HAL open science

# Discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif

Serge Slama

## To cite this version:

Serge Slama. Discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif. AJFP. Actualité juridique Fonctions publiques, 2003, 04, pp.4. halshs-02224612

**HAL Id: halshs-02224612**

**https://shs.hal.science/halshs-02224612v1**

Submitted on 16 Feb 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Serge Slama, « La discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *AJFP*, n°4/2003, pp.4-9.

Seule la version publiée fait foi



**Discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif**

Serge Slama, *Doctorant en droit public, CREDOF, Université Paris X-Nanterre*

*La conception objective du principe d'égalité de traitement en droit communautaire. Sa transposition en droit interne : textes législatifs ou réglementaires, jurisprudence récente.*

« Les stipulations [de l'article 39] du traité instituant la Communauté européenne doivent être interprétées comme interdisant non seulement les discriminations fondées sur la nationalité, mais encore toutes les formes de discrimination, qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat. » En adoptant cette formulation dans son arrêt *Spaggiari* du 18 octobre 2002 (1), le Conseil d'Etat fait écho à la décision *Sotgiu* de la Cour de justice des communautés européennes qui, vingt-huit ans auparavant, posait la définition de la discrimination « indirecte » ou « dissimulée » en estimant que : « les règles d'égalité de traitement, [résultant] du traité 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 » (CJCE 12 février 1974, aff. 152/73, Rec. p. 153, § 11, D.. 1975, p. 605, note B. Pacteau ; Dr. soc. 1974, p. 177, concl. H. Mayras, obs. G. Lyon Caen ; RTD eur. 1976, p. 374).

Ce faisant la haute juridiction administrative « importe » en droit public français ce qui constitue l'une des constructions prétoriennes les plus originales de la Cour de justice. Cette jurisprudence ayant été particulièrement développée dans le domaine de l'égalité de traitement entre hommes et femmes et dans celui de la libre circulation des travailleurs communautaires sans restriction liée à la nationalité. Pourtant, alors même que par l'effet de la transposition des directives communautaires sur l'égalité de traitement, la notion de discrimination indirecte imprègne de plus en plus le droit français - y compris le droit de la fonction publique (2) -, cette notion riche en potentialités reste mal connue des juristes français et en particulier des publicistes. Et ce d'autant plus que jusqu'à une période récente elle a toujours été appliquée avec réticence par le juge administratif.

**La notion de discrimination indirecte en droit communautaire**

Une approche objective

Alors que le droit français repose sur une conception formelle du principe d'égalité, la Cour de justice des Communautés européennes a très tôt, suivant le modèle des textes internationaux (3) et du droit anglo-saxon, construit une interprétation plus concrète des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination (4). En effet, contrairement au modèle français, toute la construction de la CJCE se fonde sur une approche objective des discriminations, sur l'effet des mesures,

distinctions, critères ou pratiques opérés (5). L'idée étant de permettre au principe d'égalité de traitement - qui constitue pour la Cour de justice un des principes fondamentaux du droit communautaire dont elle a pour mission d'assurer le respect (CJCE 17 juillet 1963, *Italie c/ Commission*, aff. C-13/63 , Rec. p. 341) - d'être réalisé « en fait et en droit » (*Sotgiu*, préc., § 11).

Cette approche objective a permis à la Cour de justice de développer non seulement la notion de discrimination directe ou ostensible - qui est une différence de traitement fondée sur un critère prohibé précis (sexe, nationalité, etc.) qui touche uniquement les membres du groupe concerné (dans leur ensemble ou une partie d'entre eux) - mais surtout de forger la notion de discrimination indirecte ou dissimulée, mesure apparemment neutre qui aboutit en fait au même résultat qu'une discrimination directe. Cette dernière étant identifiée dès que les membres d'un groupe protégé sont proportionnellement plus nombreux à être touchés par une mesure que les membres d'autres groupes.

