

PLAN

Introduction

La diversité des approches :

L'égalité de traitement, l'égalité des chances, la non discrimination, la discrimination positive.

La discrimination directe ; la discrimination indirecte

Partie I Une application uniforme du principe de non discrimination

A) Une application extensive du principe par la CJUE

- L'effet direct du principe dans le cadre de la LCP
- La primauté du principe sur l'ordre juridique interne
- L'acceptation d'une discrimination indirecte
- Le problème de la situation purement interne

B) Une application restrictive des exceptions

- Le cas des emplois de l'administration publique
- Le cas des tiers à l'Union européenne

Partie II La concrétisation du principe par type de discrimination

A) Les discriminations concernant le genre

- égalité homme femme
- orientation sexuelle
- discrimination positive

B) Les discriminations en raison de la qualité la personne

- L'âge
- Le handicap
- L'origine ethnique

Conclusion

La jurisprudence de la CJUE en matière de discrimination

Introduction

Surprenante pourrait être le mot qualifiant cette communication car dans le débat sur les discriminations la Cour de Justice apparaît pour beaucoup comme hors du jeu. Peu citée, voire ignorée, siégeant au Luxembourg, elle serait peu en prise avec le quotidien des européens. Cette conception est confondue par la réalité. Le droit communautaire et l'interprétation constructive du juge pénètrent les ordres juridiques des Etats membres et régissent les situations des particuliers. En effet, le principe de non discrimination est présent dès le traité de Rome du 25 mars 1957 concernant la nationalité et le sexe. Ainsi, la libre circulation des travailleurs sur le territoire communautaire et son accès au marché du travail ne saurait être entravé sur la base de sa nationalité. Pour l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe, l'approche est différente car à l'origine il s'agit de lutter contre les risques de distorsion de concurrence entre les entreprises situées dans des Etats membres où existait ou n'existait pas une législation relative à l'égalité entre les hommes et les femmes en matière de rémunération.

En droit communautaire, contrairement à la convention européenne des droits de l'homme (article 14), il n'existe pas de disposition générale et unique consacrant le principe de non discrimination dans tous les domaines. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la CJUE l'a érigé en principe fondamental du droit communautaire. Certes, avec l'article 13 du traité d'Amsterdam, une première approche plus globalisante intervient puisque « Le Conseil de l'Union peut prendre des mesures pour combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race, l'origine ethnique, la religion ou les croyances, un handicap, l'âge et l'orientation sexuelle ». Par ailleurs, selon l'article 20 §1 de la charte des droits fondamentaux « est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractères génétiques, la langue, la religion, ou les convictions ou les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». Le §2 ajoute que « toute discrimination exercée en raison de la nationalité est interdite ». Depuis la ratification du traité de Lisbonne, ces deux dispositions de la charte ont pleine valeur juridique. Mais, les textes communautaires distinguent toujours la discrimination en raison de la nationalité de ses autres formes. Enfin, l'article 6 du traité de Lisbonne prévoit que « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (...) et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

Ainsi, le principe de non discrimination constitue l'une des règles essentielles du droit communautaire. Quantitativement, d'abord, car de nombreux textes du droit communautaire dérivé s'y réfèrent, qualitativement ensuite car il fait l'objet d'une reconnaissance sur le plan juridique et politique. En effet, le Conseil européen insiste sur la promotion de ce principe et la Commission de l'Union le place au rang de préoccupation majeure dans le développement de ses actions. Spatialement, enfin puisqu'il est censé s'imposer sur l'ensemble des territoires des Etats membres.

La doctrine et la jurisprudence, en droit communautaire, s'accordent pour considérer la notion de discrimination comme objective. L'intention de discriminer de l'auteur de la règle ou du comportement n'est pas nécessaire. Seul importe l'effet produit, c'est-à-dire l'existence d'une discrimination. Cette conception prohibe aussi bien les discriminations ouvertes ou directes que les discriminations déguisées ou indirectes.

La discrimination directe consiste à appréhender différemment des situations semblables. Plus concrètement, elles visent les avantages, les priorités accordées aux uns et pas aux autres alors

qu'ils sont dans une situation similaire. En matière de discrimination fondée sur la nationalité, elle peut intervenir à l'embauche ou à l'occasion de la reconnaissance d'un régime de protection sociale.

La discrimination indirecte conduit à prendre en compte d'une manière identique une catégorie de personnes, or une telle attitude aboutit à une inégalité dans les résultats. Il en va ainsi de dispositions communes s'appliquant à l'ensemble des salariés mais dont les effets désavantagent une partie d'entre eux en raison de leurs nationalités voire de leurs origines. La difficulté réside ici à démontrer qu'une égalité apparente engendre une inégalité de fait.

En l'état actuel, toute différence est prohibée, à moins qu'elle ne soit légitime, c'est-à-dire fondée sur une justification objective et raisonnable. Selon la formule désormais classique de la CJUE, le traitement différent de situations comparables et le traitement identique de situations différentes sont interdits.

Toutefois, si le principe de non discrimination est présent dans tous les Etats membres, il ne revêt pas nécessairement un sens identique. En réalité, ce principe connaît une portée différente en fonction de l'ordre juridique dans lequel il s'insère. En d'autre terme, l'égalité de traitement en droit français n'emporte sans doute pas les mêmes conséquences juridiques que le principe de non discrimination en droit communautaire¹ ou encore au vu de l'article 14 de la CEDH². Une première difficulté, alors, apparaît. Comment l'appliquer de façon uniforme sur l'ensemble du territoire communautaire ?

Par ailleurs, le droit communautaire aménage lui-même un certain nombre d'exceptions³ liés à l'histoire ou à la culture des pays formant l'Union. Les Etats eux-mêmes lors de leur adhésion négocient des dérogations⁴ engendrant une non application du droit communautaire.

De plus, il n'est pas certain que le droit communautaire relatif à la prohibition de toute discrimination s'applique à l'ensemble des litiges donnant lieu à la saisine d'une juridiction d'un Etat membre. Ainsi, des situations vierges de tout droit communautaire sont envisageables lorsque la Cour de justice les qualifie de purement interne. Dans ce cas de figure, seul le droit de l'Etat intervient.

Bref, le principe de non discrimination en droit communautaire connaît un certain nombre de spécificités laissant place à l'interprétation. Cette approche générale du principe de non discrimination par les textes n'offre qu'une vision partielle de sa portée. En effet, ce principe se décline ensuite selon les types d'atteintes supportées par la personne en raison de son âge, de son sexe, de son handicap, de sa nationalité, de sa race ou encore de ses croyances. La jurisprudence de la Cour intègre donc ces divers aspects et façonne le principe en fonction de la nature des discriminations rencontrées. Dès lors, sur la base de ces divers paramètres, la juridiction communautaire doit assurer l'application uniforme du principe de non discrimination pour l'ensemble des ordres juridiques étatiques (I) en le concrétisant dans le patrimoine juridique des particuliers en fonction des types d'atteintes subies (II).

¹ V. Denis MARTIN, « Le principe de non discrimination », communication au colloque 'L'Europe en quête d'objet : doute et espoir » organisé à Dijon, le 20 octobre 2008, sous la direction de Philippe Icard, à paraître aux éditions Bruylant, 2010.

² V. F. SUDRE et Hélène SURREL, (sous la dir.) « Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2009.

³ V. par exemple, l'article 39 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que « la libre circulation des travailleurs est assurée dans la Communauté ». Elle implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des Etats membres. Le §4 ajoute que « Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique ».

⁴ Ils le font le plus souvent lors de leur adhésion à l'Union, ce fut notamment le cas de la Grèce concernant l'accès au mont Athos interdite aux femmes et aux hommes non orthodoxes.

Partie I Une application uniforme du principe de non discrimination Le principe de non discrimination présent tant dans le droit communautaire originaire que dérivé suppose une application uniforme sur l'ensemble des territoires des Etats membres. Aussi, les diverses politiques publiques engagées par l'Union et mises en œuvre par les Etats membres sont régies par ce principe. Ainsi, dans le cadre de la politique régionale, un cofinancement communautaire ne peut être obtenu par une collectivité territoriale que si son projet respecte l'égalité entre les hommes et les femmes et l'égalité des chances et évite toute discrimination au sens dégagé par le droit communautaire⁵. Or, cette obligation est parfois entamée en raison des conceptions propres à chaque Etat. Ce faisant, des « divergences spatiales d'interprétation »⁶ ne manquent pas d'intervenir. Pourtant, ce principe doit nécessairement recevoir une interprétation unique tant dans les relations entre l'Union européenne et les Etats membres que dans les relations entre les ressortissants communautaires. Cette mission attribuée à la Cour de justice la conduit à préciser les conditions de son application dans les ordres étatiques et sa portée. Sur ce second aspect, le juge communautaire apprécie l'étendue des exceptions et dérogations admises par les textes. Il dessine, par exemple, le contour de la notion de « raison impérieuse d'intérêt général » aboutissant à l'exclusion d'application du principe de non discrimination issu du droit communautaire.

Aussi, dans cette mission d'uniformisation d'interprétation, la Cour assure une application extensive du principe de non discrimination (A) et entend restrictivement les exceptions qui l'accompagne (B).

A) Une application extensive du principe

Le principe de non discrimination en droit communautaire entretient des liens de voisinage avec d'autres notions comme l'égalité et l'égalité de traitement sans conduire à l'identité. Aussi, une clarification s'imposait. Or, le juge communautaire a, pour partie, failli à sa mission première d'où la persistance d'un certain nombre de confusions. Elles sont entretenues par un bon nombre de textes édictés sur la base de l'article 13 du traité d'Amsterdam qui mêlent tout à la fois ces trois notions. Ainsi, furent édictées des directives visant les discriminations, l'égalité des chances ou de traitement en matière de sexe,⁷ de

⁵ Article 16 du règlement (CE) 1083/2006 du Conseil du 11 juillet 2006 portant dispositions générales sur le Fonds européen de développement régional, le Fonds social européen et le Fonds de cohésion, et abrogeant le règlement (CE) 1260/1999, JOUE, L210, du 31 juillet 2006, p. 25.

« Les États membres et la Commission veillent à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes et l'intégration du principe d'égalité des chances en ce domaine lors des différentes étapes de la mise en œuvre des Fonds.

Les États membres et la Commission prennent les mesures appropriées pour prévenir toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle lors des différentes étapes de la mise en œuvre des Fonds et notamment dans l'accès aux Fonds. En particulier, l'accessibilité aux personnes handicapées est l'un des critères à respecter lors de la définition d'opérations cofinancées par les Fonds et à prendre en compte pendant les différentes étapes de la mise en œuvre ».

⁶ Formule empruntée à Denis MARTIN, précité.

⁷ Directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, JOUE, L45, 19 février 1975, p. 19 ; Directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail, 9 février 1976, JOUE, L39, p. 40 ; Directive 2002/73/CE du Parlement et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail, JOUE, L

race,⁸ d'emploi et de conditions de travail,⁹ d'âge,¹⁰ de handicap¹¹. L'examen de l'évolution de la jurisprudence communautaire montre la volonté de la Cour d'utiliser ces divers termes afin d'étendre l'application du droit communautaire à des situations pas clairement envisagées par les textes. A l'origine, deux griefs de discrimination étaient visés : la nationalité et le sexe. Sur cette base la Cour de justice a admis la primauté et l'effet direct du dispositif juridique protégeant l'égalité de traitement. Cette supériorité du droit communautaire sur le droit interne se traduit par la nécessité pour l'Etat soit de retirer toute réglementation nationale contraire, soit d'intégrer le droit communautaire dans l'ordre juridique étatique. Toutefois, il arrive que les Etats ne se soumettent pas réellement à cette obligation, ainsi la Commission intente des actions en constatation de manquement contre les Etats récalcitrants. Récemment encore, concernant la transposition de la directive mettant en œuvre l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et à des services, la Cour estime « qu'en ne prenant pas en compte, dans le délai prescrit, toutes les dispositions législatives, réglementaires et administratives pour ce conformer à la directive (...), le Royaume-Uni et l'Irlande du Nord a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de cette directive »¹². Ce principe de primauté induit nécessairement que la non discrimination telle qu'elle est interprétée en droit communautaire s'impose à celle issue des Etats membres. Par ailleurs, dans le cadre de la reconnaissance de l'effet direct, elle a considéré que l'article 39 du traité crée dans le patrimoine juridique des ressortissants communautaires des droits susceptibles d'être revendiqués devant le juge national. Sur le plan théorique l'énoncé est

269 du 5 octobre 2002, p. 15 ; Directive 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, JOUE, L 6, 10 janvier 1979, p. 24 ; Directive 86/378/CEE du Conseil du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale, JOUE, L 51 du 20 décembre 1987, p. 56 ; Directive 86/613/CEE du Conseil du 11 décembre 1986 sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité, JOUE, L 359, 19 décembre 1986, p. 56 ; Directive 92/85/CEE du Conseil 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 du 24 novembre 1992, JOUE, L348, 28 novembre 1992, p. 1 ; cette directive fait l'objet d'une proposition de directive 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, COM(2008) 637 final, non publié au JOUE. Directive 96/34/CE du Conseil du 13 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, JOUE, L 145, 19 juin 1996, p. 4 ; Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, JOUE, L 14, 20 janvier 1998, p. 6 ; Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail (refonte des directives 75/117/CEE , 76/207/CEE , 86/378/CEE, 97/80/CEE qui sortent de l'ordre juridique communautaire au 19 août 2009), JOUE, L 204, 26 juillet 2006, p. 23 ; Une directive en dehors de l'emploi et du travail : Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et de services, JOUE, L 373, 21 décembre 2004, p. 34.

⁸ Directive 2000/43/CE du Conseil 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, JOUE, L 180, 19 juillet 2000, p. 22.

⁹ Règlement 161/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs dans la Communauté européenne, JOUE, L 257, 19 octobre 1968, p.2.

¹⁰ 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, JOUE, L303, p. 16.

¹¹ Proposition de directive présentée par la Commission de l'Union le 2 juillet 2008 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, COM(2008) 429 final, 2008/0140 (CNS).

¹² CJCE, 4 février 2010, Commission européenne c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, aff. C-186/09, non encore publié.

assez simple, la réglementation nationale ne doit pas traiter différemment un salarié national et un salarié d'un autre Etat membre. Pour autant, en droit communautaire se pose immédiatement une question, cette disposition du traité, certes revêtue de l'effet direct, peut-elle être toujours revendiquée par un requérant dans le prétoire du juge? Le texte n'apporte à cet égard aucune réponse. C'est pourquoi à l'occasion d'un litige la CJUE affirme que la non discrimination applicable aux salariés ne s'impose en droit interne des Etats qu'à la condition d'utiliser la libre circulation reconnue par le traité¹³. Ensuite, seulement elle examine si le dispositif du traité relatif à la non discrimination entre salariés en matière de rémunération et de conditions de travail est suffisamment clair et précis pour être revendiqué par des requérants devant le juge national. Ainsi, dans une affaire concernant le renouvellement de contrat de travail à durée déterminée de lecteurs étrangers, la législation applicable prévoit qu'ils sont renouvelables tous les ans sur une durée maximum de cinq ans. Sur cette base, deux ressortissantes l'une britannique et l'autre espagnole ne bénéficient pas de la reconduite de leur contrat. Elles saisissent le juge italien au motif qu'elles sont frappées d'une discrimination interdite par l'article 39 du traité¹⁴. La Cour de justice saisie par un renvoi préjudiciel précise que cette disposition crée des droits dans le patrimoine juridique des salariés puisque les deux requérantes ont utilisé la liberté de circuler. Ce faisant, le principe de non discrimination s'oppose à ce que la législation d'un Etat membre limite en toute hypothèse à un an, avec possibilité de renouvellement, la durée des contrats de travail des lecteurs de langue auprès des universités, alors qu'une telle limite n'existe pas pour les autres enseignants »¹⁵. Elle ajoute, que « Le principe d'égalité de traitement, dont l'article 48 § 2 du traité est une expression spécifique et qui prohibe non seulement les discriminations ostensibles fondée sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat ». Le juge communautaire pointe ici la discrimination indirecte. La mise en place de ces contrats, même pour l'ensemble des lecteurs de langues, aboutit dans les faits à une discrimination indirecte car il décourage les ressortissants des autres Etats membres à venir enseigner dans les Universités italiennes.

En conséquence, cette reconnaissance de la discrimination en droit communautaire est en prise avec le principe de libre circulation des personnes, tel est, d'ailleurs, l'intérêt de la décision rendue par la Cour le 14 janvier 1994. En l'occurrence, il s'agit d'une salariée belge travaillant pour partie en Allemagne, mais continuant à séjourner avec sa famille en Belgique. Lors du paiement de l'impôt sur le revenu en Allemagne, elle est soumise à la catégorie des contribuables partiellement assujettis. Or, les nationaux dans une même situation bénéficient d'une imposition fondée sur l'équité. La Cour saisie d'un renvoi préjudiciel du juge allemand, précise d'abord sa jurisprudence constante selon laquelle la fiscalité directe relève de la compétence des Etats, à condition de respecter le droit communautaire, ici la libre circulation des personnes. Elle en déduit ensuite que l'article 48 doit être respecté, dès lors cette discrimination indirecte est de nature à entraver la libre circulation des travailleurs salariés¹⁶. L'extension de l'application du principe de non discrimination par la Cour s'exprime également par une volonté d'en élargir le champ matériel. Très souvent dans les contentieux nationaux mettant en cause le principe de non discrimination les Etats membres tentent de l'écarter. En d'autres termes, le juge doit examiner si la mesure prise relève du droit

¹³ CJCE, 27 octobre 1982, *Morson et Jhanjan*, aff. jointes, 35 et 36/82, Rec. P. 3723 ; confirmé par CJCE 17 décembre 1987, *Zaoui*, aff. 147/87, Rec. 1987, p. 3511.

¹⁴ Article 48 § 2 à l'époque.

¹⁵ CJCE, 2 août 1993, *Pilar Alué et Carmel Maria Coonan C/ Università degli studi di Parma*, aff. Jointes 259, 331 et 332/91, Rec. P. 4309.

¹⁶ CJCE, 14 février 1994, *Finanzamt Köln-Alstadt c/ Schumaker*, aff. 279/93, Rec. 1994, p. 225.

communautaire ? Ce faisant, dans une affaire relative à un licenciement d'un salarié néerlandais en Allemagne, La cour dut se prononcer sur l'étendue de la formule « l'interdiction de discrimination dans les conditions d'emploi et de travail »¹⁷. En effet, le salarié subit un accident réduisant de 60% sa capacité de travail, son employeur le congédie. En Allemagne pour ce type de licenciement une autorisation doit être sollicitée auprès du bureau principal d'assistance, sauf pour les étrangers. Devant une telle distinction, le juge national saisit la CJUE pour savoir si ce type de protection relève des conditions de travail visées par le traité. Le juge communautaire considère que les procédures de licenciement et les protections spéciales accordées à certaines catégories de travailleurs entre dans le champ d'application de l'interdiction de discrimination fondée sur les conditions de travail. La Cour suit le même raisonnement pour des discriminations fondées sur le lieu de résidence et sur le délai de présence dans l'Etat d'accueil. Elle précise que constitue une discrimination et donc une atteinte à libre circulation des travailleurs salariés « une mesure qui fixe des conditions de résidence susceptibles d'être plus facilement remplies par les nationaux que par les ressortissants des autres Etats membres »¹⁸. Dernier exemple de l'extension de la catégorie des discriminations concernant les conditions de travail, les avantages reconnus lors de l'exécution de son service national. En l'espèce, la législation allemande permet aux salariés allemands la prise en compte de leur période passée au service de la nation dans le décompte de leur ancienneté dans l'emploi occupé dans l'entreprise. Un ressortissant d'un autre Etat membre travaillant en Allemagne, retourne dans son pays pour exécuter ses obligations militaires. Puis de retour demande de bénéficier de l'avantage accordée par la législation d'outre Rhin. Ce droit lui est refusé. La Cour, à la suite d'un renvoi préjudiciel précise que le principe d'égalité « implique qu'un travailleur migrant, ressortissant d'un autre Etat membre, qui a dû interrompre son activité dans une entreprise d'un autre Etat membre afin de remplir ses obligations militaires nationales, a le droit de voir prendre en compte la période ainsi passée sous les drapeaux pour le calcul de son ancienneté dans cette entreprise, pour autant que (...) ces périodes soient elles aussi prises en compte au bénéfice des travailleurs nationaux »¹⁹. Par petites touches successives, le juge communautaire aboutit à reconnaître aux travailleurs migrants communautaires un régime de prestations sociales équivalent à celui des nationaux du pays d'accueil²⁰. Par ce biais, la Cour de justice soumet au principe de non discrimination de nombreuses législations des Etats membres. Ce principe devient un instrument de l'intégration communautaire par extension de son champ d'application. Pour autant, ce principe de non discrimination issu du droit communautaire peut dans certains cas demeurer sans effet. Il s'agit de la situation purement interne. La Cour de justice a réaffirmé cette position dans une jurisprudence récente²¹. Dans cette affaire, la structure fédérale de la Belgique permet aux trois régions créées par la constitution²² d'adopter des décrets dans leurs domaines de compétences exclusives. Ces textes s'inscrivent dans la

¹⁷ CJCE, 13 décembre 1972, Pieter Marsman c/ M. Rosskamp, aff. 44/72, Rec. 1972, p. 1243.

