plus d'exclure toute discrimination fondée sur le sexe déjà visée à l'art.3 al.3, pose une « *obligation d'égalité entre les sexes et l'étend aussi à la réalité sociale* »¹¹⁸⁸ gesellschaftliche Wirklichkeit.

En lien avec le principe d'égalité, le principe d'Etat social posé article 20 LF impose des obligations positives d'action visant à favoriser une égalité matérielle : mesures soutenant certaines catégories de personnes : il pose aussi des limites à la diminution des prestations sociales : décision Hartz IV de 2010¹¹⁸⁹.

Pt.133 "le droit à la garantie d'un minimum vital décent (menschenwürdigen Existenzminimums) découle de l'art.1 al.1 LF lu en combinaison avec l'art.20 al.1 LF". "L'art.1 al.1 LF fonde ce droit", "le principe d'Etat social de l'art.20 al.1 LF donne au

¹¹⁸³ Voir : Krieger : 232; Uerpmann ZaöRV 1998, p.364.

¹¹⁸⁴ Krieger : 233.

¹¹⁸⁵ Voir par exemple : BAG, arrêt du 21 février 2013 – 6AZR539/11 – juris, pt.34.

¹¹⁸⁶ BVerfGE 89, 276 (1^{er} sénat 16 novembre 1993 §611a du BGB) (p.286, pt.40).

¹¹⁸⁷ BVerfGE 89, 276 (1^{er} sénat 16 novembre 1993 §611a du BGB) (p.285, pt.39).

¹¹⁸⁸ BVerfGE 89, 276 pt.38.

¹¹⁸⁹ BVerfGE 125, 175 (1^{er} sénat 9 février 2010 Hartz IV) pt.133).

législateur pour mission d'assurer à chacun un minimum vital décent", mais lui accorde une marge de manoeuvre quant à l'évaluation du niveau auquel il doit être fixé.

Pt.135 : La garantie fournie par ce minimum vital inclut "tant l'existence physique de la personne, à savoir nourriture, vêtements, logement, chauffage, hygiène et santé, que la possibilité de poursuivre des relations sociales (Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen) ainsi que la participation à un minimum (zu einem Mindestmaß) à la vie sociale, culturelle et politique car l'Homme existe en tant que personne à travers ses relations sociales (der Mensch als Person existiert notwendig in sozialen Bezügen).

Selon la Cour, "*l'art.3 al.2 LF impose en outre non seulement de supprimer les normes juridiques qui lient des avantages et désavantages à des caractéristiques sexuelles, il a aussi pour but d'harmoniser les conditions de vie des hommes et des femmes*"¹¹⁹⁰.

Olivier Jouanjan regroupe au sein du principe général d'égalité ce qu'il qualifie de principes spéciaux objectifs, « *qui spécifient le principe d'égalité à l'égard d'un certain objet, dans un certain domaine d'application*" (égalité de suffrage,...) et les principes spéciaux subjectifs, *qui correspondent aux principes de non-discrimination, qui "prohibe[nt] l'utilisation par les autorités publiques dans les motifs de leur décisions la prise en considération de certaines qualités subjectives propres aux destinataires de la mesure (le sexe, la religion, la race, etc.)*"¹¹⁹¹.

C. La reconnaissance jurisprudentielle des discriminations indirectes

L'utilisation de l'art.3 al.3 LF a été longtemps limitée et la jurisprudence de la Cour est considérée comme obscure par une partie de la doctrine¹¹⁹².

Une première explication peut être vue dans le fait que, dans un système constitutionnel démocratique, le processus législatif apporte déjà des garanties, si bien que l'art.3 al.3 LF n'a vocation à jouer que dans des cas limités¹¹⁹³.

Ensuite, en dehors du handicap aucun nouveau critère n'a été introduit depuis 1949, et l'art.3 al.3 ne suffit pas à tenir compte des changements au sein de la société, comme au regard de l'orientation sexuelle et de l'âge.

Enfin, une dernière explication peut être trouvée dans ce que la Cour a pendant un temps uniquement vérifié si la discrimination était intentionnelle et *a contrario*, l'augmentation du recours à cette disposition ces dernières années peut être rapprochée de l'acceptation par la Cour des discriminations indirectes. Dans une affaire de 1969 concernant l'imposition de dividendes dont il était reproché le caractère discriminatoire en raison de la distinction opérée sur la base de la résidence du créancier, la Cour affirme ainsi que les « créanciers étrangers ne

¹¹⁹⁰ BVerfGE 104, 373 (1^{er} sénat 30 janvier 2002 Ausschluß vom Doppelnamen) (p.393, pt.70).

¹¹⁹¹ Article Jouanjan 412.

¹¹⁹² Dreier, Heun, Art.3, pt.120; Epping, pt.835; Kunig/ Boyen, Art.3, pt.129).

¹¹⁹³ En ce sens, Krieger 246, pt.53.

sont pas traités différemment *en raison de* (wegen) leur Heimat¹¹⁹⁴ »¹¹⁹⁵. En effet, la différence de traitement est motivée par le fait que dans le contexte d'économies nationales séparées, la possession de valeurs mobilières nationales par des étrangers a une autre implication économique que leur possession par des nationaux.

Dans un arrêt de 1975, la Cour formule encore plus nettement l'exigence de caractère intentionnel : « *l'art.3 al.3 LF (« en raison de ») interdit uniquement la discrimination ou le privilège intentionnel (bezweckte), mais pas un avantage ou un désavantage résultant d'une réglementation visant un tout autre but* »¹¹⁹⁶. Le sommet de cette jurisprudence se trouve dans un arrêt 1986 concernant une aide aux écoles privées reconnues par l'Etat, mais elle contient en même temps ses limites. Après avoir expliqué de manière détaillée la limitation de l'applicabilité de l'art.3 al.3 LF aux discriminations intentionnelles¹¹⁹⁷, la Cour se lance dans une justification alambiquée de l'absence de discrimination en l'espèce. Selon elle, « *il y a certes un lien avec le "fait d'avoir une croyance ou une opinion religieuse" puisque le montant de l'aide prévue par la loi est beaucoup plus élevé pour les écoles confessionnelles que pour les autres écoles privées reconnues par l'Etat, "mais il n'y a aucun indice permettant de supposer que la règle [...] a été justement élaborée* » littéralement « *en raison (wegen) des convictions idéologiques et religieuses* », *id est* afin de privilégier les écoles confessionnelles¹¹⁹⁸. Elle déclare néanmoins la différence de niveau d'aide financière inconstitutionnelle, mais sur la base de l'art.7 al.4 LF, qui garantit le droit de fonder une école privée, lu en combinaison avec l'art.3 al.1 LF, en l'absence de justification suffisante¹¹⁹⁹.

La Cour a abandonné cette référence à l'intention de l'auteur de la réglementation dans sa décision sur l'interdiction du travail de nuit des femmes de 1992. Elle y affirme que « *le sexe – tout comme les autres critères énumérés à l'alinéa 3 – ne peut être utilisé comme fondement à une inégalité de traitement* » et que « *ceci est aussi valable lorsqu'une règle ne vise pas une inégalité de traitement interdite en vertu de l'art.3 al.3 LF mais poursuit principalement d'autres buts* », ajoutant qu'elle fait ici une « *mise au point* » par rapport à son arrêt de 1986¹²⁰⁰.

Toujours sur ce même critère, la Cour a affirmé à plusieurs reprises qu'« *une réglementation qui n'utilise ni le critère du sexe, ni d'autres critères qui toucheraient uniquement les femmes ou les hommes, mais qui, comme ici, pénalise (benachteiligt) les femmes par rapport aux*

¹¹⁹⁴ Sur le sens de ce critère présent à l'article 3 al.3 LF et les raisons pour lesquelles nous le traduisons pas, cf. *infra*.

¹¹⁹⁵ BVerfGE 19, 119 (1er sénat 24 septembre 1965 Couponsteuer) (p.126, pt.57). Le critère du « *Heimat ne constitue ainsi pas en tant que tel le fondement de la règle* » (l'élément qui motive cette réglementation) (*Ibid.*).

¹¹⁹⁶ BVerfGE 39, 334 (2^e sénat 22 mai 1975 Extremistenbeschluss) (p.368, pt.95).

¹¹⁹⁷ « *Il y a violation de l'art.3 al.3 LF uniquement lorsqu'un traitement spécial trouve son origine dans l'un des critères visé par ce droit fondamental* ». Et de poursuivre que « *l'interdiction issue de l'art.3 al.3 LF ne vaut donc pas de façon absolue ; comme il ressort de son libellé ("en raison de")*, il interdit uniquement la discrimination et le privilège intentionnel (bezweckte), mais pas un avantage ou un désavantage résultant d'une réglementation visant un tout autre but » (BVerfGE 75, 40 (1^{er} sénat 22 octobre 1986 Privatschulfinanzierung I) (p.70, pt.105)).

¹¹⁹⁸ BVerfGE 75, 40 (1^{er} sénat 22 octobre 1986 Privatschulfinanzierung I) (p.70, pt.106).

¹¹⁹⁹ BVerfGE 75, 40 (p.71, pt.112 et pt.114).

¹²⁰⁰ BVerfGE 85, 191 (1er sénat, 28 janvier 1992 Nachtarbeitsverbot) (p.206, pt.53).

hommes du fait de la grossesse, est soumise en vertu de l'art.3 al.3 première phrase aux mêmes conditions strictes en matière de justification »¹²⁰¹.

Selon une jurisprudence constante initiée par un arrêt de la Cour, celle-ci affirme que l'inégalité de traitement entre les partenaires (Lebenspartner) et les époux constitue une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle¹²⁰². En effet, la conclusion d'un partenariat ou d'un mariage est inséparable de l'orientation sexuelle, les dispositions réglementant le partenariat touchant uniquement les homosexuels et celles réglementant le mariage concernant seulement les hétérosexuels¹²⁰³.

Le fondement de discriminations indirectes sur l'art.3 al.3 LF est critiqué par une partie de la doctrine qui considère qu'elles ne devraient pas bénéficier de l'encadrement strict de cette disposition, mais du principe général d'égalité posé à l'art.3 al.1 LF¹²⁰⁴, même si le jugement concernant le cas particulier du sexe est plus souple¹²⁰⁵. Le but recherché est, tout comme en droit de l'UE, une lutte plus efficace contre les discriminations.

Afin de limiter les risques d'une jurisprudence trop extensive, certains auteurs ont proposé de n'accepter que les discriminations indirectes reposant sur des statistiques scientifiques avérées¹²⁰⁶, et de limiter les déclarations d'inconstitutionnalité aux seuls cas où les conséquences sont particulièrement lourdes¹²⁰⁷.

Une large partie de la doctrine considère que les discriminations indirectes sont plus facilement justifiables que les discriminations directes¹²⁰⁸. Heike Krieger voit dans le renvoi à l'exigence d'un fondement objectif visé dans l'arrêt *Kindererziehungszeiten* de 2005 susvisé une confirmation de cette position, tout en ajoutant que la discrimination indirecte en raison du sexe est par contre désormais soumise à un contrôle strict¹²⁰⁹. Néanmoins, étant donné que l'absence de caractère hermétique entre l'art.3 al.1 et l'art.3 al.3 LF, on peut aussi considérer qu'il n'y a pas de justification à soumettre les discriminations indirectes à un contrôle plus souple que les discriminations directes¹²¹⁰.

Au-delà des discriminations indirectes, la Cour considère que les « *discriminations de fait* » sont rattachables à l'art.3 al.3 LF dès lors qu'elles ont un lien avec l'un des critères qui y est visé. Ainsi dans un arrêt de 1997, elle affirme que « *selon la jurisprudence, un lien avec le sexe peut aussi exister lorsqu'une réglementation formulée de façon neutre quant au genre frappe principalement les femmes et que cela est dû à des différences naturelles ou sociales*

¹²⁰¹ Voir par exemple : BVerfGE 132, 72 (1^{er} sénat 10 juillet 2012) (pt.74).

¹²⁰² BVerfGE 124, 199 (1^{er} sénat 21 juillet 2010 *Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften*) (p.213, pt.64 et p.216, pt.73).

¹²⁰³ BVerfGE 124, 199 *Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften* (pp.221-222, pt.86).

¹²⁰⁴ Boysen, Art.3, in Kunig, Boysen, pt.144.

¹²⁰⁵ Beck-OK/Kischel art.3, pt.215; Eppiong pt.837, Jarass, art.3, Jarass/ Pierot, pt.119.

¹²⁰⁶ Tischbirek/Wihl, JZ, 2013, p.223. Krieger, pt.60 (p.248).

¹²⁰⁷ Heun, art.3, in Dreier/Heun, pt.109.

¹²⁰⁸ Beck-OK/Kischel art.3, pt.218 ; Osterloh, Art.3, in : Sachs/Osterloh, pt.256.

¹²⁰⁹ Krieger p.248, pt.62.

¹²¹⁰ En ce sens: Krieger p.249, pt.62 ; Tischbirek/Wihl, JZ, 2013, p.223.

entre les sexes qu'une réglementation est rattachable à l'interdiction de discrimination sexuelle posée à l'art.3 al.3 LF »¹²¹¹.

La Cour reprend cette formulation de l'interdiction des discriminations de fait dans un arrêt de 2005 concernant les statuts d'un organisme de retraite des avocats (entité de droit public) mais en se fondant non pas sur l'art.3 al.3 LF mais sur l'art.3 al.2 LF. Elle considère qu'en ne permettant pas à ses membres d'être exemptés de cotisations dans le cas où ils sont sans revenu parce qu'ils ont fait le choix d'élever leur enfant jusqu'à ses trois ans, l'organisme discrimine de fait (*faktische Benachteiligung*) les femmes¹²¹².

Dans une décision de 2008, la Cour affirme qu'en principe lorsque le critère de différenciation n'est pas inclus dans l'art.3 al.3, la règle est à examiner au regard du principe d'égalité. Mais elle poursuit qu' « *il en va autrement lorsque le critère choisi par le législateur n'est pas interdit par l'article l'art.3 al.3 LF [mais] concerne en réalité quasiment seulement un groupe de personnes dont la discrimination (Ungleichbehandlung) est strictement interdite par l'art.3 al.3 LF, ou lorsque la réglementation implique une différence de traitement ayant en pratique des effets préjudiciables (faktischen Benachteiligung) limités pour l'essentiel à un tel groupe de personnes »¹²¹³.*

Ces arrêts se fondant uniquement sur le critère du sexe et pour partie sur l'art.3 al.2 LF, il n'est pas possible de déduire une tendance de la jurisprudence vers ce qui se rapprocherait du critère de l'entrave appliqué par la CJUE pour les libertés de circulation.

D. Explicitation des critères visés par le principe de non-discrimination

La liste des fondements de discrimination visés à l'art.3§3 LF est fermée, contrairement à l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ou à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux du droit de l'UE qui, en indiquant qu'est interdite toute discrimination "fondée notamment" avant d'énoncer une liste de critères prohibés, soulignent le caractère non exhaustif des critères mentionnés. L'inscription des interdictions de discrimination à l'art.3 al.3 LF sont une réaction aux persécutions nazies mais également à la problématique des populations allemandes chassées des pays voisins¹²¹⁴ (*Heimat*, origine).

Alors que la France se place dans le cadre du principe d'égalité et d'indivisibilité de la République, l'Allemagne porte une grande attention au droit des minorités nationales et ethniques qui s'explique notamment par la volonté de protéger les minorités nationales

¹²¹¹ BVerfGE 97, 35 (1er sénat 27 novembre 1997 Hamburger Ruhegeldgesetz) (p.43, pt.36). Cette formule est notamment reprise dans les arrêts suivants: BVerfGE 113, 1 (1^{er} sénat 5 avril 2005 Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung) (p.15, pt.52) ; BVerfGE 104, 373 (1^{er} sénat 30 janvier 2002 Ausschluß vom Doppelnamen) (p.393, pt.70).

¹²¹² BVerfGE 113, 1 (1^{er} sénat 5 avril 2005 Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung) (p.20, pt.68) : « Même une discrimination indirecte (*Benachteiligung*), pour laquelle le sexe peut être vu comme critère de rattachement à une inégalité de traitement, peut être justifiée dans des cas exceptionnels. Il n'en va pas autrement pour les discriminations de fait qui ne peuvent être rattachés au sexe, mais où la discrimination résulte des effets concrets d'une norme » (Ibid.) (p.20, pt.69). La Cour renvoie pour les possibilités de justification à l'art.2 b) de la directive 2004/113 : « objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but ne soient appropriés et nécessaires »).

¹²¹³ BVerfGE 121, 241 (2^e sénat 18 juin 2008) (pp.254 et s., pt.49).

¹²¹⁴ Starck art.3, in : Mangoldt, Klein, Starck, pt.367 ; Krieger 246, pt.53.

allemandes en Europe centrale et orientale. A cet égard, Thierry Rambaud rappelle que lors des discussions sur le projet de traité constitutionnel, la délégation allemande soutenait l'extension de l'interdiction de discrimination à l'origine ethnique et à l'appartenance à une minorité nationale¹²¹⁵.

L'objectif visé par le critère de l'origine (Herkunft) est de lutter contre la société de classes. Origine est à comprendre au sens d' "Origine sociale"¹²¹⁶. Dans un arrêt de 1959, la Cour précise ainsi que « *les concepts d'ascendance, Heimat et origine, pris dans leur acception courante, se recoupent et se complètent, mais « ascendance » désigne avant tout la relation biologique naturelle d'une personne à ses ancêtres, « Heimat » le lien avec un environnement spatial, et « origine » l'enracinement social* »¹²¹⁷.

Langue : La langue allemande est la seule langue officielle, puisque la Constitution n'évoque pas le multilinguisme, mais elle protège les dialectes, les langues minoritaires (danois, frise,...).

"Heimat" est difficilement traduisible. En effet, le terme "patrie" ne permet pas de faire ressortir le lien émotionnel présent dans le mot allemand, l'idée de racine, de lieu où l'on se sent chez soi. C'est la raison pour laquelle nous reprendrons le terme non traduit dans la suite des développements. Dans un arrêt de 1953, la Cour a tout d'abord dit laisser ouverte l'interprétation de "Heimat" comme "appartenance au territoire d'un Land ou [comme] origine géographique"¹²¹⁸ alors que le gouvernement estimait qu'il devait être uniquement compris comme "appartenance à un territoire d'un Land" et que cela excluait la zone d'occupation soviétique¹²¹⁹. En l'espèce, le refus de lui reconnaître la qualité de réfugié était contesté par un allemand parti de la zone occupée par les soviétiques car il ne remplissait pas les critères¹²²⁰. Néanmoins, par la suite la Cour a précisé que "Heimat" vise « *l'origine géographique (örtliche Herkunft) de naissance ou de domiciliation d'une personne au sens de la relation émotionnelle à un espace géographique délimité qui contribue à façonner l'individu (den Einzelnen mitprägenden Raum)* »¹²²¹. Et dans leur opinion dissidente, plusieurs juges ont

¹²¹⁵ T. Rambaud, « Le principe de non discrimination en droit allemand à l'épreuve du droit communautaire », *Annales de la faculté de droit de Metz*, 2007, p. 170

¹²¹⁶ BVerfGE 48, 281 (30 mai 1978) (pp.287 et s.) : "Origine sociale" (Ständisch soziale Abstammung).

¹²¹⁷ BVerfGE 9, 124 (1^{er} sénat 22 janvier 1959 Armenrecht) (p.128, pt.18).

¹²¹⁸ BVerfGE 2, 266 (7 mai 1953 Notaufnahme) (pt.53).

¹²¹⁹ BVerfGE 2, 266 (7 mai 1953 Notaufnahme) (p.286, pt.11).

¹²²⁰ La liberté de circulation des allemands au sein du territoire de la RFA, y compris des allemands de la zone occupée soviétique est certes rappelée par la Cour (p.273, pt.22), mais elle ajoute qu'il est possible sur la base de l'art.11 al.2 LF, de limiter ce droit dans certaines zones en situation d'urgence. En l'espèce, elle considère qu' « *étant donné qu'était à craindre et reste à craindre une menace pour la situation économique et sociale au sein de la République fédérale, précisément en raison de la forte immigration provenant de la zone occupée par les soviétiques, la mention expresse des habitants de la zone occupée soviétique dans l'énoncé de la loi constitue simplement une sorte de formulation abrégée* » (BVerfGE 2, 266 (7 mai 1953 Notaufnahme) (p.286, pt.54)).

¹²²¹ BVerfGE 102, 41 (1^{er} sénat 14 mars 2000 Kriegsbeschädigtengrundrente) (pp.53-54, pt.40).

rappelé que ce concept "a été introduit dans la Loi fondamentale pour empêcher la discrimination des réfugiés et des déplacés (Vertriebenen)"¹²²².

Dans une autre affaire, une loi excluait d'un avantage salarial bénéficiant aux fonctionnaires les juges qui n'avaient pas fait l'ensemble de leur formation sur l'ancien territoire de la RFA, pénalisant ainsi les fonctionnaires de l'ex Allemagne de l'est. Dans son arrêt, la Cour affirme que « *l'importance du lieu de la formation peut être tout au plus vu comme une distinction indirecte en fonction de l'origine géographique des juges, fonctionnaires, soldats concernés* » et que « *même à l'aune d'un tel effet indirect, l'interdiction de discrimination en raison de sa patrie (Heimat), qui vise à l'origine en particulier la protection des personnes chassées et des réfugiés après la Seconde Guerre mondiale [...], ne peut, si l'on considère son sens et son but, être opposé au législateur dans le contexte de la gestion des problèmes de d'adaptation suite à la réunification* » (Voir Epping, pt.836). La Cour relève notamment que « *ni le but d'harmonisation des niveaux de vie à l'est et à l'ouest, ni en particulier le but de construction le plus rapide possible d'une justice et d'une administration respectant l'Etat de droit ne pouvait être poursuivi dans les nouveaux Länder sans des effets directs et indirects touchant spécifiquement les citoyens qui en étaient originaires* »¹²²³. Le problème n'est pas ici de savoir s'il y a une différenciation douteuse, mais sa durée. Il n'y a donc pas de problème au regard de l'art.3 al.3 LF, la question doit être étudiée au regard du principe général d'égalité. Le législateur a une large marge de manœuvre en matière d'encadrement de la rémunération des fonctionnaires¹²²⁴

Dans une affaire dans laquelle il était notamment reproché à la législation de privilégier les étrangers relativement à la réception de programme radio, la Cour affirme que la nationalité n'est pas incluse parmi les critères visés à l'art.3 al.3 LF, mais uniquement Heimat, ce qui sous-tend qu'Heimat ne peut servir de fondement à une discrimination en raison de la nationalité¹²²⁵. Ainsi, les différences de traitement en raison de la nationalité sont acceptées. Toutefois, outre l'influence du droit européen¹²²⁶, la conception du principe d'égalité comme droit humain y apporte des limites, et le contrôle de la justification à une discrimination sur ce fondement est devenu plus strict¹²²⁷. La Cour constitutionnelle a ainsi déclaré contraire à ce principe une loi bavaroise en matière d'allocations d'éducation en ce qu'elle en excluait du bénéfice des personnes sur le seul fondement de leur nationalité¹²²⁸.

Sexe : La justification d'une éventuelle inégalité de traitement fait l'objet d'un contrôle particulièrement poussé. Une justification fondée sur les stéréotypes est rejetée, seule une

¹²²² BVerfGE 102, 41 (1^{er} sénat 14 mars 2000 Kriegsbeschädigtengrundrente), opinion dissidente des juges Kühling, Jaeger et Hohmann-Dennhardt annexé à l'arrêt (pp.64 et s., pt.70). En l'espèce, la loi contestée prévoyait une pension de mutilé de guerre plus faible pour les allemands qui étaient domiciliés en RDA avant la réunification.

¹²²³ Ibid.

¹²²⁴ BVerfGE 2, 266 (7 mai 1953 Notaufnahme)(pp.284-285, pt.50).

¹²²⁵ BVerfGE 90, 27 (1^{er} sénat 9 février 1994 Parabolantenne I)(p.37, pt.29).

¹²²⁶ Voir infra.

¹²²⁷ Kireger pt.43 ; voir pour une appréciation critique : Beck-OK/Kischel art.3, pts.132 et s.

¹²²⁸ BVerfGE 130, 240 (1^{er} sénat 7 février 2012 Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz)(pp.254 et s.).

justification strictement biologique est acceptable ou une autre disposition constitutionnelle (art.6 al.4 LF protection de la mère) ; le contrôle est plus souple en cas d'inégalité de traitement indirecte sauf dans des cas liés à la maternité par exemple.

