

Le principe d'égalité et le principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJUE

Rémy Hernu

DANS **TITRE VII 2020/1 N° 4**, PAGES 44 À 51

ÉDITIONS **CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

ISSN 3001-963X

DOI 10.3917/tvii.004.0044

Date de mise en ligne : 12/10/2020

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-titre-vii-2020-1-page-44?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Conseil constitutionnel.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Le principe d'égalité et le principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJUE

Rémy HERNU

Professeur de droit public à l'Université de Picardie – Jules Verne

RÉSUMÉ

La Cour de justice de l'Union européenne a été confrontée très tôt à la question ancienne de l'égalité. Dans sa jurisprudence, le principe d'égalité apparaît comme la pierre angulaire du droit du marché unique et, au-delà, de la communauté de droit, de même que l'égalité devant la loi constitue le socle démocratique du droit des États membres. Dans cette perspective, la Cour n'a pas purement et simplement assimilé la non-discrimination au principe d'égalité. L'égalité et la non-discrimination se supposent mais fonctionnent, à certains égards, de manière autonome. L'égalité constitue un principe structurel pour le système juridique de l'Union, au même titre que les principes de primauté et d'effet direct, alors que le principe de non-discrimination concrétise un droit subjectif dont la mise en œuvre offre des instruments effectifs de lutte contre certaines formes d'inégalité de traitement.

La Cour de justice de l'Union européenne a été confrontée très tôt à la question ancienne de l'égalité selon une logique qui explique d'elle-même son importance fondamentale pour la construction européenne¹. Les traités instituant les Communautés européennes ont ainsi un objet initial très précisément délimité : l'instauration d'un marché commun. Or, un marché implique par lui-même l'égalité des conditions juridiques. L'égalité est une composante de chacune des libertés de circulation, celles-ci ne pouvant être effectivement exercées que si les ressortissants des États membres sont placés sur un même pied.

Parallèlement, la Cour n'a jamais limité l'exigence d'égalité de traitement à l'instauration d'un marché commun, refusant de l'inscrire dans une logique trop strictement instrumentale. L'égalité, et ce qui est, pour l'essentiel, une autre manière de l'exprimer, la non-discrimination, sont appliquées en tant que droits fondamentaux de la personne humaine. Le juge leur confère de la sorte une dimension sociale et politique que l'on retrouve dans les jurisprudences concordantes des juridictions suprêmes nationales. De même que l'égalité devant la loi constitue le socle démocratique du droit des États membres, le principe d'égalité

1. Précisément depuis son premier arrêt : CJCECA, 21 décembre 1954, *France / Haute autorité*, Aff. 1/54.

apparaît comme la pierre angulaire du droit du marché unique et, au-delà, de la communauté de droit. Dans cette perspective, la Cour n'a pas purement et simplement assimilé la non-discrimination au principe d'égalité. L'égalité et la non-discrimination se supposent mais fonctionnent, à certains égards, de manière autonome. L'égalité est tout autant le sentiment de soi dans le rapport à autrui que la projection politique d'un certain ordre social et économique. Elle représente une mesure des relations humaines et traduit une quête qui siège essentiellement hors du droit. Ainsi, la référence faite à des concepts de philosophie politique, dans le corps même des arrêts, illustre cette projection dans un univers qui n'est plus exclusivement celui de l'application des textes en vigueur mais qui touche aux valeurs et aux fondements de l'ordre juridique². En ce sens, le principe d'égalité, dans la jurisprudence de la Cour, présente un caractère structurel pour le système juridique de l'Union³, et il est bien souvent question d'égalité, là où les problèmes de droit ne se posent pas en termes de discrimination (A).

Évidemment, il existe un rapport étroit, consubstantiel, entre l'égalité et la non-discrimination. Pour la Cour, la non-discrimination est égalité juridique dans une société complexe et pénalisation des inégalités de traitement. Le principe de non-discrimination vise la correction du désordre qu'engendrent certaines formes d'inégalités et apparaît comme une formulation négative, mais limitée et opératoire, de l'égalité⁴. Si

la discrimination est illégale en droit de l'Union, tel n'est pas toujours le cas de l'inégalité, en particulier lorsqu'elle sort du champ d'application des traités⁵. En ce sens, le principe de non-discrimination, dans la jurisprudence de la Cour, concrétise un droit subjectif qui dispose d'une efficacité plus grande que le principe général et abstrait d'égalité pour reconnaître et sanctionner des inégalités (B).

