

# L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE PARTICULIERS EN DROIT COMMUNAUTAIRE

LES FONDEMENTS

par

Samantha A. BESSON

*Lic.iur. avec mention en droit européen (Fribourg),  
M. Jur. in European and Comparative Law (Oxford)*  
Assistante à l'Université de Fribourg

## Introduction

Le thème de cet article est si vaste que celui-ci ne saurait à lui seul l'épuiser ou le présenter de manière exhaustive<sup>1</sup>. L'idée qu'un particulier doive en traiter un autre de manière égale, avant tout au sein d'une relation contractuelle, est séduisante, voire évidente pour certains. Elle se fonde, en droit positif, notamment sur l'effet horizontal direct de l'article 4 al. 2 phr. 3 Cst. et sur l'interdiction pénale de certains types de discriminations (cf. art. 261bis CP). Toutefois, les premières impressions dépassées, nous devons constater que le droit privé suisse, et même européen, pétri de l'héritage du XIX<sup>e</sup> siècle qui l'a vu naître, rejette cette idée au nom de l'autonomie privée et de l'une des nombreuses libertés qui en découlent, la liberté contractuelle.

Un principe philosophique et moral apparemment élémentaire, mais dont la relation dialectique et antithétique avec la(les) liberté(s) a toujours empoisonné le discours philosophico-politique, nous engage à remettre en cause nombre d'*a priori* libéraux du droit privé moderne, dont notamment celui d'une liberté contractuelle par trop absolue. Le débat doit donc passer par la remise en cause de la séparation entre sphère privée et sphère publique et par l'aspiration à une plus parfaite unité de l'ordre juridique; c'est pourquoi nous examinerons la controverse classique de l'effet horizontal ou interindividuel des droits fondamentaux, dite plus brièvement *Drittwirkung* par référence à ses instigateurs allemands.

La recherche d'un fondement pour l'égalité de traitement entre particuliers (en droit privé) nous amène, au-delà des éventuelles solutions nationales, au droit international de la protection contre les discriminations et en particulier au droit européen au sens large, savoir au droit communautaire et au droit du Conseil de l'Europe. L'objectif de cet article est de présenter les apports du droit européen en ce domaine et par là-même de saluer l'un des nombreux progrès de l'harmonisation du droit des pays européens, auquel notre droit ne devrait pas échapper.

Nous écartons volontairement la question de l'égalité entre femmes et hommes du champ d'investigation de cet article; cette problématique relève

<sup>1</sup> Ce sujet fait actuellement, dans un cadre plus large, l'objet d'une thèse de doctorat à l'Université de Fribourg.



rait en effet d'une étude de plus large envergure. Nous n'y recourons qu'à titre d'exemple sans entrer dans ses caractéristiques particulières qui en font un des domaines de la lutte antidiscriminatoire les plus achevés, en droit national comme en droit international. Les relations entre droit communautaire et droit suisse en matière d'interdiction de discriminer entre hommes et femmes font d'ailleurs l'objet d'une autre étude présentée dans cet ouvrage.

La présentation qui suit s'articule autour de trois parties; la première s'attache à quelques définitions et délimitations (I.), la seconde expose les fondements d'une interdiction de discriminer en droit communautaire au sens strict (II.) et la troisième décrit les fondements de cette même interdiction au sein de la Convention européenne des droits de l'homme (III.).

## I. Généralités

Cette partie consacrée à l'exposé de quelques généralités consiste en la présentation de la notion d'égalité de traitement entre particuliers (A.), des enjeux de la question (B.) et enfin de l'ordre juridique communautaire et notamment des droits et principes fondamentaux qui le composent (C.), à l'instar de l'égalité de traitement.

### A. La notion d'égalité de traitement entre particuliers

La notion d'égalité de traitement entre particuliers ne saurait être présentée sans exposer au-delà de son sens strict (1.) les formes qu'elle peut emprunter (2.).

#### 1. Au sens strict

L'égalité de traitement entre particuliers sera le plus souvent désignée sous le terme d'« égalité horizontale », par opposition à l'égalité verticale. L'omission du « traitement » dans cette dénomination découle de la conception unitaire de l'égalité en droit privé. L'égalité entre particuliers dans une relation horizontale ne se conçoit en effet que comme une *égalité de traitement*<sup>2</sup> de l'un vis-à-vis de l'autre, et non comme un simple droit à bénéficier des mêmes avantages et droits qu'autrui, ce qui relèverait de la relation verticale citoyen-Etat au sein de laquelle seulement peuvent être garantis des droits dont les individus doivent pouvoir jouir de manière égale. Fondamentalement, il n'existe aucune différence de qualité entre l'égalité (*Rechts-*

<sup>2</sup> Cf. HUECK G., *Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht*, Munich 1958, p. 2 s. (cité : HUECK); MEYER D., *Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht*, Berne 1976, p. 15 ss (cité : MEYER); TRACHSLER H., *Das privatrechtliche Gleichbehandlungsgebot - Funktionaler Aspekt der Persönlichkeitsrechte gemäss Art. 28 ZGB*, St Gall 1991, p. 1 (cité : TRACHSLER); AEPFL V., *Grundrechte und Privatrecht*, th. Fribourg 1980, p. 195 (cité : AEPFL); cf. aussi MUELLER G., *Kommentar zu Art. 4 BV*, in : *Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Loseblatts Ausgabe, Bâle-Zürich-Berne 1990, n. 4 s. (cité : MUELLER, Kommentar).