L'interdiction des discriminations en raison de son handicap a été ajoutée à l'alinéa 3 de l'article 3 LF lors de la révision constitutionnelle de 1994 précitée. Une telle référence avait été exclue en 1949 par crainte de l'impossibilité de justifier des mesures d'aides aux handicapés, et elle n'a été adoptée en 1994 qu'après d'âpres discussions pour cette même raison et parce que certains opposants arguaient que le premier alinéa visait déjà une interdiction générale de discrimination¹²²⁹.

L'Allemagne a une approche de la religion qui est très différente du contexte français. Toute personne doit payer un impôt à l'Eglise (Kirchensteuer) à laquelle elle est déclarée comme rattachée. Elle doit demander une sortie de l'Eglise pour pouvoir en être dispensée. Les Eglises jouent un rôle particulier en matière sociale, et elles bénéficient d'un droit du travail dérogatoire qui permet d'échapper aux règles en matière de non-discrimination. Ainsi en va-t-il par exemple des employés des établissements catholiques (hôpitaux, centre d'aide aux adolescents en difficulté,...) qui peuvent rencontrer des problèmes s'ils divorcent ou souhaitent ne plus payer d'impôt religieux. En ce qui concerne la place du christianisme en Allemagne, Thierry Rambaud souligne ainsi que « *le droit allemand des collectivités religieuses s'est formé selon des concepts et des techniques juridiques particulièrement adaptés aux grandes religions chrétiennes* » et que « *rare sont les voix qui s'élèvent pour demander une révision du modèle allemand de séparation* »¹²³⁰.

Au-delà, il n'y a pas d'exigence de neutralité comme en France comme l'illustre la décision du 27 janvier 2015 concernant la sanction prononcée sur la base d'une loi de Rhénanie-Nord Westphalie et confirmée par le tribunal social fédéral d'enseignantes d'écoles ayant refusé de retirer leur voile.

Concernant les opinions politiques, nous évoquerons le cas d'une affaire de 1975¹²³¹. Dans l'espèce ayant donné lieu au renvoi préjudiciel, un étudiant s'était vu refuser un stage dans le cadre de sa préparation du second examen d'Etat en droit sur la base d'une loi sur la fonction publique du Land qui prévoit que seul peut effectuer un tel stage les personnes qui présentent des garanties de respect de l'ordre démocratique et libéral posé par la Loi fondamentale, au motif qu'il avait participé à des réunions d'un groupe d'extrême gauche poursuivant des buts visant à combattre cet ordre constitutionnel. La Cour rappelle que l'art.3 al.3 LF ne pose pas un principe d'interdiction absolue et donne un ensemble d'exemples de cas où une discrimination peut être justifiée. Elle affirme ainsi qu' « *il devrait évident qu'il peut être*

¹²²⁹ Krieger 230

¹²³⁰ T. Rambaud, « Le principe de non discrimination en droit allemand à l'épreuve du droit communautaire », *op.cit.*, p.170. Voir pour une étude détaillée de la question par le même auteur : T. Rambaud, *Le principe de séparation des cultes et de l'Etat en droit public comparé : analyse comparative des régimes français et allemand*, Paris : LGDJ, 2004, 480 p.

¹²³¹ BVerfGE 39, 334 (2^e sénat 22 mai 1975 Extremistenbeschluss) (p.368).

autorisé de se fonder sur sa confession dans le cas de l'emploi d'un enseignant au sein d'une école confessionnelle, ou de donner la priorité à une directrice féminine dans le cas de la nomination à la direction d'une école de jeunes filles ou de ne pas embaucher un allemand parce qu'il a grandi à l'étranger et n'a pas de connaissance suffisante de la langue allemande »¹²³². Il y a certes une évolution, mais des particularités demeurent en matière religieuse.

Race : elle n'est pas répétée dans le fondement : mais on parle de "loi raciale" (BVerfGE 23, 98 (2e Sénat, 14 Février 1968, Ausbürgerung)

Le constituant est parti du principe de la nullité *ab initio* de ce règlement dans la formulation de l'article 116 LF. Ce dernier est à interpréter comme posant le principe que les personnes déchues de leur nationalité dans les conditions et la période indiquée sont considérées comme n'ayant jamais perdu cette dernière.

« (112) Nur wenn sich konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, daß die Betroffenen nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Regimes und im Bewußtsein der Möglichkeit, in ein freies, rechtsstaatlich-demokratisches Deutschland zurückkehren zu können, von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch mehr hätten machen wollen, wird man annehmen können, daß sie auf ihre deutsche Staatsangehörigkeit verzichten wollten. (cas dans lesquels la nationalité allemande n'est pas récupérée automatiquement).

(34) Freilich konnte die Diskriminierung, die in der einseitigen und willkürlichen "Ausbürgerung" jüdischer Mitbürger lag, nicht dadurch ausgeglichen werden, daß sich die Bundesrepublik Deutschland erneut über den Willen der Betroffenen hinwegsetzte, sondern allein dadurch, daß sie deren Willen respektierte.

(24) diskriminierender Ausschluß aus der deutschen Volksgemeinschaft

(26) ein "rassisches" Merkmal »

En l'espèce, le requérant reprochait à un tribunal d'avoir fait une interprétation erronée de l'article 116 al.2 LF¹²³³. Ce dernier avait refusé de lui délivrer un certificat d'héritier au motif que le défunt ayant perdu la nationalité allemande par application d'une législation de 1941, le droit allemand était inapplicable.

II. L'encadrement imposé par le juge

L'intensité du contrôle exercé par la Cour varie de ce qui est comparable à un contrôle de l'erreur manifeste, l'absence d'arbitraire, à un respect strict du principe de proportionnalité. La distinction se fait normalement pour le contrôle sur le lien avec l'art.3 al.1 ou al.3/ discrimination directe ou indirecte : mais en pratique la Cour applique également un contrôle

¹²³² BVerfGE 39, 334 (2^e sénat 22 mai 1975 Extremistenbeschluß) (p.368, pt.95).

¹²³³ Article 116 al.2 LF : « Les anciens nationaux allemands déchus de leur nationalité entre le 30 janvier 1933 et le 8 mai 1945 pour des raisons politiques, raciales ou religieuses ainsi que leurs descendants doivent être réintégrés à leur demande dans la nationalité allemande. Ils sont considérés comme n'ayant pas été déchus de leur nationalité s'ils ont fixé leur domicile en Allemagne après le 8 mai 1945 et s'ils n'ont pas exprimé une volonté contraire. »

renforcé quand un critère de distinction touche le cœur des droits de la personnalité de l'individu : la doctrine critique le rattachement à l'art.3 al.3 au lieu de l'al.1 en cas de discrimination indirecte et considère que la justification doit être plus simple.

A. La possibilité de généralisation, de réglementation par type

Le principe d'égalité pose un cadre qui est particulièrement strict quand une réglementation concerne l'individu en tant que personne. Par contre, plus les situations concernées sont générales, plus le législateur dispose d'une large marge de manœuvre pour recourir à des solutions standardisées¹²³⁴. De plus, la Cour relève que « *chaque dispositif législatif est obligé de généraliser* », et que « *le législateur peut s'orienter par rapport au cas général et n'est pas tenu de prendre en compte toutes les spécificités au moyen de dispositions particulières* ». Elle souligne que « *le législateur a notamment dans le cadre de l'encadrement [...] de phénomènes de masse et de leurs développements, une marge de manœuvre [...] pour adopter des réglementations qui généralisent, standardisent, statuent globalement (pauschalierende)* »¹²³⁵.

Par ailleurs, en cas de difficultés d'application « *l'égalité ne saurait aller jusqu'à obliger le législateur à établir des règles inexécutables matériellement par l'administration* »¹²³⁶. La Cour lui impose toutefois un cadre méthodologique, « *ces généralisations doivent reposer sur une observation aussi large que possible incluant l'ensemble des groupes et des objets concernés par la réglementation* ».

En outre, elle pose trois limites¹²³⁷. La première, quantitative, impose que les inégalités concrètes soient limitées à des « *groupes restreints de personnes* », sinon on ne peut plus parler d'exceptions et le législateur est censé tenir compte des effets discriminatoires que peut avoir la loi à leur égard. La seconde, qualitative, implique que même quand peu de personnes sont concernées, l'inégalité ne dépasse pas « *le seuil du « supportable » (zumutbar)* ». La troisième consiste à corriger les problèmes d'égalité constatés lors de l'application des règles. C'est en matière sociale et fiscale que l'on retrouve le plus ce type de réglementation standardisée. En matière d'imposition : elle affirme que « *le principe d'égalité n'exige pas de législation toujours plus individuelle et spécialisée qui mettrait au bout du compte en danger son exécution uniforme, mais que le fondement de la charge soit compréhensible pour tous et soit aussi incontournable que possible (möglichst unausweichlichen)* ». Le législateur peut ainsi ici uniquement se baser sur un cadre de vie typique sans tenir compte des particularités permettant une personnalisation (typischen Lebensvorgang)¹²³⁸.

¹²³⁴ BVerfGE 96, 1(2e sénat 10 avril 1997 Weihnachtsfreibetrag) (p.6, pt.24) ; BVerfGE 101, 297 (2° sénat 7 décembre 1999 Häusliches Arbeitszimmer) : pt.37.

¹²³⁵ BVerfGE 96, 1 (p.6, pt.25).

¹²³⁶ Article Jouajan 423.

¹²³⁷ Article Jouanjan pp.423 et 424.

¹²³⁸ BVerfGE 96, 1 (pp.6-7, pt.26) Weihnachtsfreibetrag.

La standardisation par les seuils qu'elle implique entraîne nécessairement des inégalités de traitement entre les personnes se trouvant juste en dessous et juste au-dessus du seuil¹²³⁹.

B. Obligation de cohérence et autolimitation

Le juge déduit du principe d'égalité une obligation de cohérence au sein de la réglementation et de la pratique de l'administration qui implique une limitation du pouvoir discrétionnaire des autorités publiques. L'expression d'autolimitation ou autoliasion (Selbstbindung) est utilisée par Jellinek au niveau international.

1. L'obligation de cohérence imposée au législateur

a. 1ère condition de l'obligation de cohérence et de l'autolimitation : l'identité d'auteur

Le pouvoir d'auto-liaison présuppose une identité des autorités. Ainsi en particulier le législateur d'un Land ne saurait lier le législateur d'un autre Land. Comme l'expression autolimitation le suggère, la limitation ne peut être exogène. Une inégalité de traitement a une portée juridique uniquement lorsqu'elle trouve son origine dans l'exercice de ses compétences par le même détenteur de prérogatives de puissance publique (hoheitsträger)¹²⁴⁰.

On trouve une application particulière de cette règle dans le contexte fédéral allemand. Le fédéralisme impose comme limite au principe d'égalité l'autonomie législative des Länder. Le législateur d'un Land peut adopter des lois très différentes de celles des autres Länder. La Cour a ainsi précisé dans un arrêt du 25 février 1960 que le principe d'égalité n'est opposable au législateur d'un Land que dans son domaine territorial de compétence, *id est* relativement aux rapports juridiques interne à ce Land¹²⁴¹. De même, elle juge par exemple dans un arrêt de 1963 que : « *Comme il s'agit d'une question de compatibilité de la réglementation d'un Land avec le principe d'égalité et qu'au sein de l'Etat fédéral les Länder ne doivent pas nécessairement réglementer de façon uniforme les matières qui relèvent de leurs compétences, il n'est pas possible de déduire une violation du principe d'égalité du fait qu'en dehors du Land de Rhénanie-Palatinat l'institution d'avocat-notaire existe encore dans quelques parties de la République fédérale allemande* ». Et la Cour de poursuivre que « seule une comparaison entre deux règles (Vergleichspaare) de la Rhénanie-Palatinat est appropriée pour prouver une violation du principe d'égalité »¹²⁴².

Par exception, le domaine de l'enseignement supérieur impose des limites à son pouvoir : les avantages conférés aux citoyens du Land ne sont admises que dans des conditions

¹²³⁹ Pour un exemple de corrections progressives d'un système légal servant une prestation aux cas les plus typiques d'abord pour l'étendre petit à petit aux cas plus atypiques : BVerfGE 87, 1 (1^{er} sénat 7 juillet 1992, Trümmerfrauen).

¹²⁴⁰ BVerfGE 21,54 (68) ; 42, 20 (27).

¹²⁴¹ BVerfGE 10, 354 (1^{er} sénat, 25 février 1960) (pp.371, pt.60).

¹²⁴² BVerfGE 16,6 (2e sénat, 24 avril 1963) p.24, pt.47.

particulièrement strictes, les exigences en matière de justification sont renforcées¹²⁴³. De surcroît, les capacités de formation doivent pouvoir être utilisées sur l'ensemble du territoire allemand. Dans une décision du 18 juillet 1972 concernant les conditions d'accès aux établissements d'enseignement supérieur, la Cour a précisé que lorsque « *dans une matière tombant dans le domaine de compétence des législateurs des Länder, il s'agit d'une situation concrète qui, par nature, dépasse les frontières d'un Land et touche une position juridique garantie de la même manière au sein des Länder à tous les citoyens de la République fédérale* »¹²⁴⁴. Dans un tel cas, « *favoriser unilatéralement les habitants d'un Land peut avoir pour effet une inégalité de traitement des autres citoyens* »¹²⁴⁵.

En outre la Cour a précisé dans un arrêt du 11 juin 1958, que « *lorsqu'il s'agit de la protection des droits fondamentaux le législateur fédéral et les législateurs des Länder doivent être traités comme une unité* »¹²⁴⁶.

BVerfGE 56, p.322, 7 octobre 1980 : « *Dans l'Etat fédéral, la fédération et les Länder ont l'obligation commune de garantir et créer un ordre conforme à la Loi fondamentale dans toutes les parties et à tous les niveaux de l'Etat dans son ensemble. Dès que la fédération ne peut prendre soin de cela directement, mais qu'elle est tributaire de la participation des Länder, ceux-ci sont obligés à cette participation du fait de l'obligation à un comportement loyal dans la fédération* ». L'autonomie législative des Länder est également limitée à cet égard. En outre l'autonomie des Länder se voit encadrée en matière d'exécution des lois fédérales par l'exigence d'uniformité d'application du droit fédéral, seules des « *différences limitées* » étant acceptables (BVerfGE 76, 12 mai 1987, pp.1 et s.).

b. *Adaptabilité : cohérence et non intangibilité*

La Cour constitutionnelle n'impose pas un *statu quo*, l'autorité est toujours libre de revenir sur le système qu'elle a posé ou le modifier. Même si les politiques peuvent évoluer, le système doit demeurer cohérent (Systemgerechtigkeit). Une limite est toutefois posée par le juge, dans le cas de « *réglementations de circonstances [...] destinées à régler un problème momentané touchant un groupe limité de personnes* ». La Cour a ainsi affirmé que des « *législations qui visaient à liquider certaines situations découlant de la dictature nazie (procédures de dénazification de la fonction publique¹²⁴⁷, indemnisation des victimes du régime¹²⁴⁸)* » ne pouvaient « *être modifiées dans leurs principes [étant donné qu'elles étaient] en cours d'application* »¹²⁴⁹.

Le législateur peut également adapter le système posé afin notamment de corriger d'éventuelles inégalités qu'il pourrait produire, mais il ne saurait « *sous prétexte de compléter*

¹²⁴³ BVerfGE 134, 1 - Studiengebühren Bremen 08.05.2013.

¹²⁴⁴ BVerfGE 33, 303 (p.352, pt.102) (1^{er} sénat, 18 juillet 1972 *Numerus clausus I*).

¹²⁴⁵ Ibid.

¹²⁴⁶ BVerfGE 7, 377 – 1^{er} sénat 11 juin 1958 Apotheken-Urteil p.443, pt.166.

¹²⁴⁷ BVerfGE 4, pp.219 et s., 21 juillet 1955.

¹²⁴⁸ BVerfGE 13, pp.31 et s., 27 juin 1961.

¹²⁴⁹ Jouanjan article 417.

a posteriori une loi, [e]ntreprendre en réalité une modification de cette loi destinée à régler de façon différente les cas encore en suspens »¹²⁵⁰. Il est possible de poser une dérogation au système dès lors qu'elle peut être justifiée. Ainsi, l'exclusion dans les années 1950 des produits stérilisés du bénéfice d'avantages accordés au secteur laitier pouvait être justifiée par le fait qu'ils avaient une durée de conservation plus longue¹²⁵¹ et qu'à l'époque peu de ménages possédaient un réfrigérateur.

Autoriser des techniciens dentaires à effectuer des soins mais leur refuser le bénéfice du remboursement constitue une incohérence qui ne peut être justifiée par un motif de santé publique¹²⁵².

Le législateur dispose toutefois d'une large marge d'appréciation afin de « tenir compte de la diversité et de la complexité des rapports humains » et du principe de séparation des pouvoirs qui impose une retenue au juge dans le contrôle de l'action du législateur. Le principe d'égalité n'ouvre « à la Cour constitutionnelle aucune possibilité (...) de contrôler une loi sous l'angle de la justice en général (*allgemeiner Gerechtigkeit*) et de substituer par ce biais sa propre conception de la justice » (BVerfGE 3, 162 (182)).

La Cour constitutionnelle « n'a pas à décider si le législateur a adopté la mesure la plus juste et la plus appropriée, mais uniquement si les limites extérieures de sa marge de manœuvre ont été respectées » (BVerfGE 66, 84 (Aer sénat 10 janvier 1924 Unterhalt III (p.95))).

2. L'autolimitation de l'administration

L'administration est liée par ses propres actes, c'est-à-dire qu'elle ne peut déroger à sa pratique sans raison objective : Notion d'autolimitation (*selbstbindung*). La Cour a affirmé dès sa décision du 23 novembre 1951 (BVerfGE 1, 85) qu'on ne saurait établir de violation de l'égalité de traitement du seul fait que différentes autorités interprètent différemment la même règle de droit. Les principes présentés pour le législateur sont applicables à l'administration : obligation de cohérence et adaptations possibles.

C. Un contrôle à l'intensité graduelle

Les trois pouvoirs, législatif, exécutif et juridictionnel sont liés par le principe d'égalité. - le pouvoir législatif est lié par le principe d'égalité. (BVerfGE 98, 365 (1er sénat 15 juillet 1998) *Versorgungsanwartschaften* (p.385, pt.63)).

Le contrôle effectué par la Cour a évolué d'une limitation de l'erreur manifeste pour aller jusqu'à une application stricte du principe de proportionnalité (1). Même si des différences demeurent, le modèle suivi actuellement par la Cour constitutionnelle est proche de celui de la CJUE ou de la CEDH. Elle vérifie dans un premier temps si la discrimination invoquée a une

¹²⁵⁰ BVerfGE 7, 129 (p.152, pt.55) (1^{er} sénat, 16 octobre 1957).

¹²⁵¹ BVerfGE 18, 315 (pp.331 et s.) (1^{er} sénat, 27 janvier 1965).

¹²⁵² BVerfGE 25, pp.251 et s. (25 février 1969).

portée juridique : s'il y a eu traitement identique de situations qui sont pour l'essentiel identiques et traitement différent de situations qui sont pour l'essentiel différentes¹²⁵³ (2). Dans un second temps, elle recherche l'existence d'une justification à la différence de traitement et examine le cas échéant la proportionnalité (3).

1. Du contrôle de l'arbitraire à un examen à l'intensité graduelle

a. Une limitation au contrôle de l'arbitraire

Dans un premier temps, la Cour affirme que le principe d'égalité est à interpréter par le législateur, et que la seule limite qui lui est opposable est l'interdiction de l'arbitraire¹²⁵⁴. Dès 1951, la Cour affirme que « *le principe d'égalité est violé lorsqu'on ne peut trouver de justification raisonnable résultant de la nature des choses ou un quelque autre motif objectivement plausible à une différence ou à une égalité de traitement, bref lorsque la disposition doit être considérée comme arbitraire* »¹²⁵⁵. Elle le définit ainsi : « *le sens du principe général d'égalité consiste pour une large part en ce que toutes les différences concrètes ne doivent pas conduire à une différence de traitement au plan juridique, seules les inégalités réelles auxquelles il est accordé une importance spécifique pour des considérations de justice et d'opportunité* »¹²⁵⁶. En l'espèce le recours visait une loi procédurale encadrant la décision ayant abouti à la création du Bade-Wurtemberg. La Cour précise que l'article 118 LF exige que le redécoupage soit opéré par le législateur fédéral en coopération avec la population du territoire concerné et que la consultation de la population doit avoir un effet contraignant pour le législateur fédéral, ce qui est le cas en l'espèce¹²⁵⁷. La Cour indique qu'elle conclurait à une violation du principe d'égalité uniquement s'il était prouvé que la procédure électorale fixée visait à remplacer la consultation populaire par un simulacre de vote dont le résultat serait connu à l'avance. Elle écarte ici une telle violation, estimant que le législateur n'a pas choisi un mode de votation discriminant (portant préjudice) à une partie des électeurs ou assurant d'un résultat favorable à la formation du nouveau Land¹²⁵⁸.

Les décisions de la Cour font également référence à « *l'idée de justice* », mais comme le relève Olivier Jouanjan, cette mention a une « *fonction simplement rhétorique* » qui ne « *possède [pas] elle-même un contenu suffisamment concret* » pour permettre de « *déterminer [...] ce qui est essentiellement semblable et dissemblable* »¹²⁵⁹.

¹²⁵³ Formule reprise dans tous ses arrêts. Voir par exemple : BVerfGE 98, 365 (p.385).

¹²⁵⁴ Elle affirme ainsi dans sa décision de 1953, Gleichberechtigung que « c'est en premier lieu au législateur de décider », mais ajoute que « sa marge de manœuvre trouve cependant une limite – et l'art.3 al.1 LF son contenu actuel – dans l'interdiction d'arbitraire et dans les concrétisations du principe d'égalité posés par la Constitution elle-même » (BVerfGE 3, 225 (décision du 1^{er} Sénat du 18 décembre 1953) (p.240, pt.39)).

¹²⁵⁵ BVerfGE 1, 14 (2e sénat 23 octobre 1951 *Südweststaat*) (p.52, pt.136).

¹²⁵⁶ BVerfGE 3, 225 (décision du 1^{er} Sénat du 18 décembre 1953) (p.240, pt.39).

¹²⁵⁷ BVerfGE 1, 14 (2e sénat 23 octobre 1951 *Südweststaat*) (p.41, pt.106).

¹²⁵⁸ BVerfGE 1, 14 (2e sénat 23 octobre 1951 *Südweststaat*) (p.56, pt.141).

¹²⁵⁹ O. Jouanjan, Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, *op.cit.*, p.142.

Dans sa décision *Ausbürgerung* précitée, la Cour juge ainsi qu'avec cette législation, « *la contradiction de la justice [...] a atteint un niveau tellement insupportable qu'il doit être considéré comme nul ab initio*¹²⁶⁰. Elle poursuit que « *l'interdiction d'arbitraire, qui fait partie de[s] principes [découlant du précepte de justice], a aujourd'hui trouvé son expression juridique positive dans l'article 3 alinéa 1 et pour une part également dans l'article 3 alinéa 3 LF* »¹²⁶¹. Au-delà, les juges de Karlsruhe affirme que « *ce n'est pas l'affaire d'un tribunal, pas même d'un tribunal constitutionnel, de contrôler la solution choisie par le législateur d'après son opportunité (Zweckmäßigkeit), ou de rechercher si elle représente, du point de vue d'un groupe d'intérêts concerné, la solution la plus juste imaginable* »¹²⁶².

La Cour juge ainsi par exemple conforme aux articles 6 al.5 et 3 al.1 LF que, dans le cas d'héritages ultérieurs à l'entrée en vigueur de la loi sur les enfants naturels (*Nichtehelichengesetz*), le droit antérieur continue à s'appliquer aux enfants nés avant le 1^{er} juillet 1949, estimant que « *la Cour constitutionnelle n'a pas à décider si cette solution répond aux préoccupations politico-juridiques* »¹²⁶³.

Dans sa « *décision de principe* »¹²⁶⁴ du 7 mai 1953, la Cour définit l'arbitraire comme « *l'inadéquation objective et manifeste de la mesure légale à la situation de fait qu'elle doit maîtriser* »¹²⁶⁵. La notion est objective, ce qui explique que le juge ne contrôle pas « *les conditions dans lesquelles est né l'acte, mais exclusivement son contenu matériel* »¹²⁶⁶. On peut rapprocher ce contrôle de l'arbitraire du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation exercé par le juge administratif français¹²⁶⁷.

