

UNION EUROPÉENNE ET NATIONALITÉS

Sous la direction de

Emmanuelle BRIBOSIA, Emmanuelle DARDENNE,
Paul MAGNETTE et Anne WEYEMBERGH

EXTRAIT

BRUYLANT
BRUXELLES

1 9 9 9

ED
432

DE SCH

DRT

ED 432

ED 431

En hommage au professeur Verwilghen,
qui a tant fait pour que la doctrine
progressive sur ces notions!

Olivier De Schutter
E. 21. 12. 1977

CHAPITRE PREMIER

dit en 1977

ET 46

LE CONCEPT DE DISCRIMINATION DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ET LIBERTÉ DE CIRCULATION)

PAR

OLIVIER DE SCHUTTER (*)

1. — Quelles limites viennent s'imposer à l'exigence de non-discrimination, dans un système qui confie au juge la mission de la garantir ? Dans quelle mesure la définition de l'acte de juger, conçu comme l'application de la règle d'égalité plutôt que comme l'imposition de normes nouvelles à la place de la norme jugée discriminatoire, fait-elle obstacle à un approfondissement de la promesse d'égalité elle-même, qui est potentiellement infinie ? Voilà formulée, sur un plan très abstrait, l'interrogation à laquelle cette étude constitue une tentative de répondre. La méthode choisie a consisté à comparer les traitements jurisprudentiels dont ont fait l'objet deux questions de droit communautaire : celle de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, d'une part ; celle de la non-discrimination dans le domaine de la libre circulation des ressortissants communautaires sur le territoire de l'Union européenne, d'autre part. Ces questions n'ont en commun que deux caractéristiques : remplissant l'une et l'autre une fonction stratégique dans le droit communautaire, elles ont donné lieu à un important contentieux devant la Cour de justice des C.E. ; et elles posent, chacune à sa façon, la question de la garantie de la non-discrimination dans un système de séparation des pouvoirs.

(*) Faculté de Droit de l'U.C.L. Je tiens à remercier M. FALLON pour les observations qu'il a faites sur une version antérieure du texte. J'assume seul la responsabilité des erreurs qui subsistent.

BIBLIOTHÈQUE CENTRALE DE L'UNIVERSITÉ
FACULTÉ DE DROIT
CHATELAIN
PLATEAU DE L'UNIVERSITÉ 2
R-1188 LOUVAIN-LA-NEUVE

Si n'était l'identité de la question pourtant, la comparaison pourrait être jugée audacieuse. Dans le domaine de la liberté de circulation, le risque de discrimination résulte de la disparité des législations nationales, qui diffèrent d'Etat membre à Etat membre. Cela confère un avantage décisif à la valeur, formelle, de la liberté de circulation, et à sa conséquence, qui est d'interdire l'application de telle réglementation étatique à telle situation, pour autant que cette application crée le risque d'une entrave disproportionnée à la liberté en cause, ou que ne pourrait justifier aucune exigence impérative d'intérêt général ; et cela implique que l'interdiction de la discrimination, et son approfondissement, constituent en même temps un appel au législateur communautaire en vue d'une harmonisation des législations des différents Etats membres.

Au contraire, dans le domaine de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, c'est au sein d'un seul Etat que la règle de non-discrimination va produire ces effets : la discrimination a sa source dans une réglementation étatique qui, soit crée une discrimination ouverte envers les membres d'un sexe déterminé, soit est formulée sans qu'aient été suffisamment prises en compte les différences de situations entre les catégories auxquelles elle s'applique. L'on ne dispose pas ici d'une valeur telle que la liberté de circulation qui, avec la même évidence, désignerait la solution à laquelle recourir lorsqu'une discrimination est constatée — même si, comme on le verra (ci-après, n° 23), le souci de la Cour de justice des C.E. de prescrire une « égalisation par le haut » compense dans une certaine mesure cette lacune — ; et l'approfondissement de l'exigence de non-discrimination ne réclame *a priori* aucune harmonisation à l'échelle de l'ensemble des Etats membres.

2. — Pourtant, en dépit de ces différences entre les deux problématiques, on peut les traverser au moyen d'une même interrogation : celle du rapport entre les différentes composantes de la non-discrimination et la séparation des pouvoirs. Décisive pour l'ordre juridique communautaire, cette interrogation se pose à deux niveaux. D'une part, de la réponse qu'on va lui donner, va dépendre l'étendue du contrôle que le juge communautaire peut exercer sur le respect de l'exigence de non-discrimination, telle qu'elle est formulée notamment au bénéfice des ressortissants d'autres Etats membres qui exercent une liberté de circulation — qui ont le droit de ne pas subir de discrimination par rapport aux nationaux de

l'Etat membre d'accueil (1) — ou des membres de chaque sexe, hommes ou femmes — à qui est reconnu le bénéfice de l'égalité de traitement par rapport aux membres de l'autre sexe (2) —. D'autre part, la même interrogation se fait jour devant les juridictions nationales des Etats membres, lorsque sont invoquées devant elles des dispositions communautaires d'où peut se déduire une exigence de non-discrimination. A ce second niveau, la difficulté se traduit, sur le plan technique, à travers la notion d'applicabilité directe. Mais la qualification qu'elle reçoit dans ce contexte ne doit pas masquer l'identité de la question : celle-ci est toujours de savoir jusqu'où le juge peut aller pour contribuer au respect de l'exigence de non-discrimination, qu'il lui est réclamé d'imposer.

3. — Dans la première partie de l'étude, l'on tente de clarifier les motifs pour lesquels, au sein même de l'interdiction de discriminer, le trajet s'effectue naturellement de l'incrimination de la discrimination directe à celle de la discrimination indirecte. Dans le domaine de la liberté de circulation, l'extension a conduit à soumettre à un contrôle de proportionnalité même les mesures indistinctement applicables, l'entrave résultant alors du simple fait de la disparité des législations nationales (I.). Dans la deuxième partie de l'étude, l'on identifie la transformation de la nature du contrôle juridictionnel qu'un tel trajet implique, au départ d'une description plus précise de la notion de discrimination indirecte et de la méthode du rai-

(1) Art. 12 (anc. art. 6), 39, § 2 (anc. 48, § 2), 43 (anc. 52) et 49 (anc. 59) du traité C.E. En principe, l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité et la libre circulation ne sont affirmées, dans le traité CE, qu'au seul bénéfice des ressortissants communautaires (Voir not. C.J.C.E., *Buhari Haji*, C-105/89, *Rec.*, p. I-4211). Les ressortissants d'Etats tiers ne bénéficient jusqu'à présent que d'un droit dérivé à la libre circulation, par la médiation du droit au regroupement familial. Pour des développements, O. DE SHUTTER, « Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens », *R.D.E.*, 1996, p. 531. Les compétences que le Traité d'Amsterdam reconnaît à la Communauté européenne en ce qui concerne la circulation des ressortissants d'Etats tiers annoncent des avancées dans cette matière : Voir, dans le nouveau titre IV du traité CE révisé, les art. 62 et 63 de la version consolidée.

(2) Art. 141 (anc. art. 119) du traité C.E. Le Traité d'Amsterdam a complété l'article 119 du traité C.E. (Voir ci-dessous, n° 34). Le principe de l'égalité de traitement, qui est un principe général du droit communautaire (C.J.C.E., 30 avril 1996, *P. c. S.*, C-13/94, *Rec.*, p. I-2143, pt. 19), a connu en outre des traductions dans plusieurs directives, parmi lesquelles notamment la 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 (*J.O.C.E.*, L 45, 9.2.1975, p. 19), la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (*J.O.C.E.*, L 30, p. 40), et la directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (*J.O.C.E.*, L 6, p. 24).

sonnement judiciaire qui permet de l'appréhender (II.). Cela autorise, dans une troisième partie, à expliciter l'enjeu que représente l'incrimination de la discrimination indirecte pour la séparation des pouvoirs (III.). Les conclusions de l'étude porteront, d'une part, sur les limites que le respect du principe de la séparation des pouvoirs peuvent apporter à la dynamique de la non-discrimination, d'autre part, sur l'influence qu'une telle dynamique est susceptible d'exercer sur la fonction de juger (IV.).

I. — L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION INDIRECTE,
SUPPLÉMENT NÉCESSAIRE DE L'INTERDICTION
DE LA DISCRIMINATION DIRECTE

4. — La source de la difficulté qui va nous retenir est aisée à faire comprendre. Pour le législateur qui prétend imposer une exigence de non-discrimination (3), il ne peut suffire d'incriminer la discrimination dite « directe » ou « ouverte », c'est-à-dire qui, étant inscrite dans telle réglementation ou telle pratique, est susceptible d'être repérée indépendamment même de l'application dont la réglementation va faire l'objet ou de la façon dont la pratique est mise en œuvre (« sur base d'analyses purement juridiques », lit-on parfois (4)). Celui qui prétendrait s'en tenir à écarter cette forme de discrimination, certes la plus visible, se placerait dans une situation de contradiction performative : puisque, par définition, l'incrimination de la discrimination « ouverte » ou « directe » incite celui qui aurait voulu la pratiquer — auteur d'un texte réglementaire ou d'une pratique, autorité publique ou particulier — à s'en abstenir, pareille incrimination constitue simultanément une invitation à se replier sur l'adoption d'autres types de mesures, qu'on dira « indistinctement applicables » ou « formulées de façon neutre » (5), et qui cependant produiront le même effet. Parfois, ces mesures constituent des formes de discrimination « déguisée », c'est-à-dire qu'elles sont délibérément conçues et formulées afin de réaliser, en fait, la discrimination qu'elles ne peuvent opérer ouvertement. Parfois au contraire, adoptées de bonne foi, mais charriant peut-être des préjugés incons-

(3) L'expression de « non-discrimination » figure ici comme un terme générique, susceptible de recouvrir aussi bien l'interdiction de la discrimination directe que celle de la discrimination indirecte.

(4) C.J.C.E., 8 avril 1976, *G. Defrenne* (* n° 2 *), 43/75, *Rec.*, p. 455, pt. 21.

(5) C.J.C.E., 2 octobre 1997, *B. Kording*, C-100/95, *Rec.*, p. I-5289, pt. 16.

cients, elles aboutissent par leurs effets au même résultat, sans que ces effets aient été consciemment voulus. L'hypothèse dans laquelle on se situe est indifférente du point de vue du droit de l'égalité et de son effectivité, c'est-à-dire du point de vue de la garantie qu'il constitue pour ses bénéficiaires (6). Dès lors que ces mesures désavantagent *en fait* de façon disproportionnée les membres du groupe bénéficiaire de l'exigence de non-discrimination, elles constituent des discriminations « indirectes » (7). La condamnation de telles discriminations doit accompagner nécessairement l'incrimination de la discrimination « ouverte », si l'on ne veut pas que l'interdiction de celle-ci recèle une promesse d'égalité purement illusoire.

5. — Un passage s'effectue ainsi entre l'incrimination de la discrimination « ouverte » ou « directe », et l'extension du contrôle à des mesures qui sont susceptibles de constituer des formes de discrimination « indirecte ». Le passage est inévitable et mécanique. L'extension sur laquelle le contrôle débouche est, en effet, la condition même de l'incrimination de la discrimination directe : elle en est la conséquence, non seulement une virtualité. En droit communautaire, c'est dans la matière de l'égalité de traitement entre hommes et femmes que cette transformation s'est effectuée de la façon la plus spectaculaire, d'abord par voie jurisprudentielle, et à présent par voie législative (8). Elle se traduit ici par un renversement de la

(6) En revanche, du point de vue du jugement éthique qu'on peut vouloir porter sur l'auteur d'une discrimination, ou du point de vue du droit pénal qui exige normalement que l'acte incriminé ait un caractère volontaire et conscient, la distinction retrouve toute son importance.

L'on doit cependant relativiser l'opposition au sein de la notion de discrimination « indirecte » entre la discrimination « déguisée » (consciente, mais masquée derrière des comportements neutres) et la discrimination « inconsciente », dès lors que l'état d'esprit qu'il est permis de reprocher à qui se trouve derrière une discrimination indirecte « inconsciente » est de n'avoir pas été suffisamment prudent, de n'avoir pas anticipé les effets de la mesure qu'il a adoptée en tenant compte des situations de fait auxquelles elle serait amenée à s'appliquer.