A. L'égalité, principe structurel de l'ordre juridique de l'Union européenne

Dans la jurisprudence de la Cour de justice, l'égalité apparaît comme un principe structurel de l'ordre juridique de l'Union européenne. En ce sens, l'égalité constitue à la fois un principe général du droit au regard des sources du droit de l'Union (1) et un principe fondamental au regard la nature des normes (2).

1. Un principe général du droit

Au regard des sources du droit de l'Union, l'égalité trouve sa source dans un principe général du droit. Le principe désigne alors une norme de

2. Tels que, par exemple, la « justice distributive » (CJUE, 13 juillet 1965, *Mannesmann*, Aff. 37/64), la « justice sociale » (CJUE, 17 juin 1975, *Époux F.*, Aff. 7/75), ou encore l'« égalité substantielle et non formelle » (CJUE, 30 avril 1998, *Thibault*, Aff. C-136/95).

3. Elle fait partie des « principes structurels » au sens où l'entend Denys Simon : *Le système juridique communautaire*, PUF, coll. Droit fondamental, 2001, 784 pages, p. 367.

4. Cf. Marc Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruylant, 1976, 262 pages.

5. Se reporter, à cet égard, à la jurisprudence contestable de la Cour de justice relative aux inégalités de traitement subies à rebours par les travailleurs nationaux (CJUE, 28 mars 1979, *Saunders*, Aff. 175/78), ou par les citoyens européens (CJUE, 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon / Gouvernement flamand*, Aff. C-212/06) lorsqu'ils se trouvent dans une « situation purement interne ». Le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce que les États membres traitent leurs propres ressortissants d'une manière moins favorable que les ressortissants d'autres États dès lors que les premiers se trouvent dans une situation dépourvue de tout facteur d'extranéité. Il s'agit d'une inégalité de traitement fondée sur la nationalité qui ne constitue pas pour autant une discrimination.

portée très générale⁶ qui se caractérise essentiellement par son extériorité et par son irréductibilité au droit écrit⁷. De l'extériorité, il résulte que le principe d'égalité ne saurait se confondre avec le corps des règles interdisant diverses formes de discrimination. Ses conséquences sont importantes sur les fonctions du principe qui représente essentiellement une source palliative du droit écrit. Le principe d'égalité permet dès lors au juge de résoudre un litige porté devant lui alors même qu'aucune solution utile ne peut être trouvée dans les traités ou dans le droit dérivé⁸. À ce titre, le principe général d'égalité a vocation à s'appliquer alors même que le délai de transposition d'une directive fixant un cadre général pour lutter contre les discriminations n'a pas encore expiré⁹. Il en résulte l'obligation pour l'État d'assurer sa pleine protection juridique en laissant inappliquée toute disposition nationale contraire, y compris dans un litige entre particuliers¹⁰. En tant que source autonome, le principe d'égalité est d'effet direct horizontal.

Il est ensuite pleinement envisageable que le principe général soit utilisé afin d'écarter les limites des textes. Dans l'arrêt *Parking Brixen*¹¹, par exemple, est en question l'application des principes de publicité et de mise en concurrence aux procédures de passation des concessions de service public. À l'époque des faits, ces contrats n'entrent pas dans le champ d'application des « directives

marché »¹². D'ailleurs, la lecture de l'exposé des motifs de la directive de 1992 fait clairement apparaître que le Conseil avait entendu exclure les concessions du régime de mise en concurrence et il est constant, devant la Cour, que les concessions ne sont pas visées par son champ d'application¹³. Malgré l'exclusion, la Cour juge que les autorités concluant des concessions sont néanmoins tenues de respecter « les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier »¹⁴.

Le principe général du droit permet donc un approfondissement, voire une extension de la logique égalitaire contre ou au-delà des textes. C'est pourquoi le droit de l'Union peut être rendu applicable à des situations susceptibles de l'intéresser mais qui n'entrent pourtant pas dans son champ d'application. Ainsi, c'est au titre du respect de l'égalité entre les sexes que des domaines relevant le plus directement de la souveraineté des États membres ont pu être attirés dans le droit européen : composition des corps de policiers en uniforme utilisant des armes¹⁵, composition du corps des commandos de marines au Royaume-Uni¹⁶, accès aux emplois militaires comportant l'utilisation d'armes en Allemagne¹⁷, etc.