¹⁸ CJCE, 10 mars 1993, Commission c/ Grand Duché du Luxembourg, aff. 111/91, Rec. 1993, p. I-840.

¹⁹ CJCE 15 octobre 1969 Württembergische Milverwertung c/ Ugliola, aff. 15/69, Rec. 1969, p. 363.

²⁰ Par exemple, CJCE, 2 août 1993, Acciardi c/ Commissie beroepszaken administratieve geschillen in de provincie Nord-Holland, aff. 66/92, Rec. 1993, p. I-1024, pour le financement des demandeurs d'emploi par des organismes publics.

²¹ CJCE, 1^{er} avril 2008, Gouvernement de Wallonie, aff. C-212/06, Rec. p-1683.

²² Au terme de l'article 3 de la constitution belge, il s'agit de la Wallonie, de la Flandre et de Bruxelles Capitale. Les versions en langue néerlandaise et allemande introduisent respectivement les termes de « Gewestern » et « Regionen ». Par ailleurs, l'article 4 de la constitution belge crée également quatre régions linguistiques, néerlandaise, allemande, française et bilingue pour Bruxelles Capitale.

hiérarchie des normes de l'Etat belge au même rang que les lois fédérales²³. Ainsi, un décret du 30 mars 1999 de la communauté flamande, modifié à multiples reprises²⁴ instaure une assurance soins bénéficiant à des personnes insusceptibles d'accomplir des actes quotidiens nécessaires à leurs besoins élémentaires, ni mener des activités qui y sont assorties. Le régime vise des prestations d'aides et de services non-médicaux.

Or, un tel mécanisme de protection n'est pas organisé par les Communautés françaises et germanophones. Aussi, le dispositif²⁵ proposé par le gouvernement flamand exige pour bénéficier de ces mesures que les personnes résident dans la région de langue néerlandaise ou à Bruxelles Capitale. Cette disposition est considérée par le gouvernement de Wallonie comme contraire aux principes d'égalité et de non-discrimination en matière de libre circulation des personnes et des travailleurs en droit communautaire. En effet, sont écartés de ce régime social les résidents en Wallonie et les travailleurs frontaliers notamment français.

La Cour d'arbitrage belge devenue Cour constitutionnelle saisit la Cour de justice en interprétation des articles 18, 39 et 43 du traité CE²⁶ et du règlement du 11 juin 1971 modifié relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.

Elle interroge le juge du Luxembourg sur le champ d'application matériel du droit communautaire et sur le caractère discriminatoire des mesures adoptées par le Gouvernement Flamand. Pour étayer sa demande, le juge Belge met l'accent sur la reconnaissance de la citoyenneté européenne par le traité obtenue par le truchement de la nationalité d'un Etat membre. Cette qualité n'admet-elle pas un lien direct avec le droit communautaire sans nécessairement utiliser le droit à circuler librement pour les salariés Wallons? Le gouvernement flamand estime qu'aucun lien n'est établi entre la mesure et les droits protégés par les traités. En effet, il s'agit de situation purement interne puisque la législation litigieuse ne touche qu'une partie du territoire belge et qu'en outre le domaine social relève de la compétence exclusive des Etats. Cette dernière objection est rapidement levée par la Cour au motif que tout ressortissant communautaire « faisant usage de son droit à la libre circulation des travailleurs et exerçant une activité professionnelle entre dans le champ d'application de l'article 39 CE »²⁷.

²³ V. Articles 127 § 2 C ; 128 § 2 C ; 129 § 2 C ; 130 § 2 et 134 C complétés par l'article 19 § 2 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, Moniteur belge, 15 août 1980.

²⁴ V. Décret du 30 décembre 2002 contenant diverses mesures d'accompagnement du budget 2003, Moniteur belge du 31 décembre 2002, p. 59-138 et décret du 30 avril 2004 modifiant le décret du 30 mars 1999 portant organisation de l'assurance soins, Moniteur belge, 9 juin 2004, p. 43-593.

²⁵ Article 4 § 2 du décret de 1999 modifié.

²⁶ Article 18, « Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, sous réserves des limitations et des conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application ». Article 39, « La libre circulation des travailleurs est assurée dans la Communauté européenne. Elle implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité entre les travailleurs des Etats membres en ce qui concernent l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail ». Article 43 « Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre sur le territoire des autres Etats membres sont interdites (...); la liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non-salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises (...) dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants ».

²⁷ CJCE, 23 février 1994, Scholz, aff. C-419/92, Rec. p. I-505, point 9 ; CJCE, 9 janvier 1998, Terhoeve, aff. C-18/95, Rec. p. I-345, point 27 ; CJCE, 21 février 2006, Ritter-Coulais, aff. C-152/03, Rec. p. I-1711, point 31 et CJCE, 18 juillet 2007, Hartmann, aff. C-212/05, Rec. p. I-6303, point 17.

Reconnaître un tel droit ne remet, évidemment pas en cause la liberté de l'Etat de déterminer la nature et les conditions d'admissions aux prestations sociales²⁸. En revanche, les dispositions nationales ne doivent aucunement méconnaître le principe de libre circulation des personnes²⁹. Dès lors, c'est à juste titre que le juge communautaire s'interroge sur le caractère discriminatoire de l'obligation de résidence introduite dans le décret. En effet, la libre circulation des personnes fixe comme objectif de favoriser l'exercice d'une activité professionnelle pour tout salarié européen sur l'ensemble du territoire communautaire. Aussi, une disposition étatique s'oppose à cette liberté lorsqu'elle empêche ou dissuade un ressortissant d'un Etat membre de l'exercer³⁰. Pour sa défense, le gouvernement Flamand avance l'égalité de traitement des nationaux belges et des ressortissants des autres Etats membres, donc l'absence de discrimination fondée sur la nationalité. Toutefois, cette démonstration ne convainc pas. En effet, le juge, depuis fort longtemps, admet une atteinte au droit communautaire, sans discrimination fondée sur la nationalité³¹. Ainsi, l'obligation de résider dans une région spécifique entrave nécessairement la libre circulation des personnes³². À cet égard, le juge du Luxembourg a déjà condamné la perte d'un avantage social reconnu par une législation nationale dont en est exclu un ressortissant communautaire³³. L'entrave est avérée dès l'instant où un avantage est consenti pour une catégorie de personnes au détriment d'une autre³⁴. L'obligation de résidence s'analyse donc comme une disposition dissuadant les travailleurs migrants. Il suffit que la disposition nationale défavorise le ressortissant communautaire souhaitant exercer une activité économique sur le territoire d'un autre Etat membre³⁵. L'effet restrictif sur la libre circulation des personnes est indéniable. Comme le souligne la Cour, peu importe que la mesure ne favorise pas l'ensemble des travailleurs belges. En outre, le caractère mineur de l'atteinte portée à la libre circulation ne saurait justifier la législation en cause. Ce raisonnement s'inscrit, dans la continuité de la jurisprudence de la Cour. Dès l'instant où est entamée une liberté fondamentale prévue dans le Traité, il n'est pas utile de quantifier le nombre de personnes touchées par la mesure. Toutefois, encore faut-il que l'atteinte portée ne soit pas trop indirecte et aléatoire³⁶. Or, en l'espèce, un ressortissant français désirant continuer à résider en France pourrait travailler en région flamande et ne pas obtenir le régime d'assurance sociale proposée. Cette situation n'est donc pas purement hypothétique et conditionnée par un événement futur. Ce faisant la probabilité demeure suffisante pour reconnaître l'entrave à la libre circulation des personnes. De surcroît, même si les autorités flamandes contestent la discrimination indirecte, la mesure bien que touchant indistinctement tous les salariés, rend plus difficile les conditions à remplir pour les ressortissants migrants. Reste alors à s'interroger sur la discrimination entre résident en Wallonie et les autres. Le national belge n'ayant pas exercé son droit à la libre circulation ne pourrait-il pas montrer via la citoyenneté européenne un lien direct de rattachement avec le

²⁸ CJCE, 9 mars 2006, Piatkowski, aff. C-493/04, Rec. p. I-2369, point 20 ; CJCE, 18 juillet 2006, Nikula, aff. C-50/05, Rec. p. I-7029, point 20.

²⁹ V. CJCE, 19 avril 2007, Stamatelaki, aff. C-444/05, non encore publié, point 23.

³⁰ V. CJCE, 9 novembre 2006, Turpeinen, aff. C520/04, Rec. p. I-10685, points 18 et 19.

³¹ V. CJCE, 7 mars 1991, Maggio, aff. C-10/90, Rec. p. I-1113.

³² V. CJCE, Turpeinen, précitée, point 15.

³³ V. CJCE, 9 septembre 2003, Isabel Burbaud, aff. 285/01, Rec. p. I-8219, point 95 ; note P. Icard, Dalloz, édi. Gén., 27 novembre 2003, p. 2851 ; CJCE, 21 février 2006, Hosse, aff. C-286/03, Rec. p. I-1771, point 24.

³⁴ V. CJCE, 13 décembre 2007, United Pan-Europe Communications Belgium SA, aff. C-250/06, non publié, point 37.

³⁵ CJCE, 7 juillet 1992, Singh, aff. C-370-90, Rec. p. I-4265, point 14 et plus récemment, CJCE, 17 mars 2005, Kanemann, aff. C-108/04, Rec. p. I-2421, point 25.

³⁶ V. CJCE, 27 janvier 2000, Gral, aff. C-190/98, Rec. p. I-493, points 23 à 25.

droit communautaire ? et ainsi mettre un terme à la discrimination. Mais, comme le souligne la CJCE, cette citoyenneté n'a pas pour objectif d'étendre le champ matériel du traité à des situations internes. Le juge ne s'écarte, d'ailleurs, jamais de cette ligne³⁷. Certes, la porte n'est pas totalement refermée car la Cour du Luxembourg recommande aux juridictions nationales de ne pas systématiquement écarter l'application du droit communautaire aux situations internes « dans l'hypothèse où le droit de l'Etat membre concerné imposerait de faire bénéficier tout ressortissant national des mêmes droits que ceux qu'un ressortissant d'un autre Etat membre tirerait du droit communautaire dans une situation comparable »³⁸. L'ouverture demeure modeste, le dogme de la nécessité d'utiliser la libre circulation des personnes est à peine égratignée. Dans l'affaire en question, elle réitère donc sa position, aussi le droit communautaire sur les discriminations ne s'applique pas pour les Belges résidents en Wallonie. Dès lors, une discrimination dite à rebours est possible.

Pourtant, la reconnaissance de la citoyenneté européenne ne devrait-elle pas porter de nouveaux fruits en assurant à chacun la faculté de revendiquer l'application des dispositions des traités. N'est-il pas choquant d'introduire des degrés dans l'admission de droits et de créer ainsi diverses catégories de citoyens de l'Union ? En effet, en laissant en l'état sa jurisprudence, la CJCE permet la réintroduction dans l'espace communautaire de discriminations et de cloisonnements. Poser le principe du lien direct entre la qualité de citoyen européen et l'application du droit communautaire, réduirait comme « peau de chagrin » les situations purement internes. En effet, dès l'instant où la nationalité d'un Etat membre confère à son titulaire la possibilité de réclamer les droits issus des traités et des normes communautaires dérivés, bon nombre de législations étatiques serait en souffrance. La démarche suivie conduit à un raisonnement en deux étapes, la première relative à la qualité juridique du requérant, est-il citoyen européen ? en cas de réponse positive, la seconde concerne la recherche de l'application du droit communautaire à la situation considérée comme litigieuse.

La transposition de cette nouvelle approche à un cas concret permet de mesurer l'ampleur des conséquences en droit interne. À cet égard, l'affaire *Burbaud* peut servir d'exemple. En l'espèce, une ressortissante portugaise résidant en France a pu en raison de la reconnaissance d'un diplôme obtenu à Lisbonne en droit de la santé publique exercer, en France, la profession de directeur d'hôpital. L'obligation de se présenter au concours opposée par la France fut considérée comme contraire au droit communautaire. Cette exigence ne pèse pas sur les situations purement internes. Dans l'hypothèse où la citoyenneté européenne suffit pour prouver le rattachement au Traité, alors, les ressortissants français, résidents sur le territoire national, détenteurs de la même formation reçue en France peuvent donc solliciter le même droit. Il leur revient simplement de prouver, sur la base du droit communautaire, la présence d'une discrimination ou pour le moins d'une rupture d'égalité. Or, étant dans une même situation, ils doivent être traités de la même manière. Le refus d'alignement des autorités françaises aboutirait à une discrimination fondée sur la nationalité. Le citoyen européen français sédentaire moins bien traité que les citoyens européens d'autres nationalités. La réglementation française est donc contraire au droit communautaire³⁹. Dès

³⁷ V. CJCE, 2 juillet 1998, *Kapasakalis e.a.*, C-225/95 à 227/95, Rec. p. I-4239, point 22 ; CJCE, 26 janvier 1999, *Terhoeve*, aff. C-18/95, Rec. p. I-345, point 26 et CJCE, 11 octobre 2001, *Khalil e. a.*, aff. C-95/99 à C-98/99 et C-180/99, p. I-7413, point 69.

³⁸ Point 40 de la décision, non encore publiée.

³⁹ 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, JOUE, L19, p. 16.

lors, serait remis grandement en cause le recrutement par concours dans la fonction publique française. Ce type d'exemple peut évidemment se multiplier dans tous les Etats membres et pour de nombreuses législations.

Le contentieux s'étofferait devant les cours suprêmes des différents Etats membres, souvent saisies en matière d'égalité de traitement, avec au sommet de cette pyramide judiciaire la Cour de Justice.

Le juge communautaire pouvait-il franchir allègrement une telle étape en battant en brèche sa théorie des « situations purement internes » ? Assurément pas. L'extension de l'application du principe de non discrimination s'arrête aux portes du citoyen européen sédentaire. Cette position de la Cour ne l'empêche toutefois pas d'entendre restrictivement les exceptions posées par le traité.

B) Une application restrictive des exceptions

Le traité communautaire introduit une exception dans l'application du principe de non discrimination en matière d'emplois publics⁴⁰. La difficulté vient du sens à donner à cette formule. Les premières définitions viennent non pas de la CJUE mais de la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de l'applicabilité de l'article 6 de la CEDH aux agents publics. La Cour les définit comme « les emplois caractéristiques des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques ». ⁴¹ Il en va ainsi des forces armées et de la police. Cependant, le juge de Strasbourg a revisité sa position car il considère sa jurisprudence fondée sur un critère fonctionnel comme vecteur d'incertitudes.

C'est pourquoi, selon lui, la simple démonstration que « la personne relève d'un secteur ou d'un service qui participent à l'exercice de la puissance publique n'est pas déterminant »⁴². Encore faut-il que l'Etat se fonde sur des critères objectifs, seule hypothèse permettant d'écarter l'application de l'article 6 de la convention. Quoi qu'il en soit dans ces deux décisions le juge s'accorde pour dégager une définition minimale de l'administration car l'objectif visé est de rendre applicable l'article 6 à de nombreux litiges ordinaires mêmes pour des membres des forces de police.

En droit communautaire, une première question est intervenue : les Etats peuvent-ils déterminer à leur convenance la notion d'emploi public ? La CJUE répond très rapidement par la négative⁴³. Sur cette base, elle décide dès les années 80 que la notion d'emploi public doit recevoir une définition commune pour l'ensemble des Etats membres⁴⁴, et s'appuie sur un critère fonctionnel. A partir de ce constat, la Commission des communautés adopte le 5

⁴⁰ L'Europe des 15 comptait environ 23 millions de personnes.

⁴¹ CEDH, Gde. Ch. Pellegrin c France, 8 juillet 1999, § 66 ; v. P. Wachsmann, « un nouveau critère de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux de la fonction publique », RTDH, 2000, p. 844.

⁴² CEDH, Grd. Ch., Vilho eskelinen et autres c. Finlande, 19 avril 2007.

⁴³ CJCE, 12 février 1974, Sotgiu c/ Deutsche Bundespost, aff. 152/73, Rec. p. 153.

⁴⁴ CJCE, 17 décembre 1980 Commission c/ Belgique, aff. 149/79, Rec. p. 3281, RTDE, 1981, p. 357 et AJDA, 1981, p. 137 ; CJCE, 3 juillet 1986, Deborah Lawrie-Blum c/ Land Baden-Württemberg, aff. 66/85, Rec. p. 2121.

janvier 1988 une communication précisant les emplois ouverts aux ressortissants communautaires. Puis, il faut attendre une quinzaine d'année pour obtenir une définition au terme de laquelle les emplois qui « ne comportent pas 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 et des autres collectivités publiques et ne supposent pas de la part de leurs titulaires l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'Etat, ainsi que la réciprocité des droits et des devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité », ne sont pas des emplois de l'administration publique.

Deux critères cumulatifs à partir de l'année 1996⁴⁵ servent donc de base à l'exclusion d'application du droit communautaire : l'exercice de la puissance publique et la sauvegarde de l'intérêt public. Dans une décision Commission c/ Grand Duché du Luxembourg, une loi luxembourgeoise interdit l'accès à la profession d'enseignant des ressortissants d'autres Etat membre de l'Union, au motif que cette tâche consiste à transmettre certaines valeurs traditionnelles susceptibles d'être perdues. Ce risque est propre au Grand Duché car il est de faible superficie avec une population peu nombreuse. Dès lors réserver cette fonction à des nationaux relève de l'intérêt général car il participe à la sauvegarde de l'identité nationale. La Cour rejette cet argument car l'identité nationale ne saurait justifier l'exclusion de ressortissant communautaire sauf à démontrer la participation directe ou indirecte à l'exercice d'une mission de souveraineté⁴⁶. Le Conseil d'état français suit cette position en affirmant dans sa décision du 6 mai 1998 Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public que les missions d'enseignement ne constituent pas des missions inséparables de l'exercice de la souveraineté, dès lors le décret litigieux n'avait pas à prévoir des obligations particulières pour les ressortissants de l'Union en vue de préserver « l'identité culturelle » du pays d'autant qu'il n'y a pas d'exercice de prérogative de puissance publique⁴⁷. En d'autres termes, l'égalité d'accès des ressortissants communautaires à la fonction publique française s'impose dès l'instant où l'emploi visé n'entre pas dans l'approche dégagée par la Cour. Or, elle va l'entendre restrictivement. Cette situation oblige les législations étatiques à reprendre leur conception des différenciations par catégorie d'agents publics. Ainsi, même la loi du 26 juillet 1991 introduisant un article 5bis dans la loi de 1983 portant statut de la fonction publique n'a pas suffi à l'époque pour atteindre les objectifs jurisprudentiels de la Cour. Le juge communautaire réduit donc la portée de l'exception introduite par les textes. Il l'a resserré encore au début des années 2000 en estimant que l'exercice de prérogatives de puissance publique ne saurait être sporadique, celles-ci doivent « effectivement s'exercées de manière habituelle et ne pas représenter une part réduite de l'activité » des agents⁴⁸. Par ces approches successives le juge du Luxembourg réduit considérablement les risques d'une discrimination fondée sur la nationalité pour l'accès à la fonction publique entre les ressortissants des différents Etats membres. Ce faisant, sauf exception entendu restrictivement, l'accès à la fonction publique française est reconnu à l'ensemble des nationaux des Etats membres de l'Union, c'est-à-dire aux citoyens européens. Aussi, la conception française du principe d'égalité s'en trouve entamée. La décision

⁴⁵ CJCE, 12 juillet 1996, Commission c/ Belgique, aff. C-173/94, Commission c/ République Hellénique, aff. C-290/94, Rec. p.I-3265.