(7) K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples », *C.D.E.*, 1991, pp. 3-41, p. 31. Dans un article récent, N. BERNARD estime que la terminologie de la Cour de justice des C.E., hésitante en effet sur ce point, gagnerait à réserver la notion de « discrimination » à l'hypothèse de discrimination intentionnelle, fût-elle « déguisée » sous des mesures neutres en apparence, et à qualifier de « mesures d'effet équivalent » les autres entraves à la liberté de circulation (N. BERNARD, « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité C.E. sous l'angle de la compétence », *C.D.E.*, 1998, p. 11, ici p. 16). Sans doute le langage n'est-il jamais trop clair. Mais le fait est que, le plus souvent, l'intention qui se masque derrière des mesures neutres en apparence n'est pas aisée à déceler, ce qui rend peu opérationnelle cette suggestion.

(8) Voir ainsi notamment C.J.C.E., 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH*, 170/84, *Rec.*, p. 1607, pt. 31 (renversement de la charge de la preuve lorsque l'impact de telle mesure est disproportionné, frappant un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes) ; C.J.C.E., 17 octobre 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening* (« Danfoss »), 109/88, *Rec.*, p. 3199, pts. 10 à 16 (déplacement de la charge de la preuve

charge de la preuve de la discrimination : la discrimination indirecte s'entendant de l'emploi de critères de distinction en apparence neutres, mais dont l'effet est identique à celui qui résulterait de l'emploi de critères de distinction prohibés, elle constitue en effet une forme de discrimination « invisible » qui serait très difficile ou impossible à prouver si, lorsque se révèle un impact disproportionné, le renversement de la charge de la preuve n'avait pas lieu (9). Mais sous un vocabulaire et à travers des formules à peine différentes, la même évolution, provoquée par les mêmes causes, se repère dans d'autres domaines (10).

6. — Ainsi en matière de nationalité, l'arrêt *Sotgiu* du 12 février 1974 énonce pour la première fois que « les règles de l'égalité de traitement (...) prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes *dissimulées* de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent *en fait* au même résultat » ; le même arrêt en déduit « qu'il n'est pas donc pas exclu que des critères tels que le lieu d'origine ou le domicile d'un travailleur puissent, selon les circonstances, constituer, *dans leur effet pratique*, l'équivalent d'une discrimination

« lorsque cela s'avère nécessaire afin de ne pas priver les travailleurs victimes d'une discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations ». Cette jurisprudence a connu plusieurs développements depuis : Voir not. C.J.C.E., 17 mai 1990, *Barber*, C-262/88, *Rec.*, p. I-1889 ; C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Enderby*, C-127/92, *Rec.*, p. I-5535, pts. 16 et 19 ; C.J.C.E., 24 février 1994, *Roks*, C-343/92, *Rec.*, p. I-571 ; C.J.C.E., 31 mai 1995, *Specialarbejderforbundet i Danmark c. Dansk Industri*, C-400/93, pt. 28 ; C.J.C.E., 6 février 1996, *Lewark*, C-457/93, *Rec.*, p. I-243, pt. 31 ; C.J.C.E., 2 octobre 1997, *B. Kording*, précité, pts. 16 et 19 ; C.J.C.E., 17 juin 1998, *K. Hill et A. Stapleton*, C-243/95. Sur le plan législatif, voir la Directive 97/80 relative à la charge de la preuve dans le domaine de l'égalité des rémunérations et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, *J.O.C.E.* L 14 du 20.1.1998, p. 6.

(9) Voir P. GARRONE, « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *R.T.D.E.*, 1994, pp. 425-450, ici p. 426 sur le caractère invisible de la discrimination indirecte. Pour d'autres commentaires en doctrine, E. ELLIS, « The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law », *E.L.R.*, 1994, p. 563, et, plus particulièrement sur l'arrêt « *Danfoss* » du 17 octobre 1989, précité, J. SHAW, « The Burden of Proof and the Legality of Supplementary payments in equal pay cases », *E.L.R.*, 1990, p. 260.

(10) Et non seulement dans le domaine des personnes. Un des intérêts de la contribution de M. FALLON est précisément de montrer, notamment du point de vue auquel on se place ici, comment les différentes règles contribuant au régime de la libre circulation en droit communautaire subissent des évolutions communes, au point que l'auteur appelle à un réaligement de ces règles sur base des principes généraux qui en traversent l'application. Voir M. FALLON, « Vers un principe général de liberté de circulation ? Pour une approche unitaire du droit du marché intérieur », *Ann. d'ét. eur. de l'Univ. cath. de Louvain*, 1996, p. 73.

de nationalité prohibée par le traité » (11). Une telle affirmation implique que, les libertés fondamentales que reconnaît le traité pouvant être entravées par des mesures ne créant aucune discrimination ouverte envers les ressortissants d'autres Etats membres, ces mesures doivent faire, elles aussi, l'objet d'un contrôle de la part des juridictions chargées d'en garantir le respect. Dans l'arrêt *Kraus*, qui concernait la reconnaissance par l'Etat membre dont il était le ressortissant d'un diplôme universitaire de troisième cycle que le demandeur au principal avait acquis dans un autre Etat membre, la Cour rappelait ainsi que les dispositions du traité relatives à la libre circulation des travailleurs ou à la liberté d'établissement « s'opposent à toute mesure nationale (...) qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, y compris ceux de l'Etat membre auteur de la mesure, des libertés fondamentales garanties par le traité » (12). De telles mesures étant susceptibles de constituer des entraves à l'exercice des libertés de circulation garanties par le traité, elles font l'objet d'un contrôle qui, selon un arrêt ultérieur qui clarifie sur ce point la jurisprudence *Kraus*, porte sur le respect non seulement de la condition de non-discrimination, mais également de trois autres conditions : il faut que les mesures en cause « se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général » ; qu'elles soient « propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent » ; enfin, qu'elles « n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre » (13). En formulant une exigence de proportionnalité à l'égard des mesures étatiques qui, sans opérer de discrimination ouverte, rendent moins attrayant l'exercice de la liberté de circula-

(11) C.J.C.E., 12 février 1974, *Sotgiu*, 152/73, *Rec.*, p. 153, pt. 11 (notre accent). Voir également, parmi beaucoup d'autres, C.J.C.E., 15 janvier 1986, *Pinna*, 41/84, *Rec.*, p. 1 (« la règle d'égalité de traitement prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat » (pt. 23) (notre accent)) ; C.J.C.E., 30 mai 1989, *Allué et Coonan*, 33/88, *Rec.*, p. 1591, pt. 10 ; C.J.C.E., 21 novembre 1991, *Le Manoir*, C-27/91, *Rec.*, p. I-5531 ; C.J.C.E., 23 février 1994, *Scholz*, C-419/92, *Rec.*, p. I-505, pt. 7 ; C.J.C.E., 25 mai 1995, *O'Flynn*, C-237/94, *Rec.*, p. I-2617, pt. 20 ; C.J.C.E., 12 septembre 1996, *Commission c. Belgique*, C-278/94, *Rec.*, p. I-4307, pts. 27 et 28 (« Sont ainsi notamment prohibées les conditions indistinctement applicables qui peuvent être plus facilement remplies par les travailleurs nationaux que par les travailleurs migrants »).

(12) C.J.C.E., 31 mars 1993, *Kraus*, C-19/92, *Rec.*, p. I-1603, pt. 32.

(13) C.J.C.E., 30 novembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, *Rec.*, p. I-4165, pt. 37. Pour un exemple plus récent, C.J.C.E., 7 mai 1998, *Clean Car Autoservice GmbH*, C-350/96 (discrimination indirecte contraire à l'article 48 du traité C.E. résultant d'une législation nationale requérant des personnes morales qu'elles recrutent des managers résidant sur le territoire national).

tion pour les ressortissants communautaires à qui elle est reconnue, le juge communautaire définit bien les limites de son contrôle ; l'extension qu'a prise celui-ci, par rapport à un contrôle qui ne porterait que sur les discriminations directes, mérite d'autant plus qu'on la souligne.

II. — LE PASSAGE À L'INCRIMINATION DE LA DISCRIMINATION INDIRECTE ET LA TRANSFORMATION DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

7. — On aperçoit déjà, mais sur un plan qui demeure pour l'instant intuitif, l'enjeu que représente un tel passage pour la répartition des tâches entre le juge et les autres pouvoirs. Le passage de l'incrimination de la discrimination directe à l'incrimination des mesures neutres en apparence, mais susceptibles de constituer une discrimination indirecte, conduit à une extension potentiellement considérable du contrôle du juge. Cette extension déporte le juge dans des zones proches de la frontière qui sépare le contrôle de légalité du contrôle de l'opportunité. La frontière est mince ; elle n'est plus délimitée que par l'invocation de la proportionnalité. Pour prendre la mesure exacte de la difficulté et des conséquences à en déduire, il faut clarifier quelque peu, sur un plan théorique, la nature du passage en cause. Pas moins de quatre différences fondamentales séparent la discrimination directe de la discrimination indirecte. En les identifiant, on peut espérer montrer pourquoi ce déplacement, certes nécessaire pour des motifs d'efficacité législative, constitue une telle rupture du point de vue de la séparation des pouvoirs.

A. — *Alors que la discrimination directe se révèle déjà au départ de la situation individuelle de qui en est victime, la discrimination indirecte peut ne se révéler qu'au regard de la situation de l'ensemble des membres du groupe auquel la victime appartient*

8. — Comprenons bien ce point. Il est certain que, dans beaucoup de cas, la mesure indistinctement applicable laisse soupçonner d'emblée son caractère de discrimination indirecte, sans qu'il faille pour cela disposer d'une connaissance approfondie de la situation des membres du groupe de personnes envers lequel la discrimination

est prohibée (ressortissants d'autres Etats membres ou nationaux ayant exercé une liberté de circulation, sexe sous-représenté) par rapport à la mesure en cause. Il en va ainsi lorsque, parmi les conditions d'applicabilité de la mesure en cause, figure précisément une condition qui caractérise la condition des membres dudit groupe : dans l'hypothèse de l'affaire *Kraus*, les conditions de reconnaissance d'un diplôme universitaire obtenu dans un autre Etat membre n'affectent par définition que les étrangers et les Allemands ayant exercé leur liberté de circuler. Plus généralement, lorsque la situation des membres du groupe bénéficiant d'une garantie de non-discrimination est suffisamment bien connue, quant aux effets qu'aura sur ce groupe la mesure en cause, point n'est besoin d'examen approfondi pour juger que, en tant qu'elle s'applique à l'égard de telle personne qui en est membre, la mesure crée à son égard une discrimination « indirecte ». Tel n'est cependant pas toujours le cas. Ce qui caractérise la discrimination indirecte (14) par rapport à la discrimination directe, c'est que, dans certains cas, celle-là ne peut être établie que sur base d'une connaissance de la situation de l'ensemble des membres de la catégorie envers laquelle la discrimination a lieu par rapport à la mesure indistinctement applicable en cause (15), connaissance dont il peut être requis du juge qu'il en

(14) L'on emploie ici l'expression de « discrimination indirecte » au sens large, pour y faire figurer toute mesure formulée de façon apparemment neutre mais qui, soit a pour effet de créer une entrave à la liberté de circulation, soit touche de façon disproportionnée les membres de l'un ou l'autre sexe. On peut souhaiter distinguer cet usage de la notion de « discrimination indirecte » d'un usage plus restreint, qui dénommerait ainsi uniquement les mesures fondées sur un critère d'applicabilité *a priori* suspect (par exemple, en matière de liberté de circulation, un critère qui porte sur le franchissement d'une frontière : c'est la suggestion de J.-Y. CARLIER (ci-dessous, n° 21)).

