

*Fondée par  
Marcel Waline  
Professeur honoraire  
à l'Université de droit,  
d'économie et des sciences  
sociales de Paris,  
membre de l'Institut*

BIBLIOTHÈQUE  
DE DROIT  
PUBLIC  
TOME 232

*Dirigée par  
Yves Gaudemet  
Professeur  
à l'Université  
Paris II (Panthéon-Assas)*

# PRINCIPE D'ÉGALITÉ ET PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

---

Rémy Hernu

*Préface de  
Gérard Soulier*

*Prix de thèse de l'Université de Picardie*

D  
1019

L.G.D.J

# TABLE DES MATIÈRES

<b>Introduction</b> .....	1
<b>PREMIÈRE PARTIE – LA COUR DE JUSTICE ET LE CONCEPT D'ÉGALITÉ</b> .....	23
<b>Titre I – L'ÉGALITÉ PAR LA GÉNÉRALITÉ DE LA NORME JURIDIQUE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE.</b> ....	27
<b>CHAPITRE I – L'ÉGALITÉ COMME PRINCIPE GÉNÉRAL DU DROIT</b> .....	31
<b>SECTION I – La dynamique des principes généraux du droit communautaire</b> .....	32
<b>§I – Énoncer des propositions fondamentales</b> .....	32
A – Les principes généraux du droit énoncent une proposition fondamentale.....	32
B – Les principes généraux du droit communautaire énoncent des	34

propositions fondamentales.....	
<b>§II – Participer à la construction de l'ordre juridique.</b> .....	36
A – Les fonctions constitutives des principes généraux du droit.....	36
B – Les fonctions constitutives des principes généraux du droit communautaire.....	38
<b>SECTION II – Le principe d'égalité, proposition fondamentale de l'ordre         juridique communautaire.....</b>	41
<b>§I – Le principe d'égalité, fondement de l'ordre juridique         communautaire.....</b>	42
A – Le principe d'égalité est progressivement détaché de la réalisation du marché commun.....	42
B – L'égalité, droit fondamental de la personne humaine.....	45
<b>§II – L'invocabilité du principe fondamental d'égalité.....</b>	50
A – Le principe d'égalité, fondement des interdictions spéciales de discrimination.....	51
B – L'application indépendante du principe d'égalité.....	56
1 – La portée du principe d'égalité n'est pas limitée par les critères spécifiquement interdits.....	57
2 – La portée du nouvel article 13 TCE.....	62
<b>SECTION III – Le principe général d'égalité, instrument d'une interprétation         extensive du champ d'application du droit communautaire....</b>	65
<b>§I – Une conception extensive des situations intéressant le droit         communautaire.....</b>	66
A – La notion d'activité économique.....	66
B – Les notions de travailleur et d'activité salariée.....	67
<b>§II – Une protection étendue à des situations non expressément visées         par le droit communautaire.....</b>	71
A – Le cas des étudiants.....	71
B – Le cas des touristes.....	73
<b>§III – L'introduction d'une citoyenneté européenne étend la portée</b>	74

de l'article 12 du traité CE.....	
<b>SECTION IV – Les limites inhérentes au caractère fonctionnel du principe général d'égalité dans le cadre de l'établissement du marché commun.....</b>	<b>78</b>
§I – Une condamnation imparfaite des "discriminations à rebours".....	78
§II – La médiatisation du principe d'égalité au respect des objectifs communautaires.....	84
§III – Une application plus restrictive du principe d'égalité aux ressortissants des Etats tiers.....	86
<b>CHAPITRE II – L'ÉGALITÉ PAR LA GÉNÉRALITÉ DE LA RÈGLE DE DROIT.....</b>	<b>91</b>
<b>SECTION I – L'égalité par la généralité formelle de la règle de droit communautaire.....</b>	<b>92</b>
§I – Égalité et généralité formelle de la règle devant la Cour de justice.....	92
A – Égalité, généralité formelle et respect de la légalité.....	92
B – La définition communautaire de l'acte réglementaire.....	93
C – L'identification du respect de l'égalité au respect de la légalité.....	95
§II – Égalité par la généralité et sécurité juridique.....	100
A – La fonction de l'égalité par la généralité : la sécurité juridique.....	100
B – Égalité et sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice.....	101
<b>SECTION II – Le principe d'uniformité d'application de la règle de droit communautaire.....</b>	<b>104</b>
§I – L'égalité des États membres.....	105
§II – La primauté et l'effet direct du droit communautaire.....	107