Un tel contrôle est appliqué en matière juridictionnelle¹²⁶⁸. La Cour rappelle que « *selon sa jurisprudence constante, un jugement est objectivement arbitraire lorsqu'il n'est défendable sous aucun aspect envisageable sur le plan juridique* » et qu' « *une simple application erronée du droit ne rend [...] pas une décision juridictionnelle arbitraire* », mais que « *bien au contraire, il y a uniquement arbitraire quand une norme manifestement applicable à l'espèce n'est pas prise en considération, lorsque le contenu d'une norme fait l'objet d'un contresens flagrant, ou n'a pas été appliquée d'une façon compréhensible* »¹²⁶⁹.

¹²⁶⁰ BVerfGE 23, 98 (2^e sénat 14 février 1968, *Ausbürgerung*) (p.106).

¹²⁶¹ *Ibid.*, pp.106-107.

¹²⁶² BVerfGE 3, 58 (17 décembre 1953 *Beamtenverhältnisse*) (p.135). Voir pour un autre exemple : La Cour affirme dans son un arrêt de 1971 qu'elle « *peut uniquement contrôler le respect des limites extérieures à la liberté d'élaboration des lois, mais pas si le législateur avait trouvé dans chaque cas la solution la plus appropriée, raisonnable et juste* » (BVerfGE 32, 157 (2^e sénat 21 octobre 1971 *Stichtagsregelung*) (p.167)).

¹²⁶³ BVerfGE 44, 1 (1^{er} sénat 8 décembre 1976 *Nichtehelichen-Erbrecht*) (p.36, pt.102).

¹²⁶⁴ Selon la qualification utilisée par Olivier Jouanjan dans sa thèse.

¹²⁶⁵ BVerfGE 2, 266 (7 mai 1953 *Notaufnahme*) (p.281).

¹²⁶⁶ BVerfGE 4, 7 (20 juillet 1954 *Investitionshilfe*) p.25.

¹²⁶⁷ En ce sens : Olivier Jouanjan qui souligne que l'on doit ici comprendre « *erreur dans l'appréciation des faits et non de leur qualification* ». O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, op.cit., p.136.

¹²⁶⁸ Sur le contrôle d'arbitraire des décisions juridictionnelles effectué par Karlsruhe, voir Rennert, *Die Verfassungswidrigkeiten „falscher“ Gerichtsentscheidungen*, NJW, 1991, p.12.

¹²⁶⁹ BVerfGE 89, 1 (1^{er} sénat 26 mai 1993 *Besitzrecht des Mieters*) (pp.13 et s.) ; BVerfGE 96, 189 (1^{er} sénat 8 juillet 1997 *Fink*) (p.203).

Le rejet du principe du précédent vise à laisser au juge une large capacité d'adaptation aux nécessités d'évolution du droit. La seule limite est celle de l'obligation de motivation dans le cas où un juge décide de ne pas suivre l'interprétation d'une norme proposée par la juridiction suprême¹²⁷⁰. Au-delà, le juge constitutionnel se limite à contrôler l'absence d'application arbitraire d'une norme, une simple erreur d'application ne peut être interprétée comme une violation du principe d'égalité. La Cour affirme que le principe selon lequel « *nul ne doit être soustrait à son juge légal* » posé à l'article 101 al.1 LF peut être violé par une décision juridictionnelle dès lors que celle-ci peut être qualifiée d' "arbitraire", tout en précisant que son contrôle est limité car elle n'est pas un « super tribunal de cassation » (super Revisionsinstanz)¹²⁷¹.

BVerfGE 45, 142 (8 juin 1977) (p.181, pts.101-102) : La Cour rejette l'argument tiré du caractère "arbitraire" du refus de renvoi préjudiciel de la part de la Cour administrative fédérale et de la Cour fédérale et conclut à l'absence de violation de l'art.101 al.1 LF.

Dans l'arrêt *Solange II* de 1986, les juges de Karlsruhe ont affirmé que le renvoi préjudiciel à la Cour de justice imposé par l'art.267§3 TFUE constitue une obligation constitutionnelle sur la base de l'article 101§1 LF dont la violation peut être sanctionnée¹²⁷², obligation dont elle a précisé les contours dans sa décision *Kloppenburg* de 1987¹²⁷³, première décision à avoir constaté sa violation. En l'espèce, Karlsruhe sanctionne une absence de refus de renvoi préjudiciel alors que la Cour fédérale des finances faisait une interprétation contraire à la jurisprudence de la Cour de justice des dispositions de la 6e directive TVA qui a joué un rôle déterminant dans la résolution du litige¹²⁷⁴.

Les cas de violation de l'obligation renvoi sont les suivants¹²⁷⁵ : doute sur l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union européenne prépondérante quant à l'issue du litige ; dérogation à la jurisprudence de la Cour de justice ; et lorsque, en présence de plusieurs interprétations possibles des normes européennes applicables, la juridiction ne propose pas une solution raisonnable¹²⁷⁶. Dans l'arrêt *Honeywell*, la Cour rappelle la limitation de son contrôle à l'absence d'arbitraire du juge dans l'utilisation de sa marge d'appréciation¹²⁷⁷. En l'espèce, la Cour conclut que l'interprétation du tribunal est raisonnable même si elle faisait l'objet de vives discussions dans la doctrine¹²⁷⁸. Voir a contrario l'opinion dissidente du juge Landau qui estime que le tribunal fédéral du travail aurait dû poser une question préjudicielle à la Cour de justice¹²⁷⁹.

¹²⁷⁰ BVerfGE 71,122 (pp.135 et s.) ; 81,97 (p.106).

¹²⁷¹ BVerfGE 7, 198 (15 janvier 1958) (p.207, pt.31).

¹²⁷² BVerfGE 73, 339, point 75, cité dans BVerfGE 126, 286 (2e sénat 6 juillet 2010 *Honeywell*), point 88.

¹²⁷³ BVerfGE 75, 223, *Kloppenburg*.

¹²⁷⁴ *Ibid.*, point 62.

¹²⁷⁵ BVerfGE 126, 286 (2e sénat 6 juillet 2010 *Honeywell*), pt.88.

¹²⁷⁶ *Ibid.*, point 90.

¹²⁷⁷ *Ibid.*, point 89.

¹²⁷⁸ *Ibid.*, point 92.

¹²⁷⁹ *Ibid.*, point 115.

Le risque de cette jurisprudence était de transformer le principe d'égalité en principe beaucoup plus large et vague en vertu duquel une norme doit être raisonnable ("rule of reasonableness"), alors que le principe d'égalité implique de comparer des situations et les groupes de personnes concernées¹²⁸⁰.

Pendant trente ans, la jurisprudence a appliqué le critère de l'interdiction d'arbitraire et validé toute loi qui présentait un fondement raisonnable à la différence de traitement, laissant une très large marge d'appréciation au législateur.

b. *Le renforcement du contrôle*

Dans une décision du 7 octobre 1980, la Cour a développé ce qui a été ensuite qualifié de "nouvelle formule" en vertu de laquelle le principe d'égalité « *est avant tout violé quand parmi les destinataires d'une norme, un groupe est traité différemment d'un autre groupe, bien qu'il n'existe entre les deux groupes aucune différence telle qu'elle pourrait justifier l'inégalité de traitement* »¹²⁸¹.

Toutefois, comme le relève Olivier Jouanjan un autre passage de cette décision montre que la prohibition de l'arbitraire n'a pas disparu, mais retrouve « le seul rôle – positif – qu'il ait à jouer dans ce cadre, [...] de limitation de l'intensité du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire des autorités législatives, administratives ou juridictionnelles »¹²⁸². La Cour y affirme que « *le principe d'égalité ne s'épuise pas dans l'interdiction d'une inégalité de traitement injustifiée entre destinataires de la norme* » et qu'il « *exprime en outre une interdiction de l'arbitraire, en tant que principe fondamental du droit, qui pose non seulement à la jurisprudence, mais aussi à la législation certaines limites extrêmes* »¹²⁸³.

Même si la différence peut apparaître limitée dans la pratique juridictionnelle, la conception au fondement des deux types de contrôle est bien distincte, conduisant à une augmentation de l'intensité du contrôle et donc à une limitation de la marge de manœuvre du législateur¹²⁸⁴. Dans le cas de l'interdiction d'arbitraire, le juge effectue uniquement un contrôle négatif, vérifiant qu'il n'existe pas d'arbitraire, qu'aucune justification n'a été apportée à la différence de traitement. Alors que dans le cas de la nouvelle formule, il opère un contrôle positif en ce qu'il doit vérifier qu'il « *existe un rapport approprié entre les justifications de l'empiètement (Beeinträchtigung) et son intensité (Schwere)* »¹²⁸⁵.

Par sa décision de 1993 concernant le transsexualisme, la Cour a fusionné les deux types de contrôle, interdiction de l'arbitraire et "nouvelle formule", et introduit le concept de contrôle à l'intensité graduelle (abgestufter Kontrolldichte) (qualifiée de "Je-desto Formel" par Krieger).

¹²⁸⁰ O. Jouanjan, Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, op.cit., p.139 et Jouanjan article 414.

¹²⁸¹ BVerfGE 55, 72 (1^{er} sénat 7 octobre 1980 Präklusion I) (p.88).

¹²⁸² O. Jouanjan, Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, op.cit., p.148 et p.151.

¹²⁸³ BVerfGE 55, 72 (Präklusion I) (pp.89-90, pt.64).

¹²⁸⁴ En ce sens : Krieger : 238.

¹²⁸⁵ Kunig, pt.55.

Elle y affirme que, « *selon l'objet de la réglementation et les critères de différenciation, il découle du principe général d'égalité des limites variables pour le législateur qui vont d'une simple interdiction d'arbitraire à une soumission stricte aux exigences de la proportionnalité* »¹²⁸⁶. La Cour justifie cette évolution ainsi : « *étant donné que le principe en vertu duquel tous les Hommes sont égaux devant la loi doit avant tout empêcher un traitement distinct injustifié de personnes, le législateur est en principe soumis à un encadrement strict (enge Bindung) en cas d'inégalité de traitement* »¹²⁸⁷.

La Cour précise que « *l'encadrement est d'autant plus strict que les caractéristiques personnelles se rapprochent de celles énoncées à l'article 3§3 LF, le risque que l'inégalité de traitement qui en découle conduise à la discrimination d'une minorité augmentant* ». Elle poursuit que cet « *encadrement strict ne se limite pas aux différenciations fondées directement sur des caractéristiques personnelles* », mais qu'« *elle vaut également lorsque le traitement inégal de situations a pour effet indirect une inégalité de traitement entre des groupes de personnes* » ; dans ce cas, « *la marge de manœuvre imposée au législateur est d'autant plus stricte que l'inégalité de traitement de personnes ou de situations peut avoir un effet préjudiciable sur l'exercice de libertés protégées par la Loi fondamentale* »¹²⁸⁸. Le législateur se voit conféré une très large marge d'appréciation lorsqu'il poursuit un objectif social (la poursuite des objectifs de l'Etat social ou Etat providence) au moyen d'une inégalité de traitement.

Afin de respecter la séparation des pouvoirs et la marge de manœuvre du législateur, son pouvoir démocratique, la Cour déclare souvent les lois comme contraires à l'article 3§1 LF et non comme nulle.

Dans un arrêt de 2006, la Cour indique ainsi qu'une déclaration d'inconstitutionnalité conduit en règle générale à une nullité, mais poursuit que « *puisque de nombreuses possibilités sont ici à la disposition du législateur afin de mettre fin à la situation d'inconstitutionnalité, seule une déclaration d'incompatibilité peut être envisagée* »¹²⁸⁹. Dans un tel cas, elle laisse un an de délai au législateur pour mettre fin à l'inconstitutionnalité, ce qui est le cas en l'espèce.

Une exception permettant à la Cour d'étendre le bénéfice d'une règle est uniquement possible lorsque le législateur ne dispose d'aucune marge de manœuvre (BVerfGE 115, 81 (1^{er} sénat 17 janvier 2006 Rechtsschutz gegen Verordnungen) (p.93). En règle générale, la Cour ordonne aux juridictions et à l'administration de ne plus appliquer la norme déclarée inconstitutionnelle, mais elle peut aussi déclarer qu'elle continue à produire ses effets jusqu'à l'adoption d'une nouvelle réglementation dans un délai qu'elle fixe.

¹²⁸⁶ BVerfGE 88, 87 - Transsexuelle II (p.96, Pt.34) ((vgl. BVerfGE 97, 169 [180 f.]; 110, 274 [291]; 117, 1 [30]; 120, 1 [29]; 121, 108 [119]; 121, 317 [369]), formule est reprise dans la jurisprudence : voir par exemple : BVerfGE 129,49 (1^{er} sénat 21 juin 2011 Mediziner-BAföG) (p.68 et s., pt.68)) BVerfGE 126, 400 pt.80.

¹²⁸⁷ BVerfGE 88, 87 (Transsexuelle II) (p.96, pt.35).

¹²⁸⁸ BVerfGE 88, 87 (Transsexuelle II) (p.96, pt.35).

¹²⁸⁹ BVerfGE 115, 381 (1^{er} sénat, 23 mai 2006 Dauerpflegschaften) (pt.33). Elle fixe le 30 juin 2007 comme limite pour adopter une nouvelle législation.

Dans de rares cas, la Cour a même établi des règles à l'issue de la fin du délai qu'elle avait donné au législateur en raison de son inaction (BVerfGE 99, 216 (2^e sénat 10 novembre 1998 Familienlastenausgleich II) (p.244)).

Dans l'arrêt *Nichtehelichkeit* précité de 1969, la Cour considère qu'on se trouve dans la même situation que celle concernant l'adaptation du droit au regard de l'égalité homme/femme après la fin du délai posé art.117 LF, le principe posé dans cette disposition étant suffisamment précis¹²⁹⁰. Bien qu'aucun délai n'ait été prévu à l'art.6 al.5 LF, la Cour estime qu'il est permis de considérer qu'au bout de 20 ans un délai raisonnable est dépassé¹²⁹¹. Elle laisse certes jusqu'à la fin de la législature le temps d'adapter le droit, mais ajoute ensuite qu'en l'espèce, les juridictions n'ont pas suffisamment tenu compte de l'art.6 al.5 LF dans leur interprétation du droit en vigueur et que dans l'intervalle l'art.6 al.5 LF aura une « *valeur dérogatoire par rapport au droit ordinaire contraire en vigueur* »¹²⁹². La Cour rétorque aux reproches de dépassement de compétence, qu' « *il n'y a pas en l'espèce de violation du principe de séparation des pouvoirs car l'accroissement du rôle de la jurisprudence résultant de l'inaction du législateur n'a qu'une nature subsidiaire* », "le législateur est à tout moment libre de reprendre la réalisation du mandat constitutionnel qui lui était adressé en premier lieu et de le concrétiser à sa convenance"¹²⁹³.

Les principes d'égalité et de non-discrimination supposent une comparaison et le juge constitutionnel applique une technique d'identification des groupes comparables, proche de celle du juge européen. En raison de la nature intrinsèquement relative du principe d'égalité, il est nécessaire de déterminer l'étalon de comparaison approprié permettant de juger de la validité d'une réglementation.

Afin de déterminer les cas dans lesquels les situations sont pour l'essentiel identiques, les deux groupes de personnes comparées doivent pouvoir être regroupées au sein d'un troisième, un critère de différenciation devant pouvoir être mis en évidence¹²⁹⁴. Si des personnes ou objets peuvent être regroupées sous un même concept servant de référentiel, "tertium comparationis", il est nécessaire de trouver une justification matérielle objective à la différence de traitement, une "differentia specifica". Le problème est que cela suppose un "jugement de valeur", l'interprétation des différenciations effectuées variant en fonction du contexte politique et de l'évolution de la société, et que d'un autre côté la séparation des pouvoirs et le principe démocratique impliquent une obligation de justification « lorsque la justice constitutionnelle remplace la décision du législateur par son propre jugement de valeur »¹²⁹⁵.

¹²⁹⁰ BVerfGE 25, 167 (*Nichtehelichkeit*) (pts.39 et s., pp.182 et s.).

¹²⁹¹ BVerfGE 25, 167 (*Nichtehelichkeit*) (pts.44 et s.).

¹²⁹² BVerfGE 25, 167 (*Nichtehelichkeit*) (pts.49 ets.).

¹²⁹³ BVerfGE 25, 167 (*Nichtehelichkeit*) p.181, Pt.38.

¹²⁹⁴ Krieger 236.

¹²⁹⁵ Krieger 236.

Dans un arrêt de 2005, la Cour rappelle qu' « *il est interdit à la Cour constitutionnelle de vérifier si le législateur a choisi la solution la plus juste, la plus appropriée et la plus raisonnable* »¹²⁹⁶. La Cour affirme que des « *critères plus précis permettant de déterminer sous quelles conditions l'interdiction d'arbitraire ou l'obligation d'une égalité de traitement proportionnée est violée par le législateur ne peuvent être déterminées de façon abstraite et générale, mais uniquement en lien avec la matière et le champ d'application de la réglementation* »¹²⁹⁷.

2. Justification et contrôle de proportionnalité

Le but poursuivi par la mesure doit être légitime.

A contrario, la Cour affirme que « *ni le système de financement et la stabilité économique de l'organisme de retraite, ni le fait que l'organisme de retraite ne bénéficie d'aucune subvention fédérale pour le financement des périodes consacrées à l'éducation des enfants – à la différence du régime obligatoire de pension de retraite -, ne peuvent être considérés comme des motifs justificatifs* »¹²⁹⁸ ; elle ajoute que le préjudice ne peut être compensé par des prestations plus importantes.

Christian Walter souligne la nécessité de distinguer les justifications internes et externes à une différence de traitement et donne comme contre-exemple une décision du Conseil constitutionnel de 2000 concernant l'écotaxe qui visait à renforcer la lutte contre l'effet de serre en incitant les entreprises à maîtriser leur consommation de produits énergétiques¹²⁹⁹. Cette décision inclut selon lui une confusion entre le contrôle au regard du motif interne à la loi de diminution des émissions de gaz à effet de serre avec celui externe de politique économique justifiant l'exclusion de certaines entreprises¹³⁰⁰. Le Conseil constitutionnel aurait dû selon lui contrôler les motifs externes apportés au soutien de la différence de traitement au regard du motif poursuivi par la loi. Une fois admis la légitimité du but de politique économique, elle aurait contrôlé le dispositif au regard du principe de proportionnalité. Et de conclure qu'en se focalisant sur le motif interne à la loi, le Conseil constitutionnel a très fortement limité la marge de manœuvre du législateur d'une façon atypique pour lui.

Il faut s'entendre sur ce qu'on entend par là. En réalité, Christian Walter vise la "cohérence" quand il parle de "justification interne". La justification au sens strict concerne uniquement ce qu'il qualifie de "justification externe". De surcroît, il convient d'ajouter qu'une étude de motifs "externes" dépend de l'argumentation présentée par le législateur. Dans la décision, il n'est pas possible de vérifier dans quelle mesure l'argument de la politique économique a été

¹²⁹⁶ BVerfGE 2, 266 (7 mai 1953 Notaufnahme)(pp.284-285, pt.50).

¹²⁹⁷ BVerfGE 126, 400 Pt.80. Elle renvoie à sa jurisprudence : BVerfGE 75, 108 [157]; 101, 275 [291]; 103, 310 [318]; 105, 73 [111]; 110, 412 [432]; 121, 108 [119]).

¹²⁹⁸ BVerfGE 113, 1 (1^{er} sénat 5 avril 2005 Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung) (p.20, pt.69)

¹²⁹⁹ Décision n°2000-441 DC 28 décembre 2000 du Conseil constitutionnel. C. Walter, *Gleichheit und Rationalität*, pp.264-265.

¹³⁰⁰ Le Conseil précise dans son considérant n°38 que « les différences de traitement qui résulteraient de l'application de la loi ne sont pas en rapport avec l'objectif que s'est assigné le législateur ».

présenté pour justifier cette exception. Le Conseil considère que la soumission de la consommation d'électricité à l'écotaxe, alors que l'émission de gaz à effet de serre issue de la production d'électricité en France est faible, est contraire au principe d'égalité. On relèvera qu'en creux cela revient à censurer le traitement égal de situations différentes.

Concernant ce passage de la décision, Christian Walter considère que si le Conseil avait pris comme référence la maîtrise de la consommation de produits énergétiques et non les émissions de gaz à effet de serre, la soumission à l'écotaxe des entreprises pour la consommation d'électricité aurait été validée¹³⁰¹. On ne partage pas ce point de vue. Il est en uniquement possible de recommander au législateur de faire à l'avenir plus attention à la motivation de ses lois et de recourir à des buts larges¹³⁰².

Mais il ne revient pas au juge de substituer des motifs à ceux présentés par le législateur. En outre, remplacer la diminution des émissions de gaz à effet de serre par l'objectif de maîtrise de la consommation d'énergie aurait eu un impact sur l'ensemble de la cohérence du texte de loi.

Une fois la légitimité du but poursuivi, constatée, la Cour applique un contrôle de proportionnalité, pris ici au sens large. Ce principe, considéré comme un des éléments constitutifs de l'Etat de droit, a été développé dans le domaine du droit de la police comme limitation apportée au pouvoir exécutif dans l'exercice de ses compétences en matière d'ordre et de sécurité publique, puis il a été transposé au législateur après la Seconde Guerre mondiale¹³⁰³.

Dans le domaine des droits fondamentaux, le principe de proportionnalité joue un rôle de « (super) limite à la limite » ((Super) Schranken-Schranke) apportée la liberté concernée¹³⁰⁴.

Par contre, une telle exigence n'apparaissait pas s'imposer dans le cas du principe d'égalité : toutefois, la jurisprudence constitutionnelle évoque la nécessité qu'une inégalité de traitement soit proportionnelle (BVerfGE 82, 126 (146)) (1er sénat 30 mai 1990 *Kündigungsfristen für Arbeiter*) : « *Ungleichbehandlung und rechtfertigender Grund müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen* ». Mais l'applicabilité du principe de proportionnalité dans le contexte de l'égalité est mise en doute par une majorité de la doctrine¹³⁰⁵.

La Cour vérifie tout d'abord le caractère approprié (*Geeignetheit*) de la mesure au but avancé. Il n'est pas ici exigé que la mesure atteigne effectivement le but avancé (obligation de résultat), mais uniquement qu'elle permette de poursuivre ce but (obligation de moyen)¹³⁰⁶.

¹³⁰¹ C. Walter, *Gleichheit und Rationalität*, p.265.

¹³⁰² Commentaires R.Pellet, *RDP*, 2001, pp.913 et s.

¹³⁰³ M. Kloepfer, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, Beck, München, 2010, p.100.

¹³⁰⁴ *Ibid.*, p.100.

¹³⁰⁵ Voir en ce sens: Raue, *AöR*, 131 (2006), 79 (p.114) ; Pieroth/schlik, *Staatsrecht II – Grundrechte*, 2008, 24^e éd., pt.430; Christian Starck, Art.3, in : H. von Mangoldt/F. Klein/ Christian Starck (dir.), *Das Bonner Grundgesetz*, Band 1, 4e éd., 1999, pts.11 et s. ; W; Heun, Art.3, in : H. Dreier (dir.) *Grundgesetz-kommentar*, Band 1, 1996, pts.24 et s. *A contrario*: M. Kloepfer, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, op.cit., p.201 et Jarass, in Jarass/Pieroth, *GG*, 10^e éd., 2009, art.3, pts.3 et s.

¹³⁰⁶ M. Kloepfer, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, op.cit., p.102.

Le critère de la nécessité (erforderlichkeit) implique de rechercher s'il existe un autre moyen plus respectueux du droit fondamental concerné qui permettrait d'atteindre le but recherché.

Enfin, le contrôle de proportionnalité au sens strict (Angemessenheit) consiste à mettre en balance l'importance de l'empiètement sur le droit fondamental et le but légitime poursuivi.

La jurisprudence précitée rapproche l'approche du traitement du principe d'égalité de celui des libertés au sens où même les inégalités de traitement sont soumises à la proportionnalité au sens strict (Angemessenheit) : la majorité de la doctrine estime que cette structure n'est pas transposable au principe d'égalité : *« l'idée d'un domaine protégé ne pouvant faire l'objet d'empiètement au sein des limites autorisées »*.