(15) Ainsi dans l'affaire *Kording*, où discrimination indirecte alléguée résultait d'une législation défavorisant les travailleurs à temps partiel, la Cour de justice des C.E. relève qu'aux termes de la décision de renvoi, « 92,4 % des fonctionnaires d'encadrement de l'administration des finances de Brême travaillant à temps partiel sont de sexe féminin » (arrêt précité, pt. 18). Voir, parmi de nombreux autres exemples, C.J.C.E., 6 février 1996, *Lewark*, C-457/93, précité, pt. 29 (statistiques relatives aux pourcentages d'hommes et de femmes parmi les travailleurs à temps partiel) ; C.J.C.E., 8 février 1996, *Laperre*, C-8/94, *Rec.*, p. I-273, pt. 11 (résumé des indications figurant dans l'ordonnance de renvoi) ; C.J.C.E., 17 juin 1998, *K. Hill et A. Stapleton*, précité, pt. 41 (« ...les femmes constituent la quasi-totalité des travailleurs à temps partagé dans le secteur public irlandais. [En outre] environ 83 % de ceux qui optaient pour le temps partagé le faisaient afin de concilier travail et charges familiales, ce qui englobe toujours l'éducation des enfants »). Voir pour une énumération les conclusions rendues par l'avocat général M. COSMAS le 14 juillet 1998, dans l'affaire C-167/987, *Regina c. Secretary of State for Employment ex parte : Nicole Seymour-Smith et Laura Perez*, ici pt. 116. La Cour a parfois noté que l'identification des discriminations indirectes ou déguisées « implique des études comparatives portant sur des branches entières de l'industrie et exige dès lors la détermination préalable de critères d'évaluation par les organes législatifs, communautaires ou nationaux » (C.J.C.E., 27 mars 1980, *Macarthys*, 129/79, *Rec.*, p. 1275, pt. 15).

fasse l'acquisition de façon active, alors que la discrimination directe au contraire, étant comme on l'a appelé « décelable sur base d'analyses purement juridiques » (16), peut toujours être établie à partir de la situation *individuelle* de la personne qui s'en prétend victime. Etablir la discrimination indirecte suppose donc de prendre appui sur des données qui excèdent la situation individuelle de la personne envers laquelle la discrimination est alléguée ; afin d'établir la discrimination directe, pareille démarche n'est en revanche pas exigée.

B. — *Alors que la discrimination directe se révèle¹⁾
dans l'identité de la mesure querellée (réglementation,
pratique pourvu qu'elle soit codifiée), c'est-à-dire s'apprécie
au terme d'un examen exclusivement juridique,
la discrimination indirecte ne peut se révéler qu'au départ
de l'examen des conséquences que produit, en fait,
telle mesure indistinctement applicable*

9. — Liée évidemment à la précédente, cette distinction découle de la définition même de la discrimination indirecte que fournit le droit communautaire dans le domaine de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, qui la décrit comme une situation où « l'application d'une mesure nationale, bien que formulée de façon neutre, désavantage *en fait* un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes » (17). Elle résulte également de l'extension aux mesures indistinctement applicables (et donc non ouvertement discriminatoires) du contrôle exercé au regard du droit communautaire sur le respect, par les Etats membres de l'Union, des libertés

(16) Dans le second arrêt *Defrenne* où l'expression apparaît, la Cour s'en explique : « en présence d'une telle situation (...) le juge est en mesure d'établir tous les éléments de fait qui lui permettent d'apprécier si un travailleur de sexe féminin reçoit une rémunération inférieure à celle d'un travailleur masculin affecté à des tâches identiques » (pt 23). Pourtant, ce qui confère à cet examen son caractère apparemment évident, c'est peut-être la vision appauvrie de l'exigence d'égalité des rémunérations sur laquelle il se fonde. Voir D. ROBINSON, « Les rémunérations comparées des hommes et des femmes au niveau des professions », *Rev. int. trav.*, vol. 137, 1998/1, p. 3, ainsi que P. GONZALEZ et M.J. WATTS, *Measuring gender wage differentials and job segregation*, Projet interdépartemental du BIT sur l'égalité des sexes en matière d'emploi, doc. de travail n° 24, IDP Women/WP-24 (Genève, BIT, 1995). A ces difficultés s'ajoutent, dans ces économies où les professions demeurent largement ségréguées en fonction du sexe, les biais qui résultent d'une dévalorisation des tâches considérées comme « féminines ». Voir J. NELSON, « Travail, sexospécificité et dichotomie entre le social et l'économique », *Rev. int. trav.*, vol. 137, 1998/1, p. 37.

(17) C.J.C.E., 14 décembre 1995, *Megner et Scheffel*, C-444/93, *Rec.*, p. I-4741, pt. 24 ; C.J.C.E., 24 février 1994, *Roks e.a.*, C-343/92, *Rec.*, p. I-571, pt. 33 ; C.J.C.E., 2 octobre 1997, *B. Kording*, précité, pt. 16.

fondamentales de circulation : affirmer que ces mesures sont « susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité » (18), ou qu'elles créent « une gêne telle qu'elles portent, en fait, atteinte au libre exercice du droit d'établissement » (19), cela requiert d'abord qu'on apprécie, *en fait*, l'obstacle à la liberté de circulation qu'elles risquent de constituer. Dans les deux cas, dès que l'on excède la simple interdiction de discrimination ouverte ou directe, dès lors par conséquent que l'on va apprécier le caractère discriminatoire de telle mesure apparemment neutre au départ de ses effets, s'opère une nécessaire *indexation sur le fait* du contenu de l'exigence de non-discrimination. Là gît la source d'une dynamique temporelle qu'il faut mettre en lumière.

10. — Cette indexation joue dans les deux sens. Elle implique d'abord que la mesure qui était jugée discriminatoire, en raison de l'impact disproportionné qu'elle apparaissait exercer sur telle catégorie de personnes ou de l'obstacle qu'elle mettait à l'exercice d'une liberté de circulation, peut s'avérer par la suite, les circonstances ayant évolué, comme compatible avec l'exigence de non-discrimination. Mais l'indexation du contenu de l'exigence de non-discrimination sur le fait joue aussi dans l'autre sens. Elle implique en effet également que telle mesure, qui au temps A n'était pas constitutive de discrimination, peut au temps A + 1 apparaître comme source d'une discrimination indirecte, le contexte factuel dans lequel elle est appelée à s'appliquer s'étant modifié. Un nombre de plus en plus important de femmes manifeste une préférence (20) pour le travail à temps partiel : la réglementation défavorable aux travailleurs à temps partiel s'avère constituer une discrimination indirecte envers les femmes, ce qu'elle n'était pas lorsque les femmes et les hommes recouraient dans des proportions comparables à la formule du temps partiel. La Grèce adhère à la Communauté européenne : telle législation d'un autre Etat membre, qui impose la translittération en caractères latins du nom d'une personne inscrite en caractères grecs dans les registres de l'état civil de Grèce, apparaît dès lors comme une entrave à l'exercice de la liberté d'établissement, ce qu'elle n'était pas avant que cette liberté soit exercée par des res-

(18) C.J.C.E., 30 novembre 1995, *Gebhard*, précité, pt. 37.

(19) C.J.C.E., 30 mars 1993, *Konstantinidis*, C-168/91, *Rec.*, p. I-1191, pt. 15.

(20) Sur l'ambiguïté du recours à ce concept, voir ci-dessous, n° 27.

sortissants grecs (21). Ces exemples illustrent le caractère toujours provisoire, *rebus sic standibus*, de l'affirmation suivant laquelle telle mesure est compatible, ou non, avec l'interdiction de la discrimination indirecte. Plusieurs conséquences devraient découler de la prise en compte de l'indexation que cela implique. L'autorité de la chose jugée qui s'attache aux arrêts de rejet de recours en manquement introduits contre les Etats membres devrait ne pas faire obstacle à l'introduction d'un recours ultérieur, fondé sur la violation alléguée des mêmes dispositions, dès lors que les exigences de celles-ci sont à apprécier en fonction de l'environnement factuel — économique et social — dans lequel elles s'appliquent, environnement qui, bien entendu, doit être compris comme dynamique. De même, une théorie de l'imprévision devrait s'imposer, dans la théorie de la législation, comme elle s'est imposée déjà dans la théorie des contrats : les réglementations qui visent à traduire l'exigence de non-discrimination, par la définition de tels critères ou procédures jugés neutres, doivent pouvoir être révisées en fonction de l'évolution des circonstances dans lesquelles ces critères ou procédures vont être appelés à s'appliquer (22). Ce serait excéder notre mandat que de prolonger l'énumération ; il fallait cependant signaler une piste pour des recherches ultérieures, qui nous paraît extrêmement fructueuse (23).

C. — *Alors que l'interdiction de la discrimination directe
identifie avec précision le « sur quoi »
de la discrimination prohibée, l'interdiction
de la discrimination indirecte demeure sur ce point imprécise,
et dès lors constitue la source
d'une exigence impossible à saturer*

11. — Ce troisième point est aussi essentiel que délicat. Ainsi que le remarque A. Sen (24), les diverses conceptions de l'égalité ne

(21) Telle était l'hypothèse de l'affaire *Konstantinidis* (C.J.C.E., 30 mars 1993, *Konstantinidis*, C-168/91, précité : Voir ci-dessous, n° 12).

(22) Voir par ex. C.J.C.E., 2 juin 1976, *Kampffmeyer*, aff. jointes 56 à 60/74, *Rec.*, p. 711, pt. 15. Cet arrêt est cité par K. LENAERTS dans un paragraphe intitulé « L'interdiction de discrimination peut comporter une obligation de *facere* à vocation égalisatrice », qui rencontre, mais implicitement, cette question (K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples », *op. cit.*, pp. 19-21).

(23) Une difficulté supplémentaire que fait surgir ce trait de la discrimination indirecte réside dans le caractère relativement inapproprié, pour en opérer le constat, des formes de contrôle juridictionnel abstrait telles que, en droit communautaire, le contrôle sur lequel débouche la procédure en constatation de manquement.

(24) A. SEN, *Inequality Reexamined*, Russell Sage Foundation, New York, Harv. Univ. Press, Cambridge, 1992, 3d printing 1995. L'angle d'approche de A. SEN ne diffère pas sur ce point de

se différencient généralement pas entre elles par l'affirmation du *principe* de l'égalité — chacun reconnaît le principe dans une certaine mesure, d'aucuns y voient même la présupposition nécessaire de toute théorie morale (25) — : leur différence réside plutôt dans l'identification du bien — capacité juridique, revenus, niveau d'études, travail, loisirs, droits politiques — à propos duquel l'exigence d'égalité doit être formulée prioritairement, les différences de situations entre les personnes pouvant impliquer que l'exigence d'égalité formulée à propos de tel bien conduise nécessairement à des inégalités à propos de tel autre bien (quel que soit le sens qu'on veuille donner à ces expressions, la même personne ne peut par exemple vouloir en même temps l'égalité des « chances » et l'égalité des « résultats »). Ainsi la question décisive est-elle, pour Sen, celle de l'« equality of what ? ». Or, à cette question centrale, l'interdiction de la discrimination directe constitue une réponse relativement univoque : l'interdiction porte sur l'adoption de mesures qui, « ouvertement », c'est-à-dire d'une façon qui puisse s'identifier à leur seule lecture, créent une différence de traitement entre catégories de personnes soit dépourvue de justification objective et raisonnable, soit disproportionnée par rapport à son objectif. L'interdiction de la discrimination directe fait porter l'exigence d'égalité sur le *cadre juridique* au sein duquel nous déployons nos activités : c'est sur les réglementations en vigueur à notre égard qu'elle exerce son contrôle.