garantissent l'uniformité de son application.....	
§III – L'autonomie d'interprétation des notions intéressant le droit communautaire.....	108
<b>SECTION III – La réalisation de l'égalité par la généralité matérielle de la règle de droit communautaire.....</b>	<b>110</b>
§I – L'égalité et les politiques communes.....	110
A – Les fonctions substantielles de l'acte réglementaire.....	111
1 – Organiser la multiplicité des situations individuelles.....	111
2 – Faire jouer l'uniformité dans la solidarité.....	115
B – Une limite à l'uniformité du droit : l'exécution de la règle.....	117
§II – L'égalité et les règles harmonisées ou simplement coordonnées.....	121
A – Égalité et harmonisation des réglementations nationales.....	122
B – Égalité et coordination des réglementations nationales.....	125
<b>TITRE II – LA DIFFÉRENCIATION DE TRAITEMENT, EXPRESSION D'UN MODÈLE DE JUSTICE MATÉRIELLE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE.....</b>	<b>127</b>
<b>CHAPITRE I – UNE CONCEPTION PRINCIPALEMENT LIBÉRALE DE L'ÉGALITÉ.....</b>	<b>131</b>
<b>SECTION I – Les mérites fondent une répartition différenciée des droits .....</b>	<b>131</b>
§I – L'inégalité des conditions rejetée hors du droit - une conception restrictive de l'égalité des droits.....	132
§II – Une forme minimale de justice matérielle – à chacun selon ses mérites.....	134

<b>SECTION II – L'égalité selon les mérites préside à la compétition en droit communautaire.....</b>	<b>136</b>
<b>§I – En matière de position dominante d'une entreprise sur le marché.....</b>	<b>137</b>
<b>§II – La question du maintien de l'égalité selon les mérites en matière d'interventions économiques.....</b>	<b>138</b>
A – Les interventions étatiques dans le cadre du marché commun – le problème de la remise en cause des avantages acquis.....	139
B – Les interventions communautaires destinées à organiser les marchés...	140
1 – Les particularités des mécanismes d'organisation des marchés.....	141
2 – L'équilibre de l'échange, critère de légalité de l'intervention. ....	143
3 – Le maintien limité d'une exigence de concurrence par les mérites..	145
4 – L'opérateur économique doit se comporter conformément aux exigences d'une concurrence selon les mérites.....	150
<b>§III – Un critère déterminant dans l'accès à la fonction publique et le déroulement de la carrière.....</b>	<b>151</b>
<b>§IV – Un critère à la base de la détermination de la rémunération des travailleurs.....</b>	<b>155</b>
<b>SECTION III – Une conception libérale de l'égalité des chances.....</b>	<b>156</b>
<b>§I – L'égalité des chances garantit le respect de l'égalité de départ.....</b>	<b>156</b>
A – Une notion à déterminer en droit communautaire.....	157
B – Une forme d'égalité garantissant à chacun les mêmes chances.....	158
1 – En matière de libre circulation.....	158
2 – La participation aux compétitions électorales.....	158
3 – L'accès à la fonction publique et le déroulement de la carrière.....	159
<b>§II – L'égalité des chances encadre et restreint l'action publique.....</b>	<b>161</b>
A – L'exigence de transparence de l'action publique.....	162
B – L'obligation de rendre effective l'égalité de traitement.....	166
1 – Le droit à un recours juridictionnel effectif, l'égalité des armes dans l'exercice des procédures communautaires.....	166
2 – L'efficacité de la sanction des discriminations.....	168
3 – L'hypothèse spécifique du rétablissement ou de l'établissement de	168