Michael Kloepfer estime que *« on peut déjà douter que l'art.3§1 LF puisse se voir attribuer un domaine de protection au sens d'une description abstraite du contenu de ce qu'il garantit »* car *« le contenu concret de l'art.3§1 F n'est pas en soi prescrit par la Constitution »*¹³⁰⁷ :

En outre, une simple transposition de la logique des libertés fondamentales reviendrait à limiter la marge de manœuvre du législateur là où le constituant a voulu lui laisser un large pouvoir de limiter les effets du principe d'égalité et de modeler ce principe.

Le principe de proportionnalité est appliqué, mais il reste sujet à controverses au sein de la doctrine, tout au moins pour la proportionnalité au sens strict (Angemessenheit) étant donné que le contrôle opéré n'est pas le même que pour les libertés fondamentales. Une partie de la doctrine estime que la "nouvelle formule" ne peut être identifiée au contrôle de proportionnalité exercé en matière d'atteinte aux libertés¹³⁰⁸, considérant qu'alors que dans ce dernier cas il s'agit d'assurer l'adéquation du rapport entre but et moyen, il s'agit ici d'une *« proportionnalité formelle entre la différenciation juridique et les différences concrètes »*¹³⁰⁹.

Comme le résume Franz Matscher, qui a été juge à la CEDH pendant vingt ans, la question de savoir *« si une différence apparaît objectivement justifiée, ou s'il existe une disproportion manifeste entre le moyen et le but, est un jugement de valeur qui varie selon le temps et les circonstances [et] qui échappe très largement à tout fondement rationnel »*¹³¹⁰.

De cette critique en découle une autre, le juge impose sa propre rationalité à place de celle du législateur, critique qui est aussi avancée au soutien d'un simple contrôle juridictionnel de l'arbitraire. Ainsi, il est souvent souligné que l'obligation de rationalité que le juge constitutionnel (incluant ici aussi la CJUE et la CEDH) impose au législateur dans les motifs justifiant une différence de traitement s'impose aussi au contrôle de constitutionnalité qu'il effectue¹³¹¹.

¹³⁰⁷ *Ibid.*, p.102.

¹³⁰⁸ En ce sens : Epping, *Grundrechte*, 5^e éd., 2012, pp.364 et s.

¹³⁰⁹ Berliner Kommentar, Huster, art.3, pt.73 et s.

¹³¹⁰ Betrachtungen über das Diskriminierungsverbot (Art 14 EMRK) nach der neueren Praxis der Strassburger Instanzen, in: Festschrift für Hans R. Klecatsky, Bd. 2, 1980, S. 627-639 (p.637 ici).

¹³¹¹ C. Walter, *Gleichheit und Rationalität*, p.255 et p.253.

En matière de contrôle des justifications apportées à une différence de traitement, on constate un rapprochement de la jurisprudence des juges de Strasbourg et de Karlsruhe dans le sens d'un recours au principe de proportionnalité¹³¹².

Dans une affaire, la Cour examine au regard du principe d'égalité le traitement de personnes qui, comme le requérant, ont déserté, par la loi sur la réhabilitation de personnes poursuivies pour des motifs politiques en RDA. La Cour rappelle sa formule définissant le principe d'égalité et poursuit qu' « *on détermine au moyen d'une évaluation (gewichtung) à l'aune du principe de proportionnalité si et dans quelle mesure la similitude ou la différence a une pertinence au plan juridique (rechtserheblich)* »¹³¹³. Christian Walter critique cette formulation, estimant qu'elle ne permet pas de savoir ce qui est comparé ni par rapport à quoi. BVerfGE 101, 275 p.192 : le fondement de la distinction, la poursuite pour des motifs politiques, est « *clair et suffisamment importante* » (einleuchtend und hinreichend gewichtig), le législateur pouvait lui attribuer un poids essentiel (conséquent) "beachtliches gewicht"

La place du contrôle de proportionnalité n'est certes pas la même au sein de la jurisprudence sur le principe d'égalité des juges de Strasbourg et de Karlsruhe. Dans le premier cas, ils effectuent toujours un contrôle de proportionnalité lorsqu'elle applique l'art.14 de la Convention, comme c'est le cas pour les libertés fondamentales, alors que dans le second, ce contrôle n'a pas lieu à chaque fois. On doit toutefois relativiser cette différence, le juge de Karlsruhe précisant que « *selon l'objet de la réglementation et les critères de différenciation, les limites découlant du principe général d'égalité sont variables, elles vont de la simple interdiction d'arbitraire à une soumission stricte (strenge Bindung) aux exigences posées par le principe de proportionnalité* »¹³¹⁴.

La Cour constitutionnelle effectuant un examen plus poussé lorsque les libertés fondamentales sont en jeu, le contrôle de proportionnalité tend ainsi à être utilisé dans des cas semblables à ceux faisant l'objet d'un contrôle par la CEDH au regard de l'art.14 de la Convention qui ne peut être utilisé qu'en lien avec une autre disposition de la Convention¹³¹⁵. De plus, la CEDH a également un moyen d'adapter l'intensité du contrôle qu'elle effectue, même si le schéma général de constat d'une violation du principe d'égalité et d'application du principe de proportionnalité à la justification avancée s'applique toujours. Elle laisse une marge d'appréciation aux Etats tout en précisant qu'elle peut varier en fonction des circonstances, du domaine concerné et du contexte. La marge de l'Etat concerné est d'autant plus grande qu'aucune tendance ne peut être dégagée parmi les Etats du Conseil de l'Europe. Or, comme le relève C. Walter, les critères utilisés pour déterminer cette marge de manœuvre sont très semblables avec ceux utilisés par la Cour constitutionnelle pour déterminer dans un cas concret l'intensité de son contrôle¹³¹⁶.

Alors que la CEDH vérifie s'il existe une tendance dans un certain nombre d'Etats membres du Conseil de l'Europe, même si elle décide seule ce qui constitue une tendance digne d'être

¹³¹² En ce sens : C. Walter, *Gleichheit und Rationalität*, pp.255-256.

¹³¹³ BVerfGE 101, 275 (2^e sénat 7 décembre 1999 Fahnenflucht) (p.209 et s., pt.107).

¹³¹⁴ BVerfGE 99, 367 (1^{er} sénat 2 mars 1999 Montan Mitbestimmung) (p.388, pt.66).

¹³¹⁵ Voir en ce sens : C. Walter, *Gleichheit und Rationalität*, p.258.

¹³¹⁶ *Ibid.*, p.259.

prise en considération, la Cour constitutionnelle allemande se réfère plus ou moins explicitement à une évolution au sein de la société allemande, mais renvoie également au contexte du droit international et européen¹³¹⁷.

La Cour précise que « *les exigences en matière de justification dépendent de la mesure dans laquelle l'inégalité de traitement [...] peut porter atteinte à l'exercice de liberté fondamentales (BVerfGE 105, 73 [110 f.]; 106, 166 [176]; 112, 164 [174])* »¹³¹⁸. La marge de manœuvre du législateur est particulièrement grande lorsque les personnes concernées sont en mesure d'adapter leur comportement à la différence de traitement, alors qu'elle est d'autant plus limitée que l'inégalité de traitement porte atteinte à des libertés garanties par le droit constitutionnel et que la personne concernée ne peut adapter son comportement afin d'éviter des conséquences dommageables¹³¹⁹.

3. L'interdiction de traiter de façon identique des situations différentes

La Cour constitutionnelle affirme dès ses premières décisions que « le principe d'égalité n'interdit pas que ce qui est essentiellement inégal soit traité conformément à l'inégalité existante »¹³²⁰. Elle parle dans sa jurisprudence ultérieure de « l'obligation immanente au principe d'égalité de traiter différemment ce qui est inégal » (différent) en conséquence de sa différence¹³²¹.

Olivier Jouanjan relève que l'une des versions préparatoires de la Loi fondamentale prévoyait que « *la loi doit traiter également ce qui est égal et peut traiter ce qui est différent en fonction de sa spécificité* » mais que la Cour a choisi de ne pas s'en servir comme outil d'interprétation¹³²².

Le législateur dispose d'une large marge de manœuvre lui permettant de traiter de façon identique des situations différentes¹³²³. La Cour affirme que « *le législateur est en principe libre de déterminer celles parmi les situations auxquelles il attache les mêmes conséquences juridiques, et qu'il considère donc comme identiques en droit* ». Elle poursuit qu'« *il doit cependant effectuer correctement le choix des situations qui sont à traiter de façon identiques et tenir compte des inégalités de fait suffisamment importantes au regard de l'idée de justice pour devoir être prises en considération* ». Et de conclure que « *le traitement identique de situations différentes nécessite un motif raisonnable et convaincant* ». « *vernünftig und einleuchtend* » ((BVerfGE 98, 365 (385) ; 108, 52 (p.67 et s.) ; 109, 96 (123) ; 110, 141 (167) ; 115, 381 (389) ; 118, 1 (28))

¹³¹⁷ Pour justifier sa jurisprudence en matière de non discrimination en raison de l'orientation sexuelle.

¹³¹⁸ BVerfGE 126, 400 (1^{er} sénat 21 juillet 2010 Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften) (pt.84).

¹³¹⁹ BVerfGE 126, 400 pt.84. Voir aussi (BVerfGE 82, 126 Kündigungsfristen für Arbeiter) (précité)[p.146]).

¹³²⁰ BVerfGE 1, 14 (2^e sénat 23 octobre 1951 p.52).

¹³²¹ BVerfGE 16,6 (2^e sénat, 24 avril 1963 Verkündungszeitpunkt) p.24-25, pt.47.

¹³²² (thèse 132 note 16) (citant W. Zeidler, 'Die Aktualität des Gleichheitssatzes nach dem BGG', DÖV 1952, p.5)

¹³²³ (Kriener 237).

Il existe ainsi une différence de contrôle par rapport à l'interdiction du traitement distinct de situations identiques : il n'existe pas d'obligation générale de traitement différencié¹³²⁴. La Cour constitutionnelle a rendu peu de décisions appliquant l'interdiction de traiter de manière identique des situations différentes.

Elle a conclu à une violation de l'article 3§1 LF dans un arrêt concernant la tutelle, considérant que : « *le législateur a traité de façon identique les tutelles (Dauerpflegschaften) concernant uniquement une aide aux personnes et celles qui présentent également un lien avec gestion des biens (Vermögensangelegenheiten)* »¹³²⁵

BVerfGE 115, 381 (1er sénat, 23 mai 2006) – Dauerpflegschaften

En l'espèce, il s'agissait d'un recours constitutionnel individuel d'une dame qui s'était occupée de son mari jusqu'à sa mort et en était l'héritière. Une curatelle « permanente » Dauerpflegschaft avait été ordonnée et sa femme avait été nommée curatrice (Pflegerin). En première instance, un tribunal exige dans un premier temps le paiement du coût de l'administration calculé en fonction du patrimoine du défunt, puis accepte finalement une révision de ce montant en arguant que le cadre législatif applicable énonce qu'une telle prise en compte du patrimoine n'est pas générale pour le calcul de ce coût mais qu'elle dépend du type de la délimitation de la curatelle : lorsqu'elle n'inclut pas une gestion des biens, il n'y a pas de justification d'en tenir compte pour le calcul. Le juge d'appel revient sur cette interprétation en arguant que la loi applicable ne distingue pas les curatelles s'étendant seulement à l'aide à la personne de celles incluant la gestion des biens, et cette décision est confirmée par la juridiction suprême du Land. La dame a alors saisi le juge constitutionnel d'un recours individuel sur le fondement de la violation du principe d'égalité posé à l'article 3§1 LF.

Pt.24 La Cour constitutionnelle rétorque qu' « *en ce qu'il a traité de façon identique les curatelles (Dauerpflegschaften) incluant uniquement une aide à la personne et celles qui concernent également la gestion des biens (Vermögensangelegenheiten) le législateur a outrepassé la large marge de manœuvre dont il dispose* » (Gestaltungsspielraum)¹³²⁶.

Certes, dans le cas d'une curatelle concernant uniquement ou partiellement la gestion des biens, il apparaît justifié d'adapter les frais de justice à payer au montant du patrimoine car plus le patrimoine est important, plus le travail du tribunal de contrôle des mesures de protection le concernant est grand et plus la responsabilité de l'Etat augmente¹³²⁷. Mais, à la différence des mesures de protection qui concerne la gestion des biens, il manque dans le cas de la curatelle (Dauerbetreuungen und -pflegschaften) qui concerne uniquement l'aide à la personne, un lien entre les mesures de protection et le patrimoine de la personne qui doit régler les frais de justice¹³²⁸.

¹³²⁴ Kunig/Boysen, art.3, pts.64 et s.

¹³²⁵ BVerfGE 115, 381 – Dauerpflegschaften (pp.389 et s.).

¹³²⁶ pt.24.

¹³²⁷ pt.25.

¹³²⁸ pt.27.

Dans le cas d'une curatelle incluant seulement l'aide aux personnes, peu importe le montant du patrimoine, il n'y a pas de différence quant aux prestations fournies par l'Etat et pas de risque plus important de responsabilité en cas de faute¹³²⁹.

Le législateur peut certes, en se fondant sur le principe de justice sociale, tenir compte du niveau de patrimoine dans un tel cas pour fixer des frais de justice, graduels, mais il ne peut les fixer en posant uniquement un principe de correspondance par rapport au niveau du patrimoine sans poser de limite indépendante de ce dernier au montant global des frais. La Cour rejette en l'espèce la possibilité d'une interprétation conforme de la loi en indiquant qu'elle conduirait à « *contredi[re] la formulation sans équivoque de la norme* » et « *ne trouve[rait] aucun fondement dans l'exposé des motifs de la loi* », et, au surplus, qu'une interprétation qui conduirait à laisser au juge une limitation des frais au cas par cas reviendrait à remettre en cause l'objectif du législateur de mettre en place un système de frais clair et facilement applicable¹³³⁰.

BVerfGE 98, 365 (1^{er} sénat 15 juillet 1998) Versorgungsanwartschaften

Ce recours constitutionnel individuel conduit à l'annulation des arrêts et à une déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi

Une loi prévoyait le calcul de la pension retraite complémentaire d'entreprise (Betriebsrente) sur la base d'un pourcentage fixe du salaire réel (Arbeitsentgelt), « *cela conduit à une inégalité de traitement des salariés au sein de la fonction publique.* »

A l'aune de l'arrêt Thlimmenos c/ Grèce (6 avril 2000) de la CEDH qui reçoit l'argument contestant l'identité de traitement du requérant alors qu'il se trouvait dans une situation différente¹³³¹, Christian Walter critique le raisonnement en ce qu'il conduit à rabaisser « le principe d'égalité à une simple obligation de motivation ou – dans le cas d'un contrôle constitutionnel poussé du principe d'égalité – aboutit à un gouvernement des juges »¹³³². Il estime qu'au regard de l'obligation d'égalité, c'est uniquement le traitement distinct qui doit être justifié, et que, dans le cas où un requérant invoque un droit à un traitement différent, c'est à lui d'apporter une justification à cette différence de traitement. Mais nous rejoignons au contraire Olivier Jouanjan quand il écrit que l'effet discriminatoire se comprend dès lors que « dépassant le point de vue formel qui appréhende seulement les traitements prévus par les textes, on adopte celui, matériel, de l'effet des textes »¹³³³. Il appelle à « *lever une équivoque qui pèse sur la terminologie employée par la Cour constitutionnelle* », à savoir que « *l'obligation de traiter différemment les situations essentiellement différentes ne signifie pas*

¹³²⁹ pt.28.

¹³³⁰ pt.31.

¹³³¹ En l'espèce le requérant avait refusé, en tant que témoin de Jehova, de faire son service militaire et l'infraction pour laquelle il avait été condamné relevait des crimes. Plusieurs années plus tard, il se voit pour cette raison refuser l'accès à la profession d'expert-comptable. La Cour considère que le motif religieux qui avait sous-tendu le refus de faire son service militaire à l'origine de la condamnation permettait de distinguer le requérant d'autres condamnés par une juridiction pénale. Elle conclut à la violation de l'art.14 en ce que le législateur grec aurait dû prévoir une différence de traitement pour des personnes qui comme le requérant se trouve dans une situation différente par rapport à d'autres condamnés pénal : (pts.47 et s.).

¹³³² C. Walter, Gleichheit und Rationalität, p.268.

¹³³³ Jouanjan article 414

« une obligation d'inégalité de traitement »¹³³⁴. On doit distinguer égalité et identité, « une non-identité de traitement justifiée ne saurait être qualifiée, rigoureusement d'inégalité de traitement »¹³³⁵.

Traiter différemment les situations essentiellement différentes est une application de l' "égalité par la différenciation"¹³³⁶. Afin d'éviter une erreur d'interprétation, Olivier Jouanjan propose pour cette raison de parler de d'obligation découlant du principe d'égalité que « *toutes les personnes se trouvant dans un situation essentiellement semblable soient juridiquement traitées de façon identique et les personnes se trouvant dans des situations essentiellement dissemblables soient traitées de façons différentes* »¹³³⁷.

Dans le même sens : « *Une loi dont les dispositions visent à éviter une inégalité de traitement et délimite son champ d'application de façon abstraite et générale, contredit le principe d'égalité lorsqu'il résulte de son effet pratique une inégalité manifeste et que cette inégalité provient précisément de sa forme juridique extérieure. Ce n'est pas cette forme extérieure qui est décisive, mais la teneur juridique matérielle* »¹³³⁸; on retrouve ici la même idée que celle à la base de l'interprétation formulée par la CJUE : « *le traitement différent de situations non comparables ne permet pas de conclure automatiquement à l'existence d'une discrimination* », car « *une apparence de discrimination formelle peut [...] correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle* » ; ainsi « *la discrimination matérielle aurait consisté à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes* »¹³³⁹.

D. L'impact du droit européen sur la jurisprudence constitutionnelle

Le droit international et le droit européen ont un impact sur l'évolution du droit allemand en matière de lutte contre les discriminations. La première influence provient de la transposition de ces règles dans le droit national, la seconde d'une prise en compte lors de l'interprétation et de l'application du droit national¹³⁴⁰.

L'âge et l'orientation sexuelle sont présents dans les textes plus récents comme la Charte des droits fondamentaux de l'UE ou à l'art.13 CE (devenu 19 TFUE) qui, depuis le Traité d'Amsterdam, peut servir de base juridique à l'adoption de textes visant à lutter contre des discriminations. C'est d'ailleurs l'un des arguments développés dans l'arrêt Mangold. L'interprétation du principe d'égalité se renouvelle de façon continue.¹³⁴¹Cette évolution est

¹³³⁴ O. Jouanjan, Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, op.cit., p.130.

¹³³⁵ *Ibid*, p.132.

¹³³⁶ *Ibid*, reprenant la formule de Jean Rivero, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », p.351 in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome XIV, 1965.

¹³³⁷ O. Jouanjan, Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, op.cit., p.132.

¹³³⁸ BVerfGE 8, 51 (24 juin 1958 Parteispenden-Urteil) (p.64).

¹³³⁹ CJCE, 17 juillet 1963, Italie c/ Commission (aff.13/63, Rec. 1963 p. 337) (p.360).

¹³⁴⁰ Handbuch « rechtlicher Diskriminierungsschutz », Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Nomos, p.10.

¹³⁴¹ Stolleis (Michael), "Historische und ideengeschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes." in : Wolfrum (Rüdiger), (dir.), *Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz*, 2003, p.22.

explicite dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme où il est clairement fait mention de l'existence ou non d'un consensus, d'une direction donnée par un nombre substantiel d'Etat. Dans le cas des juges de Karlsruhe, l'évolution jurisprudentielle peut être suscitée par une décision de la CJUE ou de la CEDH, (sur l'orientation sexuelle dans le premier cas), mais elle peut être implicitement due à la prise en compte de l'évolution de la société allemande.

Cela ne signifie pas que le droit de l'UE et la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE n'ont pas de conséquence sur le discours du juge constitutionnel allemand. Mais l'influence se fait relativement aux critères utilisés (développement de l'orientation sexuelle (2) et de l'âge (1)) ou à l'interprétation de ce qui constitue une discrimination ou une justification légitime et proportionnée (sexe : Tanja Kreil).

Dans son arrêt *Görgülü* du 14 octobre 2004¹³⁴², elle indique que la Convention européenne des Droits de l'Homme et la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme doivent être utilisées pour interpréter les droits fondamentaux contenus dans la Loi fondamentale ; elle conclut que « *cette signification constitutionnelle d'un traité de droit international public dont le but est une protection régionale des droits de l'homme est l'expression de l'ouverture de la Loi fondamentale au droit international public* »¹³⁴³. Elle rappelle enfin dans plusieurs de ses décisions ce que l'on traduit imparfaitement par principe d'« *ouverture au droit européen* » (*Europarechtsfreundlichkeit*)¹³⁴⁴.

Dans sa décision *Görgülü*, elle indique qu'il n'est « *pas contraire à l'objectif d'ouverture à l'égard du droit international public qu'exceptionnellement le législateur ne respecte pas le droit international conventionnel, dès lors qu'il s'agit là de la seule manière permettant d'éviter une atteinte à des principes fondamentaux de la Constitution* »¹³⁴⁵.

L'égalité entre les hommes et les femmes

L'égalité entre les hommes et les femmes fait déjà l'objet d'une protection renforcée dans la Loi fondamentale, mais la jurisprudence européenne et le droit de l'UE ont tout de même contribué à renforcer encore l'égalité

CJCE Tanja Kreil 2000 : Loi fondamentale révisée : « *Frauen dürfen auf keinen Fall zum Dienst mit der Waffe verpflichtet werden* » avant c'était *leisten*: „Elles ne doivent en aucun cas (être obligées à) accomplir un service armé »

La Cour se réfère aussi dans d'autres arrêts à la jurisprudence de la CJUE : BVerfGE 97, 35 (1er sénat 27 novembre 1997 Hamburger Ruhegeldgesetz) (p.43, pt.36) « *Selon la jurisprudence, un lien avec le sexe peut aussi exister lorsqu'une réglementation formulée de façon neutre quant au genre frappe principalement les femmes et que cela est dû à des différences naturelles ou sociales entre les sexes (vgl. EuGH, - Bilka -; EuGH, Kowalska -; EuGH, Enderby -) ».*

¹³⁴² BVerfGE 111, 307 *Görgülü*.

¹³⁴³ BVerfGE 111, 307 *Görgülü*, pts. 31-32.

¹³⁴⁴ Voir par ex., BVerfGE 123, 267 (Lisbonne), pt. 225.

¹³⁴⁵ BVerfGE 111, 307, pt. 35 ; réaffirmé dans BVerfGE 123, 267 (Lisbonne), pt. 340.

BVerfGE 85, 191 – (1er sénat, 28 janvier 1992 Nachtarbeitsverbot)

Pt.53, p.206 L'art.3 al.3 renforce le principe général d'égalité issu de l'art.3 al.1 LF en ce qu'il fixe des frontières plus étroites à la marge de manœuvre (Gestaltungsfreiheit) qui est accordée au législateur. Le sexe ne peut (darf grundsätzlich) – tout comme les autres critères énumérés à l'alinéa 3 – être utilisé comme fondement à une inégalité de traitement. Ceci est aussi valable lorsqu'une règle ne vise pas une inégalité de traitement interdite en vertu de l'art.3 al.3 LF mais poursuit principalement d'autres buts (mise au point de BVerfGE 75, 40).

L' article 5 de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, est suffisamment précis pour créer à la charge des États membres l'obligation de ne pas poser en principe législatif l'interdiction du travail de nuit des femmes, même si cette obligation comporte des dérogations, alors qu'il n'existe aucune interdiction du travail de nuit pour les hommes .

Pt.48: Unter den gegebenen Umständen spricht alles dafür, daß § 25 Abs. 1 Nr. 5 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 und 2 AZO von deutschen Gerichten nicht mehr angewendet werden darf.

La violation du principe de non-discrimination en raison du sexe (art.3 al.3 LF) n'est pas justifiée par l'obligation d'égalité posée à l'art.3 al.2 LF¹³⁴⁶. (travail de nuit des femmes)

1. L'âge

La réticence du juge allemand face au critère de l'âge : La Cour a validé la jurisprudence Mangold, mais ne se l'est pas appropriée comme dans le cas de la jurisprudence portant sur l'orientation sexuelle. Le critère de l'âge n'a pas joué un rôle important au sein de la jurisprudence constitutionnelle (arrêt de 2013 : 2BvR 441/13 : rejet car pas de droit fondamental atteint dans le cas d'une limite d'âge à l'éligibilité aux postes de maire et de Landrat)¹³⁴⁷. Le 6 juillet 2010 l'affaire Honeywell permet tout à la fois de préciser les modalités de son contrôle de dépassement des compétences et de valider la jurisprudence Mangold¹³⁴⁸, qui avait reconnu l'existence d'un principe général du droit interdisant la discrimination en raison de l'âge.