Et si la discrimination directe ne peut, en principe, jamais se justifier « parce qu'elle résultera toujours de l'emploi d'un critère lié au critère prohibé » (6), la discrimination indirecte permet à l'auteur de la mesure litigieuse d'apporter une « justification objective ». Celle-ci devant néanmoins être « légitime et proportionnée à l'objectif poursuivi », c'est-à-dire que les moyens pour l'atteindre doivent être « appropriés et nécessaires » (v., par exemple, CJCE 12 juillet 1979, *Toia*, aff. C-237/78 , Rec. 1979, p. 2645, § 14).

L'intérêt de cette jurisprudence réside dans le fait qu'elle permet d'appréhender le phénomène discriminatoire dans son caractère multiforme. Ainsi, par exemple, dans le domaine de l'égalité de traitement entre hommes et femmes la référence à la qualité de personne enceinte constitue à l'évidence une discrimination indirecte envers les femmes (CJCE 8 novembre 1990, *Dekker*, aff. C-177/88 , Rec. p. I-3941 ; D. 1992, SC p. 288 ). Il en est de même pour un régime de pensions d'entreprise qui exclut les travailleurs à temps partiel compte tenu du fait que dans cette entreprise un pourcentage considérablement plus faible de femmes que d'hommes travaillaient à temps plein (13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH c/ Karin Weber*, aff. 170/84, Rec. p. 1607) (7).

*Effet pratique de la mesure*

En matière de libre circulation des travailleurs (8), la Cour de justice relève en 1974 « qu'il n'est [...] pas exclu que des critères tels que le lieu d'origine ou le domicile d'un travailleur puissent, selon les circonstances, constituer dans leur effet pratique, l'équivalent d'une discrimination de nationalité prohibée par le traité » (Sotgiu, préc., § 11). Il en est de même pour des critères comme la nationalité des enfants pour exclure les parents du bénéfice d'une allocation (*Toia*, préc.), la pratique d'une langue pour postuler à un emploi (CJCE 28 novembre 1989 *Groener*, aff. C-379/87, Rec. p. 3967), l'embauche sous contrat à durée indéterminée pour les lecteurs étrangers dans une université (CJCE 30 mai 1989, *Allué et Coonan*, aff. C-33/88 , Rec. p. 1591 ; D. 1990, SC p. 96 ), l'exigence de la possession d'un titre de séjour d'une certaine durée (CJCE 4 mai 1999, *Sürül c/ Bundesanstalt für Arbeit*, aff. C-262/96 ), le fait de soumettre le versement d'allocation de naissance et de maternité à des conditions de résidence préalable sur son territoire (CJCE 15 janvier 1986, *Pinna*, aff. C-41/84 , Rec. p. 1, § 24), une réglementation imposant à un organisme chargé du recouvrement des cotisations sociales de prendre en compte, pour un travailleur stagiaire qui ne

relève pas du système de l'éducation nationale, une base de calcul des charges sociales patronales plus défavorable que celle retenue pour un travailleur stagiaire qui relève du système national (CJCE 21 novembre 1991, *Urssaf de Savoie c/ Le Manoir*, aff. C-27/91, Rec. p. I-5531, § 10 ; D. 1992, IR p. 1 ), le fait de soumettre l'octroi d'une indemnité concernant les frais funéraires exposés par un travailleur migrant à la condition que l'inhumation ou la crémation ait lieu sur le territoire de l'Etat (CJCE 23 mai 1996, *O'Flynn c/ Adjudication Officer*, aff. C-237/94 , Rec. p. 2617), une disposition fixant un montant-seuil plus élevé pour les versements à l'étranger que pour les versements nationaux (CJCE 21 septembre 2000, *Borawitz*, aff. C-124/99 , Rec. p. 7293 ; D. 2000, IR p. 255 ).

Dans le même sens, en matière de libre prestation des services (art. 49 traité CE), constitue une condition indirectement discriminatoire en lien avec la nationalité, le fait de réserver des avantages tarifaires pour l'accès à des musées et monuments publics aux seuls nationaux ou aux seuls résidents sur le territoire des collectivités gérant l'installation culturelle en question, âgés de plus de 60 ou 65 ans, et en excluant de tels avantages les touristes ressortissants des autres Etats membres ou les non-résidents qui satisfont aux mêmes conditions objectives d'âge (16 janvier 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-388/01).