12. — Au contraire, le « désavantage » dont le constat fait naître le soupçon de discrimination indirecte, la « gêne » à laquelle la Cour de justice des C.E. fait allusion lorsqu'elle doit justifier l'extension de son contrôle à des mesures indistinctement applicables susceptibles de décourager l'exercice des libertés fondamentales que reconnaît le traité, ne sont pas définis avec la même précision. Le « sur quoi » de l'exigence d'égalité demeure vague, livré à l'appréciation du juge : il se prête, docile, aux manipulations qu'on peut vouloir en faire. L'arrêt *Konstantinidis* en fournit bien sûr la plus éclatante démonstration. La Cour déduit dans cet arrêt, de ce que la liberté d'établissement impose « le respect de l'assimilation des ressortis-

celui de R. DWORKIN : R. DWORKIN, « What is Equality ? Part 1 : Equality of Welfare », et « Part 2 : Equality of Resources », *Phil. & Publ. Affairs*, vol. 10, 1981 ; et R. DWORKIN, « What is Equality ? III : The Place of Liberty », *Iowa L. Rev.*, vol. 73, 1987.

(25) C'est le point de vue de R.M. HARE : R.M. HARE, *The Language of Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1952, et *Freedom and Reason*, Oxford, Clarendon Press, 1963.

sants des autres Etats membres aux nationaux en interdisant toute discrimination fondée sur la nationalité résultant des législations, réglementations ou pratiques nationales », qu'il y a lieu pour elle « d'examiner si des règles nationales concernant la transcription en caractères latins du nom d'un ressortissant hellénique dans les registres de l'état civil de l'Etat membre où il s'est établi *sont susceptibles de le placer dans une situation de droit ou de fait désavantageuse* par rapport à la situation faite, dans les mêmes circonstances, à un ressortissant de cet Etat membre » (26). Il est significatif que, dans ses conclusions précédant cet arrêt, l'avocat général M.F.G. Jacobs ait estimé devoir examiner non seulement si l'intéressé subit une forme de discrimination en raison de la nationalité contraire aux articles 7 et 52 du traité CEE (à présent, art. 12 et 43 du traité CE révisé), mais encore « si, même en l'absence de toute discrimination, il a été lésé dans son droit à la liberté d'établissement (...), en particulier parce que le traitement dont il a été l'objet constitue une violation de ses droits fondamentaux protégés par le droit communautaire » (27). En effet : dès lors qu'au-delà des seules formes de discrimination directe sont considérées comme pouvant faire obstacle à la liberté d'établissement des mesures indistinctement applicables, mais « susceptibles de créer des discriminations » (28), le champ des entraves sur lesquelles porte l'examen de la Cour est potentiellement infini — et permet ainsi de considérer, par exemple, que « le ressortissant communautaire qui se rend dans un autre Etat membre en qualité de travailleur salarié ou non salarié (...) n'a pas seulement le droit de poursuivre son entreprise ou sa profession et de bénéficier des mêmes conditions de vie et de travail que les ressortissants de l'Etat d'accueil ; il a droit, en outre, à l'assurance

(26) C.J.C.E., 30 mars 1993, *Konstantinidis*, C-168/91, précité, pts. 12 et 13.

(27) Concl. du 9 déc. 1992 préc. C.J.C.E., 30 mars 1993, *Konstantinidis*, C-168/91, précité, ici pt. 17 des concl. (*Rec.*, p. 1203).

(28) Voir par exemple la formulation à laquelle recourt la Cour de justice des C.E., alors qu'elle est appelée à se prononcer sur la compatibilité avec les règles du traité de réglementations nationales régissant l'exercice de certaines professions : selon la Cour, « dans la mesure où elles [restreignent la liberté d'établissement et de circulation des travailleurs, ces réglementations] ne sont compatibles avec le traité que si les restrictions qu'elles comportent sont effectivement justifiées par la considération d'obligations générales inhérentes au bon exercice des professions en cause et qui s'imposent indistinctement aux nationaux et aux ressortissants des autres Etats membres. A cet égard, la Cour a constaté que tel n'était pas le cas lorsque ces restrictions étaient susceptibles de créer des discriminations à l'encontre des praticiens [médecins ou dentistes] établis dans d'autres Etats membres ou des obstacles à l'accès à la profession qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs visés » (C.J.C.E., 16 juin 1992, *Commission des C.E. c. Luxembourg*, C-351/90, *Rec.*, p. I-3945, pt. 14).

que, où qu'il se rende pour gagner sa vie dans la Communauté, il sera traité selon un code commun de valeurs fondamentales (...)» (29). On retrouve ici précisément la difficulté que confronte la promesse d'égalité réelle caractéristique de l'Etat-providence. Celle-ci assure à chacun, non seulement une égalité *juridique* — l'égalité devant la loi —, mais encore une égalité *économique et sociale* — c'est-à-dire la prise en compte par la norme juridique des inégalités de fait qui existent entre individus, et qui implique que, face à une norme commune, certains seront désavantagés, d'autres favorisés —. Il en résulte le caractère infini du travail de l'égalité, car il est toujours possible d'étendre le champ des inégalités qu'il revient au droit de compenser (30) : le « sur quoi » de l'égalité réelle, c'est-à-dire de l'interdiction de la discrimination indirecte, n'est pas défini d'avance, mais au contraire susceptible de faire l'objet d'une redéfinition permanente en fonction de l'étendue qu'on veut lui donner.

D. — *Alors que la discrimination directe est reprochée à la mesure qui opère entre catégories de destinataires des différences de traitement non susceptibles de justification, c'est-à-dire arbitraires, la discrimination indirecte reproche, à l'inverse, une insuffisante prise en compte des différences réelles existant entre catégories de personnes*

13. — Ici encore, cette opposition entre les deux formes de discrimination est bien cernée si l'on garde à l'esprit que, tandis que l'interdiction de la discrimination directe garantit l'égalité « formelle » ou juridique, l'interdiction de la discrimination indirecte garantit l'égalité « réelle », dans les champs économique et social. Cette seconde forme d'égalité, écrit P. Rosanvallon, « a fonctionné négativement et non plus positivement. La demande d'égalité civile ou politique se traduit par la détermination d'une norme identique pour tous. L'égalité se donne comme but l'abolition radicale des différences de statut civil ou politique. La demande d'égalité économique ou sociale se présente sous un autre mode : elle s'exprime comme volonté de *réduction des inégalités*. Les deux démarches

(29) Concl. du 9 déc. 1992 préc. C.J.C.E., 30 mars 1993, *Konstantinidis*, C-168/91, précité, iei pt. 46 des concl. (*Rec.*, pp. 1211-1212).

(30) Sur ce point, P. ROSANVALLON, *La crise de l'Etat-providence*, 3^e éd., Paris, éd. du Seuil, 1992, pp. 36-37 (1^{re} éd. 1981).

ne sont pas symétriques : production de l'égalité identitaire dans un cas, réduction de l'inégalité de l'autre, sans fixation d'un objectif identitaire » (31).

14. — Sur le plan juridique, la manifestation la plus spectaculaire de cette opposition entre les deux formes de discrimination prohibée — directe ou indirecte —, ou les deux formes d'égalité prescrite — formelle ou réelle —, est que seule l'interdiction de la discrimination indirecte peut déboucher sur l'imposition de formes de discrimination « positive » (32). Il existe en effet une continuité fondamentale entre, d'une part, l'interdiction de faire emploi de critères de distinction neutres en apparence mais qui débouchent sur des effets équivalents à ceux que crée une discrimination directe, le reproche étant alors que les différences factuelles entre des situations distinctes n'ont pas été suffisamment prises en compte ; et, d'autre part, l'obligation de tenir compte de ces différences factuelles dans la formulation des critères soumis à l'épreuve de la non-discrimination. Pareille continuité explique que c'est faire à l'auteur d'une norme une injonction paradoxale, si on lui interdit à la fois d'adopter des mesures constitutives de discrimination indirecte et

(31) P. ROSANVALLON, *La crise de l'Etat-providence*, *op. cit.*, p. 37.

(32) Cette question n'est pas à identifier avec la question de la « discrimination à rebours », qui s'opère, dans le domaine de la liberté de circulation, au détriment des nationaux d'un Etat membre par rapport aux non-nationaux ou aux nationaux ayant exercé une liberté de circulation. La jurisprudence de la Cour admet que les Etats membres puissent traiter de manière moins favorable les situations purement internes, par rapport aux situations qui, comprenant l'élément d'extranéité requis, figurent sous le champ d'application des dispositions du traité relatives à la liberté de circulation. Cette prise de position signifie simplement que le droit communautaire n'a pas à se prononcer sur des situations purement internes, qui ne rentrent pas dans son domaine d'application et ne présentent aucun facteur de rattachement aux situations visées par le traité. Voir en doctrine St. D. KON, « Aspects of Reverse Discrimination in Community Law », *E.L. Rev.*, 1987, p. 75 ; G. DRUESNE, « Remarques sur le champ d'application du droit communautaire — des 'discriminations à rebours' peuvent-elles tenir en échec la liberté des personnes ? », *R.T.D.E.*, 1979, p. 429 ; K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire — Un principe unique aux apparences multiples », *op. cit.*, pp. 17-19. C'était là un des aspects de l'affaire *Kraus* sur laquelle nous nous sommes attardés pour d'autres motifs, puisqu'en l'espèce, l'interdiction de discrimination était revendiquée par un ressortissant allemand contre les autorités de son pays d'origine (Voir les concl. de l'avocat général W. VAN GERVEN préc. l'arrêt, pts. 14 à 17, *Rec.*, pp. I-1680-1683). La position traditionnelle de la Cour est confirmée par exemple dans l'arrêt du 5 juin 1997, *Uecker et Jacquet*, C-64/96 et C-65/96, *Rec.*, p. I-3171, pt. 23 ; ou dans l'arrêt du 26 janvier 1999, *Terhoeve*, C-18/95, pts. 25-29, non encore publié.

La question de la « discrimination à rebours » concerne la licéité d'une différence de traitement entre deux catégories de nationaux d'un même Etat membre, suivant qu'ils aient ou non exercé une liberté de circulation les plaçant dans le domaine d'application du traité. La question de la discrimination positive concerne la licéité d'une différence de traitement entre les personnes bénéficiant des garanties du traité (ressortissants de l'Etat membre d'accueil ou d'un autre Etat membre) et les nationaux de l'Etat membre d'accueil. La première question ne couvre que partiellement la champ de la seconde question.

de recourir à certaines formes de discrimination positive. Il s'agit en effet, dans l'un et l'autre cas, de la formulation d'une même exigence : que la norme juridique prenne en compte, dans sa formulation, les différences réelles qui existent entre les personnes.

C'est là ce que, dans le domaine de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, la Cour de justice des C.E. semble en définitive reconnaître (33), et que le traité d'Amsterdam, prenant le relais du législateur communautaire, est venu confirmer de façon éclatante (34). Dans le domaine de la libre circulation des personnes, une même évolution a lieu lorsque, non satisfait d'imposer l'interdiction de toute discrimination directe, mais ne s'arrêtant pas non plus à vérifier que les mesures indistinctement applicables, susceptibles de créer une discrimination indirecte envers les ressortissants d'autres Etats membres — voire envers des nationaux ayant exercé

(33) Voir C.J.C.E., 11 novembre 1997, *H. Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, C-409/95, *Rec.*, p. I-6363. La Cour de justice des C.E. revient dans cet arrêt sur sa jurisprudence *Kalanke*, par laquelle elle avait estimé que viole le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes une réglementation nationale qui accorde, aux femmes présentant les mêmes qualifications que leurs collègues masculins, une préférence sur ceux-ci dans le recrutement ou la promotion professionnels, lorsqu'elles sont sous-représentées dans le secteur et au niveau de salaire en cause (C.J.C.E., 17 octobre 1995, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93, *Rec.*, p. I-3051 ; pour des critiques en doctrine, E. BREMS, Casenote, *Colum. J. Eur. L.*, vol. 2, 1995/1996, p. 172 ; L. CHARPENTIER, « L'arrêt Kalanke, expression du discours dualiste de l'égalité », *R.T.D.E.*, 1996, p. 281 ; JACQUAIN, *Chr. D.S.*, 1996, p. 161 ; O. DE SCHUTTER et B. RENAULD, « L'action affirmative devant la Cour de justice des Communautés européennes », *J.T.T.*, 1996, p. 125 ; E. VOGEL-POLSKY, « The conception and instrumentalisation of legislation on equal opportunities for men and women : programmed not to succeed », *Transfer*, 1996, p. 349).