Dans les affaires Mangold et Honeywell, était en cause un article d'une loi permettait de limiter sans motivation la durée du contrat de travail de tout employé de plus de 52 ans sans autre fondement que l'âge et sans égard au nombre de prolongations du contrat : il ya a violation de la directive n°2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

¹³⁴⁶ BVerfGE 85, 191 – (1er sénat, 28 janvier 1992 Nachtarbeitsverbot) (p.209, pt.62).

¹³⁴⁷ D. König, *Das Verbot der Alterdiskriminierung – ein Diskriminierungsverbot zweiter Klasse?*, in Gaitanides/Kadelbach/Iglesias, Europa und seine Verfassung, Festschrift für Manfred Zuleeg, 2005, pp.341-361

¹³⁴⁸ CJCE, 11 novembre 2005, *Mangold*, aff. C-144/04, *Rec.* p. I-9981. Cette jurisprudence a été réaffirmée depuis : CJCE, 16 octobre 2007, *Palacios de la Villa*, aff. C-411/05, *Rec.* p. I-8531; CJCE, 19 janvier 2010, *Küçükdeveci*, aff. C-555/07.

Dans l'affaire Honeywell, le tribunal fédéral du travail a déclaré que la disposition susvisée était inapplicable car la jurisprudence Mangold était applicable à laquelle il estimait être lié, et rejeté au surplus la demande de renvoi préjudiciel à la Cour de justice dont il considérait que la jurisprudence était suffisamment claire¹³⁴⁹.

Recours constitutionnel à l'encontre du jugement du tribunal fédéral du travail en ce qu'il se fondait sur une jurisprudence de la Cour de justice qui dépassait le cadre des compétences conférées à l'Union européenne par les traités européens.

La Cour précise qu'en cas de doute sur le caractère ultra vires d'un acte ou d'une action d'une institution européenne, elle doit saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel afin de lui donner la possibilité de jouer son rôle d'interprète du droit de l'Union européenne et de contrôle de la validité des actes des institutions européennes, et examinera sur la base de la décision de la CJUE s'il y a ou non dépassement de compétence¹³⁵⁰.

La Cour rappelle sa jurisprudence *Inter-environnement Wallonie* de 1997 selon la quelle avant la fin du délai de transposition, les Etats « doivent s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par cette directive »¹³⁵¹ fondée sur une lecture combinée des articles 4 §3 TUE¹³⁵² et 288§3 TFUE¹³⁵³ et en déduit en l'espèce que l'effet utile de l'objectif de lutte contre les discriminations en raison de l'âge visé dans cette directive impose aux Etats membres de ne pas adopter de mesures qui lui soient contraires¹³⁵⁴. En l'espèce la loi avait abaissé l'âge de 58 ans à 52 ans. Afin d'éviter le problème d'absence d'effet direct horizontal de la directive, la Cour affirme l'existence d'un principe général du droit européen de non-discrimination en raison de l'âge en se contentant de citer le préambule de la directive qui précisait que les critères de discrimination posés trouvaient leur source dans des traités internationaux et les traditions constitutionnelles des Etats membres¹³⁵⁵.

La jurisprudence *Mangold* a été largement commentée par les avocats généraux et la doctrine. Une partie des avocats généraux a rejeté l'idée selon laquelle l'art.13 CE ou l'article 1 (et l'art.6) de la directive n°2000/78/CE impliquent l'existence de principe généraux du droit de non-discrimination concernant les critères qui y sont énumérés et qui signifierait qu'au-delà de la jurisprudence Mangold concernant le critère de l'âge, la même logique pourrait être

¹³⁴⁹ BAGE 118, 76, pp. 84 et s. rapporté par la Cour constitutionnelle BVerfGE 126, 286 (2e sénat 6 juillet 2010 Honeywell), point 37. V. pour une reproduction de la décision (NZA, 2006, pp. 1162 et s., et pour le point cité p. 1166).

¹³⁵⁰ BVerfGE 126, 286 (2e sénat 6 juillet 2010 Honeywell), point 60.

¹³⁵¹ CJCE, 18 décembre 1997, aff. C-129/96, *Rec.* p. I-7411, point 45 visé aux points 66-67 de l'arrêt *Mangold*

¹³⁵² Les États membres « s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ». Cette disposition est le versant négatif du principe de coopération loyale « obligation de ne pas faire ».

¹³⁵³ « La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

¹³⁵⁴ Arrêt *Mangold*, points 71-72.

¹³⁵⁵ Arrêt *Mangold*, points 74-75. Elle poursuit en se fondant sur la nécessité de donner à la juridiction l'ayant saisie une réponse complète, ce qui lui permet d'aller au-delà du cadre des questions posées en utilisant le principe général du droit qu'elle a dégagé.

appliquée concernant les autres critères visés.¹³⁵⁶. La CJUE porte notamment atteinte au pouvoir législatif du Conseil¹³⁵⁷.

La jurisprudence Mangold a été vivement critiquée par une large partie de la doctrine allemande. Les auteurs soulignent que l'article 13 CE (devenu 19 FUE) est une base juridique et qu'il ne pose pas de principe général, contrairement à l'article 141 CE (devenu 157 FUE), et que déduire des principes généraux du droit de non-discrimination à partir des critères visés dans cet article conduirait à rendre inutile cette disposition, tout comme le droit dérivé adopté sur cette base. Ils poursuivent que cela extraie la politique de lutte contre les discriminations du processus démocratique d'une façon contraire à la séparation des pouvoirs¹³⁵⁸. Ils relèvent en outre l'absence d'un tel principe au sein des traités internationaux ou des Constitutions des Etats membres¹³⁵⁹, ils écartent l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux qui ne disposait pas alors de force juridique contraignante¹³⁶⁰, et estiment que la Cour « *ne fait aucun effort pour convaincre* », « *elle impose sa vision à travers son pouvoir en tant que cour compétente* »¹³⁶¹, qu'elle « *invente* »¹³⁶². Enfin, ils affirment que la Cour aurait dû laisser une large marge d'appréciation aux Etats membres relativement aux dérogations à l'interdiction de discriminations prévues par la directive 2000/78, et ne cherchait que la maximisation du but de lutte contre les discriminations¹³⁶³.

Dans une interview, Hans-Jürgen Papier, qui était alors président de la Cour constitutionnelle (son mandat qui avait débuté en avril 2002 s'est achevé en mars 2010 quatre mois avant l'arrêt Honeywell) fait d'ailleurs référence aux conclusions de l'avocat général Mazak¹³⁶⁴. La jurisprudence a même été qualifiée de "nocive pour l'ordre juridique" européen¹³⁶⁵. D'autres avocats généraux ont au contraire défendu la jurisprudence Mangold : dans ses conclusions dans l'affaire Bartsch, l'avocat général Sharpston estime qu'en dégagant un principe général

¹³⁵⁶ Conclusions de l'avocat général Mazak dans l'affaire C-411/05 Palacios, points 88, et 95-96. Conclusions de l'avocat général Geelhoed dans l'affaire C-13/05 Chacon Navas, point 53.

¹³⁵⁷ Conclusions de l'avocat général Mazak, *Ibid.*, point 138. Conclusions de l'avocat général Geelhoed *Ibid.*, points 54-56.

¹³⁵⁸ En ce sens „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, *ibid.*, pp. 29-30 ; M. Körner, « Europäisches Verbot der Altersdiskriminierung », *NZA*, 2005, p. 1398 ; U. Preis, « Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht », *NZA*, 2006, p. 408.

¹³⁵⁹ M. Körner, *ibid.*, p. 1397 ; J. Wieland, « Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung », *NJW*, 2009, p. 1843 ; U. Preis, *ibid.*, p. 406 ; K. Riesenhuber, « Case ECJ – Mangold », *European Review of Contract Law*, 2007, Vol. 3, n°1, p. 66.

¹³⁶⁰ „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, p. 21.

¹³⁶¹ S. Krebber, « The social rights approach of the European Court of Justice to enforce european employment law », *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2006, vol. 27, n°3, p. 383.

¹³⁶² En ce sens P. Hanau, « Neues vom Alter im Arbeitsverhältnis », *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2007, vol.28 n°51-52, p. 2383.

¹³⁶³ En ce sens, v. aussi U. Preis, *ibid.*, p. 407.

¹³⁶⁴ Papier, Hans-Jürgen, „Das muss sich ändern“, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 24 juillet 2007, p. 5.

¹³⁶⁵ Conclusions de l'avocat général Colomer aff. jointes C-55 et 56/07, *Michaeler et Subito*, points 21-22. et appelant la Cour de justice à la prise en compte du principe de sécurité juridique et à la prudence

de non-discrimination en raison de l'âge, la Cour de justice traduit une évolution de la société ainsi que la volonté des Etats membres¹³⁶⁶ dont une manifestation se trouve à l'article 13 CE. Pour elle, c'est justement parce qu'un tel principe existe que cette base juridique qui permet d'adopter des mesures afin d'en assurer l'effectivité trouve tout son sens¹³⁶⁷. Rejoignant Sharpston: Dans ses conclusions dans l'affaire Küçükdeveci, l'avocat général Bo¹³⁶⁸. Il ajoute que bien que n'ayant pas alors d'effet juridique contraignant, l'art.21§1 de la Charte des droits fondamentaux est une expression supplémentaire de la volonté des Etats de lutter contre une discrimination visée dans les dispositions du droit primaire dont ils sont les auteurs.

Les voix critiques concédaient que la loi de ratification des traités implique pour les juges allemands de laisser à la Cour de justice une large marge d'interprétation, mais poursuivaient que le tribunal aurait dû en l'espèce saisir la Cour constitutionnelle d'un renvoi préjudiciel concernant l'interprétation effectuée par la Cour de justice dans sa jurisprudence Mangold afin de vérifier si elle n'avait pas dépassé ses compétences¹³⁶⁹.

Les juges de Karlsruhe rejoignent ici l'interprétation proposée par une partie de la doctrine allemande et la citent¹³⁷⁰: I. Pernice, F. Mayer, u.a., Denkschrift zur Vorlageverpflichtung des BVerfG. Aufruf zur Einführung einer ausdrücklichen Vorlageverpflichtung des BVerfG, WHI-Material 01/2009¹³⁷¹.

Elle affirme la large marge de manoeuvre en tant qu'interprète du droit de l'UE et que le caractère ultra vires d'un acte ou d'une action d'une institution européenne ne peut être constaté que dans les cas où il serait "*manifestement contraire*" aux limites de compétence de l'Union européenne posées dans les traités, par opposition à de simples contradictions de jurisprudence (décisions donneraient des résultats distincts), ou des erreurs ponctuelles d'interprétation du droit européen dès l'instant qu'elles n'aboutissent ni à un "*déplacement important dans la structure des compétences*" ni à une atteinte aux droits fondamentaux¹³⁷². En l'espèce, elle estime que l'interprétation issue de la jurisprudence *Mangold* ne peut être qualifiée d'ultra vires, aucun déplacement de compétence au détriment des Etats membres ne résultant de la consécration du principe général du droit de non-discrimination en raison de l'âge ou de la reconnaissance d'un effet anticipé à l'un des objectifs poursuivis par la directive¹³⁷³. Elle indique que cette jurisprudence étend seulement les cas d'impact "*négatif*" des directives, et ne traduit pas en tant que telle une extension des compétences de l'Union européenne¹³⁷⁴. Elle considère notamment que l'article 13§1 CE peut être considéré comme

¹³⁶⁶ Points 43-46 de ses conclusions sur CJCE, 23 septembre 2008, *Bartsch*, aff. C-427/06, *Rec.* p. I-7245. Elle indique ainsi au point 47

¹³⁶⁷ *Ibid.*, point 50.

¹³⁶⁸ *Ibid.*, point 77

¹³⁶⁹ Mangold, als ausbrechender Rechtsakt, p. 61.

¹³⁷⁰ *Ibid.*, points 60-61.

¹³⁷¹ <http://whi-berlin.de/materials>, dernière consultation, septembre 2010

¹³⁷² BVerfGE 126, 286 (2e sénat 6 juillet 2010 Honeywell), point 66.

¹³⁷³ *Ibid.*, points 68 et 71.

¹³⁷⁴ *Ibid.*, point 77.

une source du principe général dégagé¹³⁷⁵. (que le critère de l'âge visé au sein de cette base juridique traduit la volonté des Etats membres de lutter contre les discriminations).

Dans son opinion dissidente, le juge Landau rejoint au contraire les voix critiques de la doctrine considérant qu'il s'agit d'une atteinte au pouvoir législatif du Conseil, et ajoute que la possibilité de corriger la jurisprudence de la Cour de justice est en pratique impossible en raison de la lourdeur de la procédure de révision des traités¹³⁷⁶. Il considère qu'il n'était pas possible de déduire des obligations anticipées à partir de la directive car « *les organes démocratiques de la République fédérale n'étaient pas encore soumis aux obligations de la directive à ce moment* », et compte tenu des conséquences sur les droits fondamentaux dans le domaine du droit du travail¹³⁷⁷. Enfin, il souligne l'absence de source probante justifiant la consécration d'un principe général de non-discrimination en raison de l'âge¹³⁷⁸. Il conclut au caractère ultra vires de la jurisprudence Mangold : il s'agit pour lui notamment d'un contournement de l'absence d'effet horizontal des directives (entre personnes privées)¹³⁷⁹¹³⁸⁰.

2. Orientation sexuelle

Contrairement à la jurisprudence administrative, ce critère a joué un rôle important dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande¹³⁸¹.

Un autre exemple est donné par la limitation de la possibilité d'adoptions successives « *car des droits fondamentaux sont ici en jeu qui sont essentiel pour le développement de la personnalité de l'enfant. En outre, l'exercice du droit fondamental de l'enfant à une vie familiale avec ses parents est rendu plus difficile* ». Dans ces différents cas, c'est le cœur des droits personnels de l'individu ("persönlichkeitskern") qui sont touchés¹³⁸² : lorsque la Cour craint qu'une inégalité de traitement conduise à une discrimination d'une minorité.

Comme le résume Heike Krieger, on peut déduire « *qu'à côté des interdictions de discriminations inscrites à l'article 3§3 LF, d'autres interdictions peuvent s'ajouter par la voie des développements jurisprudentiels (richterliche fortbildung)* », et que ces « *quasi interdictions de discrimination* » qui trouvent formellement leur fondement dans le principe général d'égalité, équivalent au plan structurel à de véritables interdictions de discrimination

¹³⁷⁵ *Ibid.*, point 79.

¹³⁷⁶ *Ibid.*, point 99. V. à cet égard la proposition d'Hans Peter FOLZ de création d'une procédure de révision simplifiée afin de modifier une jurisprudence de la Cour de justice (*Demokratie und Integration*, p. 388)

¹³⁷⁷ *Ibid.*, point 107.

¹³⁷⁸ BVerfGE 126, 286 (2e sénat 6 juillet 2010 Honeywell), (point 109)

¹³⁷⁹ *Ibid.*, point 111.

¹³⁸⁰ „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, pp. 19 et s.; U. Preis, *ibid.*, p. 402 ; K. Riesenhuber, *ibid.*, pp. 66 et s. ; J. Wieland, *ibid.*, p. 1843 ; M. Körner, préc., *NZA*, 2005, p. 1397. S. Krebber, « The social rights approach of the European Court of Justice to enforce European employment law », *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2006, vol. 27, n°3, pp. 390 et s.

¹³⁸¹ 239 Krieger. L'ehegattensplitting calcule l'impôt en opérant une répartition égale du revenu entre les deux conjoints.

¹³⁸² Beck-OK/Kischel art.3, pt.45; Krieger p.239.

au sein de la jurisprudence »¹³⁸³. Une bonne illustration de cette pratique se trouve dans sa jurisprudence en matière de différenciation fondée sur l'orientation sexuelle

Cette pratique est largement critiquée par la doctrine qui considère que la Cour contourne la volonté du constituant en traitant de la même façon des caractéristiques liées à la personnalité (*persönlichkeitskern*) et les critères de discrimination interdits par l'article 3§3 LF¹³⁸⁴ : La Cour a explicitement répondu à cette critique dans le cas de sa jurisprudence concernant l'orientation sexuelle en indiquant qu'aucune volonté contraire de la part du constituant ne pouvait être mise en évidence¹³⁸⁵. Elle précise ainsi que l'introduction du critère de l'orientation sexuelle au sein de l'article 3§3 LF a été rejetée par la majorité du Bundestag en arguant qu'au regard de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, une telle extension serait purement symbolique. Heike Krieger en déduit que le reproche selon lequel la Cour formulerait ainsi un souhait politico-juridique doit être rejeté¹³⁸⁶.

La Cour estime qu'il n'existe pas de « *différences d'un poids tel qu'elles permettraient de justifier le préjudice important des partenaires sous l'empire de la loi en matière d'imposition des donations et de droits de succession* »¹³⁸⁷. Le simple renvoi à l'art.6 al.1 ne suffit pas dès lors que le but et les droits et obligations au sein d'un couple marié et d'un partenariat sont comparables¹³⁸⁸.

La Cour rejette également la justification tirée de l'impossibilité pour des partenaires d'avoir des enfants en commun étant donné que la législation ne prévoit pas de traitement spécifique des époux ayant un enfant commun¹³⁸⁹. La Cour laisse un délai au législateur pour adopter des nouvelles règles afin de mettre fin à la violation du principe d'égalité pour la période allant de l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat en 2001 et l'entrée en vigueur de la nouvelle loi en matière de droits de succession et d'impôts sur les donations¹³⁹⁰. Mais elle rejette la demande de délai de transition pendant lequel seraient maintenues les règles antérieures étant donné que les successions sont des événements ponctuels impliquant des conséquences financières souvent importantes¹³⁹¹.

En définitive, on le comprend aisément, le juge constitutionnel allemand aborde tant le principe d'égalité que le principe de non-discrimination sous des angles et avec des instruments fort différents du juge administratif français. C'est pourquoi les discours sont nécessairement différents.

¹³⁸³ Krieger 240, dans le même sens Beck-Ok pts.129 et s.).

¹³⁸⁴ Hillgruber JZ 2010, p.41 (p.43) ; Beck-OK pt.129 ; Krings in Festgabe für Friauf, 2011, p.269 (p.273)).

¹³⁸⁵ BVerfGE 131, 239 (2^e sénat, 19 juin 2012, Lebenspartnerschaft von Beamten) (p.257).

¹³⁸⁶ Krieger p.240.

¹³⁸⁷ Pt.88.

¹³⁸⁸ (BVerfGE 124, 199 (p.226))Pt.91 et s.

¹³⁸⁹ pt.104 et s.

¹³⁹⁰ pt.117.

¹³⁹¹ pt.119.

CONCLUSION GENERALE

L'étude du discours du juge administratif dans l'application du principe de non-discrimination révèle une grande fidélité de ce juge à son histoire.

Fidélité d'abord au principe d'égalité qu'il a su forger au cours du temps ; fidélité, ensuite, à sa mission particulière, contrôler la puissance publique, le conduisant à trouver un équilibre entre l'action administrative et la protection des administrés et des agents publics ; fidélité enfin, à sa méthode pour contenir les excès de l'administration tout en lui laissant une marge d'appréciation. C'est pourquoi, il conserve aujourd'hui encore une singularité dans l'appréhension du principe de non-discrimination, transfert du modèle anglo-saxon. Mais cette fidélité ne signifie pas absence d'adaptation et donc capacité à utiliser le concept lors de certains contentieux.

Ce rapport, après une analyse du contenu des décisions de justice et de la méthode mise en œuvre conclut à la singularité du discours du juge administratif en matière de discrimination (I). Ce constat est renforcé par l'étude comparative menée avec le juge judiciaire français et avec les juridictions étrangères nationales ou européennes (II).

I. Une singularité dans l'application du principe de non-discrimination dans le contentieux administratif

Cette conclusion s'est construite à la suite d'un examen exhaustif des critères de discrimination consacrés par les textes de droit et s'imposant au juge administratif. Il s'est alors clairement dessiné dans la jurisprudence une tension entre l'application classique du principe d'égalité et l'insertion dans le contentieux administratif du principe de non-discrimination. La présence de critères de discrimination n'a parfois qu'une portée très limitée, c'est notamment le cas pour le lieu de résidence ou en matière raciale. En revanche, d'autres critères servent nettement plus les requérants, il en va ainsi de l'âge ou du sexe. De ces diverses situations des tendances lourdes se dégagent.

Une singularité issue du contenu de la jurisprudence qui fait nettement apparaître que la non-discrimination est un aspect de l'égalité.

L'analyse des décisions des juridictions administratives révèle que discrimination et rupture d'égalité sont les deux faces d'un même principe fondamental l'égalité. En effet, le juge administratif conçoit la discrimination comme une rupture particulière de l'égalité. Cette approche est présente quels que soient les types de discriminations, même si des nuances sont présentes dès l'instant où un droit supra national, le plus souvent issu de l'Union européenne, s'impose.

Toutefois, même, si la non-discrimination forme un aspect de l'égalité, il ne faut pas en déduire que cette démarche conduit le juge administratif à ne pas appliquer les dispositions législatives, les normes européennes et les jurisprudences de la Cour de justice ou de la Cour de Strasbourg. A cet égard, la discrimination fondée sur la nationalité illustre ce rapport complexe entre égalité et non-discrimination. Une ligne de partage se trace dans la jurisprudence du juge administratif selon l'obligation d'appliquer ou pas le droit de l'Union européenne. Ainsi, lorsque l'étranger est doté de la nationalité d'un Etat membre, alors le juge intègre dans son raisonnement le principe de non-discrimination. En revanche, face à des nationaux tiers à l'Union européenne, la prise en compte du principe de non-discrimination est plus délicate à obtenir. L'application du principe d'égalité « classique » est préférée. Le discours du juge administratif s'édifie donc sur une double volonté, maintenir son raisonnement en matière d'égalité devant et dans la loi et se servir, si nécessaire, du principe de non-discrimination.

On retrouve dans sa conception de l'appréhension du principe de non-discrimination, les signes de sa mission. En effet, il n'hésite pas à utiliser la notion d'intérêt général pour considérer comme « motif légitime » une dérogation à l'atteinte au principe de non-discrimination. L'étude des discriminations fondées sur le sexe l'illustre. Notamment, cette attitude du juge lui permet de ne pas censurer la discrimination positive indirecte instaurée à l'échelle française tout en respectant le raisonnement tenu par la Cour de justice. L'intérêt général constitue une sorte de « voie de sortie », pour certes s'interroger sur un risque de discrimination sans que le juge administratif s'écarte de sa jurisprudence en matière d'égalité.

Une telle conclusion doit, cependant, être nuancée car même lorsque le principe de non-discrimination n'est pas explicitement utilisé par le juge, il lui permet parfois de légitimer le contrôle qu'il exerce sur l'administration lorsqu'elle est dotée d'un pouvoir discrétionnaire trop important. Par cette démarche, il demeure, ainsi, en accord avec ses conceptions en matière d'égalité tout en restant fidèle à sa mission de réduction de la part d'appréciation discrétionnaire de la puissance publique. En d'autres termes, le silence gardé par le juge administratif concernant le principe de non-discrimination ne vaut pas non utilisation. Ce recours « silencieux » à ce principe corrobore les analyses sociologiques révélant une distance des juges avec ce concept.

Dans ces situations, on le voit, le juge met en place des mécanismes « d'évitement », de « contournement ». Il navigue entre l'égalité et la non-discrimination. Sa jurisprudence est imprégnée de cette politique de louvoiement qui rend parfois son discours moins intelligible. Cette attitude du juge se comprend à la lecture des décisions de justice et des conclusions des rapporteurs publics. Elle révèle une volonté de distinguer les supports de l'atteinte à l'égalité et celle servant la non-discrimination. La première porte sur une analyse des faits aboutissant à la différence de traitement alors que la seconde introduit une dimension morale résultant de l'illégitimité d'une différence de traitement.

Le juge administratif articule donc principe d'égalité et principe de non-discrimination, limant les spécificités du second. Ainsi, dans le cadre de la discrimination fondée sur le territoire voire le lieu de résidence, le juge a admis des mesures en faveur de secteurs considérés comme défavorisés, tout en exigeant une cohérence dans l'établissement de différences de

traitement. Dès lors, sous cet aspect la jurisprudence s'apparente à un tableau pointilliste où se tisse un lien entre égalité et non-discrimination.

A cette singularité liée au contenu de son raisonnement s'ajoute une singularité relative à la méthode adoptée pour appréhender la non-discrimination.