⁴⁶ CJCE, 2 juillet 1996, Commission c/ Grand Duché du Luxembourg, aff. C- 473/93, Rec. p. I-3207, Droit administratif, 1996, n° 572.

⁴⁷ CE 6 mai 1998, Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public, Leb.

⁴⁸ CJCE, 30 septembre 2003, Colegiales de Oficiales de la Marina Mercante Espagnola, C-405/01, Rec. p.I- ; CJCE, 30 septembre 2003, Anker et autres, aff. C-47/2002, Rec. p. I-3285.

Griesmar⁴⁹ illustre parfaitement cette emprise du droit communautaire concernant le principe de non discrimination. En effet, l'introduction de l'article 48 concernant la bonification des retraites dans la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites consacre la jurisprudence de la Cour de justice avec un traitement équivalent entre les hommes et les femmes. En effet, les fonctionnaires hommes et femmes étant dans une situation identique doivent bénéficier des mêmes avantages. Dès l'instant où l'exception ne peut s'appliquer alors toutes les dimensions du principe de non discrimination fondée sur la nationalité s'applique. Ainsi, un agent public d'un Etat membre peut non seulement accéder théoriquement à la fonction publique française, mais en outre son employeur doit retenir dans le calcul de son ancienneté celle acquise dans son pays d'origine. Mais là encore des difficultés apparaissent dans la mesure où certains Etats mettent en cause la similitude des expériences acquises. La CJUE s'est prononcée sur ce point dans sa décision Scholz dans un contentieux mettant en cause une législation italienne. En l'occurrence, le règlement d'un concours prévoit que l'expérience au sein d'un service public serait prise en compte. Une ressortissante d'outre Rhin postule et met en avant son expérience au sein d'un service public en Allemagne. Or, elle se rend compte au vu de sa place sur la liste d'aptitude que cette expérience ne fut pas retenue. Elle demande une rectification à l'université recruteuse, mais il est répondu que seule l'expérience dans un service public italien est comptabilisée. La candidate malheureuse intente un retour devant le juge italien pour discrimination en raison de la nationalité prohibée par le traité. La CJUE, saisie sur renvoi préjudiciel estime qu'un texte insérant une disposition relative à l'expérience acquise ne peut distinguer entre service public national et service public d'un autre Etat membre. Mais, elle atténue sa position en considérant que le texte peut exiger l'exercice de cette activité dans le même corps dans son pays d'origine en raison de la nature du poste⁵⁰. Le Conseil d'Etat français s'aligne sur cette position lors d'un contentieux portant sur des enseignants-chercheurs non appelés à occuper des emplois de souveraineté ou à exercer des prérogatives de puissance publique⁵¹. La Cour de cassation chambre sociale a adopté récemment une démarche identique concernant l'emploi dans une entreprise publique. Elle considère « qu'une entreprise publique d'un Etat membre ne peut, à l'occasion du recrutement de son personnel, refuser de tenir compte de l'ancienneté, de l'expérience et des qualifications acquises antérieurement dans un domaine d'activité comparable, au service d'une entreprise publique d'un autre Etat membre ». Elle ajoute que dans le cas où « le statut prévoit un avancement tenant compte de l'ancienneté dans la détermination de la rémunération, le travailleur migrant doit pouvoir se prévaloir efficacement des périodes d'emplois, dans un domaine comparable, accomplis antérieurement au service d'entreprise publique d'un autre Etat membre »⁵². La Cour de cassation française admet, en cas de législation nationale contraire, l'existence d'une discrimination indirecte. Elle emboîte le pas de la Cour de justice en matière d'emploi dans les entreprises publiques de l'Union européenne⁵³. En réalité, dès l'instant où l'exception de l'emploi public est rejetée, le droit commun communautaire sur les discriminations s'appliquent aucune spécificité n'est véritablement reconnue au secteur public⁵⁴.

⁴⁹ CE 29 juillet 2002, Griesmar, AJDA, 2002, p. 823, concl. F. Lamy ; AJFP, 2002-5, p. 40, note P. Boutelet ; dans le même esprit voir CE 5 juin 2002, AJDA 2002, p. 639, note M-C Montecler ; AJFP 2002-5, p. 38.

⁵⁰ CJCE, 23 février 1994, Integrand Scholz c/ Opera Universitaria di Cagliari, aff. C-419/92, Rec. P.I-505.

⁵¹ CE, 13 mars 2002, M. Courbage, Droit Administratif, juin 2002, p. 26.

⁵² Cour de cass (ch. Soc.), 11 mars 2009, Demaret c/SNCF, n° 840 381,

⁵³ CJCE, 25 janvier 1998, Kalliope Schöning-Kougebetopoulo, aff. C-15/96, Rec. p.-47.

⁵⁴ Par exemple en matière d'égalité des sexes dans le calcul de l'ancienneté de la requérante en tant que fonctionnaire à la date d'entrée en fonction ou à la date de nomination, sachant qu'à cette date, elle était en

Le champ d'exclusion de l'emploi public se réduit donc considérablement sous le double effet de la libre circulation des personnes et de la non discrimination. Le point d'orgue est atteint avec la décision de la Cour Isabel Burbaud⁵⁵. En l'espèce, 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 hôpitaux⁵⁶.

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 de 1988,
- La seconde vise la nécessité du succès à un concours pour accéder à la fonction publique hospitalière.

L'argument développé par Isabel Burbaud porte sur la nature de l'emploi de directeur d'hôpital qui, selon elle, équivaut à la notion de profession réglementée introduite dans la directive de 1988, peu importe le caractère public ou privé de l'emploi.

Le gouvernement français, pour sa part, dénie le caractère réglementé de la profession en raison de la spécificité de l'emploi dans le cadre d'une fonction publique de carrière.

L'objection française apparaît difficile à admettre au vue de la jurisprudence désormais classique de la Cour de justice.

En effet, dans une affaire Fernandez De Bodadilla, une ressortissante espagnole ayant obtenu un diplôme de restauratrice en œuvre d'art au Royaume-Uni demande à occuper un tel poste au musée du Prado. Or les représentants du Musée refusent car elle ne remplissait pas les conditions nécessaires, notamment d'équivalence de diplôme en matière de profession réglementée prévue dans la convention collective signée par le directeur du musée et les représentants du personnel. La directive ne s'appliquait pas, selon eux, à des institutions publiques.

Pourtant, le juge communautaire rejette totalement l'argument car une telle approche conduit à opérer des distinctions pour des professions semblables et donc à créer des discriminations⁵⁷.

En d'autres termes, l'appartenance au secteur public ou privé n'emporte aucune conséquence pour déterminer le caractère réglementé de la profession, qu'il s'agisse d'une fonction publique de carrière ou d'emploi⁵⁸. Ainsi le droit national ne saurait s'opposer à des règles

congé de maternité, CJCE, 6 février 2006, Carmen Sartakis Herrero c/ Imsalud, aff. C-294/04, Rec. P.I-852 ; Dalloz 2006, p.671.

⁵⁵ Décision, précitée.

⁵⁶ 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, JOUE, L19, p. 16.

⁵⁷ CJCE, 8 juillet 1999, Teresa Fernandez de Bobadilla c/ Museo Nacional del Prado e.a., aff. C-234/97, p. I-4773, point 11.

⁵⁸ Dans la fonction publique de carrière, le fonctionnaire n'est pas recruté pour un emploi déterminé. Son recrutement vaut pour un corps dans lequel il peut être affecté à divers emplois. Le choix du fonctionnaire porte

générales issues du droit communautaire dérivé. En outre, comme le souligne l'avocat général Christine Stix-Hackl, la directive ne prévoit aucune dérogation relative aux emplois publics⁵⁹.

Par ailleurs, la question concernant l'exception visée à l'article 39 CE relative à l'exercice de la puissance publique pour les emplois de l'administration peut être soulevée. Toutefois, l'Etat français n'a pas recherché à démontrer la participation de la fonction de directeur d'hôpital à l'exercice de la puissance publique. En effet, dans une décision Commission c/ France portant sur des emplois d'infirmiers, la Cour de justice fixe clairement sa position en affirmant « qu'il est sans intérêt de savoir si un travailleur se trouve employé à titre d'ouvrier ou de fonctionnaire ou encore si son lien d'emploi relève du droit public ou du droit privé, ces qualifications étant variables au gré des législations nationales ». Il appartient de rechercher si l'emploi en cause « est ou non caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique en tant qu'elle est investie de l'exercice de la puissance publique (...) pour la sauvegarde des intérêts de l'Etat »⁶⁰. Ici la fonction administrative hospitalière échappe à une telle approche. Ce premier problème résolu se pose encore la question du concours pour accéder à cette profession. Cette voie d'accès à la fonction publique, constitue un mode de sélection afin d'assurer le recrutement des collaborateurs de l'administration. Il s'écarte donc du diplôme dans la mesure où il ne sanctionne pas un certain cursus par un examen. Sur cette base, le diplôme obtenu dans un autre Etat membre ne saurait, selon le gouvernement français, se substituer à une procédure de sélection. L'appréciation doit porter non pas sur le diplôme, mais sur les procédures de recrutement dans chaque Etat membre. Or, pour organiser les conditions de recrutement et les règles de fonctionnement de leurs fonctions publiques, les Etats restent seuls compétents. Ils ne peuvent subir des dispositions supra nationales. Cette argumentation n'emporte pas la conviction car le juge communautaire a toujours admis que l'application concrète des directives telle qu'elles sont interprétées par la jurisprudence, doivent être respectées par les Etats membres⁶¹.

A cet égard, la Cour de justice admet que le champ d'application de la directive se borne à mettre en place une reconnaissance de l'équivalence des diplômes et non un recrutement. Elle est donc inapplicable « pour fonder un droit à être recruté ». La directive lui permet seulement d'échapper à la formation et à l'examen. Ainsi, le concours ne constitue pas intrinsèquement un mode de sélection contraire au droit communautaire. Aucune discrimination ne saurait être invoquée.

Toutefois, si la directive est inapplicable, l'article 39 CE sur la libre circulation des travailleurs constitue un nouvel écueil. Certes, la législation française affirme le droit à concourir aux nationaux et aux ressortissants des autres Etats membres.

Mais, selon une jurisprudence constante, même en l'absence d'une discrimination fondée sur la nationalité, une mesure susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice d'une liberté fondamentale reconnue par le traité peut constituer une entrave à la libre circulation des travailleurs »⁶². Sur cette base une discrimination indirecte survient entre les ressortissants de l'Etat d'accueil et les ressortissants des autres Etats membres. Dès lors, une nouvelle interrogation intervient. L'obligation pour Isabel Burbaud, de passer le concours d'admission

d'avantage sur ses qualités le rendant apte à exercer diverses attributions que sur son aptitude à un emploi spécifique.

⁵⁹ Conclusions du 12 septembre 2002, (points 32 et 33).

⁶⁰ CJCE, 3 juin 1986, Commission c/ France, aff.307/84, Rec. p. 1725, (points 11 à 13).

⁶¹ CJCE, 14 décembre 2000, Hocsmann, aff. C-238/98, Rec. p. I-6623.

⁶² CJCE, 31 mars 1993, Dieter Kraus, aff. C-19/92, Rec. p. I- 1663 (point 32).

à l'ENSP ne constitue t-elle pas une entrave à la libre circulation des personnes et comme telle une discrimination ?

Le mode de sélection par concours en France ne prend pas en considération les diplômes spécifiques permettant d'exercer une profession réglementée. Les candidats sont tenus de suivre une formation post concours. Or imposer le concours d'admission dans une école administrative revient à dissuader le ressortissant d'un Etat membre de l'Union de faire valoir son droit à la libre circulation. Une telle attitude fut déjà sanctionnée par la Cour de justice dans le cadre d'un concours organisé par l'Espagne traitant de la même façon « les médecins désireux d'entamer pour la première fois une formation en vue d'obtenir un diplôme de spécialiste » et les migrants déjà titulaires d'un tel diplôme⁶³.

La dernière objection recevable pour repousser la demande de la requérante consiste à mettre en avant une raison impérieuse d'intérêt général justifiant l'atteinte à la libre circulation des personnes.

La sélection des meilleurs candidats sur la base de critères objectifs constitue une raison impérieuse, mais encore faut-il une adéquation des moyens invoqués (la nécessité du concours), avec les fins assignées (recruter les plus aptes à la profession requise)⁶⁴.

Or tel n'est pas le cas ici, car comme le souligne le juge communautaire, assujettir ces candidats à un concours donnant droit à une formation pour laquelle ils sont dispensés, en raison de leur qualification, entraîne une rétrogradation inutile pour atteindre l'objectif recherché.

Par ailleurs, la CJCE considère que la personne diplômée, donc devant obtenir un poste de directeur d'hôpital doit figurer dans le même classement que ceux sortant de l'école nationale de la santé publique.

En définitive, exiger le passage du concours d'admission à l'ENSP est contraire au droit communautaire. Ce faisant, par la combinaison des directives concernant les professions réglementées et la reconnaissance des diplômes, la CJUE élargit encore le champ d'application du droit communautaire et réduit d'autant l'exception relevant de l'emploi dans l'administration.

Lorsque la Cour examine les raisons impérieuses susceptibles de justifier une discrimination, elle exerce un contrôle de proportionnalité. Ainsi, un ressortissant communautaire, âgé de 56 ans a conclu un contrat de travail avec un employeur allemand. La législation prévoit un seuil pour préciser la nature du contrat susceptible d'être conclu. En effet, après 52 ans seuls des contrats à durée déterminée peuvent être passés. Le destinataire de cette règle estime qu'il s'agit d'une discrimination fondée sur l'âge prohibée par la directive 2000/78⁶⁵. Pour que les différences de traitement puissent être justifiées, la directive pose deux conditions : elles doivent poursuivre un but légitime qui les justifie « objectivement et raisonnablement » et être appropriées et nécessaires. En l'espèce, la législation remplit bien la première condition puisqu'elle a pour but de favoriser l'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage. Cependant, s'agissant de la deuxième condition, la Cour relève que la législation concerne tous les travailleurs, qu'ils aient été au chômage précédemment ou pas, et quelle que

⁶³ CJCE, 16 mai 2002, Commission c/ Royaume d'Espagne, aff. C-232/99, Rec. p. I- 4235, point (37 à 40).

⁶⁴ CJCE, 11 juillet 2002, Gräber, aff. 294/00, Rec. p. I- 6515, (point 39).

⁶⁵ Directive 2000/78/CE du

soit la durée de la période d'inactivité. Elle aboutit par conséquent à priver toute cette catégorie de travailleurs du « bénéfice de la stabilité de l'emploi » (§64). En ne se fondant que sur le critère de l'âge, elle va donc « au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi » et ne respecte pas le principe de proportionnalité⁶⁶. Ce faisant, le juge examine si des résultats semblables ne pouvaient pas être atteints sans entamer aussi nettement l'égalité de traitement ou si des mesures moins contraignantes semblaient envisageables⁶⁷.

Ce principe est déterminant pour accepter l'argumentaire défendu par l'Etat pour démontrer l'absence de discrimination et donc écarter le droit communautaire. Cependant, le contrôle de proportionnalité varie en fonction de la nature de la discrimination. Dans un litige relatif à une discrimination fondée sur le sexe, la Cour de justice affirme qu'ici la prise en compte de l'ancienneté pour le calcul de la rémunération sans s'interroger sur la situation personnelle de la requérante n'est pas contraire au principe de proportionnalité⁶⁸.

Faut-il alors en déduire que le juge communautaire au travers de sa jurisprudence introduit une hiérarchie des motifs pour sanctionner ou pas une discrimination ? La question mérite d'être posée. L'examen de la concrétisation par le juge des droits reconnus aux personnes discriminées apporte pour partie une réponse.

Partie II La concrétisation du principe par type de discrimination

Si discriminer consiste de distinguer ou de séparer de manière illégitime, des personnes ou des groupes sociaux, les formes de la discrimination sont multiples. Aussi, selon chaque situation la CJUE apporte des solutions spécifiques. En effet, une discrimination en raison de l'âge, du sexe, du handicap, de la race, de la langue soulève des interrogations propres à chaque affaire pour laquelle le juge doit formuler une réponse. En ce sens, il est amené à concrétiser le principe en l'insérant dans un contexte particulier, à le rendre réel, alors que la norme demeure en elle-même abstraite. Par ailleurs, ce principe se nourrit des évolutions de la jurisprudence dont le rythme s'adapte à la nature de la discrimination visée. Ce faisant, les raisonnements suivis par la Cour s'adaptent. Ainsi, le juge communautaire ne sanctionnait pas les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle car il estimait que l'article 13 du traité d'Amsterdam servait de base juridique pour adopter des normes susceptibles de combattre cette discrimination mais qu'il ne l'interdit pas lui-même⁶⁹. Dès lors, faute de directives venant préciser cette interdiction, cette dernière ne s'impose pas clairement en droit communautaire. Sur cette base, un juge national dut retirer une question préjudicielle portant sur la légalité d'une décision de licenciement d'un militaire en raison de son homosexualité⁷⁰. Le juge va donc se livrer à un examen au cas par cas aboutissant à dégager deux grandes séries de discrimination, les unes s'intéressant au genre (A) et les autres à la qualification juridique de la personne (B).

⁶⁶ CJCE, 22 novembre 2005, Mangold c/ Helm, aff. C-144-04, rec. p.- (point 65).

⁶⁷ CJCE, 3 décembre 1974, Van Binsbergen, aff. 33/74, Rec. P. 1299.

⁶⁸ CJCE, 3 octobre 2006, (Grd ch), B. F. Cadman c/ Health & Safety Executive, Rec. P. – 9583, point 39.

⁶⁹ CJCE, 17 février 1998, Lisa Jacqueline Grant c/ South West Train Ltd, aff. C-249/96, Rec. p. - 621 ; K. Berthou et A. Masselot, Droit social, 1998, n° 12, p. 1034.

⁷⁰ CJCE, affaire Perkins, JOUE, C 358, 21 novembre 1998, p. 12.

A) Les discriminations concernant le genre

L'article 2 du traité de Lisbonne sur les valeurs communes de l'Union affirme que l'égalité entre les femmes et les hommes caractérise la société européenne. Les directives successives promeuvent cette égalité aussi bien en matière de rémunération, de conditions de travail⁷¹ que dans l'accès aux biens et aux services⁷².

Si ce principe d'égalité entre les femmes et les hommes n'est pas contesté sa mise en œuvre demeure assez chaotique et souvent peu satisfaisante. L'objectif vise à mettre un terme tant aux discriminations directes qu'indirectes. Ce dispositif est complété par des mesures prenant en compte afin de les corriger les handicaps « biologiques » et sociaux. Il s'agit notamment de dispositions protectrices en ce qui concerne la « grossesse et la maternité ». L'essentiel réside dans la volonté de lutter contre les discriminations déguisées.

Parfois, cet appareillage juridique ne suffit pas d'où la mise en place d'une sorte de discrimination positive encore balbutiante dans le cadre de l'Union européenne. En France, cette forme de lutte contre les discriminations est considérée par certains comme contraire à la conception universaliste de l'égalité⁷³.