l'égalité.....	
C – La neutralité de l'action publique.....	171
CHAPITRE II – L'INÉGALITÉ POSITIVE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE.....	175
§ préliminaire – Aspects théoriques du problème.....	175
SECTION I – L'inégalité compensatoire dans la jurisprudence de la Cour de justice.....	180
§I – L'inégalité compensatoire collective – l'action positive.....	180
A – La définition de l'action positive.....	180
1 – La dynamique de l'action positive : l'égalité substantielle.....	180
2 – L'influence de la jurisprudence internationale en matière de droit des minorités.....	184
B – L'égalité substantielle de traitement entre les femmes et les hommes...	185
C – L'inégalité compensatoire dans le contentieux de la fonction publique.	190
D – L'inégalité compensatoire dans le cadre des organisations de marchés.	190
§II – L'inégalité compensatoire individuelle.....	193
A – L'inégalité compensatoire strictement proportionnelle – la conception communautaire de la justice distributive.....	194
B – L'inégalité compensatoire strictement individuelle – l'équité.....	196
1 – La nature et les fonctions de l'équité.....	196
2 – Le recours à l'équité en droit communautaire.....	198
a – En matière d'interventions publiques dans le cadre des organisations de marchés.....	198
b – Dans le droit de la fonction publique.....	201
SECTION II – L'inaccessible égalité substantielle - le maintien d'exigences formelles.....	204

<b>§I – L'égalité substantielle de traitement entre femmes et hommes</b> .....	207
A – L'inégalité compensatoire, dérogation à l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes.....	207
B – Une conception substantielle de l'égalité permet d'écarter l'expédient de la dérogation.....	210
C – L'assouplissement du système de référence établi par la jurisprudence <i>Bonino – Delauche – Kalanke</i> .....	211
<b>§II – L'encadrement formel des mesures d'inégalité compensatoire dans le droit de la fonction publique</b> .....	220
A – L'équité.....	220
B – Les mesures générales de compensation.....	221
<b>§III – Les mesures compensatoires dans le cadre des organisations communes de marchés</b> .....	224
A – Le formalisme des mesures générales de compensation.....	224
B – L'encadrement formel de l'application des clauses d'équité.....	225
C – L'encadrement libéral des mesures de "justice distributive".....	228
 <b>SECTION III – L'égalité substantielle reléguée au second plan – La question de la clause du "traitement plus favorable" en matière de liberté de circulation</b> .....	 230
 <b>§I – L'efficacité relative de la clause de traitement national</b> .....	 230
A – La clause de traitement national constitue en principe une exigence minimale d'égalité.....	231
B – L'insuffisance de la clause de traitement national pour parvenir à l'égalité substantielle entre ressortissants communautaires. ....	232
1 – L'exigence d'assimilation des situations étrangères à la situation nationale.....	232
2 – La nécessité de différencier le traitement.....	235
a – Dans le cadre de la liberté de circulation des marchandises.....	235
b – En matière de sécurité sociale des travailleurs migrants.....	236
c – En matière de prestations de services.....	237
 <b>§II – Le dépassement de l'égalité substantielle – procurer indirectement un avantage au ressortissant qui fait usage des libertés de</b>	 238

<b>circulation</b> .....	
A – Traitement national et inégalité réelle de traitement.....	239
B – Non-discrimination et inégalité réelle de traitement.....	240
<b>SECONDE PARTIE – LA COUR DE JUSTICE CONTRÔLE L'ABSENCE DE DISCRIMINATION</b> .....	243
<b>CHAPITRE PRÉLIMINAIRE – DÉFINIR LA DISCRIMINATION</b> .....	245
<b>SECTION I – Égalité et interdiction de la discrimination</b> .....	246
<b>§I – La non-discrimination, expression juridique d'une situation d'égalité.</b>	246
<b>§II – L'autonomie relative des notions de non-discrimination et d'égalité...</b>	248
A – L'autonomie sémantique de la discrimination par rapport à l'inégalité.	248
B – L'autonomie sémantique de la discrimination par rapport à la différenciation de traitement.....	250
C – L'égalité ne s'épuise pas dans la non-discrimination.....	253
<b>SECTION II – Définition et qualification de la discrimination</b> .....	254
<b>§I – La non-discrimination matérielle</b> .....	255
A – L'interdiction de la discrimination matérielle.....	255
B – Une définition appliquée à l'ensemble de la matière communautaire...	258
C – Un énoncé relativement stable.....	259
<b>§II – Des définitions spécifiques de la discrimination</b> .....	260
A – La relativité de la notion de discrimination.....	260
B – Des définitions et qualifications fonctionnelles de la discrimination....	262
1 - L'équilibre entre les situations en droit économique.....	262
2 – Le maintien d'une conception asymétrique de la discrimination....	264
3 – Les caractères direct et indirect de la discrimination.....	267