Bien davantage, l'extériorité et l'irréductibilité permettent de concevoir le principe général d'égalité comme la source de l'ensemble des

6. Cf. Béla Vitanyi, « la signification de la "généralité" des principes de droit », *RGDIP*, 1976, p. 536 et s.

7. Sur ces caractères : Patrick Morvan, *Le principe de droit privé*, Ed. Panthéon-Assas, 1999, 788 pages.

8. Pour des exemples d'application du principe d'égalité sans texte, se référer, par exemple, à l'arrêt CJUE, 20 mars 1984, *Razzouk et Beydoun*, Aff. 75 et 117/82.

9. CJUE, 22 novembre 2005, *Mangold*, Aff. C-144/04.

10. CJUE, 19 avril 2016, *Dansk Industri*, Aff. C-441/14.

11. CJUE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, Aff. C-458/03.

12. Et notamment de la directive n°92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, JO n° L 209 du 24 juillet 1992.

13. CJUE, 30 mai 2002 (ordonnance), *Buchhändler-Vereinigung*, Aff. C-358/00.

14. CJUE, *Parking Brixen*, précité.

15. CJUE, 15 mai 1986, *Johnston*, Aff. 222/84.

16. CJUE, 26 octobre 1999, *Sirdar*, Aff. C-273/97.

17. CJUE, 11 janvier 2000, *Kreil*, Aff. C-285/98.

dispositions prescrivant l'égalité de traitement et la non-discrimination. C'est ce qu'évoque la Cour lorsqu'elle juge que l'interdiction de toute discrimination fondée sur la religion « revêt un caractère impératif en tant que principe général du droit »¹⁸, lui-même expression spécifique du principe d'égalité, « consacré » par la Charte des droits fondamentaux et « précisé » par des directives qui n'instaurent pas par elles-mêmes l'égalité mais établissent simplement « un cadre général pour lutter contre la discrimination »¹⁹.

2. Un principe fondamental

Le principe d'égalité est un principe constitutif de l'ordre juridique de l'Union. Logiquement, la Cour l'a érigé en « principe fondamental²⁰ » avant de consacrer un principe de « droit constitutionnel »²¹. En ce sens, le principe d'égalité présente une double vocation. Il fonde un « statut de citoyen »²², permettant aux ressortissants des États membres d'être unis, indépendamment de leurs nationalités, par la garantie d'un « même traitement juridique »²³, d'une part. Il a ensuite vocation à constituer « la pierre angulaire de chacun des fondements de la Communauté »²⁴, d'autre part.

Dans la première dimension, la reconnaissance d'un principe fondamental est d'une portée

considérable pour l'enrichissement au fond du droit à l'égalité. La Cour a très tôt qualifié le droit à l'égalité de droit subjectif de la personne humaine, en en dégageant d'ailleurs des expressions spécifiques, un peu à la manière du Conseil d'État français. Tel est le cas du droit à l'égalité entre les sexes²⁵ ou encore de l'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la religion²⁶. Bien davantage, l'égalité constitue, comme la dignité de la personne humaine, une matrice en matière de droits fondamentaux. Sa violation affectant jusqu'aux bases du système juridique, l'individu ne peut y renoncer, alors même qu'au nom de l'exercice de la liberté individuelle, cette renonciation aurait pu lui procurer un avantage déterminé²⁷. La Cour a d'ailleurs directement lié ces deux exigences dans l'arrêt *P./S.* de 1996 lorsqu'elle fait bénéficier les personnes transgenres de l'égalité de traitement : « tolérer une telle discrimination reviendrait à méconnaître, à l'égard d'une telle personne, le respect de la dignité et de la liberté auquel elle a droit et que la Cour doit protéger »²⁸. Enfin, la reconnaissance d'un principe fondamental a conduit la Cour à interpréter de manière extensive le champ d'application personnel du droit de l'Union. L'égalité a ainsi pu représenter un formidable appui à l'exercice des libertés de circulation par des personnes non expressément visées par le traité. C'est d'ailleurs ce qui a fait dire à certains auteurs que le principe fondamental d'égalité a constitué le socle d'un statut minimum de citoyen européen, bien avant sa consécration en

18. CJUE, 17 avril 2018, *Egenberger*, Aff. C-414/16.

19. *Ibidem*.