L'essentiel du débat dans le prétoire du juge communautaire consiste à cerner l'existence d'une discrimination indirecte dans l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes.

La notion, initialement d'origine jurisprudentielle, est consacrée par la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe. La difficulté de démontrer cette discrimination vient du fait que la règle visée comporte formellement l'égalité, d'où la notion de discrimination déguisée. L'apparence d'égalité cède devant la réalité et celle-ci est appréciée collectivement. La notion de discrimination déguisée fait passer de l'égalité apparente à la constatation d'une inégalité qui elle-même, peut-être discriminatoire qu'en apparence. Elle s'illustre notamment concernant l'égalité entre les femmes et les hommes dans la prise en compte des différences biologiques.

À l'occasion de l'affaire *Mc Kenna*, la CJCE confronte le droit irlandais relatif aux régimes des congés maladies et le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes.

Par ce biais, elle doit se prononcer sur l'articulation des diverses dispositions communautaires tant des traités⁷⁴ que du droit dérivé⁷⁵ visant la non-discrimination entre les sexes.

⁷¹ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre homme et femme en matière d'emploi et de travail, JOUE, L 204, 6 juillet 2006, p. 23.

⁷² Directive 2004/113/CE du Conseil, du 13 décembre 2004, mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, JOUE, L 373, 21 décembre 2004, p. 37.

⁷³ Le conseil constitutionnel dans sa décision du 19 octobre 1982, a considéré qu'une discrimination positive favorable aux femmes en matière électorale était contraire au principe d'égalité. Toutefois, l'article 3 de la constitution est aujourd'hui complété par la formule suivante « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives », JORF, 9 juillet 1999, p. 10175.

⁷⁴ Article 141 § 1 et 2 CE, « Chaque Etat membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur.

En l'espèce, une salariée travaillant au sein d'un service public est enceinte en janvier 2000. Sur avis médical, elle est amenée à prendre un congé maladie en raison d'un état pathologique résultant de sa grossesse. Cette situation s'est prolongée pendant toute la durée de celle-ci.

Aux termes de la législation irlandaise, le régime indemnitaire maladie est dégressif en fonction de la durée de l'absence dans son emploi. Aussi, après un délai de 183 jours sans travailler, la requérante a épuisé son droit à un versement intégral de son salaire. Ce dernier subit une amputation de la moitié de sa valeur pendant un trimestre. Puis, entrant dans la période du congé de maternité, elle perçut à nouveau son salaire à taux plein car un nouveau régime indemnitaire s'appliquait.

Enfin, à l'expiration de ce congé maternité, toujours inapte à la reprise de son emploi, son salaire fut à nouveau réduit retombant dans le cadre normal du régime maladie.

Ici, se mêlent plusieurs régimes indemnitaires selon l'écoulement du temps et la nature des événements pris en considération. En effet, antérieurement à son congé maternité, Madame Mc Kenna, considérée comme une malade ordinaire reçoit une indemnité maladie, l'origine de son mal n'intervenant pas. Par ailleurs, à la suite de son accouchement, elle retombe dans la gestion commune du congé maladie et perd à nouveau une partie de son salaire.

C'est justement, cette combinaison des régimes indemnitaires et la non prise en compte des spécificités relatives à sa grossesse qu'elle conteste devant le bureau du directeur des enquêtes en matière d'égalité. Deux séries de moyens sont développées sur la base du droit communautaire.

La première vise une discrimination fondée sur le sexe. Selon elle, une maladie imputable à l'état de grossesse doit faire l'objet d'un traitement particulier dans la mesure où seule une femme peut la contracter.

La seconde porte sur la rémunération car en soumettant au régime indemnitaire des congés maladies son absence due en réalité à sa situation de femme enceinte, elle perd pour toute autre maladie le bénéfice d'un tel régime, puisque ces droits sont déjà épuisés.

Sur la base de ces arguments, l'organe de première instance adopte une décision considérant la situation comme une discrimination fondée sur le sexe.

L'employeur décide alors de saisir en appel la juridiction du travail afin d'en obtenir la réformation.

Après mise en perspective de la législation sociale irlandaise en matière de congés maladies et de maternité et le droit communautaire, le juge national saisit la CJCE d'un renvoi préjudiciel. Il l'interroge sur une éventuelle incompatibilité du droit irlandais avec les directives

Aux fins du présent article, on entend par rémunération, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

⁷⁵ Directive 75/17 du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe d'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, JOUE, L45, p. 19 ; directive 76/207 du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail, JOUE, L. 39, p. 40 ; Directive 92/ du 19 novembre 1992 concernant la mise en œuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, JOUE, L 348, p. 1.

communautaires relatives à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. Ce litige oblige la Cour du Luxembourg à préciser les champs d'application des diverses directives.

Mais en réalité le débat porte sur la détermination du fait à l'origine de l'éventuelle discrimination. Les sources du droit communautaire touchant à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes sont multiples. La difficulté consiste à préciser clairement le champ d'application des divers textes et la faculté de les combiner. Face à ce double problème le juge communautaire affirme l'exclusivité d'application de chaque directive en prenant comme critère répartiteur des domaines l'origine principale de l'éventuelle discrimination.

Le point à trancher par la CJCE se révèle particulièrement épineux car pas moins de trois positions divergentes sont défendues par les diverses parties intéressées.

Elle cherche à qualifier juridiquement l'indemnité perçue en raison de la maladie. Puis, elle s'interroge sur la possibilité d'appliquer la directive de 1976.

Sur le premier point, procédant à l'analyse de sa jurisprudence antérieure, elle estime qu'il s'agit d'une rémunération au sens de l'article 141 CE.

En effet, dans une affaire concernant le refus d'un employeur de maintenir le versement du salaire à son employé pendant son absence pour cause de maladie, le juge communautaire dut préciser la notion de rémunération au terme de l'article 141 CE et de la directive de 1975. À cette occasion, il consacre une interprétation assez large en estimant que les indemnités reçues pour cause de maladie constituent bien une rémunération entrant dans le champ d'application du dispositif communautaire relatif à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes⁷⁶.

Peu importe, en l'occurrence que la somme allouée le soit directement ou indirectement par l'employeur. N'intervient pas davantage la nature du texte fondant cette obligation⁷⁷. Il peut tout aussi bien s'agir d'une convention collective, d'un contrat de travail ou d'une loi.

Partant de ce double constat, la CJCE qualifie donc la somme perçue par la requérante de rémunération.

Reste alors à déterminer si l'application du dispositif juridique, communautaire en matière d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, exclut toute possibilité d'asseoir également la requête sur la directive de 1976. En l'occurrence, le juge reprend sa jurisprudence Gillespie relative à un refus de prendre en compte une augmentation de salaire issue d'une convention collective en raison de l'absence des salariés pour cause de congé maternité. En l'espèce, la Cour de justice avait considéré «qu'exclure le travailleur féminin d'une telle augmentation pendant son congé maternité le discriminait (...) dans la mesure où si elle n'avait pas été enceinte, la femme aurait perçu le salaire augmenté». Sur cette base, seule la directive de 1975 s'applique car une telle situation «ne saurait relever également de la directive 76/207»⁷⁸. Cette dernière ne vise aucunement les prestations en nature ou en espèces.

⁷⁶ CJCE, 13 juillet 1989, Ingrid Rinner-Kühn c/ FWW Special-Gebäudereinigung GmbH & co KG, aff. 171/88, Rec. p. 2743, point 7.

⁷⁷ CJCE, 17 mai 1990, Barber, aff. C-262/88, Rec. p. I-1889, point 12 ; également, CJCE 6 février 1996, Lewark, aff. C-457/93, Rec. p. I- 243, point 21 ; CJCE, 19 novembre 1998, Berit Hoj Pedersen c/ Faellesforeningen for Danmarks Brugsforeninger, aff. C- 66/96, Rec. p. I- 7327, point 32.

⁷⁸ CJCE, 13 février 1996, Joan Gillespie et autres c/ Northern Health and Social Boards, aff. C-342/93, Rec. , p. I- 475, point de 21 à 24.

Cette position de la juridiction communautaire semble d'ailleurs confortée par une modification textuelle de 2002 introduisant explicitement les rémunérations dans le champ d'application de cette directive⁷⁹. L'élément essentiel du débat porte, alors, sur l'origine réelle de l'éventuelle discrimination.

Le traitement inégalitaire revendiqué par madame Mc Kenna résulte-t-il de l'état de grossesse déclenchant l'application d'un régime juridique spécifique ? Ou s'initie-t-il exclusivement sur la rémunération reçue ?

La Cour de justice accorde des développements limités sur ce point. Elle étudie le régime indemnitaire prévu par la législation irlandaise. Ce faisant, elle constate que le système mis en place conduit à « une réduction, puis à un épuisement des droits », donc l'origine du litige se situe bien dans la contestation de la rémunération.⁸⁰ Sa déduction trouve écho dans la jurisprudence Nimz où le contentieux porte sur une acquisition de droits en fonction de règles d'ancienneté⁸¹.

Dès lors, il revenait à la juridiction du Luxembourg à préciser la variété des protections reconnues à la femme en état de grossesse.

Le droit applicable établi, le juge de l'interprétation du droit communautaire doit mesurer la réalité de l'atteinte portée à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes donc de déterminer la présence d'une discrimination et à fixer ensuite l'étendue des protections dont bénéficie la femme en état de grossesse .

L'essentiel du litige se résume à cette question, une maladie consécutive à un état de grossesse doit-elle déclencher un régime indemnitaire différent de celui reconnu pour n'importe quelle maladie ? Une réponse positive conduit à reconnaître une rupture d'égalité fondée sur une discrimination en matière de rémunération.

À cet égard, le juge communautaire rappelle que « dans le domaine des droits des femmes enceintes et accouchées » (...) « l'objectif poursuivi par les règles (communautaires) consiste à protéger les travailleurs féminins avant et après l'accouchement »⁸².

Un bref examen de la jurisprudence permet de dresser un premier inventaire des types de discrimination condamnés par le juge.

Ainsi, l'absence à son poste de travail de la femme enceinte pendant son congé de maternité ne saurait permettre un licenciement⁸³. Mais à la suite de l'accouchement la distinction maladie résultant de la grossesse et celle considérée comme ordinaire n'a plus, selon la CJCE, de justification⁸⁴.

⁷⁹ Directive 2002/73/CE, précitée.

⁸⁰ Point 32.

⁸¹ CJCE, 7 février 1991, Helga Nimz c/ Freie und Handrestradt Hamburg, aff. C-184/89, Rec. p. I- 297, points 9 et 10.

⁸² Points 41 et 42 de la décision.

⁸³ CJCE, 8 novembre 1990, Handels-og kontorfunktionaerernes Forbund, aff. C-179/88, Rec. p. I-3979, point 15.

⁸⁴ Aff.179/88, précitée, points 16 et 19.

Enfin, lorsque les troubles interviennent antérieurement à l'accouchement, le juge estime qu'une protection spécifique doit être organisée faute de quoi une atteinte au principe d'égalité entre les hommes et les femmes serait consommée⁸⁵.

En revanche, il nie logiquement toute assimilation entre l'état de grossesse et une maladie.

De ce tour d'horizon du régime jurisprudentiel en matière de discrimination des femmes enceintes, il ressort une règle bien établie, l'interdiction pour l'employeur de la licencier pendant la grossesse. Cette atteinte à l'égalité de traitement est particulièrement grave, car elle constitue une menace considérable pour la vie professionnelle de la femme enceinte qui pourrait selon la Cour envisager une « intervention volontaire de grossesse »⁸⁶.

Mais une telle analyse est-elle transposable dans le cadre d'une réduction de rémunération ? La Cour de justice examine si le traitement identique par un régime d'indemnité maladie d'un travailleur absent de son emploi sous l'effet d'une maladie ordinaire et celui de l'incapacité de travailler en raison d'une pathologie issue de la grossesse constitue une discrimination.

Elle observe à la suite d'une jurisprudence constante que « les femmes qui bénéficient d'un congé de maternité se trouvent dans une situation spécifique qui exige qu'une protection spéciale leur soit accordée »⁸⁷. Mais la reconnaissance d'un traitement particulier ne saurait être absolue. Aussi, le juge ne qualifie pas de discrimination fondée sur le sexe une réduction de la rémunération consécutive à une maladie liée à la grossesse après l'accouchement à condition « que ces absences dans l'emploi soient traitées de la même manière que celle d'un travailleur masculin »⁸⁸.

Ce faisant, sur la base de ces différents constats opérés par la Cour, la non prise en considération de la maladie issue de la grossesse ne constitue pas une discrimination. Pour autant, des limites sont fixées. En effet, la disparité serait reconnue uniquement si la femme enceinte subissait un traitement plus défavorable que celui réservé à un salarié souffrant d'une maladie ordinaire.

Par ailleurs, la somme versée ne doit pas être de nature à remettre en cause l'objectif de protection de la femme enceinte.

Dans cette affaire, la CJCE demeure donc très proche de sa jurisprudence classique même si elle aboutit à reconnaître un revenu minimum à une salariée en état de grossesse. Toutefois, une évolution plus sensible en la matière aurait pu s'initier dans le prétoire du juge. En effet, ce dernier a depuis de nombreuses années étendu le domaine de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes⁸⁹. Aussi, ne serait-il pas possible de considérer que les incidences pécuniaires supportées par une femme enceinte en raison d'une maladie liée à son état puisse bénéficier d'un régime spécifique ? Il s'agit ici de passer d'une égalité formelle à une égalité substantielle⁹⁰, partir donc de la situation vécue spécifiquement par la femme et lui assurer un régime indemnitaire différent. En d'autres termes, traiter de façon identique des situations

⁸⁵ CJCE, 30 juin 1998, Brown, aff. C- 394/96, Rec. p. I- 4185, points 19 et 24.

⁸⁶ CJCE, 5 mai 1994, Habermann-Beltermann, aff. C-438/99, Rec. p. I -1657.

⁸⁷ Point 50.

⁸⁸ Repris de la décision Brown, précitée point 26.

⁸⁹ V. notamment, K. Berthou et A. Masselot, « Egalité de traitement et maternité », Dr. Soc., 1999, p. 942 ; CJCE, 14 juillet 1994, Webb, aff. C-32/93, Rec. p. I- 3567 ; CJCE, 13 juillet 2000, Defreyne, aff. C- 166/99, Rec. p. I-6155, point 36 ; CJCE, 3 février 2000, Mahlburg, C-207/98, Rec. p. I-549, point 20

⁹⁰ CJCE, 30 avril 1998, Evelyne Thibault, C-136/95, Rec. p. I- 2011, point 27 ; v. Ph. Icard, note sous CJCE, 18 novembre 2004, Ursula Sass, Dalloz, édi gén., 10 mars 2005, p. 699.

différentes reviendrait à accepter une situation discriminante. Dès lors, mettre sur le même plan la maladie ordinaire et celle liée à l'état de grossesse pourrait être qualifiée de substantiellement défavorable pour la femme, notamment, antérieurement à son congé de maternité. Ici, la maladie imposant un arrêt de travail est consubstantielle à la grossesse, pourquoi alors l'imputer sur ses droits concernant stricto sensus une maladie classique ?

Quels sont les arguments susceptibles de compromettre juridiquement cette approche ?

Le premier est d'ordre financier, le coût supplémentaire grèverait le budget des entreprises. Mais, en l'espèce l'effort consenti resterait modeste car la période envisagée, débiterait au constat de la grossesse jusqu'au versement des congés maternités. La période suivant l'accouchement serait exclue.

Le second réside dans la difficulté de tracer une frontière suffisamment nette entre la maladie effectivement liée à l'état de grossesse et les autres. Ici, un examen au cas par cas s'imposerait avec la nécessité de produire un avis médical attestant du lien entre la maladie et la grossesse⁹¹. Il est dommage que la CJCE ne consente pas à suivre un tel raisonnement car un pas utile dans la simplification du régime juridique applicable à la femme enceinte au travail aurait été franchi. En effet, il suffirait alors de distinguer entre la période avant les congés de maternité et celle après l'accouchement. Durant la première, un traitement spécifique en matière de maladie inhérente à la grossesse s'appliquerait et ensuite le régime classique interviendrait.

Pour autant, la solution dégagée par le juge du Luxembourg assure une certaine protection de la femme enceinte.

Elle fixe une limite à l'abaissement du taux de l'indemnité en précisant que « le montant des prestations versées ne doit pas être minime au point de mettre en cause l'objectif de protection des travailleurs enceintes »⁹².

La formule employée demeure assez vague. En effet, où placer le curseur sur l'échelle des rémunérations pour déterminer si le seuil minimum n'est plus atteint ? À partir de quelle amputation de l'indemnité, la situation financière de la femme enceinte devient intolérable. Faut-il tenir compte ou non du revenu global de la famille ? Il appartient donc à chaque législation nationale de fixer les barèmes, quitte ensuite à saisir la CJCE pour quelle apprécie le régime indemnitaire mis en œuvre. Bref, un nid à contentieux pourrait s'initier. Quoi qu'il en soit, le juge impose aux Etats le respect d'une prestation minimale réservée aux femmes supportant une maladie liée à la grossesse. Ce faisant, le décompte des jours non travaillés ne doit pas remettre en cause ce revenu minimal, obligation ne pesant pas sur l'employeur pour les autres maladies. C'est dans ce cas précis, qu'une protection spécifique doit s'organiser en raison d'une discrimination fondée sur la rémunération conduisant à une méconnaissance de l'article 141 CE et de la directive de 1975. En d'autres termes, l'Etat membre de la Communauté européenne doit adopter toutes mesures susceptibles de rendre nul et nul d'effet

⁹¹ La Cour a tranché ce point dans l'affaire Pedersen, précitée, points 48 et 49. Elle considère à cet égard, qu'il « est important de relever que (...) la travailleuse enceinte est absente de son travail avant le début de son congé maternité non à cause d'un état pathologique ou de risques particuliers pour le fœtus donnant lieu à une incapacité de travail attestée par un certificat médical, mais en raison de trouble courant de la grossesse, soit d'une simple recommandation médicale, sans qu'il y ait dans chacune de ces deux situations d'incapacité de travail ». « Dès lors, la diminution voire la perte du salaire qui affecte l'employée (...) ne peut être regardée comme essentiellement fondée sur le fait de la grossesse mais bien sur le choix qu'à fait l'employée de ne pas travailler ».

⁹² Point 59

toutes dispositions des conventions collectives, des contrats de travail, des règlements intérieurs de nature à engendrer une discrimination de ce type⁹³. Dans cet esprit, la Cour admet, certes encore de manière limitée, une protection de l'égalité substantielle. Pour autant rien n'interdirait une législation nationale de mieux protéger une femme enceinte que ne le sollicite le droit communautaire. En effet, il n'appartient pas à la CJCE de préciser la nature des mesures à mettre en œuvre pour atteindre les objectifs fixés par le droit communautaire.

Cette avancée de la Cour de justice, certes utile, pouvait connaître une autre ampleur. En mettant plutôt l'accent sur la spécificité biologique de l'état de grossesse et donc des conséquences qu'il induit la protection de la femme enceinte fondée sur l'égalité substantielle eut été plus étoffée.

Cette approche aurait permis d'affirmer qu'un régime de congé maladie qui traite de manière identique les employés quelle que soit la cause de leur mal sans tenir compte de l'état pathologique dû à la grossesse s'oppose à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. Le juge communautaire n'a pas voulu aller aussi loin.

Dans une autre affaire, concernant une inégalité de traitement entre les hommes et les femmes, la CJCE rappelle sans ambiguïté, malgré les conclusions contraires de l'avocat général⁹⁴, sa volonté de protéger spécifiquement la maternité.

En l'occurrence Ursula Sass, habitant en République démocratique allemande (RDA) et employée à l'école supérieure du film et de la télévision comme chef de production, décide à la suite de la naissance de son second enfant en 1987 de prendre vingt semaines de congé de maternité sur la base de la loi en vigueur dans son pays.