Etant entendu que, selon la Cour de justice, bénéficie de ce principe d'égalité de traitement « tout ressortissant communautaire [...] qui a fait usage du droit à la libre circulation des travailleurs et qui a exercé une activité professionnelle dans un autre Etat membre » (23 février 1994, *Scholz c/ Opera Universitaria di Cagliari*, aff. C-419/92, Rec. p. I-505, § 9). La Cour a même récemment précisé que ce principe peut être invoqué par tout citoyen de l'Union européenne y compris dans ses rapports avec l'Etat dont il est ressortissant car « un citoyen de l'Union doit se voir reconnaître dans tous les Etats membres le même traitement juridique que celui qui est accordé aux ressortissants de ces Etats membres se trouvant dans la même situation, il serait incompatible avec le droit de la libre circulation qu'il puisse se voir appliquer dans l'Etat membre dont il est ressortissant un traitement moins favorable que celui dont il bénéficierait s'il n'avait pas fait usage des facilités ouvertes par le traité en matière de circulation » (11 juillet 2002, *D'Hoop c/ Office national de l'emploi*, aff. C-224/98, § 30 ; D. 20002, IR p. 2579). Dans certaines affaires comme *Sürül* (préc.), où il est question de l'interprétation d'un accord entre la Communauté européenne et la Turquie posant un principe de non-discrimination en matière de prestations sociales, la notion de discrimination indirecte bénéficie même à un ressortissant d'un pays tiers (9).

Plus largement, à moins qu'elles ne soient objectivement justifiées et proportionnées à l'objectif poursuivi, la Cour de justice regarde comme indirectement discriminatoires les dispositions du droit national qui, bien qu'indistinctement applicables selon la nationalité, affectent « essentiellement » (*Pinna*, préc. § 24) ou « dans leur grande majorité » (CJCE 17 novembre 1992, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-279/89 , Rec. p. I-5785, § 42) les travailleurs migrants, ainsi que « les conditions indistinctement applicables qui peuvent être plus facilement remplies par les travailleurs nationaux que par les travailleurs migrants » (CJCE 4 octobre 1991, *Paraschi*, C-349/87, Rec. p. I-4501, § 23 ; D. 1991, IR p. 270 ) ou encore « qui risquent de jouer, en particulier, au détriment » de ces derniers (8 mai 1990, *Biehl*, aff. C-175/88, Rec. p. I-1779, § 14).

*Nature de la mesure*

Serge Slama, « La discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *AJFP*, n°4/2003, pp.4-9.

Seule la version publiée fait foi

La discrimination indirecte existe également dès lors qu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre « affecte une proportion plus élevée » de personnes d'une catégorie que de l'autre (v. en matière de discrimination sexuelle : CJCE 9 février 1999, *Seymour*, aff. C-167/97 , § 12). Il n'est néanmoins pas nécessairement indispensable de disposer de statistiques pour établir la discrimination indirecte. En effet, selon la Cour, une mesure peut révéler une discrimination indirecte « dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers ». Ainsi au lieu de chercher à établir que la disposition en cause « affecte, en pratique, une proportion substantiellement plus importante de travailleurs migrants », il suffit de constater que cette disposition est « susceptible de produire un tel effet » (*O'Flynn*, préc., § 20 ; CJCE 27 novembre 1997, *Meints*, aff. C-57/96 , Rec. p. I-6689, § 45 ; D. 1998, IR p. 11 ; *Borawitz*, préc., § 27). Cette précision n'est pas sans importance lorsqu'on a à l'esprit les réactions que suscite en France la composante statistique de la notion de discrimination indirecte notamment lorsqu'elle est transposée à la discrimination raciale ou ethnique (10).