Une singularité du juge administratif dans l'application du principe de non-discrimination qui s'exprime également dans les méthodes qu'il met en place.

Cette démarche spécifique se mesure à l'examen de la preuve de la discrimination et dans les instruments qu'il utilise.

La violation directe de la règle de droit comme technique d'annulation de l'acte administratif est édifiante sur ce point. En effet, lorsqu'il doit appliquer le droit de l'Union européenne, il respecte le contenu du texte, tout en restant fidèle à sa méthode de contrôle. La Cour de justice, pour sa part, examine la nécessité de la mesure, la légitimité de son objectif et enfin la proportionnalité entre la différence de traitement et sa justification. Dans le contentieux relevant de la rupture d'égalité, le juge administratif pour conclure à l'illégalité de l'acte se livre à une démarche sensiblement identique avec une terminologie différente. Il vérifie que l'acte est justifié par l'intérêt général, si ce dernier est en rapport avec l'objet de l'acte et enfin si la mesure imposée est proportionnée à sa justification. Il appréhende la non-discrimination avec les méthodes qu'il a suivies pour contrôler le respect du principe d'égalité. En réalité, aucune méthode autonome n'est envisagée par le juge administratif pour aborder les discriminations.

Ce constat s'impose également en matière de preuve. Le système actuel de preuve devant le juge administratif favorise l'établissement de la vérité. Il recueille les documents et les faits, puis il décide de la réalité de la discrimination comme atteinte au principe d'égalité. Il écarte la logique victimaire. Pour autant, en matière de discrimination, il applique la méthode probatoire de la jurisprudence « Perreux » où il statue en recherchant une balance des preuves. Ses pouvoirs inquisitoriaux lui permettent d'exiger du défendeur (l'administration) de produire tous les documents utiles pour instruire l'affaire. Le juge peut, alors, tenir compte de la mauvaise volonté de la puissance publique. Ainsi, depuis 2009 toute application stricte de la charge de la preuve portant sur le requérant en matière de discrimination est écartée. Le régime de la preuve pour reconnaître une discrimination devant le juge administratif demeure, cependant, relativement disparate. Ainsi, une délibération favorable du défenseur des droits n'établit pas nécessairement une présomption favorable au requérant. Par ailleurs, le doute ne lui profite pas obligatoirement. En réalité, est admis un aménagement de la charge de la preuve mais dans les limites posées par le juge dans son contrôle de la rupture d'égalité. La charge de la preuve est donc partagée, reste, que la tâche du requérant demeure difficile pour emporter la conviction du juge.

En définitive, le discours du juge administratif en matière de discrimination s'exprime pour l'essentiel dans le contentieux de la légalité interne, au terme duquel il utilise souvent le principe d'égalité, sauf lorsque des contraintes issues de normes juridiques supra nationales s'imposent, dans ce cas, le principe de discrimination est pris en compte. Cette tension entre le principe de non-discrimination et le principe d'égalité trouve une intensité différente selon que son en jeu des actes administratifs réglementaires et des décisions individuelles de

l'administration. Il est certain que pour le juge administratif le principe de non-discrimination ne peut être compris que comme l'expression française du principe d'égalité.

Cette singularité du discours de la justice administrative en matière de non-discrimination est renforcée à l'examen du discours du juge judiciaire français et des juges étrangers.

II. Une singularité renforcée à l'aune du discours des autres juges français et étrangers

Le juge judiciaire français et les juges nationaux étrangers sont également confrontés à l'application du principe de non-discrimination. Des textes législatifs, voire constitutionnels (pour l'Italie et l'Allemagne) introduisent ce concept utilisé sans trop de difficultés lors de contentieux tant en droit du travail qu'en droit pénal.

Cette comparaison du discours des juges judiciaires et du juge administratif aboutit à une première conclusion : la volonté du premier de créer un régime juridique spécifique au principe de non-discrimination à l'inverse du raisonnement du juge de la puissance publique qui le réintègre dans le principe d'égalité. Le problème devant le juge judiciaire ne consiste pas pour le requérant de saisir le juge sur le fondement d'une discrimination mais de la prouver.

Le débat de fond sur le concept de discrimination composante ou pas du principe d'égalité n'a pas lieu d'être. En d'autre terme, la discrimination est admise si on la prouve, peu importe si on la rattache ou pas à l'égalité. D'ailleurs, le juge judiciaire en droit du travail distingue nettement la discrimination, le harcèlement et l'inégalité. L'aspect comparatif montre donc une approche toute différente. La Chambre criminelle de la Cour de cassation n'hésite pas, « même parfois de manière abusive », à qualifier de provocation à la discrimination raciale certains comportements, prouvant sa ferme intention d'user de la notion. Cette attitude est bien différente à comparer à celle du juge administratif.

L'intérêt de la mise en perspective du discours du juge judiciaire avec celui du juge administratif résulte, toutefois, davantage de la comparaison de la méthode probatoire conduisant à l'admission de la discrimination. Le juge administratif, pour sa part, forge sa conviction en fonction des pièces qu'il reçoit des parties. Or, le juge judiciaire agit différemment. En effet, si, en principe la charge de la preuve pèse sur le requérant, la chambre sociale de la Cour de cassation a infléchi cette position en imposant au défendeur de démontrer que « des éléments objectifs étrangers à toute discrimination » ont été pris en compte. Par ailleurs, les moyens de preuve sont libres pour le demandeur, même si quelques contraintes supplémentaires sont exigées en matière de discrimination syndicale.

Le juge judiciaire en droit du travail a donc modifié son discours en matière probatoire lorsque le principe de non-discrimination peut éventuellement être atteint. En raison de la nécessité de protéger des droits jugés comme essentiels, le juge judiciaire a rendu difficile la preuve pour l'employeur pour s'exonérer de la qualification de discrimination. En contrepoint, le juge administratif reste, lui, fidèle à sa démarche visant à « la balance des preuves »

fournies par les parties. Cette comparaison permet de conclure, là encore, à la singularité du juge de la puissance publique.

L'exploration de la dimension comparative avec les juges nationaux étrangers affermit ces conclusions. Certes, la Cour constitutionnelle allemande envisage de concert le principe d'égalité et de non-discrimination, puisqu'il s'agit d'une même idée prise sous des angles différents. Toutefois, les conséquences tirées, selon le fondement utilisé (égalité ou non-discrimination) sont différentes quant aux obligations pesant sur la puissance publique et quant à l'intensité du contrôle exercé par le juge. Ainsi, le traitement identique de situations différentes trouve une approche bien distincte entre le juge administratif français et le juge constitutionnel allemand, alors que l'un et l'autre juge contrôle l'action de la puissance publique. Le juge administratif adapte à la marge sa méthode suivie en cas de rupture d'égalité alors que le juge allemand adopte une méthode bien différente lorsqu'une discrimination est en cause. De même, l'application du principe de non-discrimination par la Cour constitutionnelle italienne induit une évolution du discours du juge. Il passe lors de l'exercice de son contrôle d'un examen de l'égalité abstraite à une vérification de l'égalité substantielle, beaucoup moins retenue par le juge administratif.

Enfin, la dernière singularité du juge administratif résulte de sa façon de prendre en compte les décisions des cours européennes portant sur le principe de non-discrimination.

Dans ce cadre, les décisions de la Cour de justice s'imposent, pour autant le juge administratif met en place une pratique lui permettant tout en ne se confrontant pas directement avec la Cour de conserver sa ligne directrice en matière d'égalité. Cet aspect fut cerné lors de l'examen de l'influence réelle ou supposée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne.

Il n'est pas douteux que le juge administratif applique l'article 14 de la CEDH lorsque le contentieux soumis à son prétoire relève d'un droit protégé par ce texte. Mais, sa singularité réside dans l'exécution des décisions qu'elle rend. Ce juge considère qu'une condamnation par la Cour n'ouvre aucun droit à réexamen de la cause en cas de sanction d'une décision de justice. Il l'admet simplement lors de la censure d'une décision administrative.

En revanche, lorsqu'en matière de discrimination le droit de l'Union européenne s'applique, le juge administratif le réceptionne. Toutefois, même dans ce cas spécifique, il tente d'user du pouvoir d'appréciation discrétionnaire dont il bénéficie parfois afin de justifier une mesure discriminatoire au nom soit de l'intérêt général, soit de la mise en place d'une politique sociale. Sur le fond, lorsqu'il doit appliquer les décisions de la Cour de justice, il reprend *in extenso* la formulation communautaire comme si cette position lui était imposée de l'extérieure (voir la discrimination fondée sur l'âge). Cette attitude lui est propre.

En réalité, le dialogue entre le juge de l'Union et le juge administratif combiné au principe de primauté du droit de l'Union européenne révèle donc une certaine porosité dans les discours en matière de non-discrimination. Toutefois, tant sur le plan de la méthode que dans sa volonté de raisonner en termes d'égalité le juge administratif français affirme sa singularité.

Ainsi donc, au total, le juge administratif intègre pour partie le principe de non-discrimination dans son discours, mais son office demeure fidèle au principe d'égalité, considéré comme suffisant pour protéger les citoyens à l'égard de l'administration.

BIBLIOGRAPHIE

1. Ouvrages

AMSELEK (Pierre) (sous la dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles-Aix-Marseille : Bruylant – Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, 245p.

AUDREN (Frédéric), HALPERIN (Jean-Louis), *La culture juridique française. Entre mythes et réalités XIXe-XXe siècles*, Paris : CNRS Éditions, 2013, 330p.

AUROUX (Sylvain), *Les notions philosophiques*, Paris : PUF, 1990, 3297p.

BELORGEY (Jean-Michel), *Lutter contre les discriminations : stratégies institutionnelles et normatives*, Paris : Éditions de la MSH, 2001, 148p.

BERNARD (Elsa), *La spécificité du standard en droit communautaire*, Bruxelles : Bruylant, 2010, 644p.

BOLTANSKI (Luc), *L'Amour et la justice comme compétences*, Paris : Métailié, 1990, 381p.

BOLTANSKI (Luc), THÉVENOT (Laurent), *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris : Gallimard, 1991, 483p.

BOLTANSKI (Luc), CHIAPELLO (Eve), *Le Nouvel esprit du capitalisme*, Paris : Gallimard, 1999, 843p.

BOLTANSKI (Luc), *La condition fœtale, une sociologie de l'engendrement et de l'enfantement*, Paris : Gallimard, 2004, 420p.

BORILLO (Daniel) (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris : La Découverte, 2003, 203p.

BUI-XUAN (Olivia), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris : Economica, 2004, 533p.

CABRÉ (M. Teresa.), *Terminology: Theory, methods and applications*, Philadelphia PA: John. Benjamins, 1998, 248p.

CALVÈS (Gwénaële) (dir.), *Les politiques de discrimination positive*, Paris : La Documentation française, 1999, (Problèmes politiques et sociaux, n°822).

CLUZEL-METAYER (Lucie), MERCAT-BRUNS (Marie), *Discriminations dans l'emploi. Analyse de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de Cassation*, Paris : La Documentation française, 2011, 115p.

- COEURET (Alain), FORTIS (Elisabeth), *Droit pénal du travail*, Paris : LexisNexis, 5^{ème} éd. 2012, 572p.
- COLLECTIF ONZE, *Au Tribunal Des Couples. Enquête Sur Des Affaires Familiales*, Paris : Odile Jacob, 2013, 309p.
- COMMAILLE (Jacques), *A Quoi Nous Sert Le Droit?*, Paris : Gallimard, 2015, 528p.
- COSTA (Delphine), *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris : LGDJ, 2000, 632p. (Bibliothèque des thèses)
- COSTA (Jean-Paul), *Le Conseil d'Etat Dans La Société Contemporaine*, Paris : Economica, 1993, 176p.
- DEGUERGUE (Maryse), *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris : LGDJ, 1994, 884p.
- DEPECKER (Loïc), *Entre signe et concept, Eléments de terminologie générale*, Presses Sorbonne Nouvelle, 2002, 198p.
- DUPRET (Baudoin), *Le jugement en action : Ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Egypte*, Paris-Genève : Librairie Droz, 2006, 491p.
- EDEL (Frédéric), *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg : Editions du Conseil de l'Europe, 2010, (Dossiers sur les droits de l'homme n°22) 160p.
- EDEL (Frédéric), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre*, Strasbourg : Conseil de l'Europe, 2015, 203p.
- FENOUILLET (Dominique), *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, Paris : Dalloz, 2015, 350p.
- FOULQUIER (Caroline.), *La preuve et la justice administrative française*, Paris : L'Harmattan, 2013, 684p (Logiques Juridiques).
- GARAPON (Antoine), ALLARD (Julie), GROS (Frédéric), *Les vertus du juge*, Paris : Dalloz, 2008, 192p.
- GARFINKEL (Harold), *Recherches en ethnométhodologie*, Paris : PUF, 2007, 480p.
- GAUDIN (François), *Socioterminologie, une approche sociolinguistique de la terminologie*, Bruxelles : Duculot De Boeck, 2003, 286p.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), VALENTIN (Vincent), *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, Paris : LGDJ, 2014, 116p.

HERNU (Rémy), *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Paris : LGDJ, (collection B.D.P.), t. 232, 2003, 555p.

JESTAZ (Philippe), JAMIN (Christophe), *La doctrine*, Paris : Dalloz, 2004, 314p.

JOUANJAN (Olivier), *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris : Economica, 1992, 449p.

KESSLER (Marie-Christine), *Le Conseil d'Etat*, Armand Colin : Paris, 1968, 389p.

KRIEG-PLANQUE (Alice), *La notion de formule en analyse du discours*, PUFC, 2010, 145p.

KOUBI (Geneviève), GUGLIELMI (Gilles J.) (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris : La Découverte, 2000, 288p.

LATOURE (Bruno), *La science en action*, Paris : La Découverte, 1989, 450p.

LATOURE (Bruno), *La Fabrique Du Droit. Une Ethnographie Du Conseil d'Etat*. Paris: La Découverte, 2004, 319p.

LERAT (Pierre), SOURIOUX (Louis), *Le Langage du droit*, Paris : PUF, 1975, 136p.

MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, Aix-en Provence : PUAM, 1997, 397p.

MESSNER (Francis), PRÉLOT (Pierre-Henri), WOEHLING (Jean-Marie), *Droit français des religions*, Lexis Nexis, deuxième édition, 2013, 2002p.

McCOLGAN (Aileen.), *Discrimination, equality and the law*, Oxford: Hart Publishing, 2014, 304p.

OST (François), VAN DE KERCHOVE (Michel), *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles : Bruyant, 1989, 336p.

PASQUALETTO (Elena), *L'età di accesso al lavoro tra tutele, differenziazioni e discriminazioni*, Padova: CEDAM, 2013, 350p.

PERELMAN (Chaïm), OLBRECHTS-TYTECA (Lucie), *Traité de l'argumentation : La nouvelle rhétorique*, Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, (1958) 2009, 740p.

PERELMAN (Chaïm), *Logique juridique*, Paris : Dalloz, 1976, 194p.

PERELMAN (Chaïm), *Éthique et Droit*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, 825p.

RADÉ (Christophe), *Discriminations et inégalités de traitement dans l'entreprise : tous égaux, tous différents*, Paris : éd. Liaisons, 2011, 232p. (Collection droit du vivant).

RAMBAUD (Thierry), *Le principe de séparation des cultes et de l'Etat en droit public comparé : analyse comparative des régimes français et allemand*, Paris : LGDJ, 2004, 480 p.

- RODIÈRE (Pierre), *Droit social de l'Union européenne*, Paris : LGDJ, 2eme éd., 2002, 768p.
- ROSANVALLON (Pierre), *La société des égaux*, Paris : Seuil, Points, 2011, 420p.
- RUDDER (de) (Véronique), POIRET (Christian), VOURC'H (François), *L'inégalité raciste. L'universalité républicaine à l'épreuve*, Paris : PUF, 2001, 224p.
- SAGER (J.), *Essays on Definition, Terminology and Lexicography Research and Practice*, 4, 2000, 257p.
- TRIENBACH (Mélanie), *Les normes non directement applicables en droit public français*, Paris : LGDJ, Tome 287, 2015, 540 p. (Bibliothèque de droit public)
- VAN DE KERCHOVE (Michel) (sous la dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles : Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1978, 588p.
- VANNIER (Guillaume), *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman*, Paris : PUF, 2001, 191p.
- ZARKA, *L'égalité dans la Fonction publique*, Bruxelles : Bruylant, 2014, 1084p.

2. Thèses

- COLEMANS (Julie), *L'ordinaire Du Contentieux Administratif. Analyse Du Processus Décisionnel Au Conseil d'Etat Belge Francophone*, Thèse de doctorat de sciences sociales, Université de Liège, 2014
- DAVID (Franck), *La notion de discrimination positive en droit public français*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Poitiers, 2001
- DECHATRE (Laurent), *Le Pacte fédératif européen*, Thèse en droit, Université Panthéon-Assas, 2012
- MOUTOUH (Hugues), *Recherche sur le droit des groupes en droit public français*, Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux IV, 1996
- PIC (Elsa), *La caractérisation de l'anglais des droits de l'homme en tant que langage de spécialiste, un essai de terminologie*, Thèse de doctorat en linguistique théorique, 2007

3. Manuels de droit

- AUZERO (Gilles), DOCKÈS (Emmanuel), *Droit du travail*, Paris : Dalloz, 30^{ème} éd., 2016, 1618p.
- BRAIBANT (Guy), *Le droit administratif français*, Paris : Presses de la FNSP & Dalloz, 3^{ème} éd., 1992, 547p.
- CORNU (Gérard), *Linguistique juridique*, Paris : Montchrestien, 3^{ème} éd. 2005, 456p.

CORNU (Gérard), *Vocabulaire Juridique*, Paris : Presses Universitaires de France, 2003, 951p.

FRIER (Pierre-Laurent), PETIT (Jacques), *Précis de droit administratif*, Paris : Montchrestien, 5^{ème} éd, 2008, 552p.

GUGLIELMI (Gilles J.), KOUBI (Geneviève), *Droit du service public*, Paris : LGDJ, 3^{ème} éd., 2011, 804p.

SCARPONI (Stefania), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare comparata*, Padova: CEDAM, 2014, 347p.

SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris :PUF, 12^{ème} éd., 2015, 976p.

4. Articles

Articles dans revues

A

ALBERTON (Ghislaine), « Le recrutement des européens dans la fonction publique : le décret du 22 mars 2010 est-il vraiment accueillant ? », *A.J.D.A.*, n°35, 2010, p.1984 et suiv.

ALLAND (Denis), « L'applicabilité directe du droit international considéré du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ? », *R.G.D.I.P.*, n°1, 1998, p.203 et suiv.

ARVIS (Benoît), « L'action en réparation des préjudices nés du harcèlement moral auprès du juge administratif : premier bilan », *AJFP*, n°5, 2009, p.259 et suiv.

AUBIN (Claire), JOLY (Benjamin), « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française », *Dr.soc.*, 2007, p.1295 et suiv.

AUZERO (Gilles), « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », *Dr.soc.*, n°9/10, 2006, p. 822 et suiv.

B

BAUDOIN (Marie-Elisabeth), « L'accessibilité des personnes handicapées aux bâtiments publics : la fin d'un bras de fer inégal contre l'Etat ? », *J.C.P. A.*, n° 19, 9 mai 2011, 2186

BELLOUBET-FRIER (Nicole), « Le principe d'égalité », *A.J.D.A.*, n°7, 1998, p.152 et suiv.

BELORGEY (Jean-Michel), « Discrimination ordinaire / discrimination positive : quelle place pour la différence ? », *Vie sociale*, n°3, 2006, p.31 et suiv.

BERENI (Laure), CHAPPE (Vincent-Arnaud), « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix*, Vol.2, n° 94, 2011, p.7 et suiv.

BERGUIN (F.), « L'illégalité du refus de prise en compte des services effectués en Grande-Bretagne par un certifié britannique », *A.J.F.P.*, 2000, n° 4, p.30 et suiv.

BERTHOU (Katell), « La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine », *R.D.T.*, n°11-12, 2010, p.635 et suiv.

BOLTANSKI (Luc), DARRÉ (Yan), SCHILTZ (Marie-Ange), « La dénonciation », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol.51, N°1, 1984, p.3 et suiv.

BORGETTO (Michel), « Egalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit », *Informations sociales*, n°148, Vol.4, 2008, p.8 et suiv.

BOSKOVIC (O.), CORNELOUP (S.) JAULT-SESEKE (F.), JOUBERT (N.), PARROT(P.), « Droit des étrangers et de la nationalité », *D.*, n°5, 2013, p.324 et suiv.

BOTTEGHI (Damien), LALLET (Alexandre), « L'aménagement des lieux publics pour l'accès des personnes handicapées : l'Etat face à sa responsabilité », *A.J.D.A.*, n°39, 2010, p.2207 et suiv.

BOUBLI (Bernard), « La preuve de l'élément intentionnel et le pouvoir du juge des référés », *Semaine Sociale Lamy*, suppl. au n 1439, 2010, p.97 et suiv.

BOUJEKA (Augustin), « L'avocate handicapée au Palais ou les affres de l'accessibilité aux prétoires », *D.*, n°19, 2011, p.1299 et suiv.

BOUTAYEB (Chahira), « Le régime français de retraite des fonctionnaires à l'épreuve du principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes. Note sous CJUE, 17 juillet 2014, Maurice Leone et Blandine Leone contre Garde des Sceaux, ministre de la justice et Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales », *R.D.S.S.*, 2014, p.1073 et suiv.

BOUVERESSE (Aude), « Validation des quotas de "joueuses issues de la formation française" dans les équipes de volley », *R.T.D. eur.*, 2012, p.938 et suiv.

BRETONNEAU (Aurélie), LESSI (Jean), « Limite d'âge des contrôleurs aériens : autorisation de vol », *AJDA*, n°18, 2014, p.1029 et suiv.

BRISSE (Mathieu), « La jurisprudence européenne sur les discriminations fondées sur l'âge », *Retraite et société*, 2007, n°2/51, p.286 et suiv.

BUI-XUAN (Olivia), « Les ambiguïtés de l'étude du Conseil d'Etat relative à la neutralité religieuse dans les services publics », *A.J.D.A.*, 2014, p.249 et suiv.

BURGORGUE-LARSEN (Laurence), « Du principe d'égalité en droit interne et communautaire », *A.J.D.A.*, 2005, p.2233 et suiv.

BURRIEZ (Delphine), « Retour sur les critères de l'effet direct depuis l'arrêt Gisti du 11 avril 2012 », *R.F.D.A.*, n°5, 2015, p.1031 et suiv.

C

CADOUX-TRIAL (Louise), « La charge de la preuve devant le Conseil d'État », *E.D.C.E.*, n° 7, p.1953 et suiv.

CAILLOSSE (Jacques), « Variations autour du rapport public annuel. Sur la réception des fonctions consultatives du Conseil d'État », *A.J.D.A.*, n°18, 2013, p.1034 et suiv.

CALVÈS (Gwénaële), « Communauté homosexuelle » et communauté des citoyens : pour qui sonne le glas ? », *Recueil Dalloz*, n°23, 2005, p.1497 et suiv.

CALVÈS (Gwénaële), « Sanctionner ou réguler », *Informations sociales*, n°148, Vol.4, 2008, p.34 et suiv.

CALVÈS (Gwénaële), « Deux décennies mouvementées pour les politiques françaises de discrimination positive en faveur des femmes (1988-2009) », *R.D.S.S.*, 2009, p.991 et suiv.

CANEDO-PARIS (Marguerite), « Le double apport de l'arrêt Mme Perreux : irrecevabilité des directives, charge de la preuve », *R.F.D.A.*, n°1, 2010, p.126 et suiv.

CASSIA (Paul), « Les quotas par sexe dans la composition de certains jurys de concours et la portée des décisions du Conseil constitutionnel », *JCP A*, n°41, 2007, p.35 et suiv.

CHIECO (Pasquale), « Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione », *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro.*, 2002, p.75 et suiv.

CHISS (Romain), « Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes », *JCP S*, 2010, p.1339 et suiv.

CHRISTOPHE-TCHAKALOFF (M.C.), « Fonction publique et droit communautaire », *A.J.F.P.*, n° 1, 2001, p.7 et suiv.

CLERC (François), « Discrimination syndicale : la stratégie de la CGT », *SSL*, n°1190, 2004, p.9 et suiv.

CLUZEL-METAYER (Lucie), « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, n°2, 2010, p.309 et suiv.

COLLET-ASKRI (Laurence), « Testing or not testing? La chambre criminelle de la Cour de cassation valide ce mode de preuve, serait-il déloyal (à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 11 juin 2002) », *D.*, n°10, 2003, p.1309 et suiv.