Puis, après la réunification de l'Allemagne, son poste est transféré dans le land du Brandenburg avec une prise en compte de son ancienneté dans l'emploi occupé.

Le régime juridique régissant son statut relève alors de la législation brandebourgeoise. Aussi, elle suit l'évolution normale de carrière et intègre une classe supérieure, mais pour le calcul des années requises douze semaines furent défalquées de son congé de maternité. En effet, sa hiérarchie lui applique la réglementation selon laquelle le calcul s'impute sur les huit premières semaines pour ce type de congé.

L'intéressée introduit alors, une action devant le juge national réclamant la prise en considération de la totalité de son congé de maternité soit les vingt semaines. Son argument repose sur la présence d'une discrimination envers les femmes puisqu'un homme par la nature des choses ne supporte pas un tel régime juridique. Dès lors, pour la requérante, ce dispositif réglementaire méconnaîtrait l'article 141 TCE⁹⁵ et la directive du 9 février 1976⁹⁶. La

⁹³ CJCE, 27 juin 1990, Kowalska, C-33/89, Rec. p. – 2591 ; CJCE, 7 février 1991, Helga Nimz, précité, point 11.

⁹⁴ Conclusions de l'avocat général M. L. A. Geelhoed, présentées le 27 avril 2004, non encore publiées au recueil.

⁹⁵ L'article 141 § 1 CE précise que « Chaque Etat membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur ».

⁹⁶ Directive 76/207 du Conseil de l'Union du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre homme et femme en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la formation professionnelle et les conditions de travail (JOUE, L-39, p. 40). également la 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 (JOUE, L 348, p. 1).

juridiction allemande sursoit à statuer et interroge la Cour de justice sur une éventuelle incompatibilité avec le droit communautaire.

Cette contestation de Madame Sass aboutit à s'interroger sur la possibilité de traiter spécifiquement la maternité sans pour autant porter atteinte à l'égalité entre les hommes et les femmes.

Pour répondre à cette question, le juge communautaire doit déterminer le droit applicable au litige. En l'occurrence, il repousse l'application de l'article 141 TCE et la directive du 19 octobre 1992 car le cœur de la discussion juridique s'intéresse « aux règles relatives au passage d'un travailleur à une catégorie supérieure, à l'issue de la période requise »⁹⁷. Le problème à résoudre vise alors l'entrée dans un niveau supérieur de la hiérarchie professionnelle. Ce raisonnement aboutit à instruire l'affaire sur le fondement de la directive de 1976.

Ce premier obstacle franchi, il reste alors à la CJCE à préciser si la législation critiquée porte atteinte à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. Bref, à déterminer en quoi la maternité dont le congé forme un élément essentiel de protection constitue l'élément signifiant de la discrimination.

Soumettre le litige opposant Ursula Sass à son employeur à la directive de 1976 impose au juge l'examen d'une discrimination particulière fondée sur un caractère biologique : la maternité. Il doit déterminer si une rupture d'égalité entre les hommes et les femmes est consommée en raison d'une non prise en considération des douze semaines pour le calcul de l'ancienneté dans l'emploi. C'est justement sur ce point que les positions de l'avocat général et de la Cour divergent. Le premier opte pour une non-discrimination fondée sur le sexe en raison de la nature du conflit. Selon lui, il porte exclusivement sur la mise en équation du régime juridique des femmes de l'Allemagne orientale et des femmes de l'Allemagne occidentale. Ce faisant, la directive de 1976 apparaît ici comme inopérante.

Pour sa part le juge propose un autre raisonnement le conduisant à mettre l'accent sur l'égalité substantielle entre les hommes et les femmes traduisant sa volonté déjà affirmée d'organiser une protection spécifique de la femme enceinte.

Le débat juridique se déroulant dans le prétoire du juge connaît des résonances non seulement dans la doctrine⁹⁸ mais lors de l'élaboration des textes en droit communautaire⁹⁹. Il s'agit, en l'occurrence de déterminer en quoi une spécificité biologique doit être retenue pour briser toute forme de rupture d'égalité entre les hommes et les femmes.

Sur cet aspect, le discours égalitaire rencontre des dissonances. Persiste, en effet, une dimension purement formelle de l'égalité pouvant alors aboutir en l'espèce à nier la réalité de la discrimination. Ainsi, la situation différente issue de l'état de grossesse conduit à mettre en place un traitement différent ne générant pas forcément une discrimination dans le traitement des hommes et des femmes. Cette position fut longtemps défendue par la France. Mais cette approche connaît aujourd'hui de plus en plus de détracteurs, les textes communautaires en traduisent, pour partie, juridiquement l'expression. L'accent est mis sur la détermination d'un

⁹⁷ Point 31.

⁹⁸ H. Incollino-Mona, « La différenciation des statuts juridiques de l'homme et de la femme », RRJ, 2004, n° 3, p. 2073 ; L. Chauvel, « L'égalité des genres : les tendances générationnelles sont-elles irréversibles ? », in Milewski et Périvier, « Travail des femmes et inégalités », Revue de l'OFCE, n° 90.

⁹⁹ Directive du 23 septembre 2002, précitée, plus particulièrement article 2 modifié de la directive de 1976.

traitement substantiellement défavorable entre les hommes et les femmes en raison d'une donnée biologique. Dès lors, le déséquilibre constaté doit cesser, peu importe la situation créant cette discrimination.

Ainsi, la directive du 9 février 1976 admet la reconnaissance de droits particuliers aux femmes en raison de la grossesse, sans aboutir à une rupture de l'égalité de traitement avec les hommes. En vertu de l'article 2 § 2 « La présente directive ne fait pas obstacle à la protection des femmes, notamment en ce qui concerne (...), la maternité ».

Toutefois, le texte soulève quelques difficultés d'application, tout particulièrement dans l'interprétation de la formule « ne fait pas obstacle à ». Dans ce contexte, le juge du Luxembourg a apporté au rythme des contentieux un certain nombre de réponses.

D'abord, il inscrit la reconnaissance du congé de maternité dans le cadre des droits spécifiques reconnus à la femme enceinte. Dans la décision *Evelyne Thibault*, la Cour affirme, sans ambiguïté, que le congé de maternité constitue un attribut particulier issu de la situation de grossesse¹⁰⁰.

Ensuite, Le juge déduit des dispositions de la directive l'impossibilité d'un traitement défavorable de la femme sur la base de la nécessaire protection biologique en cours de la grossesse et au-delà aux conséquences susceptibles de lui faire suite, notamment après l'accouchement.

Enfin, pour aboutir à cette situation prenant en compte cette dimension biologique, il tend à fonder son raisonnement juridique sur une égalité substantielle et non formelle.

Ainsi, dans un litige opposant un employeur et une femme salariée souhaitant jumeler ses congés annuels et son congé de maternité, la Cour de justice précise que l'objet d'un tel congé vise « les conditions biologiques de la femme pendant la grossesse et les rapports particuliers entre la femme et son enfant faisant suite à la naissance ». Dès lors, des droits spécifiques s'y attachent, lui en refuser l'exercice entraînerait une discrimination¹⁰¹.

Cette attitude du juge communautaire révèle une volonté de traiter autrement l'égalité entre les hommes et les femmes, dès l'instant où dans l'examen de la situation égalitaire s'insère la dimension biologique. Or seule l'approche dégageant le caractère substantiel de l'égalité permet d'atteindre un tel objectif¹⁰².

Mais, en l'espèce, cette construction jurisprudentielle, peut-elle être retenue, l'avocat général l'écarte. Pour obtenir cette réponse, il opère par palier, partant du contenu de la question préjudicielle. À cet égard, il relève l'absence d'une question générale de la juridiction nationale concernant une discrimination entre les hommes et les femmes dans le refus de prendre en considération les 12 semaines supplémentaires de congé de maternité. Il ne saurait alors élargir l'objet du renvoi préjudiciel. Ce faisant, le débat ne porterait plus que sur une discrimination visant un seul genre : les femmes ; celles issues d'Allemagne de l'est et celles

¹⁰⁰ CJCE, 30 avril 1998, *Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse des Travailleurs salariés (CNAVTS) c/ Evelyne Thibault*, aff. C-136/95, Rec. p. I- 2011, point 24 ; également, CJCE, 8 novembre 1990, *Handsoog Kontorfunktionaerernes Forbund*, aff. C- 179/88, Rec. p. I-3979, point 15.

¹⁰¹ CJCE, 18 mars 2004, *Maria Paz Merino Gomez c/ Continental Industria del Caucho SA*, aff. C-342/01, non encore publiée, point 32 ; également, concernant l'article 8 de la directive 92/85 du 19 octobre 1992, CJCE, 27 octobre 1998, *Magaret Boyle e.a. c/ Equal Opportunities Commission*, aff. C-411/96, Rec. p. I- 6401, point 41 ; CJCE, 12 juillet 1984, *Hoffmann*, aff. C-184/83, Rec. p. 3047, point 25.

¹⁰² CJCE, 18 mars 2004, *Maria Paz Merino Gomez*, précitée, point 37.

se trouvant en Allemagne de l'ouest. La conclusion s'impose alors d'elle-même, il ne s'agit pas d'une discrimination fondée sur le sexe. Le fond de l'affaire rend ainsi sans objet la directive de 1976 nonobstant l'égalité substantielle qu'elle consacre. Au mieux, une inégalité de ce type s'initiait en Allemagne orientale, donc à la lumière du droit interne.

Pour autant, la Cour de justice n'abonde pas dans le sens de ces conclusions¹⁰³. Le point de départ de son raisonnement prend appui sur d'autres bases.

Elle constate, en effet, que la grossesse désavantage la requérante par rapport à un collègue de sexe masculin ayant commencé son travail, le même jour, dans l'ancienne RDA¹⁰⁴. Il lui importe peu alors de déterminer le champ d'application du renvoi préjudiciel, l'essentiel consiste à apporter une réponse pertinente à la question soulevée. Or, l'état de grossesse constitue l'élément déclenchant la discrimination entre les hommes et les femmes dans l'application des règles sur l'obtention d'une rémunération supérieure. La directive de 1976 est donc bafouée. La Cour inscrit totalement cette décision dans le prolongement de ses jurisprudences antérieures.

Cette conception du juge communautaire convainc, car considérer qu'un tel litige épargne une réflexion sur une égalité de traitement fondée sur le sexe, conduirait à nier la nécessité d'une égalité substantielle, seule capable de combattre ce type de discrimination. En effet, l'atteinte à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes trouve dans ce litige son expression dans le désavantage constaté, il faut donc y remédier.

D'ailleurs, la directive du 22 septembre 2002 renforce cette approche, afin de favoriser une intégration sociale et professionnelle accrue des femmes.

La volonté d'assurer une égalité substantielle entre les hommes et les femmes conduit ainsi indirectement à protéger spécifiquement la femme enceinte.

Par sa jurisprudence concernant l'égalité substantielle entre les hommes et les femmes, la CJCE, montre sa volonté de réduire toutes les formes de discrimination puisant ses racines dans une différence biologique. Certes, elle ne saurait s'effacer, mais il s'agit d'éviter qu'elle ne devienne un instrument permettant des traitements inégaux.

C'est justement dans ce cadre que le juge communautaire assure une protection spécifique de la femme pendant et après sa maternité. Cette position de la Cour du Luxembourg offre ainsi l'occasion de s'interroger sur la place occupée par cette approche dans une réflexion plus globale à mener sur le principe d'égalité. En effet, cette protection particulière de la grossesse et de la maternité conduit nécessairement à une différenciation fondée sur le sexe en raison de la situation biologique vécue par la femme. Or, à l'égard d'une conception classique du principe d'égalité, cette protection particulière débouche sur une discrimination. Faut-il alors la considérer comme une exception à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ? Ou s'agit-il d'un aspect nouveau du principe d'égalité ?

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice révèle une certaine oscillation entre les deux propositions. Dans l'affaire Evelyne Thibault, au nom de l'égalité substantielle son employeur fut sanctionné pour refus de prendre en compte son congé de maternité, empêchant

¹⁰³ Point 27, 28 et 29 et l'avocat général conclut ainsi, « Une disposition d'une convention collective prévoyant que les périodes pendant lesquelles une situation de travail est suspendue ne sont pas imputées, sur la période probatoire et que seule la période de protection de huit semaines (...) et non le congé de maternité plus long, ne constitue pas une discrimination fondée sur le sexe ».

¹⁰⁴ Point 37.

ainsi la requérante « de faire l'objet d'une notation annuelle et par voie de conséquence, de profiter d'une promotion professionnelle (...), en raison de sa grossesse et de son congé de maternité »¹⁰⁵. Ici, la démonstration de la Cour s'inscrit entièrement dans le principe de l'égalité de traitement.

Mais parfois, sur les mêmes bases juridiques, elles acceptent le traitement différent en faveur de la femme. Aussi, dans un contentieux portant sur une prime accordée à un salarié de sexe féminin en congé de maternité et refusé à un travailleur de sexe masculin en tant que père, le juge nie toute discrimination. Il estime qu'une telle prime compense la pénalisation subie par la femme « en matière de promotion au sein de l'entreprise en raison de son absence pour congé de maternité »¹⁰⁶.

Dans cet esprit, la maternité est envisagée comme un cas spécifique, identifiable, devant bénéficier d'un traitement protecteur, dérogeant au principe d'égalité conçu strictement. Il s'agit donc d'une exception.

Pourtant, le paradoxe, ainsi décrit, demeure superficiel, car le juge sur la base du dispositif juridique communautaire se fixe un objectif, assurer une égalité réelle entre les hommes et les femmes en matière de relations de travail, d'emploi et de carrière. Or, la maternité dans ce cadre-là constitue véritablement un handicap. C'est pourquoi en bâtissant un raisonnement téléologique, il arrive à rééquilibrer les situations. Dès lors, cette protection spécifique voulue, fondée sur une différence biologique, intègre totalement le principe d'égalité. Il n'en constitue aucunement une dérogation.

D'ailleurs, il est assez significatif dans la décision Griesmar où l'essentiel du litige porte sur l'éducation parentale et ses conséquences sur la retraite des fonctionnaires que le juge refuse de consacrer une protection spécifique à la femme¹⁰⁷. Dans ce cas de figure aucun élément de type biologique susceptible d'admettre une protection particulière n'intervient. Bien au contraire, ce traitement spécifique de la femme par la loi française maintient plutôt l'image de la mère élevant quasi seule ses enfants. Ainsi, ce texte entre en opposition avec l'égalité substantielle souhaitée. Il ne s'agit pas de confiner les femmes dans des tâches sociales communément admises et réduire leur chance dans leur vie professionnelle. L'objectif égalitaire de la Cour vise à trouver une articulation harmonieuse entre vie personnelle et vie professionnelle¹⁰⁸ et à assurer aux femmes des chances identiques dans l'accès à l'emploi, à la formation et dans le déroulement de leur carrière¹⁰⁹.

Toutes ces raisons engagent à effectivement organiser une protection particulière de la femme enceinte, afin d'éviter le risque d'aboutir à une situation défavorable au regard des hommes, sans pour autant attenter au principe d'égalité.

Une telle approche se situe, certes, à l'orée de la technique de la discrimination positive, mais elle emprunte un autre fondement, celui de la spécificité biologique.

¹⁰⁵ CJCE, 30 avril 1998, Evelyne Thibault, précitée, point 32.

¹⁰⁶ CJCE, 16 septembre 1999, Oumar Dabo Abdoulaye c/ Régie Nationale des Usines Renault, aff. C-218/98, Rec. p. I-5723, point 45.

¹⁰⁷ CJCE, 29 novembre 2001, Griesmar Fitte-Duval, p. 11.

¹⁰⁸ A. Masselot, « Protection de la maternité et articulation de la vie familiale et de la vie professionnelle pour les hommes et pour les femmes – la jurisprudence de la Cour de justice », colloque EWLA et Association française des femmes juristes (AFFJ), 20 et 21 septembre 2002, Dalloz 2003.

¹⁰⁹ La directive du 22 septembre 2002, précitée, affirme à cet égard le droit de la femme enceinte à « retrouver un emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne seraient pas défavorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle avait droit pendant son absence ».

Cette volonté affirmée de la CJCE consacre, en réalité, un nouvel aspect du principe d'égalité dont l'objet consiste à réduire les discriminations liées à la nature même de la femme comme peut l'illustrer la maternité. Cette position relativement offensive du juge communautaire devrait à terme entraîner une progression réelle de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. Cet objectif impose une extrême vigilance car il demeure toujours excessivement difficile de modifier les schémas sociaux¹¹⁰.

Dans cette exploration des discriminations fondées sur le sexe, le juge dût se prononcer sur une éventuelle acceptation d'une discrimination positive¹¹¹. En l'occurrence, l'université de Götteborg décide d'organiser un recrutement de professeur afin de pourvoir la chaire vacante de science de l'hydrosphère. L'offre de recrutement précisait que « la désignation à ce poste devait contribuer à promouvoir l'égalité des sexes dans la vie professionnelle et qu'une discrimination positive pouvait être appliquée conformément à la législation en vigueur ». La loi suédoise prévoyait, à cet égard, qu'un candidat appartenant à un sexe sous représenté qui possède des qualifications suffisantes doit se voir accorder une priorité par rapport à un candidat du sexe opposé qui aurait par ailleurs été choisi. Sur cette base, le jury chargé de la sélection, procède à deux votes, l'un uniquement sur la qualité scientifique des candidats et l'autre prenant en compte la nécessité de rompre le déséquilibre existant entre les hommes et les femmes dans ces emplois¹¹².

Au terme du premier vote M. Anderson arrive en tête, et sur le second Mme Destouni est classée première. Le jury propose au recteur de l'université de nommer Mme Destouni qui décline cette proposition de recrutement.

Devant ce refus, le recteur décide alors de nommer la femme suivante de la liste de classement établie par le jury. Il fonde cette nomination sur la nécessité de lutter contre la disparité de recrutement entre les hommes et les femmes à l'université. Pourtant, le jury avait clairement précisé que la candidate en question présentait des qualités scientifiques inférieures aux deux autres prétendants.

Aussi, les candidats malheureux ont saisi un organisme d'appel en fondant leur requête sur la contradiction entre la législation suédoise et la directive de 1976. Le juge en raison de l'imprécision du règlement national relatif à la discrimination positive interroge la CJCE sur la compatibilité de ces deux textes.

Après avoir admis la recevabilité de la requête comme émanant d'une juridiction nationale¹¹³, le juge porte son attention sur le fond. Réaffirmant, la faculté des Etats membres d'introduire

¹¹⁰ H. Périvier, « La marche vers l'égalité des sexes au travail : du piétinement au recul, il n'y a qu'un pas », Droit social, septembre-octobre, 2004, p. 803.

¹¹¹ K. BERTHOU, « sur les discriminations positives (CJCE 28 mars 2000, Badeck) », Droit social, n 9, sept-oct 2000, p. 901 ; P. FIESCH-VIVET, « les discriminations professionnelles à raison des sexes », les cahiers du centre d'études européennes, in l'égalité entre les hommes et les femmes, n° 2, novembre 1999, p. 48 ; P. RAMBAUD, « l'égalité des sexes en droit social communautaire », D, 1998, p. 111 ; A. M. LE POUHRIET, « discriminations positives ou injustices ? », RFDA, 1998, p. 519. La comparaison entre égalité formelle et égalité substantielle met en évidence de réel décalage ; E. SAULNIER, « l'égalité professionnelle femmes-hommes en France et Europe : développements récents », LPA, 9 novembre 1998, n° 121, p.8 ; plus généralement sur le principe d'égalité entre les sexes.

¹¹² CJCE, 6 juillet 2000, Katarina Abrahamsson, Leif Anderson et Elisabet Folgelqvist, aff. C 407/98, à paraître ; commentaires in Europe, octobre 2000, n°304, p. 18.