On constate donc que depuis 1974 la Cour de justice a développé une jurisprudence riche en potentialités permettant d'appréhender dans toute sa dimension le phénomène discriminatoire. Pourtant jusqu'à une période récente aussi bien le juge administratif que le juge judiciaire se sont montrés réticents à adopter la notion de discrimination indirecte tant elle apparaissait peu conforme à la tradition juridique française dans la façon d'appréhender l'égalité de traitement. Ce n'est qu'à la fin des années quatre-vingt-dix avec son incorporation dans plusieurs directives communautaires que les juridictions françaises s'y sont progressivement converties.

**La transcription de la notion de discrimination indirecte**
*Dans le droit communautaire écrit*

La notion de discrimination indirecte et le régime de partage de la preuve qui l'accompagne depuis l'arrêt Jenkins (CJCE 31 mars 1981, aff. C-96/80 , Rec. p. 911) a d'abord été reprise par la directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe (11). Puis dans le cadre du « Paquet anti-discrimination » proposé par la Commission européenne sur le fondement de l'article 13 du Traité d'Amsterdam, ont été adoptées la directive « racisme » 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (JOCE L 180 19 juillet 2000, p. 22) et la directive « emploi » n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JOCE L 303 2 décembre 2000, p. 16) qui traite des autres motifs de discriminations énumérés à l'article 13 (religion, convictions, handicap, âge, orientation sexuelle). Plus récemment encore, toujours en matière d'égalité de traitement, a été adoptée la directive 2002/1973/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes pour l'accès à l'emploi, à la formation professionnelle et les conditions de travail (JOCE L 269 5 octobre 2002, p. 15).

Or ces directives ont en commun de reprendre à leur compte la notion de discrimination indirecte forgée par la Cour de justice en la définissant comme se produisant : « lorsqu'une disposition, un

Serge Slama, « La discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *AJFP*, n°4/2003, pp.4-9.

Seule la version publiée fait foi

critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes [d'une catégorie donnée : race, origine ethnique, religion, sexe, orientation sexuelle, etc.] par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires » (12). Elles ont aussi le mérite, selon Marie-Thérèse Lanquetin, « de rendre visible, notamment dans le code du travail, le régime de la preuve de la discrimination » forgé par la Cour de justice en matière de discrimination sexuelle et d'introduire « dans le droit national la notion de discrimination indirecte, notion que les juges nationaux ont du mal à recevoir et spécialement le juge administratif » (13).

Cette transcription de la notion dans le droit communautaire écrit a été déterminante puisque, avant même la transposition de ces directives, la cour de cassation l'a adoptée - ainsi que le régime de partage de charge de la preuve qui l'accompagne - dans un arrêt de novembre 1999 en matière de discrimination sexuelle et en mars 2000 en matière de discrimination syndicale (14). Ainsi, assiste-t-on, selon un commentateur, « à un transfert de technologie de l'apport conceptuel élaboré en matière de discrimination sexuelle vers les autres discriminations ». Le droit communautaire en matière de discrimination sexuelle apparaissant comme « la locomotive potentielle de l'action contre toutes les discriminations » (15).

*En droit interne*

Par la suite, les lois du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (JO 17 novembre 2001, p. 18311) (16) et du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (JO 18 janvier 2001, p. 1008) ont formellement intégré ces notions dans le code du travail en faveur des salariés et stagiaires (article L. 122-45 du code du travail) mais aussi - aspect souvent ignoré - dans le « statut » de la fonction publique au bénéfice des fonctionnaires (v. la marge ci-contre). Il est vrai que l'article 3 des trois directives sur l'égalité de traitement leur a donné un champ d'application particulièrement large en prévoyant qu'elles s'appliquent « à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics » et ce dans de nombreux domaines : accès aux activités salariées et non salariées, éducation, protection sociale (y compris la sécurité sociale et les soins de santé), formation professionnelle, affiliation à une organisation de travailleurs ou d'employeurs, avantages sociaux, accès et fourniture de biens et de services. En outre, ces directives précisent qu'elles ont également vocation à s'appliquer aux ressortissants de pays tiers de l'Union européenne, sans toutefois remettre en cause « les différences de traitement fondées sur la nationalité et sans préjudice des dispositions en matière d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers et à leur accès à l'emploi et au travail » (17).