(34) L'article 2, § 4, de la Directive 76/207 du Conseil (C.E.E.) du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail (*J.O.C.E.*, L 39/40), prévoyait déjà que le principe de l'égalité de traitement ne fait pas obstacle au maintien ou à l'adoption de « mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes » dans les domaines de l'accès à l'emploi, de la promotion et de la formation professionnelles, des conditions de travail et de certains aspects de la sécurité sociale.

L'article 6, § 3, de l'Accord sur la politique sociale conclu en annexe du Traité de Maastricht entre les États membres de l'Union européenne à l'exclusion du Royaume-Uni, disposait quant à lui que le principe de l'égalité des rémunérations « ne peut empêcher un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par les femmes ou à prévenir ou à compenser des désavantages dans leur carrière professionnelle ».

Cette position est confirmée dans le Traité d'Amsterdam. Celui-ci vient faire rempart à la jurisprudence *Kalanke* (qui exprimait lors des négociations la doctrine de la Cour) en complétant l'article 119 du TCE (nouvel article 141), notamment en y faisant figurer un paragraphe 4 qui affirme expressément qu'est compatible avec le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le fait pour un État membre « de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ».

leur liberté de circulation —, puissent être justifiées par le souci de respecter une exigence impérative d'intérêt général et passent l'épreuve de la proportionnalité, le juge communautaire va jusqu'à exiger la prise en compte de la situation particulière des ressortissants d'autres Etats membres ou des nationaux ayant exercé leur liberté de circulation. Ce développement n'est pas encore très visible dans le droit communautaire. Mais il devrait en constituer la destination naturelle. Il est d'ailleurs permis d'interpréter dans ces termes l'évolution que réalise l'arrêt *Vlassopoulou* du 7 mai 1991 (35), dans la prolongation de la jurisprudence *Thieffry* (36) : requérant de l'Etat membre qu'il tienne compte des qualifications obtenues à l'étranger à condition qu'elles soient équivalentes à celles attestées par le diplôme national, l'arrêt conduit à imposer la *prise en compte de la situation spécifique* des personnes — ressortissants d'autres Etats membres ou nationaux — qui, ayant étudié dans un Etat membre, souhaitent s'établir dans un autre Etat. L'exigence est imposée *indépendamment de toute considération relative à la discrimination en raison de la nationalité* : elle exige l'adaptation de la réglementation nationale normalement applicable à la nécessité de favoriser l'objectif de la libre circulation (37).

III. — LES FORMES DE DISCRIMINATION PROHIBÉE ET LA SÉPARATION DES POUVOIRS

15. — Nous aboutissons ainsi à définir l'opposition entre discrimination directe et discrimination indirecte de la façon suivante :

(35) C.J.C.E., 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, 340/89, *Rec.*, p. I-2357.

(36) C.J.C.E., 28 avril 1977, *Thieffry*, 71/76, *Rec.*, p. 765.

(37) Sur ces arrêts, voir M. FALLON, « Vers un principe général de liberté de circulation ? Pour une approche unitaire du droit du marché intérieur », *op. cit.*, pp. 93-94. Qu'il existe une forte continuité entre l'interdiction de la discrimination « indirecte » et l'imposition de formes de discrimination « positive » implique que le critère juridique d'évaluation puisse demeurer le même, à travers cette évolution. Chaque fois, l'on va examiner si la mesure indistinctement applicable est susceptible de justification. Mais l'évolution a lieu dès l'instant où la justification doit être fournie *compte tenu des besoins spécifiques des personnes qui font emploi de leur liberté de circuler*, et est ainsi requise non pas sur un plan abstrait et général, mais sur un plan concret et spécifique.

	Discrimination directe	Discrimination indirecte
(i) Cadre dans lequel la discrimination est établie	Situation <i>individuelle</i> (la discrimination directe s'atteste au regard de la seule situation de l'individu)	Situation <i>collective</i> (la discrimination indirecte s'atteste au regard de la situation de l'ensemble des membres du groupe)
(ii) Analyse permettant d'établir la discrimination	Analyse <i>purement juridique</i> , au départ de l'énoncé de la réglementation ou de la pratique codifiée. Il en résulte que l'analyse est <i>statique</i> : la discrimination directe a lieu, ou non, <i>indépendamment de l'évolution des circonstances</i> .	Analyse fondée sur des <i>appréciations de fait</i> , concernant les effets sur telle catégorie de personnes de l'application à leur égard d'une réglementation neutre. Il s'en déduit le caractère <i>dynamique</i> de l'appréciation, qui tient à l' <i>indexation du droit sur le fait</i> .
(iii) Nature de l'égalité que traduit l'exigence de non-discrimination, et « sur quoi » de cette exigence	<i>Egalité formelle</i> : suppose d'ignorer les différences de fait ; la non-discrimination porte sur le <i>cadre juridique</i> dans lequel se déroulent les interactions	<i>Egalité réelle</i> : suppose la prise en compte des différences de fait ; la non-discrimination porte sur <i>tout élément du contexte factuel</i> jugé pertinent
(iv) Rapport à la discrimination « positive », c'est-à-dire reconnaissant un traitement plus favorable aux catégories défavorisées en fait	<i>Tension</i> entre l'exigence de non-discrimination directe et la discrimination positive, celle-là interdisant la prise en compte des situations de fait, celle-ci opérant pareille prise en compte	<i>Continuité</i> entre l'exigence de non-discrimination indirecte et l'imposition de la discrimination positive, qui n'en constitue qu'une forme d'approfondissement

16. — L'intérêt de ce tableau est d'abord, qu'il illustre l'opposition fondamentale entre deux conceptions de la discrimination prohibée. Par ailleurs cependant, l'efficacité de l'interdiction de la forme de discrimination la plus visible suppose que ses manifestations « invisibles » ou « dissimulées » le soient également. Cela confère un caractère paradoxal à l'opposition. Celle-ci a lieu, plutôt qu'entre des philosophies différentes, entre des approches *complémentaires* de la discrimination, et qui prennent en tenaille les différentes formes sous lesquelles celle-ci apparaît. Or, cette concurrence paradoxale est la source d'une difficulté si l'on se place dans un système de séparation des pouvoirs, et notamment si, au départ de cette complémentarité entre deux approches de la discrimination, l'on est conduit à s'interroger sur la répartition des tâches entre le juge et les autres pouvoirs. C'est le second intérêt que présente, à nos yeux, le contraste qui vient d'être tracé.

17. — Il suffit en effet de parcourir les traits qui nous ont servi à typifier la discrimination indirecte pour constater la difficulté que peut éprouver le juge à en imposer le respect, tout en demeurant dans les limites de son office. (i) Une situation individuelle est por-

tée devant le juge, où telle personne se plaint de l'application à son égard d'une mesure — mode de calcul d'une rémunération, procédure de recrutement, critère d'agrément, conditions de reconnaissance de telle qualification... — qui, alors qu'elle ne constitue aucune discrimination directe, serait discriminatoire *de facto* envers la catégorie à laquelle elle appartient : il faut au juge *élargir cette situation*, afin de pouvoir apprécier, au regard de l'ensemble des membres de cette catégorie, si la discrimination indirecte a bien lieu. Ce simple agrandissement du cadre de son appréciation ne suffit pas, cependant. (ii) Car, pas plus qu'il ne lui est possible de s'en tenir à prendre en considération l'individu isolé, le juge ne peut ici se contenter d'une analyse purement *juridique* de la situation qui lui est déférée : il doit recueillir des données *factuelles*, notamment statistiques, qui lui permettront de mieux comprendre le contexte dans lequel vient s'appliquer la mesure querellée. Mais l'office du juge s'épuise une fois qu'il a statué. Or, le caractère *dynamique* du contexte factuel, que le juge a dû prendre en compte pour aboutir au dispositif de sa décision, implique que l'appréciation qu'il a portée sur telle mesure indistinctement applicable, au temps A, peut n'être plus correcte au temps A + 1 : afin de faire droit à cette dynamique, l'investissement du juge devrait être continu dans le temps, il devrait pouvoir suivre les effets de telle mesure une fois qu'elle est soumise à son contrôle, afin que son appréciation puisse se faire pleinement contextualisée (38).

18. — Plus préoccupantes sont les difficultés que font naître, dans le chef de la juridiction qui prétend en garantir le respect, les caractéristiques de la discrimination indirecte telles que les résument les parties inférieures de notre tableau :

A. — *L'interdiction de la discrimination indirecte
comme point de départ de l'interventionnisme judiciaire*

19. — (iii) La discrimination indirecte pouvant résulter de l'obstacle que constitue, pour la personne qui s'en plaint, tout élément quelconque du contexte dans lequel elle est placée — et non uniquement l'existence d'une mesure qui crée ouvertement une discrimina-

(38) Sur la transformation du rôle du juge qu'a amenée aux États-Unis la nécessité de réaliser les promesses de l'égalité, Voir surtout O. FISS, « The Supreme Court, 1978 Term — Foreword : Two Forms of Justice », *Harv. L. Rev.*, vol. 93, 1979, p. 1.

tion (39) —, l'étendue de l'intervention du juge n'est pas limitée *a priori*. En effet, la liste des circonstances pouvant constituer un obstacle à l'égalité pleine et effective n'étant pas close, il subsistera toujours des motifs de se plaindre de l'existence de certaines circonstances, que la mesure indistinctement applicable aurait dû prendre en compte afin de les combattre. La tâche d'éliminer toutes les formes de discrimination indirecte, en d'autres termes, se caractérise par ce qu'elle est *infinie* : confiée au juge, elle est dès lors la source d'un interventionnisme croissant de celui-ci dans tous les domaines de la vie économique et sociale, qui ne saurait cesser qu'à un moment arbitrairement choisi.

20. — Peut-être la meilleure façon de l'illustrer est-elle par analogie à l'évolution que subit la jurisprudence communautaire dans le domaine de la libre circulation des marchandises. Là en effet, c'est son souci de réinstaurer une limite à l'étendue de son interventionnisme qui a conduit la Cour de justice des C.E. à effectuer le spectaculaire revirement de jurisprudence que constitue l'arrêt *Keck et Mithouard* du 24 novembre 1993. La Cour décide dans cet arrêt que, sous réserve de l'interdiction de discrimination ouverte, les réglementations étatiques relatives aux « modalités de vente » des produits échapperont dorénavant au champ d'application de l'article 30 du traité CE (art. 28 du traité CE révisé) (40). L'explication la plus juste de ce revirement est celle que lui avait fournie dans une affaire parallèle l'avocat général C. Tesauero, où il notait qu'il s'indiquait de soustraire au régime de cet article « les dispositions nationales qui n'ont rien à voir avec les échanges, encore moins avec l'intégration des marchés » : selon M. Tesauero, seule cette exclusion serait de nature à éviter que cette disposition ne soit utilisée de manière « tout à fait impropre », pour contester la compatibilité avec le droit communautaire de toute mesure nationale affectant la commercialisation des produits dès l'instant où elle serait susceptible d'avoir un effet négatif sur les échanges (41). L'arrêt *Keck et Mithouard* introduit lui-même le revirement qu'il effectue par l'incise : « Etant donné que les opérateurs économiques invoquent de plus en plus l'article 30 pour contester toute espèce de réglementa-

(39) Voir ci-dessus, n° 11-12.

(40) C.J.C.E., 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, C-267/91 et C-268/91, *Rec.*, p. 6097.