20. CJUE, 19 octobre 1977, *Ruckdeschel*, Aff. 117/76 et 16/77.

21. CJUE, 18 janvier 2001, *Commission / Italie*, Aff. C-162/99.

22. CJUE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, Aff. C-184/99.

23. *Ibidem*.

24. Conclusions de l'Avocat général Van Gerven sous CJUE, 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, Aff. C-340/89.

25. CJUE, 15 juin 1978, *Defrenne*, Aff. 149/77.

26. CJUE, 27 octobre 1976, *Prais*, Aff. 130/75.

27. CJUE, 28 septembre 1994, *van den Akker*, Aff. C-28/93. Une telle solution n'est pas sans analogie avec la décision rendue par l'assemblée du Conseil d'État le 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* (Leb. p. 372).

28. CJUE, 30 avril 1996, *P./S.*, Aff. C-13/94.

1992 par le traité sur l'Union européenne. Tel est le cas, notamment, pour les étudiants²⁹.

Dans la seconde dimension, il découle évidemment du principe fondamental – ou de droit constitutionnel – des exigences particulières qui touchent à la production du droit dérivé – ou de la législation. Il est ainsi directement question d'égalité lorsque la Cour définit la notion d'acte réglementaire, privilégiant un modèle d'égalité formelle réalisée par la généralité de la règle. C'est par son caractère général et abstrait que le règlement est identifié comme acte normatif : « constitue un règlement une mesure qui s'applique à des situations déterminées objectivement et comporte des effets juridiques à l'égard de catégories de personnes envisagées de manière générale et impersonnelle »³⁰. La conséquence essentielle de la généralité formelle, dans la mesure où le règlement procède à des classifications, est que les membres abstraitement appréhendés d'une même catégorie bénéficient de l'identité de traitement. Et cette contrainte pèse également sur les autorités d'application des règles. Comme l'affirmait Jean Rivero sous cet angle, « égalité devant la loi et subordination de la décision particulière à la règle générale ne font qu'un »³¹. Pour la Cour, l'exigence d'égalité doit conduire les institutions à « prendre en considération les décisions déjà prises sur des demandes similaires et de s'interroger avec une attention particulière sur le point de savoir s'il y a lieu ou non de décider dans le même sens »³². Dans une perspective analogue, il convient encore que l'égalité par la généralité ne puisse être limitée par une taxinomie excessive. C'est pourquoi les institutions, dans le processus d'édiction des

actes, doivent privilégier « des règles aussi uniformes que possible »³³.

La généralité ne s'entend donc pas uniquement de manière formelle, par le recours à l'abstraction des catégories, mais également de manière matérielle, par référence à une exigence d'uniformité d'application du droit européen dans tous les États membres. À cet égard, un rapport étroit unit l'égalité à chacun des caractères fondamentaux des normes européennes, soulignant la dimension structurante du principe. La primauté du droit de l'Union, en empêchant les États d'opposer leur propre droit interne, renforce son uniformité d'application qui, elle-même, garantit une égalité générale de traitement entre les ressortissants des États membres³⁴. Dans cette perspective, ils sont également tenus de ne pas entraver l'effet direct. Pour la Cour, « le respect scrupuleux de ce devoir est une condition indispensable à l'application simultanée et uniforme des règlements communautaires dans l'ensemble de la Communauté »³⁵.

Dans la jurisprudence de la Cour de justice, l'égalité apparaît essentiellement comme un principe structurel du système juridique de l'Union européenne. Il étançonne chacune des politiques à partir de standards égalitaires communs qui assurent à la fois sa cohérence et son unité. En deçà de cette logique systémique, le principe de non-discrimination représente une expression opératoire de l'obligation d'égalité de traitement, s'imposant aux sujets de l'ordre juridique de l'Union dans des cas déterminés. La tournure négative que prend cette expression assortit le terme 'discrimination' d'une péjoration qui rejaillit sur l'univers du droit : une

29. CJUE, 13 février 1985, *Gravier*, Aff. 293/83.

30. CJUE, 11 juillet 1968, *Zuckerfabrik*, Aff. 6/68.

31. Jean Rivero, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Journées de Luxembourg des 31 mai – 4 juin 1961, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XIV, Dalloz, 1965, p. 349.