On comprend dès lors que le Conseil d'Etat a été amené à reprendre à son compte le concept communautaire de discrimination indirecte avec l'arrêt Spaggiari.

La discrimination indirecte et le juge administratif

L'arrêt Spaggiariposait au Conseil d'Etat un problème « classique » de refus de prise en compte des services antérieurs effectués dans un autre pays de l'Union européenne lors de l'intégration d'un ressortissant communautaire dans un emploi de la fonction publique. En effet, la commission des spécialistes d'une université, tout en reconnaissant la « valeur scientifique » du dossier de ce

professeur des universités italiennes, avait rejeté sa candidature à un poste de professeur des universités françaises au seul motif qu'elle n'avait pas « une expérience suffisante du système universitaire français ». Ce motif constitue - avec les problèmes de langue et de diplômes - l'un des obstacles à l'intégration des ressortissants communautaires les plus fréquemment rencontrés depuis l'ouverture de la fonction publique non régalienne au début des années quatre vingt-dix (18).

Pour régler ce type de litige, le Conseil s'était jusqu'ici contenté, pour fonder sa décision, de mentionner l'article 39 du Traité communautaire sans se référer expressément à la notion de discrimination indirecte (CE 22 septembre 1997, *Iorio*, n° 171903, Lebon p. 322 ; AJFP 1998-1, p. 21 ). Dans un arrêt du 13 mars 2002, concernant un enseignant du supérieur (*Courbage*, Dr. adm. juin 2002, p. 26 ; AJFP 2002-5, p. 21 comm. C. Moniolle ; AJDA 2002, p. 530, comm. M.-C. de Montecler ), il avait franchi une étape supplémentaire en mentionnant l'arrêt Scholz mais sans citer son considérant de principe sur la discrimination indirecte. Celui-ci utilise pourtant sans ambiguïté cette notion en portant que l'article 39 du traité « interdit 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. Il doit de ce fait être interprété en ce sens qu'un organisme public d'un Etat membre, lorsqu'à l'occasion du recrutement de personnel pour des postes ne relevant pas du champ d'application de l'article [39], paragraphe 4, du traité, il prévoit de prendre en compte les activités professionnelles antérieures, exercées par les candidats au sein d'une administration publique, ne peut, à l'égard des ressortissants communautaires, opérer de distinction selon que ces activités ont été exercées dans le service public de ce même Etat membre ou dans celui d'un autre Etat membre » (Dans le même sens : CE 15 janvier 1998, *Kalliope Schöning-Kougebetopoulou*, aff. C-15/96).

Certes, on trouve bien quelques arrêts dans lesquelles le Conseil fait allusion à la notion de discrimination indirecte (CE 30 avril 1997, *Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes-rééducateurs*, n° 180299/180328 au Lebon ; CE 10 avril 2002, Syndicat national des professeurs d'arts martiaux, n° 221314 ). Mais, dans ces arrêts, le juge administratif se contente, pour répondre au moyen posé, de rejeter l'existence d'une telle discrimination sans s'attarder davantage sur la question.

Cette réticence à se référer au concept élaboré par le juge communautaire est désormais abandonnée avec l'arrêt *Spaggiari*. En effet, après avoir repris la définition « classique » de la discrimination indirecte définie par le juge communautaire depuis 1974, le Conseil d'Etat applique la notion pour annuler la délibération litigieuse. Il relève en effet qu'en exigeant de la candidate « une expérience suffisante du système universitaire français », la commission n'a pas entendu subordonner son recrutement à « la connaissance du système universitaire français » mais elle entendait, en réalité, « subordonner la nomination de l'intéressée à l'exercice préalable de fonctions enseignantes dans les universités françaises ». Or, ce critère apparemment neutre aboutit en fait au même résultat qu'une condition de nationalité puisqu'il défavorise essentiellement les non-nationaux. Comme le note le commissaire du gouvernement Rémy Schwartz, en se référant expressément à l'arrêt Scholz, « opposer l'inexpérience du système français à un universitaire communautaire constitue une discrimination « dissimulée » contraire au principe communautaire. Cela revient à interdire en pratique cette libre circulation à nombre de ressortissants communautaires, sans que cette exigence

Serge Slama, « La discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *AJFP*, n°4/2003, pp.4-9.