¹¹³ En l'espèce, la CJCE détermine si l'organisme d'appel relève bien de la catégorie des juridictions nationales susceptible de solliciter des interprétations du droit communautaire. Elle reprend ses critères classiques :

des mesures de discrimination positive¹¹⁴, il considère, néanmoins, la réglementation suédoise comme contraire à l'article 2§4 de la directive de 1976 au motif du non-respect du principe de l'égalité de qualification.

Cette décision s'inscrit dans la politique jurisprudentielle de la cour relative à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes.

Afin de mesurer le chemin parcouru par la jurisprudence communautaire, il est utile de replacer la décision Abrahamsson dans l'évolution qu'a connue la technique de discrimination positive en droit communautaire, car si la Cour l'admet après certaines hésitations. Elle la cantonne dans un cadre juridique précis.

L'égalité des chances entre les hommes et les femmes fondée dans le cadre communautaire sur une mosaïque de textes fut entendue dans un premier temps restrictivement par la Cour.

Le traité de Rome de 1957 ignorait complètement les actions positives, son article 119 soulignait seulement la nécessité d'une « égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail ». L'accent portait essentiellement sur la dimension économique de l'égalité, les autres aspects n'étant pas abordés.

Ce n'est qu'à la suite de l'adoption de l'article 2§ 4 de la directive de 1976 que des mesures peuvent être édictées afin « d'éliminer ou de réduire les inégalités de fait qui affectent les chances des hommes et des femmes dans le domaine couvert par la présente directive ». Ce paragraphe 4 suit les exceptions reconnues au principe d'égalité tels que les cas où le sexe constitue une condition déterminante¹¹⁵ ou lorsqu'une situation spécifique demande une protection particulière¹¹⁶. De ce fait, la discrimination positive fut interprétée comme une

permanence de l'institution, création par la loi, litige tranché en droit, caractère obligatoire de la décision rendue et respect du principe du contradictoire ; commentaire sur ce point in Europe, octobre 2000, n°298.

¹¹⁴ CJCE, 17 octobre 1995 Kalanke, aff. C450/93, rec. P.I-3069, concl. Tesouro, CJCE, 11 novembre 1997, Helmut Marshall, aff. C409/95, rec. p.I-6363, concl. Jacobs ; CJCE, 28 mars 2000, Badeck ea c/ Hessische Ministerpräsident et Landeswalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, aff. C158/97, concl. Saggio, Rec. p. I-

¹¹⁵La France en vertu de l'article R 123-1 du code du travail « les emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue une condition déterminante ». Sont ici visées les professions de mannequin, les modèles, les artistes, les sportifs. Il est certain que concernant la fonction publique cette condition déterminante fut entendue assez largement par le Conseil d'état, v. CE 18 avril 1986, Confédération française démocratique du travail et autres, AJDA 1986, p. 458 et Chro. Générale de jurisprudence administrative, p.431. Ainsi, en matière de recrutement d'instituteurs et d'institutrices, le Conseil d'état admet l'organisation de concours spécifiques en entendant de façon particulièrement large la condition déterminante issue de la directive de 1976. La Cour de justice fut saisie par la Commission d'une incompatibilité de la législation française avec l'article 2§2 de la directive de 1976 concernant des recrutements distincts pour l'accès à certains corps. V. CJCE, 18 juillet 1998, Commission c/ République française, rec. p. 3559, concl. Slynn.

Concernant les sportifs, v. CE 27 juin 1986, Epoux Lezzio, AJDA 1986, p. 459. Concernant la prise en considération l'état de grossesse et la maternité, CJCE, 30 avril 1998, CNAVTS c/ Evelyne Thibault, aff. 139/95, rec. p. I. 2027.

¹¹⁶ Par exemple la situation de l'Irlande du Nord qui peut justifier l'attribution de certaines tâches uniquement aux hommes en raison du port d'armes à feu susceptible de générer un danger. CJCE, 15 mai 1996, Johnston, aff. 222/84, rec. 1986, p. 1651.

exception parmi d'autres¹¹⁷ alors qu'elle devait être comprise comme une règle autonome fondée sur l'égalité des chances. En effet, si l'atteinte formelle au principe d'égalité est indéniable, il ne s'agit pas d'une exception, car l'objectif réside dans le rétablissement de l'égalité substantielle, mise à mal par la situation de fait. D'autres actes, sans valeur juridique, font référence aux discriminations positives, une recommandation du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes¹¹⁸ et un accord sur la politique sociale du 7 février 1992¹¹⁹. Le premier texte sollicite des Etats des actions positives de nature à susciter l'encouragement de candidatures, de recrutements et de la promotion des femmes dans les secteurs, professions et niveaux où elles sont sous représentées, notamment aux postes de responsabilité ». Le second laisse la possibilité à chaque Etat membre d'adopter « des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une action professionnelle par les femmes ou à prévenir ou compenser des désavantages dans leurs carrières professionnelles ».

Ce dispositif est repris partiellement dans l'article 141§ 4 du nouveau traité, inscrivant la discrimination positive au plus haut niveau de la hiérarchie des normes communautaires comme principe fondamental.

Deux remarques s'imposent à l'égard de cet article :

- la première liée à une substitution terminologique puisque la formule « groupe sous représenté » remplace celle de « femmes » assurant ainsi la réversibilité de l'action positive. En effet, si dans la très grande majorité des cas, la discrimination positive touche les femmes, des situations inverses peuvent se révéler¹²⁰ permettant à une loi nationale de les prendre en compte. En outre, les Etats ont sans doute préféré opter pour une expression considérée comme neutre.

- La seconde portant sur le maintien par l'article 141§4 CE de la référence « aux avantages spécifiques » dont l'interprétation est susceptible de restreindre le champ d'application de l'action positive ou pour le moins de créer du contentieux afin d'en connaître la substance.

Pour sa part, la déclaration n° 28 fixe les objectifs prioritaires de l'article 141§4 CE. En effet, les normes adoptées par les Etats membres « devraient viser avant tout à améliorer la situation des femmes dans la vie professionnelle »¹²¹.

¹¹⁷ L'analyse de M.T. LANQUETIN, sous l'arrêt Kalanke précité, « De l'égalité des chances », droit social, n°5, mai 1996, p. 494 et également, J.L. CLERGERIE, note sous le même arrêt, D., 1996, p.221.

¹¹⁸ Recommandation 84/365/CEE, 13 décembre 1984 relative à la protection des actions positives en faveur des femmes, JOCE, L.331, p. 34.

¹¹⁹ Accord sur la politique sociale du 7 février 1992, accompagnant la charte sociale.

¹²⁰ Il s'agit du recrutement des instituteurs et des institutrices visant entre 1982 et 1986 à rééquilibrer cette profession au profit des hommes au motif que « la prédominance excessive des membres de l'un et l'autre sexe serait de nature à compromettre le fonctionnement du service public ». Ce type de recrutement fut supprimé par le décret n° 87-55 du 2 février 1987.

¹²¹ Le contenu de l'article 141§4 est repris dans une formule plus courte dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En vertu de l'article 23 §2 « Le principe d'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté ».

Quoi qu'il en soit le contenu de l'article 141 CE s'impose à la directive de 1976, d'ailleurs la Cour dans l'affaire Abrahamsson s'interroge (points 55-56) indirectement sur l'effet de cette disposition sur le régime juridique des actions positives et constate qu'elle n'apporte aucune précision supplémentaire concernant le degré de la disproportion dans la répartition des sexes pour une profession déterminée¹²².

En définitive, si l'approche textuelle paraît impressionniste, l'architecture générale du traité d'Amsterdam complétée par le droit communautaire dérivé offrent des instruments efficaces pour essayer de combler la disparité en matière professionnelle entre les hommes et les femmes.

Le mécanisme juridique de lutte contre l'inégalité réelle s'articule autour de deux axes principaux, l'affirmation abstraite de l'égalité des sexes et l'utilisation de moyens concrets pour y parvenir, notamment les discriminations positives.

Toutefois, ce cadre juridique demeure trop imprécis, laissant notamment des zones d'ombres quant au champ d'application de l'action positive qui fut à l'origine entendue restrictivement par la CJCE. Le juge communautaire fut confronté pour la première fois à une mesure d'action positive dans une affaire désormais célèbre Kalanke¹²³. La loi du Land de Brème accordait lors du recrutement et de la première promotion, une préférence aux femmes. L'application de cette norme était subordonnée à deux conditions cumulatives : l'égalité de qualification entre les hommes et les femmes et une sous-représentation d'un des deux sexes dans la proportion de moins de 50% des effectifs.

La CJCE a estimé que la loi était incompatible avec la directive dans la mesure où elle accordait automatiquement à qualification égale une préférence aux femmes (point 22). A cet égard, elle considère que « l'article 2§4 de la directive en tant que dérogation à un droit individuel est d'interprétation stricte ». Cette formulation implique une subordination de l'égalité des chances à l'égalité de traitement d'où une volonté de réduire le champ d'application de la discrimination positive. En d'autres termes, le juge communautaire affirme le principe d'égalité individuel susceptible de correction notamment par des actions positives. L'avocat général Tesauro dégageait dans ses conclusions sur l'affaire une distinction entre égalité de départ et égalité de résultat que la Cour implicitement consacre. En l'occurrence, il s'agit de rétablir par la mesure prise les conditions d'égalité des sexes au point de départ et non au point d'arrivée¹²⁴. Cette logique diminuait considérablement la portée des actions positives car la qualification égale ne suffit pas pour préférer plutôt une femme qu'un homme. Ainsi, dans le cadre de la sous-représentation encore faut-il que d'autres critères objectifs complètent l'appréciation de la situation. Bref, l'égalité de résultat est rejetée.

Cette conception particulièrement réductrice de l'égalité de chances entre les hommes et les femmes fut en son temps dénoncée par une partie de la doctrine¹²⁵. En effet, la Cour admet les discriminations positives pour ensuite les enfermer dans des conditions drastiques venant les priver de tout effet.

¹²² Il est certain que sur ce point, l'article 141§ 4 offre peu de précisions, une appréciation in concreto est toujours préférable.

¹²³ CJCE, 17 octobre 1995, Kalanke, précité.

¹²⁴ Conclusion de l'avocat général Tesauro sur l'affaire Kalanke, rec. I p. 3064.

¹²⁵ M. T. LANQUETIN, article précité et pour une critique particulièrement radicale, E. VOGEL-POLSKY, « Droit communautaire, l'égalité selon la Cour », Parité info, décembre 1995, n°12, p. 6 et 7.

Cette position jurisprudentielle a donné lieu à une leçon exégétique de la Commission des Communautés, au terme de laquelle, elle explique que la Cour a simplement entendu censurer une loi du Land d'Hesse qui octroyait automatiquement une préférence aux femmes, mais qu'en aucune manière, l'admission de la discrimination positive n'était remise en cause¹²⁶.

Cette interprétation fut d'ailleurs confirmée par le juge dans son arrêt Marshall, franchissant ainsi une nouvelle étape dans la consécration de la discrimination positive¹²⁷.

Le juge devait se prononcer sur le statut des fonctionnaires du Land de Rhénanie instituant une parité en faveur des femmes sous la double condition d'une égalité de qualifications, d'aptitudes et de prestations professionnelles et d'une sous-représentation dans l'emploi par rapport aux hommes. En outre, le texte aménage selon le communiqué de la Cour « une clause de sauvegarde permettant de tenir compte des circonstances particulières »¹²⁸. Ainsi, la préférence octroyée aux femmes n'était pas absolue car elle pouvait tomber si « des motifs tenant à la personne d'un candidat faisaient pencher la balance en sa faveur ». Dès lors, la Cour atténue son approche formaliste de l'égalité de traitement issue de l'arrêt Kalanke pour favoriser plus directement l'objectif recherché : l'égalité substantielle. Ce changement du juge est significatif à la lecture du point 30 de l'arrêt affirmant que « le fait que deux candidats de sexes différents aient des qualifications égales n'implique pas à lui seul qu'ils ont des chances égales ». La Cour trace l'épure de deux conditions cumulatives : assurer aux candidats masculins qu'une appréciation objective tenant compte de la personne puisse aboutir à écarter la priorité reconnue aux femmes (point 35) et garantir aux candidates que les critères retenus ne soient pas discriminatoires (point 33).

Cette première évolution, non démentie par l'arrêt Abrahamsson, se résume ainsi : toute discrimination absolue et inconditionnelle en faveur des femmes est prohibée, mais une atteinte à l'égalité de traitement est admise.

Ce faisant, le juge communautaire consacre les discriminations positives. L'étape suivante a consisté à l'élargir leur champ d'application mais en fixant à ces mesures un cadre juridique précis.

L'acceptation d'une action positive par le droit et le juge communautaire nécessitait la mise en place d'un cadre juridique par la fixation de conditions d'admissions, toutefois, malgré la jurisprudence constructive de la cour des questions restent en suspens.

La Cour de Justice dans l'arrêt Abrahamsson reprend les diverses conditions à remplir pour qu'une discrimination positive prévue dans une loi ne s'oppose pas au droit communautaire. Elles peuvent se regrouper en deux catégories celles qui sont à portée générale et celles plus spécifiques tenant notamment à l'appréciation objective du candidat. Sur un plan général, la loi suédoise rappelle le principe du caractère temporaire de la mesure de discrimination positive. Cette condition est essentielle, car lorsque l'égalité substantielle se rétablit, la mesure perd son objet et doit donc disparaître. Par ailleurs, la légalité de la discrimination positive est subordonnée à la reconnaissance d'une sous-représentation effective. Ainsi, selon l'article 15 bis du règlement suédois sur l'enseignement supérieur « un candidat appartenant à un sexe sous-représenté (...) Peut-être choisi prioritairement à un candidat appartenant à un sexe opposé ». Le texte ne précise pas le degré de sous-représentation à prendre en compte. Cette double condition était déjà examinée par la Cour dans l'arrêt Badeck concernant une loi du Land d'Hesse favorisant la promotion des femmes dans des secteurs de la fonction

¹²⁶ Communication 96/88 de la Commission du 27 mars 1996, RJS, 7/96, p. 490.

¹²⁷ CJCE, 11 novembre 1997, Helmut Marshall précité, Commentaire in Europe, janvier 1998, n°15.

¹²⁸ point 31 de la décision Marshall précité.

publique où elles sont sous-représentées¹²⁹. La sous-représentation exprime effectivement une disparité pouvant trouver son origine dans une discrimination.

A côté de ces conditions d'ordre général, la Cour a établi des conditions spécifiques exigeant une appréciation des candidats sur la base de critères objectifs respectant le principe de proportionnalité.

Ainsi, aux termes de la loi suédoise « les motifs de désignation à un poste d'enseignement doivent être les mérites de nature scientifique, artistique, pédagogique, administrative ou autre ayant trait au contenu disciplinaire du poste et à sa nature générale » (point 8).

Afin de contrôler la dimension objective des critères susceptibles de servir à l'appréciation des candidats, le juge communautaire estimait dans l'arrêt Badeck « qu'il est légitime de tenir compte (...) de certains critères positifs et négatifs en des termes neutres quant au sexe » (point 47 repris dans Abrahamsson). Il en va ainsi de l'âge, l'ancienneté, la dernière promotion à condition « qu'ils présentent une importance pour l'aptitude, les qualifications et les capacités professionnelles des candidats ou des candidates ». En revanche, la situation familiale, le revenu du partenaire, les retards dans l'obtention du diplôme liés à la nécessité de s'occuper des enfants ne sauraient peser négativement lors du recrutement.

En l'espèce, le juge estime que la loi suédoise a manqué à l'exigence d'objectivité lors de l'engagement en donnant « priorité à un candidat appartenant au sexe sous-représenté qui, bien que suffisamment qualifié, n'avait pas une qualification égale à celle d'autres candidats de sexe opposé » (point 45). Cette technique réservant un poste à un candidat d'un groupe sous-représenté bien qu'il soit moins qualifié s'apparente selon la formule du rapporteur général Saggio à un « quota rigide »¹³⁰.

En d'autres termes, le recrutement automatique et inconditionnel d'un candidat, sur le seul fondement de la sous-représentation est irrégulier. L'arrêt Abrahamsson confirme parfaitement cette position de la Cour.

Par ailleurs, lorsque le législateur précise un certain nombre de critères pour apprécier la situation, encore faut-il qu'ils s'appliquent de façon transparente et non discriminatoire. Cette appréciation objective s'impose quel que soit le champ d'application de la réglementation et le niveau du poste à pourvoir (dispositif 4).

En revanche, le juge dans l'arrêt Badeck accepte l'introduction de quota pour l'entrée de femmes dans un cycle de formation car il ne s'agissait pas de « réserver des postes de travail »¹³¹, d'autant que le dispositif législatif ne s'appliquait pas en cas d'insuffisance de candidatures féminines. La Cour ajoute que le quota ne visait qu'un secteur limité, la fonction publique¹³².

Le juge met constamment en balance les conditions d'admission de la discrimination positive et l'atteinte effective portée au principe d'égal traitement, bref, il exerce un contrôle de proportionnalité fixant ainsi les limites de la mesure. En effet, tous ces dispositifs textuels ne sont rendus possibles que pour faire face à une situation de fait inégalitaire. Dès lors, les techniques susceptibles de rétablir à terme un équilibre réel dans l'accès à une profession doivent être proportionnées au but qu'elles s'assignent.

¹²⁹ CJCE28 mars 2000, Badeck, précité, point 38.

¹³⁰ Cité par K. BERTHOU, article précité, plus particulièrement p. 905.

¹³¹ CJCE 28 mars 2000, Badeck, précité point 52.

¹³² Cette condition relative au caractère restrictif du secteur de la fonction publique ne saurait s'appliquer à la France, il s'agit d'une illustration de l'appréciation cas par cas de la Cour de justice.

L'évolution jurisprudentielle de Kalanke à Abrahamsson montre un assouplissement des conditions d'admission des discriminations positives donc un élargissement de leurs champs d'application. Pour autant cette jurisprudence, laisse encore un certain nombre de questions en suspend.

Elles portent à la fois sur le régime juridique des discriminations positives et sur les rapports qu'elles entretiennent avec le principe d'égalité de traitement.

Ainsi, le juge distingue « quota rigide », « quota flexible », rejetant l'un, acceptant l'autre, mais au de-là de ces deux expressions une multitude de situations apparaissent rendant difficile toute forme de classement dans l'une ou l'autre des catégories.

Ainsi, au sein de la fonction publique, la technique du quota constitue une mesure discriminatoire puisque le recrutement est subordonné à la réussite à un concours donnant droit à occuper un certain nombre de postes. Pourtant, des quotas sont institués pour l'accès à certains corps prévus par le statut de la fonction publique¹³³. Se pose alors la question du caractère « flexible » du système en vigueur. En d'autres termes, existe-t-il d'autres critères d'appréciations que le genre auquel appartiennent les candidats ? Ces postes relèvent-ils encore des emplois « naturellement » réservés de l'article 2§2 de la directive¹³⁴ ?

Par ailleurs, l'Etat, les collectivités territoriales, leurs établissements publics recrutent de plus en plus par la voie contractuelle. Dans ce cas, l'appréciation de la discrimination positive relève d'un tout autre régime, il ne s'agit plus d'apprécier les résultats d'un candidat à un concours, mais un profil, des titres. En outre sur quelle échelle devra être examinée la sous-représentation, le bureau, le service, l'organisme recrutant, l'ensemble du personnel de la collectivité territoriale ?

Ici la discrétionnalité de la base de référence est sujette à caution. La question est d'autant plus difficile à trancher que le degré de sous-représentation ne saurait être enfermé dans des proportions précises. Est-ce en deçà de 50% d'un effectif global ou faut-il une disproportion plus significative ?

Un débat tout aussi épineux s'élève dès l'instant où il faut déterminer le caractère « neutre » du critère. La terminologie est elle même fluctuante, le juge dans l'affaire Marshall introduit le terme de « non discriminatoire », sans en préciser la substance. Dans le cadre de l'arrêt Badeck il accepte ceux retenus par la loi d'Hesse tels que par exemple « l'expérience acquise dans le cadre des tâches domestiques ». En l'espèce, comme le souligne K. Berthou, le juge veut briser « les outils marqués sexuellement par les normes masculines, soit l'homme travaillant à temps plein, avec un contrat à durée indéterminée et sans interruption de carrière »¹³⁵.