(41) Concl. du 27 octobre 1993 préé. C.J.C.E., 15 décembre 1993, *Hünermund e.a.*, C-292/92, *Rec.*, p. 6787, ici pp. 6812-6813.

tions qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale... » (42). Et c'est encore la même idée par laquelle le juge R. Joliet clôture sa défense du revirement opéré par l'arrêt du 24 novembre 1993, où il suggère que, si figurent parmi les réglementations qui échappent dorénavant à la jurisprudence *Cassis de Dijon* (43) des mesures « déraisonnables ou vexatoires », il revient « aux opérateurs économiques qui ne peuvent s'en accommoder de faire le siège de leurs gouvernements et de leurs parlements nationaux afin d'en obtenir l'abrogation. S'il leur paraît qu'il est essentiel que les conditions de concurrence soient les mêmes dans tous les Etats de la Communauté, ils doivent se tourner vers la Commission et le Conseil et tenter de les convaincre de la nécessité de directives d'harmonisation. Chaque institution de la Communauté doit agir dans les limites de ses attributions. (...) L'harmonisation des règles est une tâche qui relève du législateur, et non de la Cour » (44)... On voit bien la préoccupation commune de ces passages : la crainte qui s'y exprime est que, sous le prétexte de contrôler la compatibilité de l'ensemble des mesures dites indistinctement applicables avec les exigences de la libre circulation de marchandises, le juge communautaire n'entreprenne progressivement d'harmoniser, à l'échelle communautaire, le droit applicable aux échanges commerciaux (45). Il fallait définir une limite à un tel interventionnisme. Elle a été trouvée dans l'identification plus précise — réglementations portant sur les produits, à l'exclusion des « modalités de ventes » — du « sur quoi » de l'exigence de non-discrimination. Une fois étendue à la discrimination indirecte en effet, cette exigence devenait susceptible de s'appliquer à l'ensemble des mesures qui affectent la circulation des marchandises : il fallait mieux en définir le point d'application, si l'on voulait éviter qu'elle s'étende sans limites.

21. — Le lecteur aura transposé lui-même l'argumentation dans le champ de la libre circulation des personnes, ou bien dans celui de l'égalité de traitement entre hommes et femmes. A moins que le juge ne s'apprête à définir — dans le premier domaine — le « code

(42) Arrêt cité, pt. 14.

(43) C.J.C.E., 20 février 1979, *Rewe Zentral AG*, 120/78, *Rec.*, p. 649.

(44) R. JOLIET, « La libre circulation des marchandises : l'arrêt *Keck et Mithouard* et les nouvelles orientations de la jurisprudence », *J.T.D.E.*, 1994, p. 145, ici p. 151.

(45) Pour une telle mise en perspective, voir également N. BERNARD, « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité C.E. sous l'angle de la compétence », *C.D.E.*, 1998, p. 11, not. p. 13.

commun de valeurs fondamentales » que les personnes exerçant leur liberté de circulation peuvent s'attendre à voir respecté où qu'elles aillent sur le territoire de la Communauté ; à moins que — dans le second domaine — il ne soit prêt à pénétrer tous les domaines de la vie de l'entreprise individuelle et de la vie économique et sociale en général afin d'identifier chaque fois les éléments à modifier pour que soit écarté tout risque de discrimination entre hommes et femmes — à moins, donc, de se transformer ainsi en véritable ingénieur social, le juge doit arrêter avec davantage de précision la cible de l'exigence de non-discrimination, le « sur quoi » qui, laissé vague, permet de fonder un activisme qui ne connaît pas de fin naturelle (46).

Tel est bien le motif — le risque d'un activisme potentiellement sans limites — pour lequel J.-Y. Carlier, s'exprimant dans le champ de la libre circulation des personnes, a proposé de moduler l'épreuve de la proportionnalité en fonction de l'hypothèse où l'on se situe. Tandis que devrait être justifiée au regard de l'exigence de proportionnalité la réglementation qui constitue une discrimination directe ou indirecte, bénéficierait au contraire d'une présomption favorable à son maintien l'entrave à la liberté de circulation qui est simplement « indistinctement applicable » : définie comme l'entrave résultant « de mesures s'appliquant indistinctement aux situations communautaires, avec circulation transfrontière, et aux situations internes, sans circulation transfrontière » (47), pareille entrave ne pourrait être condamnée que si elle échoue l'épreuve de « disproportionnalité », c'est-à-dire si la personne qui se plaint d'une telle entrave *parvient à prouver* soit que la mesure indistinctement n'est pas propre à réaliser l'objectif pour lequel elle est conçue, soit que d'autres mesures, moins restrictives de la liberté de circulation, pourraient s'y substituer.

Un tel modèle conduit à renverser la charge de la preuve au détriment de qui prétend mettre en cause une mesure étatique, dès lors

(46) Suivant un trajet différent, N. BERNARD arrive à une conclusion identique dans son étude de la liberté de circulation : le « cœur » de cette question est selon lui de savoir si les articles du traité concernant la libre circulation donnent mandat au juge communautaire de garantir « aux opérateurs un droit fondamental à la liberté professionnelle et commerciale en principe libre de toute intervention étatique sauf si celle-ci est dûment justifiée par une exigence impérative d'intérêt général », ou bien si ces articles ne font « qu'exiger le démantèlement des frontières qui compartimentent le marché européen » (N. BERNARD, « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité C.E. sous l'angle de la compétence », *C.D.E.*, 1998, p. 11, ici p. 25).

(47) J.-Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *J.T.D.E.*, 1997, p. 193, ici p. 194.

que celle-ci n'est pas « indirectement discriminatoire », mais simplement « indistinctement applicable », l'entrave à la libre circulation résultant alors de la simple disparité des législations nationales. La difficulté est cependant qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer ces hypothèses l'une de l'autre. Quoiqu'elle soit définie comme « fondée généralement sur la résidence ou sur un critère camouflé de nationalité » (48), la mesure indirectement discriminatoire, par définition — et comme, du reste, le terme de « camouflé » le suggère — se masque derrière des mesures neutres en apparence, dont seul le constat d'un impact différencié permet de dévoiler la discrimination qu'elles constituent. L'utilité de la proposition de M. Carlier tient en ce qu'elle répartit en deux classes les mesures qui ne sont pas directement discriminatoires, suivant qu'elles incluent dans leur champ d'applicabilité le franchissement d'une frontière (mesure indirectement discriminatoire), ou non (mesure indistinctement applicable). Cela permet de ranger les mesures de la première catégorie parmi les mesures suspectes, dont le juge peut réclamer de l'Etat qu'il en prouve le caractère proportionné à la réalisation d'une exigence impérative d'intérêt général, et en même temps d'éviter que le juge n'effectue un contrôle trop poussé des mesures relevant de la seconde catégorie. Mais la notion même de discrimination indirecte a été conçue pour mettre à jour la discrimination à l'œuvre derrière des mesures apparemment irréprochables, c'est-à-dire reposant des critères apparemment neutres et dont seule l'application fait apparaître la discrimination *de facto* qu'elles constituent. L'absence d'une distinction nette entre le traitement réservé aux mesures « indirectement discriminatoires », d'une part, aux entraves résultant de mesures « indistinctement applicables », d'autre part, n'est ainsi pas seulement la conséquence d'un manque de rigueur terminologique, c'est-à-dire d'une insuffisante clarté conceptuelle dans la jurisprudence de la Cour. Elle résulte à l'origine de la fonction que remplit la catégorie de la discrimination indirecte. L'introduction de cette catégorie permet de « filtrer » les mesures fondées apparemment sur des critères neutres, mais dont l'application révèle la volonté de discriminer qui animait son auteur, ou bien l'incapacité de celui-ci à prendre en compte la nécessité de ne pas créer d'entrave disproportionnée à l'exercice de la liberté de circulation. La proposition de

(48) J.-Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *J.T.D.E.*, 1999, p. 56, ici p. 59.

M. Carlier est à approuver dès lors qu'elle domestique un emploi du critère de la proportionnalité qui, aujourd'hui, conduit le juge à examiner avec une même sévérité des mesures potentiellement constitutives d'entraves tantôt suspectes d'emblée, et dont l'existence tient, tantôt, à la simple disparité des législations nationales. Mais c'est la situation problématique à laquelle cette proposition veut répondre que l'on tente ici de mettre en lumière.

22. — Une traduction de cette difficulté qui vient immédiatement à l'esprit concerne le lien entre l'exigence de non-discrimination, d'une part, la définition des conditions de l'applicabilité directe, d'autre part. Dans son second arrêt *Defrenne*, la Cour de justice des C.E. avait noté qu'en présence d'une discrimination directe, le juge est « en mesure d'établir tous les éléments de fait qui lui permettent d'apprécier si un travailleur de sexe féminin reçoit une rémunération inférieure à celle d'un travailleur masculin affecté à des tâches identiques ». Elle en déduisait qu'« à tout le moins dans de telles hypothèses, l'article 119 est susceptible d'application directe et peut donc engendrer, dans le chef des justiciables, des droits que les juridictions doivent sauvegarder » (49). Pareille solution va de soi. La discrimination directe suppose que telle mesure crée une différence de traitement en recourant à un critère de distinction prohibé, au détriment de la catégorie de personnes envers laquelle la discrimination a lieu. Il suffit au juge, pour appliquer l'exigence de non-discrimination dans ce contexte, d'appliquer au groupe défavorisé le traitement meilleur dont bénéficie le groupe favorisé, c'est-à-dire, en présence de deux régimes distincts, de faire application du seul régime plus favorable. Cette solution, qui a été dégagée dans le domaine de l'égalité des rémunérations des travailleurs masculins et féminins (50), a été étendue à l'exigence de non-discrimination à raison de la nationalité telle qu'elle s'impose dans le domaine de la liberté de circulation (51). Force est cependant de reconnaître que, à mesure que s'effectue le passage, au sein même de l'exigence de non-discrimination, de l'interdiction de la discrimi-

(49) C.J.C.E., 8 avril 1976, *Defrenne* (« n° 2 »), 43/75, précité, pts. 23 et 24.

(50) C.J.C.E., 1^{er} juillet 1993, *Van Cant*, C-154/92, *Rec.*, p. I-3811, pt. 20 ; C.J.C.E., 7 février 1991, *Nimz*, C-184/89, *Rec.*, p. I-297, pt. 19 ; C.J.C.E., 27 juin 1990, *Kowalska*, C-33/89, *Rec.*, p. I-2591, pt. 20 ; C.J.C.E., 24 mars 1987, *McDermott et Cotter*, 286/85, *Rec.*, p. 1453, pt. 19.

(51) C.J.C.E., 15 janvier 1998, *Schöning*, C-15/96, pts. 32 à 35 (concernant le mode de calcul de l'ancienneté dans le secteur public) ; C.J.C.E., 26 janvier 1999, *Terhoeve*, C-18/95, pts. 25-29, non encore publié, pt. 57 (niveau de fixation des cotisations de sécurité sociale).

nation directe à l'interdiction de la discrimination indirecte, une telle solution perd son caractère d'évidence : lorsque la discrimination résulte des effets que produit, à l'égard de catégories de personnes situées différemment, une mesure indistinctement applicable, où aller puiser le régime qui, dans les cas de discrimination directe, constitue selon la Cour le « seul système de référence valable », celui dont bénéficie le groupe placé dans la situation plus favorable ? Certes il est toujours possible, à partir du postulat de complétude de l'ordre juridique, de réclamer du juge qu'il dise le droit sans tenir compte de la mesure indistinctement applicable qui s'avère être la source d'une discrimination indirecte, c'est-à-dire qu'il fonde alors son dispositif sur le « droit commun » applicable à défaut d'une disposition plus précise (52). Mais la difficulté que peut éprouver le juge à le faire — et, par conséquent, les limites qui s'attachent à sa capacité de reconnaître des effets directs à la règle de non-discrimination en telle hypothèse — est à la mesure de l'incertitude qui entoure le contenu de ce droit commun, et le risque de subjectivisme qu'implique le fait de prendre appui sur lui.