Seule la version publiée fait foi

soit justifiée : un universitaire italien, allemand, belge ou anglais est appelé à connaître rapidement le fonctionnement du système universitaire français ».

Imprégnant de plus en plus le droit français, la consécration de la notion de discrimination indirecte par le Conseil d'Etat était inéluctable. C'est chose faite avec l'arrêt *Spaggiari*. L'étape suivante serait qu'il fasse également sien le régime de partage de la charge de la preuve forgé par le juge communautaire qui fait corps avec cette notion (19). En effet, comme le fait valoir la Cour de justice : « ce déplacement du fardeau probatoire est une nécessité » car « s'il appartient normalement à la personne qui allègue des faits à l'appui de sa demande d'apporter la preuve de leur réalité, [...] la charge de la preuve peut être déplacée lorsque cela s'avère nécessaire pour ne pas priver les travailleurs victimes de discrimination [...] de tout moyen efficace de faire respecter le principe d'égalité [...] » (aff. *Enderby*, préc.).

**L'origine**

A la différence du droit administratif français qui repose sur une conception formelle du principe d'égalité, la Cour de justice européenne fait prévaloir une approche objective qui tend à réaliser l'égalité de traitement non seulement en droit mais en fait. Cette exigence est issue du 5e considérant du règlement 1612/68 du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté : « le droit de libre circulation exige [...] que soit assurée, en fait et en droit, l'égalité de traitement pour tout ce qui se rapporte à l'exercice même d'une activité salariée et à l'accès au logement ».

**Bibliographie**

Sur la jurisprudence en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes, v. M. Darmon et J-G. Huglo, L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la CJCE : un univers en expansion, RTD eur. 1992, p. 1 .

Sur les évolutions récentes, v. A. Fitte-Duval, Droits des pensions : l'égalité des sexes à marche forcée ? AJFP 2002-5, p. 4 et Egalité des sexes : l'obligation d'inventaire, AJFP 2002-6, p. 1.

**Intéressant**

La Cour de justice a également développé la notion de « discrimination apparente » ou « systémique » plus large que celle de discrimination indirecte qui permet de couvrir des situations de fait dans lesquelles la discrimination ne résulte pas d'une mesure prise, mais a une origine structurelle. V. CJCE 27 octobre 1993, *Enderby*, aff. C-127/92, Rec. p. 5535, D. 1994, SC p. 301 ; CA Riom 16 janvier 1995, *Sarl USAI Champignons c/ Mme Douarre*, Droit social, 1995 p. 441.

**Statuts**

L'article 11 de la loi du 16 novembre 2001 a ajouté à l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires un nouvel alinéa disposant qu'« Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs

Serge Slama, « La discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *AJFP*, n°4/2003, pp.4-9.

Seule la version publiée fait foi

opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race ». En outre, a également été prévue une protection contre d'éventuelles mesures de rétorsion au bénéfice du fonctionnaire qui engagerait ou soutiendrait une procédure pour faire respecter ce principe de non-discrimination. Tout agent ayant procédé à de tels agissements pouvant faire l'objet de sanctions disciplinaires. On notera que ces dispositions, issues d'un amendement du groupe socialiste au Sénat (JO déb. Sénat 15 janvier 2001, séance du 9 janvier 2001), ont été ajoutées afin de mettre en conformité le droit français avec le droit communautaire. Le législateur n'a pourtant pas été jusqu'à aménager le régime de la charge de la preuve comme il l'a fait en droit social.

**Jurisprudence**

Si le Conseil d'Etat a désormais consacré la notion de discrimination indirecte en droit interne par sa récente décision *Spaggiari*, une étape supplémentaire reste à franchir dans le rapprochement avec le droit communautaire qui consisterait à admettre un régime de partage de la preuve dont le fardeau doit pouvoir être déplacé vers l'administration dans certains cas afin de faire respecter effectivement le principe d'égalité.