<b>SECTION III – L’influence des modèles jurisprudentiels nationaux et internationaux.....</b>	<b>270</b>
<b>§I – Une influence nécessairement relative.....</b>	<b>270</b>
<b>§II – Une influence certaine.....</b>	<b>273</b>
A – Les constructions jurisprudentielles nationales de la non-discrimination.....	274
1 – La conception anglo-américaine de la non-discrimination.....	274
2 – La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande..	279
3 – La jurisprudence du Conseil d’Etat français.....	281
4 – La jurisprudence belge.....	286
5 – La jurisprudence constitutionnelle italienne.....	287
B – Les constructions jurisprudentielles internationales (la Cour EDH).....	288
 <b>TITRE I – LE CONTRÔLE DE L’APPRÉCIATION DES SITUATIONS.....</b>	<b>295</b>
 <b>CHAPITRE I – LE CONTRÔLE DE LA COMPARAISON PRÉALABLE DES SITUATIONS.....</b>	<b>297</b>
 <b>SECTION I – Une exigence de comparaison objective des situations.....</b>	<b>298</b>
<b>§I – L’exigence de comparaison des situations.....</b>	<b>298</b>
A – L’application du principe de non-discrimination dépend de la possibilité de comparer.....	298
1 – L’ambiguïté du double emploi du terme “comparable”.....	299
2 – L’impossibilité de comparer rend inapplicable le principe de non-discrimination.....	300
a – La question de l’unicité de l’auteur du traitement.....	300
b – L’impossibilité de déterminer un paramètre de comparaison pertinent dans le champ d’application du traité.....	304
B – L’exigence de comparaison est inhérente à la non-discrimination.....	305

1 – La formulation d’une exigence de comparaison.....	306
2 – La violation de l’exigence de comparaison constitue une discrimination.....	307
<b>§II – L’étendue du contrôle de la comparaison dépend de la marge d’appréciation des situations reconnue à l’auteur du traitement.....</b>	309
A – Le respect nécessaire d’une marge d’appréciation des situations.....	309
B – Les limites inhérentes au contrôle de la marge d’appréciation des situations.....	310
<b>§III – Le caractère objectif de l’appréciation des situations de fait – Le contrôle du critère d’appréciation.....</b>	315
A – Les contours de la notion de “critère objectif”.....	315
1 – La fonction des critères d’appréciation – classer les situations.....	315
2 – L’objectivité des critères d’appréciation.....	317
B – L’impossibilité de principe d’utiliser des critères interdits par l’ordre juridique communautaire.....	319
1 – L’utilisation de critères d’appréciation interdits.....	320
a – Fonder l’appréciation sur la nationalité.....	320
b – Fonder l’appréciation sur le sexe des travailleurs.....	321
c – La résidence et l’établissement, critères de différenciation directement interdits en matière de prestation de services.....	323
d – Le franchissement d’une frontière intra-communautaire, critère de différenciation incompatible avec le principe d’unité du marché commun.....	324
e – Le caractère non-limitatif des critères d’appréciation interdits par l’ordre juridique communautaire.....	324
2 – Des critères dont l’utilisation n’est jamais absolument interdite....	325
3 – Une admission non-restrictive de la qualification de discrimination directe.....	328
a – L’utilisation de critères aboutissant exclusivement à traiter différemment les situations en raison du sexe.....	328
b – Une conception extensive du critère d’appréciation interdit....	329
4 – La spécificité du contrôle de la comparaison en matière de discrimination indirecte.....	329
a – La détermination de la proportion des ressortissants affectés	330