B. — *L'interdiction de la discrimination indirecte
comme source de difficultés pour l'intervention du juge*

23. — (iv) Enfin, la position du juge, à qui est confiée la mission de garantir contre la discrimination, est spécialement délicate en raison du lien paradoxal qu'entretient cette exigence avec la discrimination positive. Le paradoxe peut être reformulé comme suit (53) : tandis que l'interdiction de la discrimination directe rend *suspecte* toute différence de traitement établie au départ d'un critère de distinction prohibé, y compris en principe sous forme de discrimination positive, l'interdiction de la discrimination indirecte, qui en est le complément nécessaire, aboutit quant à elle à *commander* une telle différence de traitement, lorsqu'à défaut de prendre en compte

(52) L'expression de « droit commun » désigne ici les solutions qu'apporte un ordre juridique aux problèmes qui lui sont soumis à défaut qu'ils aient été explicitement rencontrés par des règles. Sur cette notion, et sa pertinence en droit communautaire telle qu'elle peut s'analyser notamment au départ de l'arrêt du 8 novembre 1990, *Dekker*, C-177/88, *Rec.*, p. I-3941, Voir O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, chap. II (« L'effectivité de la règle directement applicable ») et III (« L'effectivité dans l'ordre juridique communautaire »). Sur l'arrêt *Dekker*, il faut renvoyer à la belle étude qu'y consacre Ph. RODIÈRE, du point de vue qui nous intéresse : Ph. RODIÈRE, « Sur les effets des directives du droit (social) communautaire », *R.T.D.E.*, 1991, p. 565.

(53) Voir ci-dessus, n^{os} 13-14.

la situation spécifique de certaines catégories de personnes telle mesure indistinctement applicable commettrait envers elles une discrimination de fait. Il revient donc au juge, qui doit gérer cette situation paradoxale, de décider jusqu'où va l'interdiction de la discrimination indirecte (quand conduit-elle à imposer une forme de discrimination positive ?), tout en gardant à l'esprit qu'elle ne peut aller jusqu'à créer une discrimination directe, au détriment cette fois de la catégorie de destinataires qui se situe de l'autre côté du critère de distinction prohibé. Un tel dilemme n'existe que lorsque l'exigence de non-discrimination est définie de façon symétrique, par l'exclusion de tel critère de distinction suspect plutôt que par l'interdiction d'opérer une discrimination envers telle catégorie de situations. C'est cette symétrie que respecte la formulation du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes : et c'est le souci de trancher le dilemme qui en résulte dans cette matière qui a motivé l'intervention du législateur communautaire (54). Là en revanche où l'exigence de non-discrimination est définie de façon asymétrique, c'est-à-dire au bénéfice d'une catégorie de personnes que désigne le critère de distinction prohibé, le même problème n'a pas lieu. C'est le cas des ressortissants d'autres Etats membres qui prétendent travailler ou s'établir sur le territoire de tel Etat membre : le juge n'a pas à reprocher à l'Etat membre d'accueil de réserver à ces ressortissants étrangers un traitement plus favorable qu'à des nationaux n'ayant pas exercé leur liberté de circulation (55). Dans les deux cas, pourtant, se pose la difficulté de savoir *jusqu'où* doit aller l'interdiction de la discrimination indirecte, c'est-à-dire dans quelle mesure l'on doit réclamer que les mesures qui leur sont « indistinctement applicables » tiennent compte dans leur formulation de la spécificité de la situation des personnes que la règle de non-discrimination garantit, et aillent ainsi jusqu'à contenir des dispositions assimilables à de la discrimination positive. Que celle-ci soit tolérée, soit expressément comme dans le domaine de l'égalité de traitement entre hommes et femmes (56), soit implicitement comme à travers l'indifférence que manifeste le droit communautaire vis-à-vis de la discrimination dite « à rebours », n'implique pas qu'elle soit toujours sans limites (c'est « pour assurer concrètement

(54) Voir ci-dessus, note 14.

(55) Sur la discrimination dite « à rebours », qui constitue un aspect restreint de la question plus large de la discrimination positive en matière d'égalité de traitement, voir ci-dessus, note 32.

(56) Art. 141, § 4, du traité C.E. révisé.

une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle » que la discrimination positive est admise en faveur du sexe sous-représenté), ni qu'elle soit toujours requise (il est des mesures étatiques qui, quoique ne prévoyant aucun aménagement particulier au bénéfice des personnes ayant exercé leur liberté de circulation, sont néanmoins conformes aux exigences du traité).

24. — La difficulté pour le juge est double. Une première difficulté concerne l'étendue de son contrôle. Une autre difficulté concerne la nature du contrôle, et spécialement la prise de position qu'un tel contrôle suppose sur la compréhension qu'ont d'elles-mêmes les personnes que la règle de non-discrimination vise à garantir.

25. — En s'acquittant de sa mission de garantir le respect de la règle de non-discrimination, le juge doit laisser subsister, au bénéfice des autres pouvoirs, une marge d'appréciation suffisante. Si le juge aperçoit une forme de discrimination indirecte à l'œuvre dès lors que telle mesure indistinctement applicable, qui se révèle avoir un impact différencié, n'a pas pris en compte la spécificité de la situation de telle catégorie de personnes au bénéfice desquelles l'exigence de non-discrimination est formulée, la marge d'appréciation des autres pouvoirs (et notamment, dans notre contexte, des Etats membres ou, au sein de ceux-ci, du législateur ou de l'exécutif) est réduite à néant. Il faut que le juge tolère un certain espace entre, d'une part, la *situation constitutive de discrimination indirecte* (qu'il lui revient de sanctionner), et, d'autre part, la situation qui, prenant en compte l'ensemble des particularités qui définissent la position de la catégorie bénéficiant de la garantie de non-discrimination, de manière à ne créer *aucun impact différencié* quelconque, s'assimile à une forme de discrimination positive (que le juge ne saurait imposer sans limites) (57). Le point est suffisamment crucial pour qu'on le répète : ce qui est requis, c'est que dans certaines situations, alors que la mesure indistinctement applicable *pourrait* être modifiée de manière à mieux prendre en compte la situation spécifique de la catégorie de personnes protégée (sexe sous-représenté, personnes ayant exercé leur liberté de circulation), l'autorité qui a pris la mesure ne soit pas *tenu*e de le faire sous peine de constituer une

(57) En telle hypothèse en effet, l'on renonce à définir une norme commune aux deux catégories en présence, qui risque de défavoriser l'une d'entre elles.

forme de discrimination indirecte. L'invocation du critère de la proportionnalité contribue à préserver justement cet espace. Mais à défaut de permettre qu'existent de telles situations intermédiaires, à défaut donc de ménager un tel espace, le juge se sera emparé de la règle de non-discrimination pour conduire sous son couvert une politique législative : il aura réduit à néant la marge d'appréciation des auteurs des mesures dont il contrôle la compatibilité avec la règle de non-discrimination.

26. — Un exemple peut illustrer la proposition que contient le dernier paragraphe. Notre contexte est celui où, parmi les 100 personnes se présentant à telle procédure de recrutement et présentant les qualifications minimales requises (c'est là ce qu'on appelle le « groupe de référence »), figurent 80 femmes. Il apparaît au terme de la sélection que, parmi les candidats retenus, les femmes ne sont plus que 70 %, alors que la batterie des épreuves de sélection ne peut être justifiée par l'employeur (par exemple, il recourt à des tests psycho-techniques opaques, ou aux impressions subjectives d'un entretien d'embauche). Si l'attitude du juge consiste à déduire l'existence de la discrimination indirecte de la seule circonstance de ce déséquilibre entre l'« entrée » et la « sortie », la marge d'appréciation de l'employeur est réduite à néant, ou bien n'existe plus qu'au sein de chaque sexe : la seule procédure de recrutement acceptable est celle qui garantit que dans le groupe constitué au terme de la sélection, figurent 80 % de femmes, dès lors que celles-ci étaient 80 sur un total de 100 constituant le groupe de référence. Mais il est possible de laisser subsister un espace, donc une marge d'appréciation à l'employeur, tout en préservant l'interdiction de la discrimination indirecte : par exemple, alors que le juge ne conclura pas à l'existence d'une discrimination indirecte dans notre hypothèse, il aboutira à la conclusion inverse s'il apparaît que, parmi les candidats sélectionnés, ne figurent plus que 55 % de femmes.

27. — Ce raisonnement nous paraît en principe transposable à d'autres situations, et notamment au contrôle portant sur la compatibilité de telle réglementation étatique avec les exigences de la libre circulation des personnes. La transposition pose des difficultés méthodologiques considérables, qu'il s'agisse de la définition exacte des frontières du « groupe de référence », du relevé statistique des effets de telle mesure, ou bien de la fixation à tel endroit plutôt qu'à tel autre de la marge d'appréciation tolérée. Elle pose en outre, en

amont de ces questions de méthode, des difficultés tenant à la nécessité d'interpréter le « choix » qui consiste pour une personne, par exemple, à ne pas postuler à tel emploi ou à ne pas exercer une liberté de circulation que le traité lui reconnaît. Un tel choix réduit la surface du « groupe de référence » à partir duquel sera évaluée l'existence d'un impact différencié de telle mesure indistinctement applicable, mais susceptible de constituer une discrimination indirecte. Or non seulement il serait douteux, mais il serait extraordinaire, que pareil « choix » puisse s'interpréter comme révélant une « préférence » authentique, en faveur de ne pas occuper tel emploi ou ne pas exercer telle liberté (58) : le contexte dans lequel la prestation de travail doit s'effectuer, l'accueil dont s'attend à bénéficier le titulaire de la liberté de circulation, influencent en effet de façon déterminante la « préférence » des individus pour cet emploi ou pour l'exercice de cette liberté, de façon telle qu'on peut difficilement se fonder sur ces préférences « révélées » par les « choix » effectivement posés, pour établir l'existence d'une discrimination indirecte (59). Ces difficultés sont évidemment considérables. Même si elles paraissent plus épaisses dans tel contexte (celui de la liberté de circulation) que dans tel autre (celui de l'égalité de traitement entre hommes et femmes), elles ne doivent pas obscurcir la communauté de démarche entre ces domaines, qui s'atteste sur le plan conceptuel.

28. — Le juge rencontre encore une autre difficulté dans le contrôle dont il s'acquitte des mesures indistinctement applicables, mais susceptibles de constituer la source de discriminations indi-

(58) Pour une excellente critique de l'interprétation des choix effectivement posés en termes de « préférences révélées », Voir A. SEN, « Behaviour and the Concept of Preference », in : J. ELSTER (ed.), *Rational Choice*, New York Univ. Press, 1986, p. 60. L'auteur s'en prend à une interprétation dominante dans l'économie néoclassique, dont les théoriciens postulent que les comportements des agents sur le marché révèlent leurs préférences « réelles » : Voir par ex. P. SAMUELSON, « Consumption theory in terms of revealed preference », *Economica*, vol. 15, 1948.

(59) Ainsi, ne pourrait constituer la justification adéquate d'une mesure étatique indistinctement applicable qu'on soupçonne de constituer un obstacle à l'exercice de la liberté de circulation, le fait qu'un nombre très restreint seulement de ressortissants d'autres Etats membres, ou de nationaux ayant exercé leur liberté de circulation et revenant dans leur Etat membre d'origine, aient eu à en subir les conséquences. Car le faible nombre de personnes qu'elle frappe peut signifier, non pas l'innocuité, mais au contraire le caractère *dissuasif* de la mesure en cause, pour ceux qui, sinon, auraient voulu exercer la liberté de circulation qui leur est garantie. Voir par ex. C.J.C.E., du 26 janvier 1999, *Terhoeve*, C-18/95, pts. 25-29, non encore publié, pts. 39-40 (« Des dispositions qui empêchent ou dissuadent un ressortissant d'un Etat membre de quitter son Etat d'origine pour exercer son droit à la libre circulation constituent (...) des entraves à cette liberté même si elles s'appliquent indépendamment de la nationalité des travailleurs concernés » (notre accent) ; et les références de la Cour à sa jurisprudence antérieure).

rectes. C'est qu'un tel contrôle suppose de sa part une prise de position sur ce qui constitue l'identité d'une communauté de personnes, celle que tend à protéger l'interdiction de la discrimination. Car la mesure indistinctement applicable est normalement une mesure au champ d'applicabilité de laquelle celles et ceux qu'elle affecte peuvent se soustraire. Les femmes peuvent modifier leur préférence en faveur du travail à temps partiel (60) ; elles peuvent renoncer à la maternité (61) ; elles peuvent se retirer de la population active, par exemple pour s'occuper de l'éducation de leurs enfants (62) ; les ressortissants d'autres Etats membres peuvent apprendre la langue de l'Etat membre d'accueil ; ils peuvent y étudier, avant d'y postuler un emploi (63)... La liste théorique de ces possibilités qu'ont leurs destinataires d'échapper aux mesures indistinctement applicables est longue. Elle semble ne connaître d'autres limites que celles

(60) Sur la discrimination indirecte envers les femmes comme conséquence de la différence de traitement défavorable aux travailleurs à temps partiel, Voir les références ci-dessus, note 15. L'on peut rappeler l'attendu figurant dans l'arrêt du 17 juin 1998 de la Cour de justice des C.E., *K. Hill et A. Stapleton*, précité, pt. 41 (« ...les femmes constituent la quasi-totalité des travailleurs à temps partagé dans le secteur public irlandais. [En outre] environ 83 % de ceux qui optaient pour le temps partagé le faisaient afin de concilier travail et charges familiales, ce qui englobe toujours l'éducation des enfants »). Un tel attendu n'est pertinent qu'en raison de ce que, s'il devait apparaître que la préférence exprimée par les femmes en faveur du travail à temps partiel n'était que le résultat d'un choix libre, elle ne mériterait aucune protection en vertu du principe de l'égalité de traitement du droit communautaire.