**Notes :**

(1) V. Serge Slama, Toute discrimination entre ressortissants CEE, même indirecte, est interdite, AJFP 2003-2, p. 12 ; AJDA 2003, p. 36, concl. R. Schwartz.

(2) Voir l'étude de Annie Fitte-Duval, Le fonctionnaire et la discrimination : approche administrative et pénale, AJFP 2003-1, p. 6 . Voir également J-P. Carton, Le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires, AJFP 2002-2, p. 4.

(3) Ainsi, par exemple, les articles 1er de la Convention n° 111 de l'OIT du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 ainsi que de la Convention de l'ONU sur l'élimination de toute discrimination à l'égard des femmes de 1979 en mettant l'accent sur « l'effet » produit par une mesure discriminatoire, retiennent une définition objective de la discrimination. v. M. Bossuyt, L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme, Bruylant, 1976 ; M.-Th. Lanquetin, La discrimination à raison du sexe en droit international et communautaire, Droit social 1988, p. 809.

(4) Sur la conception formelle du principe d'égalité, v. le Rapport public du Conseil d'Etat 1996, Sur le principe d'égalité, La Documentation française, coll. EDCE, 1997 qui fait valoir que « L'héritage culturel centralisateur conduit en principe les juges du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel à ne pas admettre que l'égalité puisse être rompue par un traitement uniforme de situations différentes parce que l'égalité siège dans la généralité de la règle ». Sur la notion de discrimination, D. Lochak, Réflexions sur la notion de discrimination, Droit Social, 1987, p. 778.

Serge Slama, « La discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *AJFP*, n°4/2003, pp.4-9.

Seule la version publiée fait foi

(5) Ainsi, par exemple, alors que sur la base d'une conception formelle le juge administratif considérerait qu'un critère de taille minimale pour se présenter à un concours de recrutement dans la fonction publique ne porte pas atteinte au principe d'égalité parce qu'il s'applique indistinctement aux hommes et aux femmes, la CJCE estimerait qu'il s'agit d'une discrimination indirecte parce que ce critère a pour effet d'exclure une proportion plus élevée de femmes que d'hommes sans justification objective.

(6) Sur ces notions v. P. Garonne, La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale, RTD eur. 1994, p. 425.

(7) Sur la jurisprudence en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes, v. M. Darmon et J-G. Huglo, L'égalité de traitement entre les hommes et femmes dans la jurisprudence de la CJCE : un univers en expansion, RTD eur. 1992, p. 1 . Sur les évolutions récentes, v. A. Fitte-Duval, Droits des pensions : l'égalité des sexes à marche forcée ? AJFP 2002-5, p. 4 et Egalité des sexes : l'obligation d'inventaire, AJFP 2002-6, p. 1.

(8) Rappelons que l'article 12 du Traité instituant la Communauté européenne (ex. art. 6 traité CEE) prévoit que : « Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ». Ce principe étant particulièrement mis en oeuvre dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, qui implique, en vertu l'article 39 du Traité CE (ex. art. 48), « l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des Etats membres en ce qui concerne l'emploi [...] ». Il est applicable à la fonction publique à l'exception des « emplois de l'administration publique », c'est-à-dire ceux qui « comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques » (CJCE 17 décembre 1980, Commission c/ Royaume de Belgique, aff. C-149/79, Rec. p. 3881, AJDA 1981, p. 137, note Boulouis ; RTD eur. 1981, p. 286, note G. Druesne).

Pour des exposés détaillés sur cette question cf. P.-Y. Moreau, « Fonction publique et nationalité », AJFP 2001-2, p. 9 ; B. Godbillon, « L'ouverture européenne de la fonction publique française : la prégnance du droit communautaire », AJFP 2001-3, p. 10 ; Y. Chevallier, « Nationalité et accès à la fonction publique : le cadre juridique », in Les étrangers dans la fonction publique, Cahiers de la fonction publique, septembre 2002, p. 3.