COMBET (L.), MONIOLLE (C.), « Pensions publiques : censure de la discrimination fondée sur la nationalité », *A.J.F.P.*, 2002, p. 29 et suiv.

COUTRON (Laurent), BRIBOSIA (Emmanuelle), BOMBOIS (Thomas), « Interdiction de la discrimination en raison de l'âge : du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations... », *RTD eur.*, n°1, 2011, p.41 et suiv.

D

DAUGAREILH (Isabelle), « L'incompatibilité de la loi sur la cristallisation des pensions de militaires avec la Convention européenne des droits de l'homme. Note sous Conseil d'Etat, 30 novembre 2001, *Ministre de la défense c/ Diop*, req. n° 212179 et 212211 », *R.D.S.S.*, n°3, 2002, p.611 et suiv.

DE SALINS (Catherine) « Le juge administratif et la liberté de religion », *R.F.D.A.*, n°6, 2003, p.1053 et suiv.

DE TONNAC (Aurélia), « *Les stéréotypes saisis par le juge européen en matière d'asile* », *RDLF* [en ligne], chron.n° 28, 2015. Disponible sur : < <http://www.revuedlf.com/droit-ue/les-stereotypes-saisis-par-le-juge-europeen-en-matiere-dasile/>> (consulté le 22/03/16).

DERIEUX (Emmanuel), « Incitation au Boycott de produits et provocation à la discrimination », *Légipresse*, n°333, 2015, p.661 et suiv.

DEVOLVÉ (Pierre) « Le Conseil d'Etat, cour suprême de l'ordre administratif », *Pouvoirs*, n°123, 2007, p.51 et suiv.

DONIER (Virginie), « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *R.F.D.A.*, n°6, 2006, p.1219 et suiv.

DOYTCHEVA (Milena), « Usages français de la notion de diversité : permanence et actualité d'un débat », *Sociologie*, n°4, Vol.1, 2010, p.423 et suiv.

DUBOUIS (Louis), « La notion d'emploi dans la fonction publique et l'accès des ressortissants communautaires aux emplois publics », *R.F.D.A.*, 1987, p.951 et suiv.

DUBREUIL (Charles-André), « Responsabilité de l'Etat et accessibilité des tribunaux aux personnes handicapées », *J.C.P. G.*, n° 44, 2 novembre 2010, p.2065 et suiv.

DUQUESNE (François), « Nouvelle avancée des droits de la défense du salarié menacé de licenciement », *Dr. Soc.*, n°11, 2004, p.938 et suiv.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (Louis), ODINET (Guillaume), « Variations sur le thème de la mesure d'ordre intérieur dans la fonction publique », *A.J.D.A.*, n°38, 2015, p.2147 et suiv.

F

FALCOZ (Christophe), BÉCUWE (Audrey), « La gestion des minorités discréditables : le cas de l'orientation sexuelle », *Travail, genre et sociétés*, Vol.1, n° 21, 2009, p.69 et suiv.

FARKAS (Lilla), « Getting it right the wrong way? The consequences of a summary judgment: the Meister case », *European Anti-Discrimination Law Review*, n° 15, 2012, p.23 et suiv.

FASSIN (Didier), « L'invention française de la discrimination », *R.F.S.P.*, Vol.4, n° 52, 2002, p.403 et suiv.

FITTE-DUVAL (Annie), « Le fonctionnaire et la discrimination : approche administrative et pénale », *A.J.F.P.*, n°1, 2003, p.6 et suiv.

FORTIS (Elisabeth), « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », *A.J.D.P.*, n°7, 2008, p.303 et suiv.

FOULQUIER (Norbert), ROLIN (Frédéric), « Constitution et service public », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°37, 2012, p.30 et suiv.

FOURNALÈS (Renaud), « La prévention de la discrimination entre hommes et femmes n'est pas une composante nouvelle de l'ordre public », *A.J.D.A.*, n°8, 2006, p.439 et suiv.

FROUIN (Jean-Yves), « La preuve en droit du travail. Deuxième partie : la charge de la preuve », *SSL* 2006, suppl. n° 1276, p.51 et suiv.

G

GALANTINO (Luisa), « Lo svolgimento del rapporto di lavoro e le discriminazioni relative all'età », *Diritto delle Relazioni Industriali*, Vol.4, 2005, p.954 et suiv.

GARDIN (Alexia) « Gestation pour autrui et congé de maternité : la CJUE confrontée au Tabou », *RDLF* [en ligne], chron. n°15, 2014. Disponible sur <http://www.revuedlf.com/personnes-famille/gestation-pour-autrui-et-conge-de-maternite-la-cjce-confrontee-au-tabou-cjue-18-mars-2014-aff-c-16712-c-d-et-c-36312-z-commentaire/> (consulté le 22/03/16)

GIRARD (A.-L.), « Le voile jeté sur les convictions des accompagnateurs scolaires », *D.*, 2012, p.72 et suiv.

GIRARD (Didier), « Remettre en cause une sanction administrative définitive après une condamnation de la Cour européenne des droits de l'Homme n'est pas chose naturelle pour le Conseil d'Etat, Note sous CE Ass., 30 juillet 2014, Vernes, n° 358564 », [en ligne], *Revue générale du droit*, octobre 2014, disponible sur : <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2014/10/28/vernes/> (consulté le 09/05/16).

GARONNE (P.), « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *R.T.D. eur.*, 1994, p.425 et suiv.

GAUTIER (Marie), « L'effet direct des conventions internationales », *R.F.D.A.*, n°3, 2012, p.560 et suiv.

GONOD (Pascal), « La réception des arrêts par la doctrine juridique », *R.F.D.A.*, n°5, 2013, p.1007 et suiv.

GONOD (Pascal), « Le redéploiement de la participation à l'élaboration des normes », *RFDA*, n°2, 2015, p.249 et suiv.

GOTTARDI (D.), « Congedi parentali », *Digesto italiano*, IV Agg., Torino, 2000, p.185 et suiv.

GUIRAUDON (Virginie) « Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : l’histoire de la directive “race” », *Sociétés contemporaines*, n°53, Vol.1, 2004, p.11 et suiv.

GUYOMAR (Mattias), « Conclusions », *R.F.D.A.*, n°6, 2009, p.1125 et suiv.

GUYOMAR(M.), COLLIN (P.), « La « cristallisation » des pensions des militaires et fonctionnaires des anciennes colonies est-elle constitutive d’une discrimination ? », *A.J.D.A.*, 2001, p.1039 et suiv.

H

HANNETT (Sarah), « Equality at the Intersections : the Legislative and Judicial Failure to tackle multiple discrimination », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.1 , n° 23, 2003, p.65 et suiv.

HAQUET (Arnaud), « L’action positive, instrument de l’égalité des chances entre les hommes et les femmes », *R.T.D. Eur.*, n°2, 2001, p.305 et suiv.

HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Discrimination indirecte, genre et liberté religieuse : encore un rebondissement dans les affaires de voile », *A.J.D.A.*, n°3 2012, p.163 et suiv.

HOURSON (Sébastien), « Quand le principe d’égalité limite le pouvoir discrétionnaire : le précédent administratif », *RFDA*, n°4, 2013, p.743 et suiv.

HOUSER (Mathieu), « La spécificité du principe de non-discrimination en fonction de l’âge », *RFDA*, n°2, 2010, p.323 et suiv.

I

ILIOUPOULOU (Anastasia), JAUREGUIBERRY (Arnaud), « La première condamnation d’une discrimination à rebours. A propos de l’arrêt du Conseil d’Etat Compagnie des architectes en chef des monuments historiques », *R.F.D.A.*, 2009, p.132 et suiv.

J

JEAMMAUD (Arnaud), « Du principe d’égalité de traitement des salariés », *Dr. Soc.*, n°7/8, 2004, p.694 et suiv.

K

KAHN BEST (Rachel), EDELMAN (Lauren B.), HAMILTON KRIEGER (Linda), ELIASON (Scott R.), « Multiple disadvantages : an empirical test of intersectionality theory in EEO Litigation », *Law & Society Review*, Vol. 45, 2011, p.991 et suiv.

KELLER (Rémi), « Conclusions. sur CE 14 novembre 2008, *Fédération des syndicats généraux de l’éducation nationale et de la recherche* », *A.J.D.A.*, 2009, p.380 et suiv.

L

LAGARDE (Xavier), « D'une vérité l'autre. Brèves réflexions sur les différentes cultures de la preuve », *Gaz. Pal.*, n°202-203, 2010, p.6 et suiv.

LANQUETIN (Marie-Thérèse), « Discriminations à raison du sexe : commentaire de la directive du 15 décembre 1997 », *Dr. Soc.*, n°7, 1998, p.688 et suiv.

LANQUETIN (Marie-Thérèse), « Un tournant en matière de preuve des discriminations », *Dr. Soc.*, n°6, 2000, p.589 et suiv.

LANQUETIN (Marie-Thérèse), « Discrimination », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2010

LANQUETIN (Marie-Thérèse), « Vers une meilleure compréhension des exigences communautaires », *Sem. Soc. Lamy*, n° 1355, p.4 et suiv.

LAPÉROU-SCHENEIDER (Béatrice), « De la nature répressive de l'action de groupe et de son extension en droit du travail », *Dr. Soc.*, n°3, 2015, p.256 et suiv.

LASSERRE- CAPDEVILLE (Jérôme), « Le testing », *A.J.D.P.*, n°7, 2008, p.310 et suiv.

LAULOM (Sylvaine), « Les recours judiciaires et extra-judiciaires contre les discriminations », *R.D.T.*, n°2, 2015, p.91 et suiv.

LE GARS (Julien), « Ordre public, dignité humaine : les nouvelles conditions de légalité d'une décision d'octroi du concours de la force publique pour l'exécution d'une décision d'expulsion », *A.J.D.A.*, n°10, 2011, p.568 et suiv.

LE POURHIET (Anne-Marie), « Discriminations positives ou injustice ? », *RFDA*, n°3, 1998, p.519 et suiv.

LE POURHIET (Anne-Marie), « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 114, mars-avr. 2001, p.169 et suiv.

LE POURHIET (Anne-Marie), « La loi du genre. À propos de l'arrêt du Conseil d'État, 7 mai 2013, *Fédération CFTC de l'agriculture et autres* », *R.F.D.A.*, n°6, 2013, p.1251 et suiv.

LEMAIRE (Félicien), « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *R.F.D.A.*, n°2, 2010, p.301 et suiv.

LIEBER (Sophie-Justine), BOTTEGHI (Damien), « Mme Perreux (II) - Juger des discriminations, une mission sous contrainte », *A.J.D.A.*, n°43, 2009, p.2391 et suiv.

LOCHAK (Danièle), « Réflexions sur la notion de discriminations », *Droit Soc.*, n°11, 1987, p.778 et suiv.

LOCHAK (Danièle), « La notion de discrimination », *Confluences Méditerranée*, n° 48, hiver 2003-2004, p.15 et suiv.

LOCHAK (Danièle), « La profession d'universitaire face à l'engagement », *Droit Soc.*, n°12, 2006, p.1079 et suiv.

LOCHAK (Danièle), « Le Conseil d'Etat En Politique », *Pouvoirs*, n°123, 2007, p.19 et suiv.

M

MACKAAY (E.), « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages*, 12^e année, n°53, 1979. Le discours juridique : analyse et méthode. P.33 et suiv.

MAISONNEUVE (Mathieu), « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *R.F.D.A.*, n°3, 2002, p.561 et suiv.

MALHERBE (Nicolas), « Quelles seraient les conséquences juridiques de la suppression du mot « race » de notre Constitution ? », *Recueil Dalloz*, n°15, 2013, p1012 et suiv.

MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *R.F.D.A.*, n°5, 1997, p.906 et suiv.

MELLERAY (Fabrice), « L'arrêt *Burbaud* implique-t-il une discrimination à rebours ? », *A.J.D.A.*, n°36, 2003, p.1911 et suiv.

MERCAT-BRUNS (Marie), « Age and disability differential treatment in France: contrasting EU and national court's approaches to the inner limits of antidiscrimination law », *International Journal of Discrimination and the law*, Vol.15, n°1-2, 2015, p.62 et suiv.

MERCAT-BRUNS (Marie), « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *R.D.T.*, n°1, 2015 p.28 et suiv.

MICHAUD (Cécile), « La preuve des discriminations en droit du travail », *JCP S*, n°46, 2012, p.11 et suiv.

MONTECLER (Marie-Christine), « Le Conseil d'Etat redéfinit les contours de la laïcité du XXI^{ème} siècle », *A.J.D.A.*, n°26, 2011, p.1460 et suiv.

MONTECLER (Marie-Christine), « Laïcité pour les parents d'élèves accompagnant les sorties scolaires », *A.J.D.A.*, 2011, p.2319 et suiv.

MONTECLER (Marie-Christine), « Laïcité : parents d'élèves accompagnant les sorties scolaires », *D.*, 2012, p.72 et suiv.

MOREAU (P.Y.), « La jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne relative au lien entre fonction publique et nationalité », *A.J.F.P.*, n° 2, 2001, p.9 et suiv.

O

OTERO (Christophe), « Concours interne d'agrégation : la condition d'âge était discriminatoire », *A.J.F.P.*, n°5, 2015, p.293 et suiv.

P

PALLADIN (Attilio), « L'attuazione delle direttive comunitarie contro le discriminazioni di razza, etnia, religion o convinzione personale, handicap, età e orientamento sessuale », *Massime di giurisprudenza del lavoro*, 2004, p.39 et suiv.

PAULIAT (Hélène), « Gratuité d'accès aux musées et résidents irréguliers : pas d'exclusion de principe », *JCP A*, 18 mars 2013, n° 2091, p.41 et suiv.

PELLOUX (Robert), « Les nouveaux discours sur l'inégalité », *R.D.P.*, 1982, p.909 et suiv.

R

RAMBAUD (Thierry), « Le principe de non-discrimination en droit allemand à l'épreuve du droit communautaire », *Annales de la faculté de droit de Metz*, 2007, p.167 et suiv.

RENAUD (Bernadette), « Les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité ? », *R.T.D.H.*, n°31, 1997, p.425 et suiv.

RIBADEAU DUMAS (Benoît), « Les Carrières Dans et Hors Le Conseil d'Etat », *Pouvoirs*, n°123, 2007, p.73 et suiv.

RIHAL (Hervé), « La responsabilité de l'Etat du fait des difficultés d'accès des lieux de travail d'un auxiliaire de justice handicapé », *R.D.S.S.*, n°1, 2011, p.151 et suiv.

RITLENG (Dominique), « Jurisprudence administrative française intéressant le droit communautaire 1^{er} janvier -30 juin 2005 », *R.T.D. eur.*, 2006, p.301 et suiv.

RITLENG (Dominique), « Responsabilité sans faute de l'Etat du fait des difficultés d'accès aux juridictions d'une avocate handicapée », *R.T.D. eur.*, 2011, p.483 et suiv.

RIVERO (Jean), « Le concept de laïcité », *D.*, 1949, chron., p.33 et suiv.

ROGER-LACAN (Cyril), « Quand l'opposition au détachement d'un magistrat, fondée sur le bon fonctionnement du service public, cache une discrimination », *A.J.D.A.*, n°16, 2011, p.901 et suiv.

ROLIN (Frédéric), « Le harcèlement moral au risque du droit administratif », *A.J.D.A.*, n°10, 2002, p.733 et suiv.

ROMAN (Diane), « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *Recueil Dalloz*, n°28, 2013, p.1911 et suiv.

ROMAN (Diane), HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Note sous l'arrêt du Conseil d'État, Ass., 7 mai 2013, *Fédération CFTC de l'agriculture et autres* », *R.F.D.A.*, n°4, 2013, p.882 et suiv.

ROUQUET (Philippe), « Les principes de laïcité et de neutralité opposables aux collaborateurs occasionnels de l'enseignement public élémentaire », *A.J.C.T.*, 2012, p.105 et suiv.

S

SIMON (Patrick), « Comment la lutte contre les discriminations est passée à droite », *Mouvements*, Vol.4, n°52, 2007, p.153 et suiv.

SLAMA (Serge), « La discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *AJFP*, n°4, juillet-août, 2003, p.4 et suiv.

SLAMA (Serge), « L'arrêt Diop, un long combat judiciaire », *Plein droit*, n° 56, mars 2003, p.10 et suiv.

SLAMA (Serge), « Egalité des citoyens devant la loi (Art. 6 DDHC) : Absence de droit à la nationalité française et d'atteinte à l'égalité à l'égard des « Français musulmans d'Algérie » relevant du statut civil de droit local mais bénéficiaires de la citoyenneté », [PDF] in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 7 juillet 2012.

SLAMA (Serge), « Absence de droit au réexamen de jugements définitifs suite à une condamnation de la France par la Cour de Strasbourg pour violation du droit au procès équitable » [PDF] in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 16 octobre 2012

SLODZIAN (Monique), « L'émergence d'une terminologie textuelle et le retour du sens », p.61 et suiv. in Henri Béjoint et, Philippe Thoiron (dir.), *Le sens en terminologie*, Lyon : Presses universitaires de Lyon, 2000.

SOUVIGNET (Xavier), « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *R.F.D.A.*, 2013, p.315 et suiv.

SPIRE (Rachel), « Agir contre la discrimination syndicale : le droit en pratique », *Droit ouvrier*, n°693, 2006, p.170 et suiv.

STASSE (François), « Egalité et discriminations positives », p.19 et suiv in *Regards sur l'actualité*, La Documentation française, 1997

SUPIOT (Alain), « Principio di eguaglianza e limiti di nazionalità giuridica », *Lav. Dir.*, 1992, p.211 et suiv.

T

TANDÉ (Alexandre), « La notion de discrimination dans les discours de l'action publique en France (1992-2005). Entre intégration et égalité des chances », *Information sociale*, n° 148, Vol.4, 2008, p.20 et suiv.

TRIBALAT (Michèle), « L'enquête mobilité géographique et insertion sociale : une remise en cause des habitudes statistiques françaises », *Espace, populations, sociétés*, 1996, vol. 14, n° 2/3, p.215 et suiv.

V

VERPEAUX (Michel), « L'égalité d'accès à la restauration scolaire : principes et limites », *A.J.D.A.*, n°5, 2010, p.265 et suiv.

W

WACHSMANN (Patrick), « Les lois instituant des discriminations selon la nationalité devant le Conseil d'Etat français », *R.T.D.H.*, n°2003, p.299 et suiv.

WELLER (Jean-Marc), « Comment décrire ce qu'on ne voit pas? Le devoir d'hésitation des juges de proximité au travail », *Sociologie Du Travail*, n°53, 2011, p.349 et suiv.

WERNER (A.) , « Le précédent administratif, source de légalité », *A.J.D.A.*, 1987, p.435 et suiv.

Y

YEZNIKIAN (Olivier), « Le principe de non-discrimination dans la fonction publique française », *Cah. Fonc. Pub.*, janvier 2003, p.4 et suiv.

Articles ouvrages collectifs/ Actes colloque (publiés)

ARDANT (Philippe), « L'égalité des personnes en droit français ou la poursuite de l'insaisissable égalité réelle », p.135 et suiv. in *La personne humaine sujet de droit*, Publications de la Faculté de droit de Poitiers, Paris : PUF, 1994.

BATAILLE (Philippe), « Racisme populaire et relais institutionnels, discrimination systémique et indirecte », p.69 et suiv. in D. Borrillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris : La Découverte, 2003 (collection « Recherches »)

BONARDI (Olivia), « La discriminazione basata sull'età », p.125 et suiv. in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano: Giuffrè 2007.

BORGETTO (Michel), « Égalité, Solidarité, ... Équité ? », p.239 et suiv. in G. Koubi (dir.), *Le préambule de la constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996.

BORGETTO (Michel), « Équité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions », p.115 et suiv. in Koubi (Geneviève), Guglielmi (Gilles J.) (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris : La Découverte, 2000.

BORRILLO (Dominique), « La politique antidiscriminatoire de l'Union européenne », p.139 et suiv. in D. Borrillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris : La Découverte, 2003 (collection « Recherches »)

BORRILLO (Dominique), « Apport philosophique et contribution pratique du droit européen en matière de lutte contre les discriminations », p.33 et suiv. in E. Fassin et J.-L. Halperin (dir.), *Discriminations : pratiques, savoirs, politiques*, Paris : La Documentation française-HALDE, 2008

BOUZAT (P.), « La loyauté dans la charge de la recherche des preuves », p.155 et suiv. in *Problèmes contemporains de procédure pénal : Recueil d'études en hommage à M. Louis Huguency*, Paris : Sirey, 1964, n°1.

BRAIBANT (Guy), « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », p.97 et suiv. in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris : PUF, 1989.

BRUNET (Pierre), « Perelman, le positivisme juridique et l'interprétation », p.189 et suiv. in Frydman B. et Meyer M., *Chaim Perelman. De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris : PUF, 2012

CALVÈS (Gwenaëlle), « Discriminations », in S. Mesure, P. Savidan (dir.), *Le dictionnaire des sciences humaines*, PUF, 2006.

CHEVALLIER (Jacques), « Lutte contre les discriminations et État providence », p.38 et suiv. in D. Borrillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris : La Découverte, 2003 (collection « Recherches »)

CLASSEN (C.D.), « L'influence du Droit Communautaire Sur l'Egalité Hommes / Femmes en Allemagne », p.21 et suiv. in L. Dubouis (dir.), *Droit communautaire et la protection des Droits fondamentaux dans les Etats Membres*, Paris : Economica, 1995.

CORNU (Gérard), *Les définitions dans la loi*, p.77 et suiv. in *Mélanges dédiés au doyen Jean Vincent*, Paris : Dalloz, 1981.

DECHATRE (Laurent), « L'identité constitutionnelle comme limite à l'ouverture au droit international et européen en Allemagne et en France » p.57 et suiv. in Lagrange (E.), Hamman (A.), Sorel (J.-M.) (dir.), *Si proche, si loin, la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Société de législation comparée, 2012.

FASSIN (Didier), « Une brève histoire des discriminations », p.49 et suiv. in E. Fassin et J.-L. Halperin (dir.), *Discriminations : pratiques, savoirs, politiques*, Paris : La Documentation française-HALDE, 2008

FASSIN (Éric), « Actualité des discriminations », p.9 et suiv. in E. Fassin et J.-L. Halperin (dir.), *Discriminations : pratiques, savoirs, politiques*, Paris : La Documentation française-HALDE, 2008

FOUGEROUSE (Jean), « La discrimination à raison de l'âge », p.83 et suiv. in F. Lemaire, B. Gauriau (dir.), *Les discriminations*, Paris : Ed. Cujas, 2012, 170p.

FOULQUIER (Caroline), « L'indépendance de la justice : une notion indépendante ? », p.33 et suiv. in *L'indépendance de la justice*, Actes de la journée d'études du 19 novembre 2010, Presses universitaires de Sceaux, novembre 2011.

FOULQUIER (Caroline), « L'administration de la preuve dans l'action en responsabilité administrative », p.171 et suiv. in *La responsabilité administrative, Actes du colloque de*

l'Association Française pour la recherche en droit administratif, 7-8 juin 2012, Université Toulouse Capitole, Paris : LexisNexis, 2013 (coll. « Colloques et débats »).

HAKIM (Nader), « Les genres doctrinaux », p.147 et suiv. in *La doctrine en droit administratif, Actes du 3^e colloque organisé les 11 et 12 juin 2009, à la Faculté de droit de Montpellier par l'Association française pour la recherche en droit administratif*, Paris : LexisNexis, LITEC, 2010 (coll. « Colloques et débats »)

ILIOUPOULOU(Anastasia), « Le principe d'égalité et de non-discrimination », p.435 et suiv. in J. B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, *Droit administratif européen*, Bruxelles : Bruylant, 2007

ILIOUPOULOU(Anastasia), « Le principe de non-discrimination devant les juges communautaire et national », p.243 et suiv. in J.Rossetto et A.Berrambane (dir.), *Regards sur le droit de l'Union Européenne après l'échec du traité constitutionnel*, Presses Universitaires François-Rabelais, 2007

LE POURHIET (Anne-Marie), « Egalité et discrimination », p.25 et suiv. in Félicien Lemaire et Bernard Gauriau (dir.), *Les Discriminations*, Cujas, 2012

LOCHAK (Danièle), « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit », p.39 et suiv. in D. Borrillo (dir.), *Homosexualité et droit. De la tolérance à la reconnaissance juridique*, Paris : PUF, 1998

LOCHAK (Danièle), «Loi du marché et discrimination », p.9 et suiv. in D. Borrillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris : La Découverte, 2003 (collection « Recherches »)

LOCHAK (Danièle), « La notion de discrimination dans le droit français et européen », p.43 et suiv. in M. Tsujimura et D. Lochak (dir.), *Égalité des sexes : la discrimination positive en question. Une analyse comparative (France, Japon, Union européenne et États-Unis)*, Paris : Société de législation comparée, 2006.