*gleichheit*) et l'égalité de traitement (*Gleichbehandlung*). L'organisation de l'autonomie privée de particuliers n'étant pas constituée de règles de droit (*Rechtsgleichheit*) et n'ayant rien d'une règle absolue, seule une égalité « de relation » semble pouvoir lier des particuliers les uns envers les autres.

L'égalité horizontale nécessite, de manière évidente, *trois* personnes<sup>3</sup> au moins, puisque, pour pouvoir être considéré comme inégal, tout traitement doit faire l'objet d'une comparaison<sup>4</sup> avec le traitement d'un tiers de référence. Le principe même de comparaison constitue la pierre angulaire de toute égalité horizontale en tant qu'elle est comprise comme une égalité de proportion. Cette conception relative, car relationnelle, de l'égalité de traitement est en général attribuée à la formule aristotélicienne<sup>5</sup>, suivant laquelle il convient de « traiter de manière semblable ce qui est semblable et de manière différente ce qui est différent »<sup>6</sup>.

L'égalité de traitement entre particuliers (*Gleichbehandlungsgebot*) constitue l'aspect positif d'une règle dont la face négative est le principe de non-discrimination (*Diskriminierungsverbot*); la violation du premier entraîne celle du second, puisqu'interdire de discriminer revient à obliger à traiter de

<sup>3</sup> Cf. au sujet d'une égalité entre deux parties contractantes, seulement, en vertu de l'égalité commutative, GORDLEY J., « Equality in Exchange », *California Law Review* 69 (1981) p. 1587 ss (cité : GORDLEY, Equality) et GORDLEY J., « Enforcing Promises », *California Law Review* 83 (1995), p. 547 ss, p. 549 ss (cité : GORDLEY, Enforcing), en vertu desquels ce sont les deux principes d'égalité aristotélicienne et de libéralité qui assurent l'équilibre des parties au sein de la relation contractuelle.

<sup>4</sup> Cf. MEYER, p. 156 s. A noter que cette condition ne vaut que dans le cas où les parties ne partent pas de l'idée que la relation « se poursuit selon les mêmes termes que l'ancienne ».

<sup>5</sup> Cf. ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. J.-B. St Hilaire, Paris 1992, Chap. XIV (cité : ARISTOTE, Ethique); KELSEN H., « Aristotle's Doctrine of Justice », in *What is Justice ?* 110/1957, p. 127 s. (cité : KELSEN, Aristotle); HARDIE W., *Aristotle's Ethical Theory*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford 1980, p. 189 (cité : HARDIE); WESTEN P., « The Empty Idea of Equality », 95 *Harvard Law Review* (1982), p. 537 ss, p. 539 (cité : WESTEN, Empty Idea).

<sup>6</sup> Cette formule est largement répandue et reprise aujourd'hui, notamment dans les arrêts du Tribunal fédéral en application de l'art. 4 al. 1 Cst. Cf. entre autres ATF 110 Ia 7/13, Jdt 1986 I p. 37 et ATF 114 Ia 221/223 : « Die Rechtsgleichheit ist insbesondere verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit behandelt wird; vorausgesetzt ist, dass sich der unbegründete Unterschied oder die unbegründete Gleichstellung auf eine wesentliche Tatsache bezieht ».

<sup>7</sup> Cf. NINO C.S., *The Ethics of Human Rights*, Oxford 1993, p. 16 ss (cité : NINO), qui se réfère au fait que les droits de l'homme fondent toujours des raisons d'action ou de comportement (*reasons for action*); ainsi le fait de considérer que le droit d'être traité en égal sera violé par une discrimination tend à un comportement non discriminatoire de traitement en égal. Cf. NOWAK, *Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl am Rhein-Strasbourg-Arlington 1993, p. 459 ch. 3 (cité : NOWAK, Commentary); PARTSCH K.J., *Discrimination against Individuals and Groups*, EPIL, vol. 8, 1985, p. 134 ss, p. 134 (cité : PARTSCH, Discrimination against Individuals); STRAUSS R., *Das Verbot der Rassendiskriminierung*, th. Zurich 1991, p. 30 (cité : STRAUSS); VELU/EREC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Extrait du répertoire pratique du droit belge, Complément, Tome VII, Bruxelles 1990, p. 112 (cité : VELU/EREC); RAMCHARAN B.G., « Equality and Non-Discrimination », in : L. HENKIN (publié sous la direction de), *The International Bill of Rights : The Covenant on Civil and Political Rights* New York 1983, vol. 10, p. 246 ss, p. 252 (cité : RAMCHARAN). Contra : PARTSCH K.J., « The Final Act of Helsinki and Non-Discrimination in International Economic Relations », *ZaöRV* (1985), p. 1 ss, p. 7 (cité : PARTSCH, The Final Act), qui considère que le principe de non-discrimination est éminemment moins flexible que le principe d'égalité de traitement. Cf. encore GUYAZ A., *L'incrimination de la discrimination raciale*, th. Berne 1996, p. 32 (cité : GUYAZ). Cf. pour le droit communautaire, l'introduction de l'ouvrage de DINE/WATT (éd.), *Discrimination Law : Concepts, Limitations and Justifications*, Londres 1996 (cité : DINE/WATT).