(9) Pour une jurisprudence récente du Conseil d'Etat dans le même sens, CE 30 décembre 2002, Fédération française de Basket-ball c/ Malaja (n° 219646 , AJDA 2003, n° 8, p. 388, note F. Lagarde ). Le Conseil interprète, conformément à l'arrêt C-162/00 de la CJCE du 29 janvier 2002, un accord d'association entre l'UE et la Pologne comme étant directement applicable et impliquant « l'interdiction de toute discrimination fondée directement ou indirectement sur la nationalité et susceptible d'affecter les travailleurs salariés polonais dans leurs conditions de travail ». Cette sportive polonaise devait donc être assimilée aux joueuses communautaires et de l'espace économique européen et ne pouvait donc se voir opposer le règlement de la Fédération limitant à deux joueuses le nombre d'étrangères par équipe. Voir également M. Pautot, La libre

Serge Slama, « La discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *AJFP*, n°4/2003, pp.4-9.

Seule la version publiée fait foi

circulation et les transferts des footballeurs professionnels en Europe, AJDA 2002, n° 15, p. 1001 .

(10) Sur le débat sur les « statistiques ethniques » qui a divisé les démographes français en deux camps regroupés derrière Hervé Le Bras et Michèle Tribalat v. notamment Patrick Simon, Vers des statistiques ethniques ? ; Alexis Spire, Ambiguïtés d'une mesure des origines et Sandrine Bertaux, Contre la circulation des stéréotypes in Plein droit (revue du Gisti), n° 41-42, avril 1999. M. Th. Lanquetin fait néanmoins valoir que « cette crainte n'est guère justifiée, car la composante statistique sert à révéler le comportement discriminatoire et non à catégoriser un groupe de personnes » (Un tournant en matière de preuve des discriminations, Droit social 2000, p. 592).

(11) M.-Th. Lanquetin, Discriminations à raison du sexe : commentaire de la directive du 15 décembre 1997, Droit social 1998, p. 688.

(12) La définition donnée par la directive 97/80 sur les discriminations à raison du sexe diffère légèrement en mettant l'accent sur la dimension statistique : « Aux fins du principe de l'égalité de traitement [...], une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés ».

(13) M.-Th. Lanquetin, La charge de la preuve dans les cas de discriminations. Les femmes, les syndicats... et bientôt les étrangers, Plein Droit (revue du Gisti) 1999, n° 41-42, p. 49.

(14) Cass. soc. 23 novembre 1999 et Cass. soc. 28 mars 2000 reproduits et commentés par M.-Th. Lanquetin, Un tournant en matière de preuve des discriminations, Droit social 2000, p. 589 ; D. 2000, IR p. 46 ; D. 2000, SC p. 275 . Voir également, dans le domaine de la libre circulation des personnes, sur une question de discrimination salariale contenue dans une convention collective au bénéfice des salariés allemands travaillant en France par rapport aux autres salariés : Cass. soc. 10 décembre 2002, Association Goethe Institut c/ Bataille, D. 2003,IR p. 602 ; RJS 2 mars, n° 152, chron. J-P. Lhernould ; RJS 3 mars, n° 207.

(15) M. Miné, Le droit communautaire dans la pratique du droit social ; brefs propos sur les apports du droit communautaire en matière de discrimination, Droit ouvrier 2000, p. 101.

(16) M. Keller, La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, D. 2002, chron. p. 1355.

(17) Pour un aperçu d'ensemble du dispositif de lutte contre les discriminations à l'égard des étrangers, v. l'étude de Serge Slama à paraître au Dictionnaire Permanent-Droit des étrangers, Editions législatives.

(18) Pour un inventaire de ces obstacles, v. B. Godbillon, L'ouverture européenne de la fonction publique française : bilan et perspectives, AJFP 2001-4, p. 13 .

Serge Slama, « La discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *AJFP*, n°4/2003, pp.4-9.

Seule la version publiée fait foi

(19) Groupe d'Etude et de Lutte contre les Discriminations (GELD), Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve, note n° 2, octobre 2000.