par la mesure.....	
b – La détermination du caractère comparable des situations.....	332
c – La neutralité apparente des critères d’appréciation utilisés.....	334
C – L’identification des critères pertinents d’appréciation des situations....	336
1 – L’adéquation de la mesure à ses antécédents objectifs.....	337
a – L’hypothèse spécifique de la publicité des barèmes de prix (article 60 traité CECA).....	337
b – En matière de fonction publique.....	338
c – En matière agricole.....	339
d – En matière de politique commerciale commune.....	339
e – En matière de libre circulation des marchandises.....	341
f – En matière d’égalité des rémunérations entre travailleurs féminins et travailleurs masculins.....	342
2 – Le rapport concurrentiel, critère directement issu de la logique de construction du marché commun.....	343
a – Le rapport concurrentiel, critère logique pour l’application de l’interdiction de la discrimination dans le cadre des règles de libre concurrence.....	343
α – En application de l’article 82 du TCE (ex.art.86).....	343
β – En matière d’impositions intérieures discriminatoires.....	346
χ – En matière de dumping.....	350
b – L’application analogique du critère de la concurrence pour apprécier la comparabilité des produits agricoles.....	351
c – La concurrence, critère à concilier avec l’objet protecteur de certaines dispositions du droit communautaire.....	353
<b>SECTION II – Une appréciation des situations prédéterminée par</b>	<b>356</b>
<b>l’exigence de généralité et les finalités de la règle de droit.....</b>	
<b>§I – La similarité des situations - des méthodes de comparaison adaptées à</b>	<b>358</b>
<b>la réalisation uniforme des finalités de l’ordre juridique</b>	
<b>communautaire.....</b>	
A – La présomption de similarité.....	358
B – La similitude analogique entre les situations nationales et les	359

situations non nationales.....	306
1 – L’hypothèse de la similarité et de la concurrence potentielles.....	359
2 – La “standardisation”.....	363
3 – La référence à un modèle de comparaison.....	366
<b>§II – La détermination des différences essentielles de situations.....</b>	<b>368</b>
A – Le rejet des différences accessoires au regard de l’objet d’égalité de traitement.....	368
B – La détermination de critères généraux de différenciation.....	369
C – Les finalités de la mesure déterminent des situations nécessairement différentes dans le cadre des politiques intégrées.....	371
<b>CHAPITRE II – LE CONTRÔLE DE L’EFFET DISCRIMINATOIRE.....</b>	<b>377</b>
<b>SECTION I – Un contrôle de l’absence de discrimination de fait.....</b>	<b>378</b>
<b>§I – L’absence de discrimination de fait apparaît à l’analyse des effets de la mesure.....</b>	<b>378</b>
<b>§II – Une conception objective de la discrimination.....</b>	<b>379</b>
A – L’intention de l’auteur de la mesure n’est pas nécessaire pour qualifier la discrimination.....	380
B – L’intensité des effets de discrimination n’est en principe pas déterminante.....	381
<b>§III – Le vocabulaire de l’effet discriminatoire.....</b>	<b>382</b>
<b>SECTION II – La discrimination indirecte, forme spécifique de discrimination de fait.....</b>	<b>383</b>
<b>§I – Les premières expressions de la discrimination indirecte.....</b>	<b>384</b>
<b>§II – La discrimination indirecte en matière de liberté de circulation.....</b>	<b>385</b>
<b>§III – La discrimination indirecte dans le domaine de l’égalité de traitement entre travailleurs féminins et travailleurs masculins.....</b>	<b>388</b>
<b>§IV – Une interdiction qui s’impose au législateur communautaire.....</b>	<b>391</b>