32. TPIUE, 19 avril 2016, *Costantini*, Aff. T-44/14.

33. CJUE, 17 décembre 1970, *SYNACOMEX*, Aff. 34/70.

34. CJUE, 15 juillet 1964, *Costa / ENEL*, Aff. 6/64.

35. CJUE, 10 octobre 1973, *Variola*, Aff. 34/73.

discrimination est en principe toujours interdite. La non-discrimination constitue un instrument particulièrement efficace de lutte contre les inégalités.

B. La non-discrimination, instrument de lutte contre les inégalités

Interdire les discriminations consiste essentiellement à spécifier, dans les textes de droit primaire et de droit dérivé, quels sont les domaines concernés par la lutte contre les inégalités (le marché intérieur, l'agriculture, l'emploi et le travail, etc.) et surtout quels sont les critères dont le recours est en principe interdit pour l'appréciation des situations individuelles (tels que la nationalité, le sexe ou le genre, la race et l'origine ethnique, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap, la religion et les convictions). Dans cette perspective, l'activité de la Cour de justice a nourri une jurisprudence considérable, forte de plusieurs milliers d'arrêts, exigeant une protection effective de l'égalité en droit. Celle-ci repose sur une définition matérielle de la non-discrimination (1) impliquant un contrôle effectif des discriminations (2).

1. La notion de non-discrimination matérielle

Le principe d'égalité en droit, pour être pleinement effectif, exige évidemment l'identité de traitement des situations similaires, mais il suppose également que des personnes se trouvant dans des situations différentes soient soumises à des régimes distincts. L'égalité ne doit pas être

exclusivement formelle, mais également substantielle³⁶.

L'idée que le droit de l'Union doit être adapté à la singularité des situations apparaît progressivement avec l'édification d'un droit du marché qui propose son propre paradigme égalitaire : de l'égalité de traitement à l'égalité des situations. En ce sens, un traitement identique est discriminatoire dès lors qu'il renonce à prendre en compte la singularité des situations au profit de l'impersonnalité de la règle. Dans l'arrêt *Italie/Commission* du 17 juillet 1963, la Cour de justice retient pour la première fois une conception matérielle de la non-discrimination : « le traitement différent de situations non comparables ne permet pas de conclure automatiquement à l'existence d'une discrimination ; [...] une apparence de discrimination formelle peut donc correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle ; [...] la discrimination matérielle aurait consisté à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes »³⁷.

Le caractère général de cette définition ainsi que son isolement relatif dans le corps de l'arrêt indique que, pour la Cour, la discrimination présente toujours deux faces symétriques. On peut alors facilement renverser la proposition : la non-discrimination matérielle consiste à traiter soit de manière identique des situations similaires, soit de manière différente des situations singulières. Sur le plan théorique, l'égalité de traitement n'est donc jamais en soi légale, puisqu'elle doit être justifiée par la similarité des situations. *A contrario*, en présence de situations différentes, l'autorité publique est tenue à une obligation de traitement différent.

Cette définition, d'abord énoncée en matière douanière, sera progressivement étendue à l'ensemble des politiques de l'Union, par-delà la variété de

36. CJUE, 30 avril 1998, *Thibault*, Aff. C-136/95.

37. CJUE, 17 juillet 1963, *Italie / Commission*, Aff. 13/63.

ces domaines (politique agricole commune³⁸, fonction publique européenne³⁹, politique de la concurrence⁴⁰, politique sociale⁴¹, espace de sécurité, de liberté et de justice⁴², etc.). Elle implique un contrôle exigeant et effectif des discriminations.

2. Le contrôle de la discrimination

Logiquement, une définition matérielle de la notion imprime au contrôle de la discrimination ses caractéristiques essentielles. Le juge doit systématiquement vérifier la comparabilité des situations afin d'apprécier si le traitement identique ou différent correspond effectivement à des situations similaires ou singulières. L'originalité de la construction repose sur l'exigence d'une analyse concrète des situations de fait qui précède et détermine l'appréciation juridique. Pour la Cour, dès lors, « l'existence d'un traitement défavorable ne saurait être constaté de manière générale et abstraite, mais doit l'être de manière spécifique et concrète »⁴³. La non-discrimination est matérielle dès lors que le contrôle porte davantage sur le processus et sur résultat de la comparaison, qui commande la nature du traitement, que sur le traitement lui-même. Mais un traitement défavorable, qu'il soit identique ou différent, n'est pas nécessairement discriminatoire dès lors que son auteur est en mesure de le justifier. La Cour de justice impose alors une justification objective et raisonnable. Il convient que « ces mesures soient appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs

légitimement poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les charges imposées ne doivent pas être démesurées par rapport aux buts visés »⁴⁴. Le contrôle s'attache donc, d'une part, à l'examen de la légitimité de l'objectif poursuivi et, d'autre part, à la nécessité et à la proportionnalité de la mesure.