MORVAN (Patrick), « Principes » in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF, 2003

PELLEGRINI (G.P.), « Art. 28. Delle controversie in materia di discriminazione », p.361 et suiv. in C. CONSOLO (dir.), *Codice di procedura civile commentato, La semplificazione dei riti*, Milano: Ipsoa, 2012.

POIRMEUR (Yves), FAYET (Emmanuelle), « La doctrine administrative et le juge administratif. La crise d'un modèle de production du droit », p.97 et suiv. in J. Chevallier (dir.), *Le droit administratif en mutation*, Paris : PUF, 1993.

POIRMEUR (Yves), « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », p.91 et suiv. in KOUBI (Geneviève), GUGLIELMI (Gilles J.) (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris : La Découverte, 2000.

RIVERO (Jean), « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », p.345 et suiv. in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, T. XIV, 1961-1962, Dalloz, 1966.

SEILLER (Bertrand), « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », p.979 et suiv. in *Mélanges en l'honneur Jean-François Lachaume, Le droit administratif : permanences et convergences*, Paris : Dalloz, 2007.

TOMUSCHA (Christian), "Equality and Non-Discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights", p.691 et suiv. in Ingo von Munch (ed.): *Staatsrecht, Volkerrecht, Europarecht - Festschrift Fur Hans-Jürgen Schlochauer*, 1981

VEDEL (Georges), «L'égalité», p.172 et suiv. in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines, sa pérennité*, La Documentation française, 1990.

5. Communications

SAUVÉ (Jean-Marc), vice-président du Conseil d'Etat « Le Conseil d'Etat, une cour suprême administrative », [en ligne], *intervention le 9 décembre 2014 à l'occasion de la Remise des prix à la Faculté de droit de l'Université de Strasbourg*. Disponible sur : <http://www.conseil-etat.fr/content/download/37612/326286/version/2/file/17122014_Remise%20des%20prix%20a%20la%20Faculte%20de%20droit%20de%20l%20Universite%20de%20Strasbourg.pdf> (consulté le 22/03/16)

SAUVÉ (Jean-Marc), vice-président du Conseil d'État, « L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? » [en ligne], *Colloque organisé par le Conseil d'État et la Cour de cassation au Conseil d'État*, 10 avril 2015, disponible sur : <http://www.conseil-etat.fr/content/download/41650/360518/version/1/file/20150410_CE_Cass%20souverainete%20et%20droit%20international.pdf> (consulté le 09/05/16)

STIRN (Bernard), « Le juge administratif et les discriminations », *Intervention lors du Colloque 10 ans de droit de la non-discrimination organisé par le Défenseur des droits*, Cour de cassation, 5 octobre 2015. Disponible sur : <<http://www.conseil-etat.fr/content/download/49227/430896/version/2/file/Colloque%20défenseur%20des%20droits.pdf>> (consulté le 22/03/16).

6. Rapports

BÉBÉAR (Claude), *Des entreprises aux couleurs de la France. Minorités visibles : relever le défi de l'accès à l'emploi et de l'intégration à l'entreprise*, rapport au Premier Ministre, Institut Montaigne, 2004, 141p. Disponible sur : <http://www.institutmontaigne.org/res/files/publications/des_entreprises_aux_couleurs_de_la_france-1.pdf> (consulté le 10/05/16)

BEGAG (Azouz), *La République à ciel ouvert*, rapport au Ministre de l'intérieur, novembre 2004, 58p. Disponible sur : < <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/044000615.pdf>> (consulté le 10/05/16)

BOSSU (Bernard) (dir.), *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel : la réalisation contentieuse d'un droit fondamental*, Droit et perspectives du droit EA, n° 4487, Mission de recherche Droit et Justice, septembre 2014, 462p.

BOURCIER (Danièle), TAUZIAC (Véronique), *Du standard technique à la norme juridique, impacts et enjeux*, Rapport de la Mission Droit et Justice, Laboratoire Informatique, Droit, Linguistique, CNRS, 1995, 95p.

CHOPIN (Isabelle), GERMAINE-SAHL (Catharina), *Developing Anti-discrimination Law in Europe*, European Commission, [en ligne] oct. 2013, 166p. Disponible sur <http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/comparative_analysis_2013_en.pdf>(consulté le 22/03/16)

Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité, Extrait du rapport public 1996*, Paris : La documentation française, 1998, 245p.

Conseil d'Etat, *Etude annuelle du Conseil d'Etat, 2013. Le droit souple*. [en ligne] Paris : La Documentation Française, 297p. Disponible sur :< <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000280.pdf>> (consulté le 10/05/2016)

Conseil d'Etat, *Les dossiers thématiques du Conseil d'Etat*, « Le juge administratif et l'expression des convictions religieuses », [en ligne] 25 novembre 2014, 18p. Disponible sur <http://www.conseil-etat.fr/content/download/36549/316965/version/4/file/dossier_thematique_convictions_%20religieuses.pdf> (consulté le 10/05/16)

Conseil d'Etat, *Les dossiers thématiques du Conseil d'Etat*, « Le juge administratif et le droit de l'Union européenne », [en ligne] 23 septembre 2015, 14p. Disponible sur <<http://www.conseil-etat.fr/content/download/47718/416523/version/5/file/juge-adm-et-droit-ue.pdf>> (consulté le 22/03/16)

FAUROUX (Roger), *Lutter contre les discriminations ethniques dans le domaine du travail*, Rapport au Ministre de l'emploi, juillet 2005, 50p. Disponible sur :< <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000466.pdf>> (consulté le 10/05/16)

Haut Conseil à l'Intégration, *Le Contrat et l'intégration*, Rapport au Premier Ministre, 2003, 162p. Disponible sur <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/044000033.pdf>> (consulté le 10/05/16)

JOIN-LAMBERT (Thérèse), LEMOINE (Michel), *Enquête sur l'insertion des jeunes immigrés dans l'entreprise*, Inspection Générale des Affaires Sociales, janvier 1992. Le

Défenseur des droits, *Les droits fondamentaux des étrangers*, [en ligne], 9 mai 2016, 304p. Disponible sur : <http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/736160170_ddd_rapport_droits_etrangers.pdf> (consulté le 20/05/16).

Le Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activités 2014*, 41p. [en ligne]. Disponible sur : <http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/raa_court_2014_0.pdf> (consulté le 22/03/2016)

MICHEL (Hélène), WILLEMEZ (Laurent), *Les Conseils de Prud'hommes Entre Défense Syndicale et Action Publique. Actualité D'une Institution Bicentenaire*, Paris: Mission de recherche Droit et Justice, 2007, 164p.

Rapport Pécaut-Rivolier, *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Éd. ministère du droit des femmes, [en ligne] déc. 2013, 165p. Disponible sur : <<http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-l-pecaut-rivolier-2013.pdf>> (consulté le 22/03/16)

Rapport annuel de la Cour de cassation 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris : La Documentation française, 2009, 482p. Disponible sur <https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Cassation_2008.pdf>(consulté le 22/03/16)

Rapport sur la formation initiale des fonctionnaires de l'Etat dans les écoles du service public, Ministère de l'intérieur (IGA) n°11-088-01/ Ministère de l'économie (CGEF), n°11-0539, La Doc. Française, nov. 2011, 138p. Disponible sur : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/124000076.pdf>>(consulté le 10/05/16)

VERSINI (Dominique), *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, rapport au Ministre de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, 2004, 107p. Disponible sur : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/044000632.pdf>> (consulté le 10/05/2016).

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABREVIATIONS	1
SOMMAIRE	3
INTRODUCTION.....	5
CHAPITRE PRELIMINAIRE : EGALITE VS DISCRIMINATION.....	13
SECTION 1 : LA NOTION DE DISCRIMINATION EN PRISE AVEC L'EGALITE.....	14
I. L'inscription dans le cadre juridique français	14
A. Repères historiques	14
B. Nouveautés de la notion de discrimination	17
II. La réception du principe de non-discrimination par la doctrine	20
A. Un principe tiraillé entre trois axiologies	23
B. Un principe à l'identité juridique incertaine	31
SECTION 2 : LA PLACE DU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION DANS LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.....	44
I. Principe d'égalité et/ou principe de non-discrimination ?.....	44
A. Les limites méthodologiques.....	44
B. Méthodes et résultats	45
1. Une analyse de marqueurs épi/métalinguistiques de la doctrine.....	46
2. Discrimination en contexte définitoire	47
3. Conséquences notionnelles et argumentatives	50
4. Observations du corpus	51
5. Conclusions	53
II. Les instruments de régulation du pouvoir discrétionnaire de l'administration dans l'édition de décisions individuelles	55
A. Les lignes directrices, une référence implicite au principe d'égalité	56
B. Les lignes directrices implicites : le précédent administratif	59

C.	Une nouvelle approche des mesures d'ordre intérieur	61
III.	Le principe de non-discrimination : Analyse sociologique.....	63
A.	Le principe de non-discrimination chez le juge administratif.....	63
1.	Méthodes d'enquête	64
2.	Le travail concret des rapporteurs publics.....	67
3.	Le discours du juge administratif en matière d'égalité et de non-discrimination.....	72
B.	La mobilisation des principes d'égalité et de non-discrimination dans le raisonnement du juge administratif.....	81
1.	Caractériser le raisonnement du juge	81
2.	Décrire la spécificité du raisonnement juridique.....	85
3.	Analyser la formation du jugement grâce aux conclusions des rapporteurs publics	89
PARTIE 1 : L'APPREHENSION DU PRINCIPE DE NON DISCRIMINATION PAR LE JUGE ADMINISTRATIF		105
CHAPITRE 1 : LES CRITERES DE DISCRIMINATION.....		107
SECTION 1 : LES DISCRIMINATIONS LIEES A L'ORIGINE ETHNIQUE ET A LA RACE		108
I.	Sur quels fondements juridiques le juge administratif censure-t-il une discrimination raciale et/ou ethnique ?.....	109
II.	Comment le juge administratif interprète-t-il l'interdiction des distinctions fondées sur la race et l'origine ethnique ?	112
SECTION 2 : LE PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION FONDE SUR L'AGE DANS LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE.....		117
I.	L'interdiction des discriminations non justifiées et non proportionnées fondées sur l'âge.....	119
A.	La censure des discriminations directes non justifiées.....	119
1.	L'émergence du critère de l'âge.....	119

2. La censure par le juge administratif des discriminations fondées sur l'âge sans motif	121
B. La justification des discriminations.....	122
1. Les justifications	122
2. La proportionnalité	126
II. La faiblesse intrinsèque du principe de non-discrimination fondée sur l'âge.....	127
A. La poursuite du droit de travailler au-delà de l'âge légal.....	127
1. Le droit de l'Union	127
2. La jurisprudence administrative	128
B. Les discriminations sur l'âge, des discriminations d'appui ?.....	130
SECTION 3 : LE PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION EN RAISON DE CONVICTIONS RELIGIEUSES	131
I. La notion de discrimination religieuse	131
A. La complétude de la norme	132
B. Les discriminations directes et indirectes.....	134
II. L'effectivité du principe de non-discrimination en raison de convictions religieuses.....	135
A. Un discours « d'équilibriste »	136
1. La protection offerte par le juge administratif au respect des convictions religieuses.....	136
2. L'application rigoureuse du principe de neutralité du service public : première limite à l'effectivité du principe de non-discrimination en raison de convictions religieuses : l'exemple du contentieux des sanctions disciplinaires.....	137
B. La prééminence dans le discours du juge du principe de laïcité et de neutralité du service public.....	138
1. Conseil d'Etat, 6 mars 2009, req. n° 307764, Akremi	138
2. Cour Administrative d'Appel de Nantes, 15 mai 2014, req. n° 13NT01655, GRETA Sud Normandie	139

3. Tribunal Administratif de Montreuil, 22 novembre 2011, Mme Osman	139
III. L'utilité du critère de discrimination en raison de convictions religieuses	140
SECTION 4 : LES DISCRIMINATIONS FONDEES SUR LE SEXE.....	142
I. L'apparition de la notion de discrimination dans le discours du juge administratif.....	142
II. La transposition en droit français de la notion européenne de discrimination fondée sur le sexe	145
III. La résistance du juge face à la notion européenne de discrimination indirecte entre les sexes.....	147
SECTION 5 : LA DISCRIMINATION FONDEE SUR LA NATIONALITE DANS LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE.....	155
I. Une prise en compte marquée du principe issu du droit de l'Union Européenne ..	156
A. La prise en compte du principe en lien avec le droit originaire de l'Union européenne	157
1. L'accès à la fonction publique française	159
2. Le fonctionnement de la fonction publique.....	160
3. Les règlements des fédérations sportives	161
B. Le principe de non-discrimination contenu dans le droit dérivé de l'Union européenne	163
1. Le cas de la fonction publique.....	164
2. Le secteur des sportifs professionnels	166
II. Les effets des conventions internationales dans le discours du juge administratif : une prise en compte altérée du principe	168
A. Une violation directe du principe ?	168
B. Une violation indirecte du principe : la résidence.....	171
SECTION 6 : LES DISCRIMINATIONS FONDEES SUR LE LIEU DE RESIDENCE	175
I. Le lieu de résidence dans la jurisprudence relative au service public.....	176
A. L'égalité dans le service public	176

B.	L'égalité devant le service public.....	179
II.	Le lieu de résidence et l'emploi public	182
III.	Lieu de résidence et aménagement du territoire.....	183
SECTION 7 : LES DISCRIMINATIONS FONDEES SUR LA PRECARITE SOCIALE ET SUR LA FORTUNE : UN CRITERE DE DISCRIMINATION A CONSACRER EN DROIT INTERNE ?.....		
I.	La jurisprudence relative à l'égalité dans le service public et les différences de traitement fondées sur la précarité sociale	188
II.	La jurisprudence relative à l'égalité devant le service public et les discriminations fondées sur la précarité sociale.....	191
III.	L'efficacité du principe de non-discrimination en question.....	194
SECTION 8 : LES DISCRIMINATIONS EN RAISON D'UN HANDICAP DANS LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE.....		
I.	L'emploi public	196
A.	Absence de référence explicite à la discrimination	196
1.	La nécessité de prendre en compte la situation de handicap.....	196
2.	Les mesures compensatoires	197
B.	Référence explicite à la discrimination	198
II.	Accessibilité aux bâtiments publics	199
III.	Droit des étrangers	200
IV.	Accès à l'éducation	204
CHAPITRE 2 : LES INSTRUMENTS ET LES MODES DE PREUVE DANS LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE PERMETTANT DE SANCTIONNER LES DISCRIMINATIONS		
SECTION 1 : LES INSTRUMENTS UTILISES PAR LE JUGE ADMINISTRATIF POUR SANCTIONNER UNE DISCRIMINATION		
I.	Discrimination et légalité externe de l'acte administratif	209
A.	L'incompétence.....	209
B.	Le vice de forme et de procédure	210

II.	Discrimination et légalité interne de l'acte administratif	212
A.	L'erreur de droit	213
B.	Le contrôle de la violation directe de la règle de droit	216
1.	Les tables décennales 1985-1994	217
2.	Les tables annuelles de 1994 à 2014.	220
C.	Le contrôle du détournement de pouvoir	225
D.	La variation du contrôle du juge de l'excès de pouvoir et la sanction des discriminations	226
SECTION 2 : LE DISCOURS DU JUGE ADMINISTRATIF EN MATIERE DE PREUVE DE LA DISCRIMINATION		230
I.	La portée du principe de non-discrimination en matière de preuve	230
A.	Principe d'égalité ou principe de non-discrimination en matière de preuve ? ...	231
1.	L'utilisation des principes	231
2.	L'invocation des principes	233
3.	L'influence du droit de l'Union européenne	236
B.	Le rôle de la nature de l'acte	236
1.	Preuve et acte administratif	237
2.	Preuve et motif du jugement	238
II.	La nécessité de règles spécifiques en matière de preuve de la discrimination	239
A.	L'enjeu accepté	239
B.	Des règles spécifiques	240
1.	La spécificité des règles de preuve en matière de discrimination	240
2.	La spécificité devant le juge administratif	242
III.	L'effectivité des règles d'administration de la preuve en matière de discrimination	245
A.	Le discours du juge administratif face au modèle de partage de la preuve des directives européennes et de l'article 4 de la loi de 2008	246

1.	Le discours institutionnel de facilitation de la preuve de la discrimination...	247
2.	La critique institutionnelle du régime probatoire devant le juge administratif.....	248
B.	Les règles d'administration de la preuve devant le juge administratif.....	250
1.	Le partage de la charge juridique de la preuve.....	251
2.	Les modes de preuve	255
3.	Les pouvoirs d'instruction du juge.....	259
4.	Le doute ne profite pas au requérant	261
SECTION 3 : L'INVOCABILITE DES NORMES INTERNATIONALES COMME INSTRUMENT DE LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS.....		265
I.	Retour sur les conditions de l'invocabilité de la norme internationale	266
II.	La démonstration de l'utilité de la norme internationale	267
III.	Une démonstration dont la portée doit être relativisée.....	271
PARTIE II : LA SINGULARITE DU DISCOURS DU JUGE ADMINISTRATIF		275
CHAPITRE I : UNE DEMARCHE DIFFERENTE DU JUGE JUDICIAIRE.....		277
SECTION 1: LE DISCOURS DU JUGE JUDICIAIRE ET LES DISCRIMINATIONS RACIALES		278
I.	Les imprécisions dans le discours du juge.	278
A.	L'usage des mots à sa disposition dans la loi.....	278
B.	L'absence de vocabulaire stable concernant le mécanisme de preuve des discriminations décrit par le Code du travail.	280
C.	La caractéristique qui fonde la différence de traitement.....	281
II.	Les interprétations du discours du juge.....	281
A.	La révélation d'un malaise.....	281
B.	La révélation d'une indignation particulière	282
SECTION 2 : LA NOTION DE DISCRIMINATION DANS LE CONTENTIEUX DE PRESSE.....		283

I. La sanction de propos visant à la commission d’actes discriminatoires : une hypothèse introuvable ?.....	288
II. La sanction de propos discriminatoires : une hypothèse dangereuse ?.....	292
SECTION 3: ANALYSE DU DISCOURS DE LA CHAMBRE CRIMINELLE RELATIVEMENT À LA PREUVE DES DÉLITS DE DISCRIMINATION AU TRAVAIL.....	296
I. Le discours de la chambre criminelle au regard de la preuve du délit de discrimination.....	298
A. Charge de la preuve.....	298
1. Coexistence de deux régimes probatoires de la discrimination	298
2. Analyse de la position de la chambre criminelle.....	301
B. Typologie des moyens de preuve admis par la Cour de cassation.....	305
1. Recours aux mécanismes de comparaison, le système de preuves statistiques.....	305
2. Preuves fournies par certaines autorités	307
3. Le testing : vers un assouplissement de la preuve de l’intention discriminatoire ?.....	308
II. Preuve des faits justificatifs du comportement discriminatoire invoqués par l’employeur	311
A. Justifications légales de la discrimination.....	311
B. Autres justifications admises par la chambre criminelle.....	315
1. Justification des inégalités et contenu du contrat de travail	315
2. Justification des inégalités et intérêt de l’entreprise / pouvoir de direction....	316
3. Justification des inégalités et comportement du salarié/ pouvoir disciplinaire.....	316
SECTION 4: DISCOURS DE LA CHAMBRE SOCIALE DE LA COUR DE CASSATION : LA DISCRIMINATION SYNDICALE	318

I. Le premier temps probatoire : l'apport d'éléments laissant supposer les faits reprochés	320
A. Le discours du juge sur les modes de preuve	321
B. Le discours du juge sur l'objet de la preuve.....	323
II. Le second temps probatoire : la nécessité d'apporter des éléments objectifs et matériellement vérifiables	326
A. Le risque de la preuve	326
B. L'objet de la preuve	327
SECTION 5 : LA DISCRIMINATION FONDEE SUR LE SEXE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA CHAMBRE SOCIALE DE LA COUR DE CASSATION ..	330
I. La preuve d'une discrimination en raison du sexe.	331
II. L'identification de la discrimination en raison du sexe.	334
CHAPITRE II : UNE INFLUENCE REDUITE DES JUGES EUROPEENS	337
SECTION 1 : L'ANALYSE DU DISCOURS DE LA COUR EUROPEENNE SUR LA DISCRIMINATION ET SON INFLUENCE SUR LE JUGE ADMINISTRATIF FRANÇAIS (HANDICAP, RACE ET NATIONALITE/SEXES ET ORIENTATION SEXUELLE.....	338
I. Le raisonnement de la CEDH et sa contribution à une approche de la discrimination propre au système conventionnel	342
A. L'existence d'une différence de traitement	342
B. L'obligation pour les États de justifier une différence de traitement constatée .	345
1. L'existence d'une justification objective et raisonnable	345
2. Le caractère proportionné de la justification	347
3. L'administration de la preuve	347
II. L'influence de l'approche de la Cour sur la pratique du juge administratif en matière de discrimination	349
A. L'approche de la Cour, source d'inspiration pour le juge administratif français.....	349

B. La limite à l’approche de la Cour comme source d’inspiration pour le juge administratif	351
SECTION 2 : UNE ANALYSE EN TENSION : L’INFLUENCE DE LA CJUE SUR LE DISCOURS DU JUGE ADMINISTRATIF	354
I. Une certaine porosité dans les méthodes des juges	355
A. L’admission de l’action contentieuse	355
B. L’admission de la discrimination	358
II. Des décalages sur le plan substantiel	362
A. L’égalité homme / femme	363
1. L’intégration de la discrimination indirecte	363
2. L’analyse statistique	365
B. Le critère de l’âge et la comparaison CJUE/juge administratif	366
1. Le caractère justifié d’une discrimination	366
2. L’utilisation des modes de preuve du droit de l’Union en matière d’âge	367
SECTION 3 : LE PRINCIPE DE NON DISCRIMINATION DANS LE DISCOURS DU JUGE ITALIEN	370
I. Le principe d’égalité dans la Constitution italienne par rapport au droit de l’Union Européenne	370
II. L’égalité de traitement entre hommes et femmes : critère expressément prévu par la Constitution italienne	373
A. La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle	373
B. L’influence du droit européen sur le droit national italien	375
C. Egalité des chances dans la pratique italienne	378
D. La problématique de la charge de la preuve en matière d’emploi	381
III. L’interdiction de la discrimination par l’âge	382
A. Problématique générale	382
B. La directive 2000/78 et le droit national italien	385

1.	L'article 6 de la directive 2000/78	386
2.	L'article. 3, paragraphe 4 bis et 4 ter du décret législatif n. 216/2003.....	387
SECTION 4 : LES PRINCIPES DE NON DISCRIMINATION ET D'ÉGALITE DANS LE DISCOURS DU JUGE ALLEMAND		389
1.	La construction juridique des droits fondamentaux en droit allemand	389
2.	Les pouvoirs de contrôle étendus du juge constitutionnel allemand.....	392
I.	Définition des principes d'égalité et de non-discrimination dans le contexte allemand	394
A.	Discrimination ou inégalité de traitement : une terminologie souple	396
B.	Egalité et non-discrimination : une même idée prise sous deux angles distincts.....	397
C.	La reconnaissance jurisprudentielle des discriminations indirectes.....	402
D.	Explicitation des critères visés par le principe de non-discrimination.....	405
II.	L'encadrement imposé par le juge	409
A.	La possibilité de généralisation, de réglementation par type	410
B.	Obligation de cohérence et autolimitation.....	411
1.	L'obligation de cohérence imposée au législateur	411
2.	L'autolimitation de l'administration	413
C.	Un contrôle à l'intensité graduelle	413
1.	Du contrôle de l'arbitraire à un examen à l'intensité graduelle	414
2.	Justification et contrôle de proportionnalité.....	420
3.	L'interdiction de traiter de façon identique des situations différentes.....	424
D.	L'impact du droit européen sur la jurisprudence constitutionnelle	427
1.	L'âge	429
2.	Orientation sexuelle.....	433
CONCLUSION GENERALE		435
BIBLIOGRAPHIE		441
TABLE DES MATIÈRES		461