En définitive, le caractère objectif du critère ne peut être apprécié que casuistiquement, il est donc impossible d'en dresser une tablature susceptible d'assurer la légalité des discriminations positives.

¹³³ CE 18 avril 1986 Confédération française démocratique du travail et autres, précité et concernant la composition des conseils de discipline, le Conseil d'état annule la décision du ministre de l'éducation nationale refusant d'abroger un décret introduisant une représentation distincte fondée sur le sexe, CE 26 juin 1986 Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche, rec. p. 152. V. AUVRET, « L'égalité des sexes dans la fonction publique », RDP 1983, p. 1571.

¹³⁴ Art. 2 § 2 La directive ne fait pas obstacle à la faculté qu'ont les Etats membres d'exclure de son champ d'application les activités professionnelles et, le cas échéant, les formations y conduisant pour lesquelles, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante

¹³⁵ K. BARTHO, article précité, plus particulièrement p. 907.

Reste, enfin à déterminer le lien qui relie l'action positive et le principe d'égalité de traitement ou plus exactement comment se combine égalité formelle et égalité substantielle. Le juge ne fournit pas une réponse univoque, plusieurs conceptions se rencontrent. Pour certains, le principe d'égalité des personnes en droit forme un principe cardinal, auquel est nécessairement subordonnée la discrimination positive. En conséquence son champ ne peut être qu'extrêmement limité. Cette conception semble pourtant difficilement tenable aujourd'hui. En effet, l'article 141§ 4 CE fixe comme objectif « d'assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle ». Cette formulation montre une volonté « de distendre le lien de subordination de l'égalité formelle sur la légalité substantielle. Cette interprétation ouvre alors de nouvelles possibilités pour assurer une réelle égalité des chances entre les hommes et les femmes¹³⁶. Il reviendrait en quelque sorte de confronter deux principes de valeur égale.

L'arrêt Abrahamsson est donc loin de dissiper toutes les brumes qui entourent encore le régime des discriminations positives, il appartient au juge de reprendre l'initiative dans un domaine où l'inspiration créatrice se trouve plutôt du côté du législateur communautaire.

A côté de cette première catégorie en raison du sexe la Cour de justice s'attache également à cerner les discriminations issues à une qualité de l'individu.

B) Les discriminations liées à la qualité de la personne

La cour de justice depuis l'introduction dans l'article 13 du traité d'Amsterdam des discriminations fondées sur l'âge, le handicap, se trouve confrontée à de nombreux litige lui permettant de préciser les effets de ce principe sur les ressortissants communautaires. En effet, selon certaines qualités reconnues aux personnes, leur âge, leur handicap, leur croyance, leur race, des discriminations peuvent apparaître nécessairement contraire aux respects des droits de l'homme.

Le critère de l'âge introduit dans de nombreuses législations depuis une période récente pose la question d'une possible discrimination. Or, l'interdiction de discrimination fondée sur l'âge ne s'impose pas avec la force de l'évidence. En effet, les conséquences de l'âge ne sont-elles pas de nature à permettre la mise en place d'un traitement différent ? Devant ce constat que d'aucun considère de bon sens, la définition de ce type de discrimination reste plus difficile à cerner. Bref, cette imprécision ouvre des brèches colmatées pour partie dans le prétoire du juge. Ainsi, à propos du critère de l'ancienneté, selon la CJUE « il n'est pas exclu qu'il puisse, comme celui de la formation professionnelle, entraîner un traitement moins favorable des travailleurs féminins que des travailleurs masculins dans la mesure où les femmes sont entrées plus récemment sur le marché du travail »¹³⁷. Mais ici, si le temps joue un rôle l'accent est mis davantage sur la discrimination fondée sur le sexe.

La véritable évolution se produira en 1997 avec le traité d'Amsterdam interdisant toutes les discriminations y compris celle fondées sur l'âge. La Commission européenne développera ses lignes directrices dans une communication¹³⁸ de 1999 intitulée « vers une Europe pour

¹³⁶ M.T. LANQUETIN, article précité, p. 500 et sui.

¹³⁷ C.J.C.E., 17 novembre 1989, *Danfoss*, aff. C-109/88, Rec 1989, p.3199

¹³⁸ Commission européenne, Vers une Europe pour tous les âges, COM (99) 221 ; le premier programme d'action en faveur des personnes âgées couvrait la période du 1er janvier 1991 au 31 décembre 1993. Le programme souligne à quel point il importe de promouvoir l'intégration des personnes âgées dans la société ainsi que de renforcer la solidarité entre les générations. L'année 1993 a été proclamée "Année européenne des personnes âgées et de la solidarité entre les générations".

tous les âges ». Quatre axes ont été abordés : le déclin relatif de la population en âge actif et le vieillissement de la main-d'œuvre ; la pression exercée sur les régimes de retraite et les finances publiques ; le besoin croissant de soins de santé et de soins aux personnes âgées ; la diversité croissante des ressources et des besoins des personnes âgées. L'obligation de mieux appréhender le vieillissement de la population se traduira dans la directive du 27 novembre 2000. Le changement du contexte juridique liée à une approche nouvelle sur le plan économique trouve alors une plus forte résonance depuis 2005 dans le prétoire du juge. Dès lors, cette évolution s'exprime dans la jurisprudence communautaire abondante et parfois contradictoire. Pour autant, dans l'affaire Mangold, le juge n'hésite pas à ériger la discrimination fondée sur l'âge comme un principe général du droit communautaire. En l'espèce, la loi allemande prévoyant la possibilité pour un salarié âgé de plus de 52 ans de conclure plusieurs contrats à durée déterminée était discriminatoire¹³⁹. Le fait de prendre un seuil d'âge sans tenir compte de la situation de l'intéressé est contraire au principe de proportionnalité¹⁴⁰. Cette décision est le départ d'une longue jurisprudence dont, il est possible de sérier plusieurs hypothèses.

La fixation d'un âge de départ à la retraite couvre aujourd'hui une part importante du contentieux communautaire. Faut-il voir dans cette mesure une traduction d'une discrimination en raison de l'âge. Les réponses apportées par le juge permettent de dégager une tendance sans pour autant aboutir à des certitudes. La Cour de justice en 2007 considère 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 en raison de l'âge¹⁴¹. En effet, « ladite mesure, certes fondée sur l'âge, est objectivement et raisonnablement justifiée, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime relatif à la politique de l'emploi et au marché du travail, et les moyens mis en œuvre pour réaliser cet objectif d'intérêt général n'apparaissent pas inappropriés et non nécessaires à cet effet ». En l'occurrence, le juge exerce un contrôle de proportionnalité. Si la disposition contestée est raisonnable, elle est purgée de toute discrimination fondée sur l'âge. De même, en 2009, une mise à la retraite non consentie n'est pas une discrimination fondée sur l'âge¹⁴². Pour la Cour l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 donne la possibilité aux États membres de prévoir, dans le cadre du droit national, certaines formes de différence de traitement fondée sur l'âge lorsqu'elles sont « objectivement et raisonnablement » justifiées par un objectif légitime, tel que la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. Elle impose aux États membres la charge d'établir le caractère légitime de l'objectif invoqué à titre de justification. A cette occasion, la Cour de justice a également confirmé que l'âge de départ à la retraite relevait de la compétence des États membres¹⁴³. Une affaire récente conforte l'idée selon laquelle la discrimination fondée sur l'âge est subordonnée aux objectifs fixés par la réglementation. En l'occurrence, il s'agit d'une loi allemande sur la garantie et l'amélioration

¹³⁹ C.J.C.E., 22 novembre 2005, Mangold, aff. C-144/04, Rec. I, p. 9981, note L. IDOT, *Europe*, 2006, com. 18.

¹⁴⁰ Point 38.

¹⁴¹ CJCE, 16 octobre 2007, Palacios de la Villa, aff. C-411/05, Rec. I, p. 8531, note L. IDOT, *Europe*, 2007, com. 338.

¹⁴² CJCE, 5 mars 2009, The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England), aff. C-388/07.

¹⁴³ C.J.C.E., 5 mars 2009, Age Concern England, aff. C-388/07, Rec. I, p. note L. DRIGUEZ, *Europe*, mai 2009, com. 190.

des structures du régime légal d'assurance maladie dont l'objet est de prévoir un âge maximale d'exercice des professions conventionnées. Aussi, une personne autorisée à dispenser des soins dentaires conventionnés ayant atteint l'âge de 68 ans révolus fut destinataire d'une décision déclarant l'expiration de son autorisation. Dans sa réponse concernant la discrimination fondée sur l'âge, la Cour considère que si « cette mesure a pour seul objectif de protéger la santé des patients contre la baisse de performance de ces dentistes au-delà de cet âge » alors, il s'agit d'une norme discriminatoire car il faudrait appliquer la même règle aux dentistes non conventionnés. En revanche, si la loi a pour objectif « de répartir les possibilités d'emploi entre les générations au sein de la profession de dentiste conventionné », elle n'est pas nécessairement discriminatoire, il revient au juge national d'examiner si cette mesure est appropriée pour atteindre ce but¹⁴⁴. Le juge face à ce type de discrimination montre une certaine souplesse qu'il ne met pas forcément en œuvre dans d'autres cas comme en raison du sexe.

A côté, des problèmes de seuil d'âge pour le départ en retraite, cette forme de discrimination trouve également des illustrations dans le déclenchement de régimes sociaux ou la prise en cause de l'expérience professionnelle. Ainsi, une clause d'un régime professionnel privé de pension de réversion, aux termes de laquelle le veuf ou la veuve d'un travailleur du secteur privé qui décède avant la fin de sa carrière est exclu(e) du droit à une pension de survie si il (elle) est plus de 15 ans plus jeune que le travailleur défunt n'entre pas le champ d'application de la directive, il n'y a donc pas de discrimination¹⁴⁵. Par cette position la Cour de justice affirme que faute d'être inscrite dans le traité ou dans une disposition du droit communautaire dérivé, une discrimination ne peut faire l'objet d'une sanction. Ce faisant, le principe d'égalité n'est pas toujours protégé. Toutefois, la Cour de justice a condamnée l'Autriche pour une règle excluant du classement salarial l'expérience professionnelle acquise avant l'âge de 18 ans. Cette exclusion a pour but de ne pas défavoriser les jeunes travailleurs issus de l'enseignement général, qui n'ont pas d'expérience à faire valoir avant l'âge de 18 ans puisqu'ils sont scolarisés, par rapport aux jeunes issus de l'enseignement professionnel qui ont déjà acquis une telle expérience. La Cour de justice considère qu'« une réglementation nationale telle que celle en cause au principal réserve un traitement moins favorable aux personnes dont l'expérience professionnelle a été, ne serait-ce qu'en partie, acquise avant l'âge de 18 ans par rapport à celles qui ont obtenu, après avoir atteint cet âge, une expérience de même nature et d'une durée comparable. Une réglementation de cette nature instaure une différence de traitement entre personnes en fonction de l'âge auquel elles ont acquis leur expérience professionnelle »¹⁴⁶. La Cour sanctionne également une législation fixant une limite d'âge pour le calcul du délai de préavis en cas de licenciement. En l'espèce, ne sont pas pris en considération les périodes travaillées avant l'âge de 25 ans¹⁴⁷. Le juge communautaire affirme clairement qu'il s'agit d'une discrimination en fonction de l'âge car « la réglementation nationale traite les jeunes salariés de manière inégale, en ce sens qu'elle frappe les jeunes qui s'engagent tôt dans la vie active, soit sans formation professionnelle, soit après une brève formation professionnelle, et non ceux qui commencent à travailler plus tard, après une longue formation »¹⁴⁸. En revanche, elle va admettre qu'une réglementation « qui fixe à 30 ans l'âge maximal pour le recrutement dans le cadre d'emploi du service technique

¹⁴⁴ CJCE, 12 janvier 2010, *Dominica Petersen c/ Berufungsausschuss für den Bezirk Westfalen-Lippe*, aff. C-34/08, non encore publié.

¹⁴⁵ CJCE, 23 septembre 2008, *Bartsch*, aff. C-427/06.

¹⁴⁶ CJCE, 18 juin 2009, *Hütter*, aff. C-88/08, non encore publié.

¹⁴⁷ CJCE, 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci c/ Swedex GmbH & Co. KG*, aff. C-555/07, non encore publié.

¹⁴⁸ Point 42, décision *Seda Küçükdeveci*.

intermédiaire des pompiers » ne s'oppose pas à la directive interdisant la discrimination en raison de l'âge¹⁴⁹. Elle considère comme légitime l'argument selon lequel « l'organisation raisonnable du corps des pompiers professionnels requiert, pour le service technique intermédiaire, une corrélation entre les postes physiquement exigeants et non adaptés aux fonctionnaires les plus âgés et les postes moins exigeants physiquement et adaptés à ces fonctionnaires »¹⁵⁰. Le principe de non-discrimination fondé sur l'âge imprègne le droit communautaire. De cette jurisprudence en matière de discrimination en fonction de l'âge, plusieurs enseignements peuvent être tirés tant sur le plan de son champ d'application que de ces fondements.

Les discriminations fondées sur l'âge concernent toutes les catégories d'âge. Bien évidemment, si les personnes âgées sont les plus discriminées, la jurisprudence recèle certains exemples de discriminations en raison du jeune âge des employés. Un jeune salarié peut éprouver des difficultés à trouver un emploi, cela justifie d'ailleurs une politique sociale active.

En outre, les discriminations relatives à l'âge touchent l'ensemble des règles du droit du travail

Selon l'article 3 de la directive du 27 novembre 2000, l'interdiction des discriminations concerne « les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion ; l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation professionnelle, de perfectionnement et de formation de reconversion, y compris l'acquisition d'une expérience pratique ; les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération ; l'affiliation à, et l'engagement dans, une organisation de travailleurs ou d'employeurs, ou toute organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations ».

Ainsi, les licenciements sont clairement visés. La C.J.C.E. a confirmé cette solution dans son arrêt Chacon Navas du 11 juillet 2006 relatif au handicap¹⁵¹. Elle le confirme dans le cas d'une discrimination fondée sur l'âge en considérant que la « directive a eu pour effet de faire entrer dans le champ d'application du droit de l'Union la réglementation nationale en cause (...) en l'occurrence les conditions de licenciement »¹⁵².

L'interdiction des discriminations fondées sur l'âge concerne également l'embauche. La Cour de justice le rappelle sans ambiguïté au terme de la décision Colin Wolf. En effet, « il découle de l'article 3 § 1 de la directive que celle-ci s'applique (...) à toutes les personnes tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne (...) les conditions d'accès à l'emploi et les conditions de recrutement »¹⁵³.

Une question plus épineuse concerne les régimes de retraite. En effet, selon un des considérants de la directive de 2000, l'interdiction des discriminations « ne s'applique pas aux

¹⁴⁹ CJCE, 12 janvier 2010, Colin Wolf c/ Stadt Frankfurt am Main, aff. C-229/08, non encore publié.

¹⁵⁰ Points 43.

¹⁵¹ CJCE, 11 juillet 2006, Chacon Navas, aff. C-13/05, Rec.2006, p. I-6467, plus particulièrement point 36.

¹⁵² CJCE, 19 janvier 2010, Seda Küçükdeveci, aff. C-555/07, précitée, point 25.

¹⁵³ CJCE, 12 janvier 2010, Colin Wolf, aff. C-229/08, précitée, point 26.

régimes de sécurité sociale et de protection sociale dont les avantages ne sont pas assimilés à une rémunération au sens donné à ce terme pour l'application de l'article 141 du traité CE ni aux versements de toute nature effectués par l'État qui ont pour objectif l'accès à l'emploi ou le maintien dans l'emploi ». La Cour de justice a confirmé cette solution¹⁵⁴. Toutefois, si cette disposition restreint le champ d'application des discriminations, la consistance fragile du principe de non-discrimination trouve aussi son origine dans la difficulté à prouver les discriminations. L'exclusion de ces questions pose problème. Les droits à la retraite sont source de nombreuses discriminations.

Quels sont alors les fondements permettant à la Cour de justice d'appliquer le droit communautaire. Comme toujours en cette matière, il faut un lien économique. En effet, cette législation doit avoir pour seule finalité de limiter les conséquences du vieillissement de la population active et de faciliter l'intégration des jeunes sur le marché de l'emploi. Les considérants 8 et 25 du préambule font référence aux lignes directrices sur l'emploi de l'U.E., lesquelles soulignent fortement la nécessité d'accorder une attention particulière à l'aide aux travailleurs âgés pour qu'ils participent davantage au marché du travail. La protection contre les discriminations liées à l'âge s'affirme comme un élément essentiel pour atteindre les objectifs établis par les lignes directrices sur l'emploi et encourager la diversité dans l'emploi. Ainsi, les objectifs sont strictement définis, les discriminations ne sont pas interdites pour ce qu'elles sont mais pour les conséquences économiques qu'elles peuvent provoquer.

Le fondement économique recèle une autre caractéristique, les discriminations sont appréciées uniquement en fonction des conséquences sur le plan professionnel. La situation personnelle n'est pas prise en compte. Cet élément s'avère toutefois classique dans la jurisprudence communautaire. Ainsi, dans son arrêt Griesmar du 29 novembre 2001, le juge communautaire avait déjà considéré que « la mesure en cause au principal n'apparaît pas comme étant de nature à compenser les désavantages auxquels sont exposées les carrières des fonctionnaires féminins en aidant ces femmes dans leur vie professionnelle. Au contraire, elle se borne à accorder aux fonctionnaires féminins ayant la qualité de mère une bonification d'ancienneté au moment de leur départ à la retraite, sans porter remède aux problèmes qu'ils peuvent rencontrer durant leur carrière professionnelle »¹⁵⁵. Ainsi, l'appréciation d'une discrimination est portée seulement sur les conséquences sur le plan professionnel. Dans le cadre des discriminations fondées sur l'âge, la jurisprudence communautaire est identique. En effet, selon le point 65 de l'arrêt Mangold, « la fixation d'un seuil d'âge, en tant que tel, indépendamment de toute autre considération liée à la structure du marché du travail en cause et de la situation personnelle de l'intéressé » est jugée disproportionnée.

Par ailleurs, le projet de directive déposé le 2 juillet 2008¹⁵⁶ tout en proposant une extension du champ d'application des discriminations¹⁵⁷ s'inscrit malgré tout dans une conception économique. Selon un des considérants, « le rapport d'analyse d'impact a examiné l'existence

¹⁵⁴ Aff. *Bartsch et Age Concern England*, préc.

¹⁵⁵ CJCE, 29 novembre 2001, Griesmar, aff. C-366/99, Rec.2001, p. I-9383.

¹⁵⁶ Proposition de directive du Conseil du 2 juillet 2008 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, COM (2008) 426 final.