Pour être effective, l'interdiction de la discrimination doit encore concerner tant le contenu que les effets de la mesure. En d'autres termes, la Cour contrôle les discriminations de fait. Le contenu de la discrimination indirecte en fournit une bonne illustration.

La notion de discrimination indirecte est encore le fruit d'une construction prétorienne⁴⁵. Pour la Cour, une mesure est indirectement discriminatoire lorsque, par l'application de critères neutres, *a priori*, celle-ci envisage des éléments susceptibles de concerner, abstraitement, l'ensemble des individus, mais qui se révèlent, concrètement, appartenir à un groupe social identifié à partir d'un critère interdit. Par exemple, une différence de traitement reposant sur le critère du travail à temps partiel et qui, en pratique, affecte davantage de travailleurs féminins que de travailleurs masculins, constitue une discrimination indirecte dès lors qu'elle ne peut reposer sur des facteurs objectifs et étrangers à toute considération relative au sexe des individus⁴⁶. Ce sont les effets engendrés par la mesure contestée qui importent. Une fois l'effet établi (le désavantage subi), l'intérêt du contrôle est de faire peser la charge de la preuve de l'absence de discrimination essentiellement

38. CJUE, 18 mai 1994, *Codorniu*, Aff. C-309/89.

39. TPIUE, 23 septembre 1997, *Chevalier-Delanoue*, Aff. T-172/96.

40. TPIUE, 1^{er} avril 1993, *BPB Industrie*, Aff. T-65/89.

41. CJUE, 30 juin 1998, *Brown*, Aff. C-394/96.

42. CJUE, 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW*, Aff. C-303/05.

43. CJUE, 6 avril 2017, *Jyske Finans*, Aff. C-668-15.

44. CJUE, 11 juillet 1989, *Schröder*, Aff. 265/87.

45. CJUE, 12 février 1974, *Sotgiu*, Aff. 152/73.

46. CJUE, 13 mai 1986, *Bilka*, Aff. 170/84.

sur le défendeur⁴⁷. En ce sens, le contrôle de la discrimination indirecte constitue encore un enrichissement du droit de l'égalité sur le fond. Il a par ailleurs été progressivement précisé par voie de directives⁴⁸. Par exemple, l'article 2, par. 2, b) de la directive du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique dispose qu'« une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, 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 ». L'approfondissement est important et marque une double évolution. Tout d'abord, il n'est plus nécessaire de démontrer l'appartenance à groupe social proportionnellement défavorisé. La discrimination indirecte peut toucher une personne isolée dans son rapport personnel à l'auteur du traitement. Ensuite, la discrimination n'a pas à être réelle ; elle peut très bien n'être que potentielle. L'approfondissement est tel que l'action peut être opérée avant la constatation d'un effet discriminatoire. En quelque sorte, la lutte contre les discriminations devient préventive et permet de contrôler n'importe quelle pratique en amont de ses effets réels ce qui, associé au renversement de la charge de la preuve, n'exempte pas le contrôle de tout risque d'arbitraire.

On le constate, les directives codifient la jurisprudence et peuvent aller au-delà. La jurisprudence

de la Cour de justice constitue donc de ce point de vue une source matérielle importante de la législation. En retour, la législation représente un approfondissement de la jurisprudence, fournissant au juge les moyens de préciser les exigences de l'égalité lorsqu'il applique la loi. Cela confirme un enrichissement permanent de la législation à partir de la jurisprudence et de la jurisprudence à partir de la législation ; un élément, parmi d'autres, permettant de démontrer que le principe d'égalité participe d'une problématique de structuration et de mise en cohérence du système juridique de l'Union européenne.

47. CJUE 24 février 1994, *Roks*, Aff. C-343/92.

48. Cf., par exemple, la directive n°2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JO n° L 180/22 du 19 juillet 2000, ou encore la directive 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, JO n° L 303/16 du 2 décembre 2000. Les textes ultérieurs définissent en termes analogues la discrimination indirecte : voy. la directive n° 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO n° L 269 du 5 mai 2002) et la directive n° 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (JO n° L 204/23 du 26 juillet 2006).