(61) Il nous semble que cette vue est implicite à certaines décisions relatives aux conséquences de la grossesse et de l'accouchement, avant que le législateur communautaire n'intervienne par 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 (*J.O.C.E.*, L 348, p. 1). Telle paraît devoir constituer l'explication de l'assimilation des maladies qui ont leur origine dans la grossesse ou dans l'accouchement aux autres maladies qui peuvent affecter l'ensemble des travailleurs, hommes ou femmes. Voir not. C.J.C.E., 8 novembre 1990, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (« Hertz »)*, C-179/88, *Rec.*, p. I-3979, pt. 16, et C.J.C.E., 29 mai 1997, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (« Larsson »)*, C-400/95, *Rec.*, p. I-2757, pt. 20 ; et comp. avec C.J.C.E., 14 juillet 1994, *Webb*, C-32/93, *Rec.*, p. I-3567, pts. 21 et 22 ; ou C.J.C.E., 30 juin 1998, *M. Brown*, C-394/96, not. pts. 24 à 27 (revenant sur l'interprétation restrictive des droits de la travailleuse enceinte qui avait été retenue dans l'arrêt « *Larsson* »). Sur la problématique, Voir en général J. SHAW, « Pregnancy discrimination in sex discrimination », *E.L.Rev.*, 1991, p. 313 ; E. SZYSZCZAK, « Community Law on Pregnancy and Maternity », in : *Sex Equality Law in the European Union*, London, Wiley & Sons, 1996, p. 51 ; C. BOOR, « Où s'arrête le principe d'égalité ou de l'importance d'être bien-portante (à propos de l'arrêt Larsson de la Cour de justice) », *C.D.E.*, 1998, p. 178.

(62) Sur cette question, Voir C.J.C.E., 11 juillet 1991, *Johnson*, C-31/90, *Rec.*, p. I-3723, pt. 19 ; C.J.C.E., 7 novembre 1996, *Züchner*, C-77/95, *Rec.*, p. I-5689, pt. 12. Ces arrêts sont rendus à propos de la définition de la « population active », que retient l'article 2 de la directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (*J.O.C.E.*, L 6, p. 24).

(63) Comp. C.J.C.E., 12 septembre 1996, *Commission c. Belgique*, C-278/94, *Rec.*, p. I-4307, pts. 27 et 28.

imposées par le respect des droits fondamentaux (lesquels feraient par exemple obstacle à ce que l'on impose un changement de patronyme à qui veut s'établir dans un Etat membre autre que le sien propre (64)), ou bien par certaines réalités matérielles, y compris physiologiques (65). Mais pareille liste doit forcément être ramenée à un nombre plus restreint de comportements qui peuvent raisonnablement être réclamés des personnes qui s'affirment victimes d'une discrimination indirecte (66). Le critère de la proportionnalité présente l'avantage de permettre au juge de demeurer relativement vague sur ce qui différencie de tels comportements, d'autres comportements qui, alors qu'ils auraient pu théoriquement être posés par les destinataires d'une mesure indistinctement applicable de manière à leur permettre d'échapper aux conséquences à leur égard de son application, ne peuvent en revanche être raisonnablement exigés, à peine de rendre purement illusoire, ou formelle, la garantie de non-discrimination. La difficulté est pourtant qu'à travers le tracé de cette distinction, le juge prend position sur ce qui constitue l'identité profonde des personnes qui allèguent la discrimination indirecte à leur égard. Que signifie, pour une femme, renoncer à la maternité, renoncer à entretenir les « rapports particuliers » qui se nouent entre la femme et l'enfant au cours de la période qui suit immédiatement l'accouchement (67), ou renoncer à travailler à

(64) C.J.C.E., 30 mars 1993, *Konstantinidis*, C-168/91, précité. Sur le droit au nom comme élément du droit au respect de la vie privée, Voir les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Burghartz c. Suisse* (arrêt du 22 février 1994) et *Stjerna c. Finlande* (arrêt du 25 novembre 1994).

(65) Ainsi que l'ont bien noté les avocats généraux M. DARMON et RUIZ-JARABO, dans les conclusions qu'ils ont rendues respectivement sur les affaires *Hertz* et *Dekker*, d'une part (concl. de l'av. gén. M. DARMON : *Rec.*, 1990, p. I-3956), sur l'affaire *Mary Brown*, d'autre part (concl. de l'av. gén. D. RUIZ-JARABO COLOMER), afin de garantir les femmes contre les risques de discrimination liés à la circonstance que seules les femmes peuvent passer par la grossesse et l'accouchement, il s'impose de distinguer les risques liés à la grossesse — qui dès lors « relèvent de la spécificité de la maternité » — et les « états pathologiques qui ne sont pas liés aux risques ordinaires de la grossesse et qui, partant, doivent recevoir le même traitement que les situations de maladie de 'droit commun' » (pt. 30 des concl. de l'av. gén. D. RUIZ-JARABO COLOMER préc. C.J.C.E., 30 juin 1998, *Mary Brown*, précitée).

(66) On voit l'enjeu que recouvre la constitution d'une telle liste. Si les victimes alléguées de discrimination indirecte ne posent pas de tels comportements qui sont exigés d'elles, alors que l'exigence apparaît au juge raisonnable, leur abstention peut leur être reprochée ; elles devraient assumer les conséquences de ce qui relève, dans leur chef, d'un *choix* véritable, qu'on va supposer libre.

(67) Voir C.J.C.E., 12 juillet 1984, *Hofmann*, 184/83, *Rec.*, p. 3047, pt. 25. Selon la Cour, il s'agit en autorisant les Etats membres à protéger les femmes entre la grossesse et la maternité, « d'une part d'assurer la protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci, jusqu'au moment où ses fonctions physiologiques et psychiques sont normalisées à la suite de l'accouchement, et, d'autre part, la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite (...) à l'accouchement, en évi-

temps partiel afin d'être plus disponible à ses enfants ? Pour le travailleur qui se déplace vers un autre Etat membre, quel sacrifice représente la déformation de son patronyme par les officiers de l'état civil de l'Etat d'accueil, indépendamment même de la question de droits fondamentaux qu'une telle situation conduit à poser ? A moins de s'enfermer dans le dilemme toujours insatisfaisant qui se présente ici — d'un côté les stéréotypes qu'entretient le juge à l'égard de ce qui est constitutif de l'identité de certains groupes de personnes, de l'autre côté le renvoi, pour les besoins de définir cette identité, à des porte-parole auto-proclamés —, il faut doubler les questions que fait naître l'exigence de non-discrimination de questions portant sur la participation au débat public de ces groupes de personnes que la non-discrimination vise à garantir (68).

IV. — CONCLUSION

29. — Un trajet naturel conduit, de l'incrimination de la discrimination directe, à l'affirmation d'un contrôle sur les mesures qui, neutres en apparence, aboutissent aux mêmes effets pratiques. La dynamique de cette évolution produit deux conséquences. Premièrement, elle conduit à un *approfondissement* du contrôle qu'exerce le juge, chargé de garantir l'exigence de non-discrimination, sur les mesures adoptées par les autres pouvoirs — ou, dans le contexte propre du droit communautaire, au sein des Etats membres —. Cet approfondissement du contrôle signifie que la marge d'appréciation de ces autorités se trouve réduite, y compris en ce qui concerne le choix des mesures indistinctement applicables, c'est-à-dire qui ne recourent à aucun critère de distinction prohibé. Deuxièmement, cette même dynamique entraîne une *extension* du champ du contrôle.

tant que ces rapports soient troublés par le cumul des charges résultant de l'exercice simultané d'une activité professionnelle ».

(68) Sur ce point, Voir J. HABERMAS : « Les problèmes de l'égalité de traitement de l'homme et de la femme permettent de prendre conscience (...) du fait que les droits auxquels on aspire ne doivent pas être compris simplement comme des avantages accordés par l'Etat providence, entendus au sens où l'on prend une juste part aux biens sociaux. Les droits ne peuvent autoriser les femmes à structurer leurs vies au nom du principe de l'autonomie privée, que dans la mesure où ils leur permettent en même temps de participer au même titre à la pratique d'autodétermination des citoyens, les personnes concernées elles-mêmes étant les seules à pouvoir discerner les 'points de vue pertinents' sous lesquels l'égalité et l'inégalité entrent chaque fois en ligne de compte » (J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. fr. R. ROOHLITZ et Ch. BOUOHINDHOMME (orig. *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1992), Paris, Gallimard, 1997, p. 447).

Celui-ci va porter, potentiellement, sur l'ensemble des éléments du contexte dans lequel l'exigence de non-discrimination s'impose : alors que, dans le modèle de l'interdiction de la discrimination directe, le contrôle ne portait que sur la forme de la norme juridique, à présent il va prendre pour cible toute circonstance qui, sous le régime de la norme indistinctement applicable, crée ou est susceptible de créer une discrimination *de facto*. Aucune limite naturelle ne vient s'imposer, ni à cet approfondissement du degré de contrôle, ni à cette extension des éléments sur lesquels il porte : dans un système de séparation des pouvoirs, une des missions du juge à qui est confiée la garde de l'exigence de non-discrimination est alors de s'imposer de telles limites, qui ne lui sont pas fournies de l'extérieur.

30. — Parmi les difficultés que rencontre le juge dans l'accomplissement de cette mission, il en est certaines qui tiennent à la forme institutionnelle que recouvre aujourd'hui, dans nos ordres juridiques, la fonction de juger. Ces difficultés peuvent être surmontées par un exercice d'imagination institutionnelle. Le juge doit pouvoir s'extirper des bornes de l'autorité de la chose jugée, afin de reconnaître le caractère toujours provisoire, *rebus sic standibus*, des constats relatifs à l'existence ou non d'une discrimination indirecte. Il doit pouvoir se fonder sur des données factuelles extérieures à la situation des parties devant lui, afin de mieux apprécier le contexte dans lequel telle mesure est appelée à s'appliquer. A défaut de disposer d'un « régime de référence » — celui de la catégorie favorisée — sur lequel aligner le statut de la catégorie moins favorisée, comme il en dispose dans les cas de discrimination directe, il doit être possible au juge qui constate l'existence d'une discrimination indirecte de contraindre les autres pouvoirs à identifier avec lui un « droit commun » applicable à la situation litigieuse portée devant lui : ainsi sera-t-il en mesure de substituer ce « droit commun » à la mesure indistinctement applicable qui aura révélé qu'elle produit les mêmes effets que la mesure contenant une discrimination ouverte. Le juge enfin, doit pouvoir poser explicitement la question de la définition de l'identité d'une catégorie de personnes par ses propres membres, sinon l'autre branche de l'alternative continuera de relever pour lui de l'art de la divination. Peut-être est-il temps que le juriste abandonne le territoire rassurant des descriptions, pour pénétrer les régions, hostiles mais passionnantes aussi, de l'ingénierie institutionnelle.



Université catholique de Louvain



10.158.629