<b>SECTION III – La qualification des entraves aux échanges.....</b>	<b>392</b>
<b>§I – Le contentieux des discriminations fiscales fournit d'intéressantes indications pour l'identification d'un contrôle des discriminations de fait.....</b>	<b>393</b>
<b>§II – La qualification des entraves à la libre circulation des marchandises.</b>	<b>395</b>
A – L'indétermination de l'expression "mesure d'effet équivalent".....	395
B – Des typologies des mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative.....	397
C – Les discriminations manifestes – les mesures qui ne sont pas indistinctement applicables sur un plan formel.....	400
D – Les discriminations de fait – les mesures qui ne sont indistinctement applicables que sur le plan formel.....	401
E – La qualification d' "entrave" ne repose pas nécessairement sur la démonstration du caractère discriminatoire de la mesure.....	406
<b>§III – Dans les domaines des libertés de circulation des travailleurs, de prestation de services et d'établissement.....</b>	<b>410</b>
A – Les entraves discriminatoires aux libertés de circulation des travailleurs, de prestation de services et d'établissement.....	410
B – Une qualification ambiguë des entraves non discriminatoires.....	413
1 – En matière de libre prestation des services.....	413
2 – En matière de liberté d'établissement.....	416
3 – En matière de libre circulation des travailleurs.....	418
<b>§IV – La spécificité des taxes d'effet équivalent à des droits de douane.....</b>	<b>419</b>
<b>§V – Une conception large de la non-discrimination – La nécessité d'une reconnaissance de la situation légale extra-étatique.....</b>	<b>422</b>
<b>TITRE II – LE CONTRÔLE DE LA JUSTIFICATION DU TRAITEMENT...</b>	<b>425</b>
<b>CHAPITRE I – LA NÉCESSITÉ D'UNE JUSTIFICATION OBJECTIVE ET RAISONNABLE.....</b>	<b>427</b>

<b>SECTION I – La justification objective du traitement.....</b>	<b>428</b>
§I – Le résultat de la comparaison fournit un premier élément de justification.....	428
§II – L'intérêt général peut justifier un écart par rapport à l'exigence d'égalité.....	430
<b>SECTION II – La justification raisonnable du traitement.....</b>	<b>431</b>
§I – Les exigences de la proportionnalité.....	431
§II – La distinction des griefs de discrimination et de disproportion.....	433
<b>SECTION III – Une prohibition des comportements arbitraires.....</b>	<b>437</b>
§I – Un comportement arbitraire est discriminatoire.....	437
§II – Un comportement arbitraire est manifestement déraisonnable et inobjectif.....	439
<b>CHAPITRE II – LES VARIATIONS DE L'EXIGENCE DE JUSTIFICATION.....</b>	<b>443</b>
<b>SECTION I – La justification de l'action des institutions communautaires.....</b>	<b>444</b>
§I – L'admission non-restrictive de la différence de situation comme élément de justification d'une différence de traitement.....	444
§II – L'intérêt commun : élément de justification d'une différence de traitement de situations similaires.....	448
§III – La proportionnalité, élément de justification du traitement différencié.....	450
A – L'exigence de proportionnalité restreinte.....	450
B – L'exigence de proportionnalité étendue.....	452

<b>SECTION II – La justification des actions des autorités nationales.....</b>	<b>455</b>
<b>§I – Une interprétation stricte des motifs permettant d'écartier     l'application des règles de droit communautaire.....</b>	<b>455</b>
A – En matière de libre circulation.....	455
1 – La nature des clauses permettant d'écartier l'application de la règle.....	455
2 – L'interprétation restrictive des clauses autorisant d'écartier l'application du principe de libre circulation.....	457
B – En matière d'égalité de traitement entre travailleurs féminins et travailleurs masculins.....	460
<b>§II – Les motifs d'intérêt général ne constituent pas des réserves     de compétence pour les Etats.....</b>	<b>461</b>
A – La Cour détermine les limites de l'action de l'Etat.....	462
B – L'ajustement des exigences posées par le traité avec les motifs d'intérêt général national.....	463
<b>§III – Le respect du principe de non-discrimination.....</b>	<b>469</b>
A – La mesure nationale dérogatoire ne peut constituer une discrimination.....	469
B – La discrimination ne peut en principe être justifiée.....	472
1 – La position de principe : la discrimination ne peut être justifiée.....	473
2 – Une apparence d'exception : l'admission de la justification des discriminations indirectes et des entraves discriminatoires.....	477
<b>§IV – Un contrôle strict de la nécessité et de la proportionnalité de la     mesure.....</b>	<b>480</b>
A – En matière de libre circulation.....	480
B – En matière d'égalité de traitement entre femmes et hommes.....	482
C – La distinction des griefs de discrimination et de disproportion.....	485
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>489</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>493</b>
<b>TABLES DES ARRÊTS CITÉS.....</b>	<b>509</b>