¹⁵⁷ L'article 3 propose que l'interdiction de « la discrimination en fonction de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle est interdite tant dans le secteur public que dans le secteur privé, dans les domaines suivants : la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé ; les avantages sociaux ; l'éducation ; l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public, y compris en matière de logement ».

de discriminations en dehors du marché du travail... Il en résulte que les personnes exposées à la discrimination sont souvent moins à même de participer pleinement à la vie sociale et économique, ce qui a des répercussions négatives tant pour les personnes que pour la société en général ». Pour autant faut-il nier en droit communautaire toute dimension générale à la discrimination en fonction de l'âge, la réponse n'est pas si nette¹⁵⁸. En effet, toute discrimination devrait être sanctionnée en raison de l'atteinte portée à l'égalité entre les êtres humains sans prendre en compte des objectifs économiques. Certes, la Cour le déclare en l'érigeant en principe général du droit. Pourtant, l'avocat général J. MAZAK sur l'affaire Palacios de la Villa, précisait « nous ne tenons pas pour particulièrement solide la conclusion tirée dans l'arrêt Mangold en ce qui concerne l'existence d'un principe général de non-discrimination en raison de l'âge... nous pouvons conclure que, même au regard de l'existence d'un principe général de non-discrimination en raison de l'âge, une règle nationale telle que celle en cause en l'espèce ne serait pas incompatible avec le droit communautaire »¹⁵⁹. Toutefois, d'autres analyses plaident en faveur d'une autonomisation croissante de cet article 13 du T.C.E. Ainsi, pour l'avocat général E. SHARPSTON, « le principe général d'égalité, qui fait partie du droit communautaire, avait toujours interdit toute discrimination fondée sur l'âge. Il me semble que, dès les origines, le droit communautaire aurait effectivement exclu certaines distinctions basées sur l'âge »¹⁶⁰. Pour l'instant, le juge communautaire n'est pas revenu sur la qualification de P.G.D., mais il n'a pas non plus tiré toutes les conclusions de l'effet direct supposé de l'article 13 en interdisant une discrimination uniquement sur ce fondement¹⁶¹. La Commission tend vers ce but dans sa proposition de directive déposée le 2 juillet 2008. En effet, elle élargit son champ d'application à la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé, aux avantages sociaux, à l'éducation et à l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public, y compris en matière de logement.

La souplesse d'application de la discrimination en fonction de l'âge soulève la question de la nature du contrôle exercé par le juge communautaire. En effet, va-t-il imposer avec la même rigueur le principe de proportionnalité ? En d'autres termes, la nature de la discrimination influe-t-elle sur l'intensité de son contrôle, sachant qu'en matière d'âge elle peut être graduée¹⁶² ? L'arrêt Mangold sur ce point apporte des éléments précieux. Selon le point 65, « une telle législation, en ce qu'elle retient l'âge du travailleur concerné pour unique critère d'application d'un contrat de travail à durée déterminée, sans qu'il ait été démontré que la fixation d'un seuil d'âge, en tant que tel, indépendamment de toute autre considération liée à la structure du marché du travail en cause et de la situation personnelle de l'intéressé, est objectivement nécessaire à la réalisation de l'objectif d'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage, doit être considérée comme allant au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi ». Ainsi, une discrimination

¹⁵⁸ Matthieu HOUSER, « Le principe de discrimination fondé sur l'âge dans la vie professionnelle », RFDA, à paraître.

¹⁵⁹ Conclusions, www.curia.eu.int ; F. MEYER, « Discrimination à raison de l'âge et droit communautaire : retour sur des conclusions étranges », Revue de droit du travail, 2007, p. 389 et suiv.

¹⁶⁰ E. SHARPSTON, Conclusions sur Bartsch présentées le 22 mai 2008, aff. C-427/06, point 58.

¹⁶¹ La Cour européenne des droits de l'homme reste également réservée sur une approche générale d'une discrimination fondée sur l'âge. L'article 14 ne l'aborde d'ailleurs pas explicitement. Toutefois, l'âge intervient parfois dans certaines de ses décisions. V. par exemple, CEDH, 15 juillet 2002, Michael Matthews c/ Royaume-Uni, req. n° 40302/98, Règlement amiable ; CEDH, 12 avril 2006, Grande Chambre, Affaire Stec et autres c/ Royaume-Uni, req. n° 65731/01 et 65900/01.

¹⁶² V. Conclusions de l'Avocat général J. MAZAK sur l'affaire Palacios, 15 février 2007, précité.

légitime devient proportionnée lorsqu'elle s'appuie sur plusieurs éléments. Dans l'affaire en cause, si la conclusion de contrat à durée déterminée pour les personnes âgées de 52 ans avait été justifiée par la structure du marché, la solution de la Cour aurait peut-être été différente. 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 »¹⁶³. Le juge communautaire relève donc la présence de plusieurs critères de justification. Toutefois, on peut se demander si la solution de la Cour aurait été la même si la pension de retraite avait jugé trop faible. La Cour dispose-t-elle des moyens de s'interroger sur ce point ? Dans ce domaine de discrimination, le juge n'a pas encore épuisé toutes les potentialités contenues dans ce principe de discrimination, le même constat s'impose concernant le handicap.

Le droit communautaire affirme le principe de non discrimination à raison du handicap, tant dans l'article 13 TCE que dans la Charte des droits fondamentaux où l'article 26 consacre le droit à l'autonomie des personnes handicapées. Toutefois pour en assurer une application concrète, la Commission de l'Union a déposé une proposition de directive relative à « la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle »¹⁶⁴. En réalité, en droit communautaire dérivé deux textes s'intéressent à l'égalité des chances en matière de handicap, la directive 2000/78/CE portant sur l'emploi et le travail et cette proposition devant en principe s'intéresser à la vie sociale à l'exclusion de la vie professionnelle. Or, cette proposition se réfère également au monde de l'entreprise, les champs d'application des deux directives se chevauchent. Sur le plan matériel, la non discrimination en raison du handicap s'applique au secteur public et privé en matière de protection sociale, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et aux services. La proposition préserve le droit des Etats et n'intervient que dans le domaine de compétence de l'Union. En revanche, elle n'offre aucune définition du handicap. En droit français, l'article 2 de la loi du 11 février 2005 le définit comme « toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou

¹⁶³ Point 73.

¹⁶⁴ COM(2008) 426 final, 2008/0140 (CNS). La Communauté veut par ce texte traduire ses engagements contractés dans le cadre de la convention du 13 décembre 2006 des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées. Cette proposition a fait l'objet de vives critiques du Sénat car elle entretient une confusion entre discrimination et égalité de traitement en laissant des pans entiers d'atteinte au principe d'égalité non sanctionné, elle défend une position communautariste de la société contraire aux lois de la République, elle laisse apparaître des ambiguïtés juridiques sur des questions de société conduisant à des procès d'intention, elle décharge le législateur de sa responsabilité en matière de handicap et enfin elle reste floue sur des questions essentielles de société ; PROPOSITION DE RÉSOLUTION EUROPÉENNE PRÉSENTÉE EN APPLICATION DE L'ARTICLE 73 BIS DU RÈGLEMENT, sur la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle (E 3918), présentée par Mmes Mugette DINI, Jacqueline ALQUIER, Brigitte BOUT, Annie DAVID, Annie JARRAUD-VERGNOLLE, Gisèle PRINTZ, Catherine PROCACCIA, MM. Nicolas ABOUT, Jean BOYER et Guy FISCHER, 26 octobre 2008, www.senat.fr/leg. V. également le commentaire de A. BOUJEKA, « Egalité de traitement et handicap : à propos de la proposition de directive européenne du 2 juillet 2008 », RDSS, n° 1, 2009, p. 92.

psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ».¹⁶⁵ En droit communautaire l'approche est jurisprudentielle. Ainsi, dans sa décision Chacon Navas, le handicap s'entend comme « visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle ». La Cour ajoute que l'utilisation par la directive de la notion de « handicap » exclut toute assimilation avec la maladie¹⁶⁶. Cette définition se fonde sur la directive 2000/78 s'attachant à prohiber la discrimination en raison du handicap dans le cadre de l'entreprise. Elle va sans doute connaître une nouvelle évolution avec la proposition de directive de 2008. Dès lors, ce type de discrimination trouve deux sources en milieu professionnel et dans la vie sociale. Pour l'instant, seul le premier point est envisagé par la Cour de justice. Elle a considéré qu'il pouvait s'agir aussi bien de discrimination directe qu'indirecte et que son champ d'application touchait tout autant le handicapé lui-même que sa famille. Ainsi, une salariée ayant donné naissance à un enfant handicapé exigeant des soins spécialisés accepte une mise en chômage volontaire. Elle conteste ensuite cette rupture de contrat de travail au motif qu'elle a subi un traitement moins favorable que celui réservé aux autres employés. Face à cette situation le juge communautaire affirme « qu'il ne ressort pas de ces dispositions de la directive 2000/78 que le principe de l'égalité de traitement qu'elle vise à garantir soit limité aux personnes ayant elle-même un handicap. Au contraire, celle-ci a pour objet, en ce qui concerne l'emploi et le travail, de lutter contre toutes les formes de discrimination fondées sur le handicap »¹⁶⁷. Elle précise, en outre, que le principe d'égalité ne fait pas obstacle « ni au droit des Etats membres de maintenir ou d'adopter des dispositions concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail ni aux mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager l'insertion de ces personnes dans le monde du travail »¹⁶⁸. Le juge reconnaît la capacité de compensation du handicap. Elle se traduit par un droit subjectif accordé aux personnes handicapées sur les Etats membres, les organismes publics et les particuliers.

Par ailleurs, la Cour de justice intègre dans la discrimination le harcèlement lié au handicap concernant un employé lui-même handicapé ou celui subi par un salarié en raison de l'handicap de son enfant « auquel il dispense l'essentiel des soins dont celui-ci a besoin »¹⁶⁹. La notion de harcèlement relève des législations et pratiques nationales des Etats membres. Il faut se demander cependant dans quelle mesure une telle jurisprudence serait applicable à des salariés s'occupant de tiers handicapés qui ne font pas partie de leur famille, ou à un degré plus éloigné ; combien d'absences du salarié pourraient être tolérées par l'employeur à cet égard, au vu des nécessités du fonctionnement de l'entreprise, et dans quelle mesure un éventuel refus de flexibilisation du temps de travail d'un tel salarié pourrait être considéré comme une discrimination.

Enfin, en matière de charge de la preuve d'une discrimination le juge reprend le dispositif de la directive¹⁷⁰. Ainsi, lorsqu'une personne s'estime lésée pour non respect du principe

¹⁶⁵ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF, 12 février 2005.

¹⁶⁶ CJCE, 11 juillet 2006, Chacon Nava précitée, points 43 et 44.

¹⁶⁷ CJCE, Grande chambre, 17 juillet 2008, Coleman c/Attridge Law et Steve Law, aff. C-303/06, Rec. p.I-point 38 ; note A. BOUJEKA, RDSS, 2008, p. 865.

¹⁶⁸ Aff. C-303/06, précitée, point 41.

¹⁶⁹ Aff. C-303/06, précitée, point 59.

¹⁷⁰ Article 10 § 1 de la directive 2000/78.

d'égalité et montre que des faits corroborent la présence d'une discrimination directe ou indirecte¹⁷¹, il revient alors, à la partie défenderesse de prouver l'absence de discrimination. Le mécanisme introduit par la directive inverse donc la charge de la preuve. Ce mécanisme vaut à la fois pour le harcèlement considéré par la CJUE « comme une forme de discrimination »¹⁷².

Le juge communautaire a donc construit les lignes forces de la discrimination fondée sur le handicap, reste qu'un nouvel aspect concernant la vie sociale devrait également lui permettre d'élargir son contrôle et d'apporter des précisions sur la proposition de directive de 2008 lorsqu'elle sera entrée en vigueur. En effet, elle introduit la notion de proportionnalité des aménagements en faveur des handicapés au regard des objectifs d'autonomie et d'accessibilité. A cet égard la proposition de directive prévoit des critères d'évaluation du caractère proportionné de cette charge d'aménagement¹⁷³. Ces critères peuvent d'ailleurs être utiles à la Cour pour apprécier la notion d'aménagements raisonnables dégagés par l'article 5 de la directive concernant l'emploi. De même, elle va, sans doute, être amenée à éclairer le dispositif de cette future directive sur l'accès pour les personnes handicapées aux prestations de services bancaires, financiers et d'assurances car ce texte admet que des différences proportionnées fondées sur les calculs actuariels ou statistiques peuvent justifier le refus. Sur ce point le droit communautaire est en retard eu égard à la réglementation française. En effet, une convention a été conclue entre l'Etat et les professionnels intéressés et les représentants des associations de personnes malades et handicapées facilitant l'accès à ces personnes aux services bancaires et d'assurances¹⁷⁴. Dans ce domaine difficile de la discrimination en raison du handicap le juge communautaire va, sans doute, dans l'avenir être encore confronté à de délicates affaires.

La discrimination en raison de la race et des origines ethniques l'a aussi conduit à préciser quelques points de la directive du 1^{er} octobre 2000¹⁷⁵. En l'occurrence dans un litige Feyrin concernant une discrimination à l'embauche, la Cour de justice a formulé quelques réponses notamment sur l'identification des personnes subissant une telle discrimination et les conséquences à tirer pour les juridictions nationales¹⁷⁶. Dans cette affaire, la société Feryn NV cherchait à engager des monteurs pour installer des portes basculantes chez des clients.

¹⁷¹ Dans l'affaire Coleman, la requérante se plaignait notamment du fait que, lors de son retour du congé de maternité, son employeur avait refusé de la réintégrer dans l'emploi qu'elle occupait jusqu'alors, dans des circonstances où des parents d'enfants non handicapés auraient été autorisés à retrouver leur ancien poste. Son employeur aurait également refusé de lui accorder la même souplesse horaire et les mêmes conditions de travail qu'à ses collègues qui sont des parents d'enfants non handicapés; et elle aurait été l'objet de commentaires déplacés et insultants à l'encontre tant d'elle-même que de son enfant, alors qu'aucun commentaire de cet ordre n'avait été formulé lorsque d'autres employés avaient dû solliciter du temps libre ou une certaine flexibilité pour s'occuper de leurs enfants non handicapés.

¹⁷² CJCE, 17 juillet 2006 Coleman, précitée point 61.

¹⁷³ L'article 4.2 prévoit qu'il faut tenir compte « de la taille et des ressources de l'organisation, de sa nature, du coût estimé, du cycle de vie des biens et services et des avantages potentiels d'une meilleure accessibilité pour les personnes handicapées ».

¹⁷⁴ Cette convention trouve ses bases juridiques dans les articles L. 1141-2 et L. 1141-3 du code de la santé publique.

¹⁷⁵ 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, JOUE, L 180, p. 22.

¹⁷⁶ CJCE, 10 juillet 2008, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c/ Firma Feryn NV, aff. C-54/07, Rec. p.-5187 ; JCP, S 2008, n° 41, 1520.

Son directeur, lors d'une interview dans la presse écrite a indiqué que sa société ne recrutait pas de personnes d'origine marocaine au motif que les clients ne veulent pas les voir chez eux. Ces propos sont réitérés à la télévision belge. Le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme introduit une action en justice devant le tribunal du travail de Bruxelles et lui demande de constater la violation de loi sur les discriminations et d'ordonner de mettre fin à cette politique discriminatoire dans le recrutement. Or, ici, le juge considère qu'il s'agit de discrimination potentielle mais qu'aucune preuve réelle de discrimination à l'embauche n'est apportée. L'association est donc déboutée et le juge d'appel saisi interroge la CJUE sur une éventuelle méconnaissance de la directive. La Cour doit pour l'essentiel se demander si une discrimination directe au sens de la directive est avérée lorsqu'un employeur affirme publiquement, lors d'une période d'embauche, que les personnes d'une origine ethnique sont écartées. Pour répondre à cette question, une étape préalable doit être franchie relative à la recevabilité de la requête sur la base du texte communautaire. Selon une partie des intervenants dans le litige, la directive « n'était pas sensée permettre, dans le cadre des législations nationales, aux organismes publics de former une action dite « populaire »¹⁷⁷. Face à cette argumentation, le juge rappelle que la directive demande aux Etats membres de veiller à ce que des procédures judiciaires soient accessibles « à toutes personnes qui s'estiment lésées par le non-respect à leur égard du principe d'égalité de traitement » et aux organismes d'intérêt public agissant en justice « pour le compte ou à l'appui du plaignant ». Certes, cette formulation semble exclure l'action populaire. Toutefois, la Cour considère que « l'article 7 de la directive ne s'oppose nullement à ce que des Etats membres prévoient, dans leur législation, le droit pour les associations ayant un intérêt légitime à faire assurer le respect de cette directive »¹⁷⁸. Il revient au juge national de vérifier qu'une telle possibilité est ouverte par la réglementation étatique. En d'autres termes, la protection minimum issu du droit communautaire pour lutter contre les discriminations en raison de la race, ne doit pas être entendue comme une protection minimale. Sur cette base, le juge communautaire répond au caractère direct de la discrimination. A cet égard, il affirme que « l'absence de plaignant identifiable ne permet pas de conclure à l'absence de discrimination directe au sens de la directive »¹⁷⁹. Cette dernière vise la promotion d'un marché du travail favorable à l'insertion sociale. Dès lors, les déclarations de l'employeur dissuadent sérieusement certains candidats de déposer leur candidature et fait donc obstacle à leur accès au marché du travail. L'effet n'est donc pas purement hypothétique. Il s'agit bien d'une discrimination à l'embauche. Ainsi, en combinant la faculté de laisser aux associations de lutte contre les discriminations d'agir en justice et la qualification de discrimination directe, la CJUE protège ceux souffrant de déclarations humiliantes et démoralisantes et voulant participer au marché de l'emploi. Enfin concernant les éventuelles sanctions¹⁸⁰, le juge communautaire considère qu'en l'absence de victime directe, elles doivent s'adapter à la situation en cause, et notamment consister dans le constat de la discrimination par la juridiction ou l'autorité administrative compétente, assorti du degré de publicité adéquat et le coût de celle-ci à la charge de la partie

¹⁷⁷ Cet argument est invoqué dans les conclusions de l'avocat général M. POIARES MADURO du 12 mars 2008, aff. C-54/07, point 12.

¹⁷⁸ Point 27, aff. C-54/07, précitée.

¹⁷⁹ Point 24, aff. C-54/07, précitée.

¹⁸⁰ L'article 15 de la directive impose aux Etats membres l'obligation d'introduire dans leur ordre juridique des mesures suffisamment efficaces pour que ces mesures puissent être effectivement invoquées devant les tribunaux nationaux afin que la protection juridictionnelle soit efficace et effective. Ces mesures doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

défenderesse¹⁸¹.

En définitive, les diverses directives intervenant en matière de lutte contre les discriminations fixent des cadres afin d'appliquer une législation harmonisée sur l'ensemble du territoire communautaire. Il revient à la CJUE de la concrétiser au fur et à mesure du contentieux.

Conclusion

Le droit communautaire, notamment dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux, aidé de la CJUE, s'empare clairement et dans toute sa dimension de la lutte contre les discriminations. Certes, droit de compromis, se trouvant au carrefour des ordres juridiques étatiques, il doit composer avec les cultures juridiques des divers Etats membres. Il construit, toutefois, un cadre s'imposant aux vingt-sept Etats. Sa part est double :

Convaincre : en incitant au rapprochement des législations afin d'assurer collectivement et individuellement aux êtres vivant sur l'espace européen un traitement égal., cette démarche se traduit par la mise en place de programmes favorisant la mixité sociale, raciale ; le développement des territoires, la multiplication des échanges.

Contraindre : en sanctionnant toutes mesures, tous comportements de nature à conduire à des discriminations entre les personnes. Certes, la sanction constitue déjà le constat de l'échec, mais elle demeure une nécessité.

Pour autant, le droit ne constitue qu'une pierre à l'édifice plus vaste de l'apprentissage du vivre ensemble où d'autres disciplines comme l'économie, la science politique, la sociologie doivent participer.

¹⁸¹ Point 39, aff. C-54/07, précitée.

PLAN

Introduction

La diversité des approches :

L'égalité de traitement, l'égalité des chances, la non discrimination, la discrimination positive.

La discrimination directe ; la discrimination indirecte

Partie I Une application uniforme du principe de non discrimination

A) Une application extensive du principe par la CJUE

- L'effet direct du principe dans le cadre de la LCP
- La primauté du principe sur l'ordre juridique interne
- L'acceptation d'une discrimination indirecte
- Le problème de la situation purement interne

B) Une application restrictive des exceptions

- Le cas des emplois de l'administration publique
- Le cas des tiers à l'Union européenne

Partie II La concrétisation du principe par type de discrimination

A) Les discriminations concernant le genre

- égalité homme femme
- orientation sexuelle
- discrimination positive

B) Les discriminations en raison de la qualité la personne

- L'âge
- Le handicap
- L'origine ethnique

Conclusion