manière égale<sup>7</sup>. Ces deux termes sont ainsi interchangeables, en droit interne comme en droit international<sup>8</sup>, et désignent le même principe d'égalité matérielle. L'égalité n'est-elle pas souvent considérée comme une *interdiction d'exercer des différenciations infondées* (*Verbot unsachlicher Differenzierung*)<sup>9</sup> ?

Afin de lever toute équivoque terminologique, nous parlerons de *différenciation* pour désigner la différence qui est faite entre deux ou plusieurs états de fait, d'*égalité* en cas de différenciation de situations semblables et de *discrimination* en cas d'inégalité objectivement injustifiée<sup>10</sup>. Seul le traitement différent (i) de deux situations semblables (ii) qui n'est pas justifié par des raisons objectives (iii) est pros crit. La notion de « discrimination » ne désigne donc plus aujourd'hui la simple « différenciation », mais bien l'inégalité de traitement arbitraire se fondant sur l'appartenance à un groupe ou à une catégorie social(e) particulier(ère)<sup>11</sup>. Le fondement et les critères de mise en oeuvre de cette interdiction de discriminer font l'objet de cette étude.

L'existence d'une discrimination requiert cinq éléments.

— La *comparabilité* des états de fait; il s'agit d'une notion objective qui se distingue de l'identité ou de l'égalité absolue de deux situations et selon laquelle ne sont comparables que deux états de fait dont au moins deux ou trois éléments objectifs se ressemblent même s'ils diffèrent en d'autres aspects<sup>12</sup>. La détermination de la comparabilité de chaque cas est laissée à l'appréciation du cas concret<sup>13</sup>. En droit communautaire, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) ne distingue pas clairement entre l'examen de la comparabilité des états de fait et celui des motifs justificatifs de l'inégalité de traitement, ignorant ainsi que le fait de conclure à la non-comparabilité des états de fait permet de trancher très rapidement la

<sup>8</sup> Cf. KEWENIG W., *Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen*, vol. I : *Der Begriff der Diskriminierung*, Frankfurt 1972, p. 51 (cité : KEWENIG); ZIMMERMANN E., *Die Preisdiskriminierung im Recht der EGKS*, Francfort 1962, p. 51 (cité : ZIMMERMANN); JAENICKE G., « Diskriminierung », in : *Strupp-Schlochauer Wörterbuch des Völkerrechts*, vol. I, Berlin 1961, p. 390 (cité : JAENICKE); MOHN A.-S., *Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht, Differenzierungen im europäischen Gemeinschaftsrecht und ihre Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz*, Kehl am Rhein 1990, p. 3 (cité : MOHN); BAYESKY A.F., « The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law », *Human Rights Law Journal* 11/1990, n° 1 et 2, p. 1 ss, p. 1 (cité : BAYESKY); FAWCETT I.E.S., *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford 1969, p. 239 (cité : FAWCETT); DINSTEIN Y., « Discrimination and International Human Rights », *Israel Yearbook of Human Rights* 15/1985, p. 11 ss (cité : DINSTEIN). Cf. encore l'opinion du Juge R.E. PIZA ESCALANTE, *Human Rights Law Journal* 5/16/1984, p. 183, par. 10 : « It appears clearly that the concepts of equality and non-discrimination are reciprocal, like the two faces of one and the same institution. Equality is the positive face of non-discrimination. Discrimination is the negative face of equality. ».

<sup>9</sup> Cf. MUELLER, *Kommentar*, n. 4.

<sup>10</sup> Cf. MOHN, p. 3. Cf. cependant KEWENIG, p. 167 ss, qui parle de discrimination justifiée et de discrimination prohibée.

<sup>11</sup> Cf. COESTER-WALTEN D., « Zielsetzung und Effektivität eines Antidiskriminierungsgesetzes », *Zeitschrift für Rechtspolitik* 9/1982 p. 217 ss, p. 218 (cité : COESTER-WALTEN); GUYAZ, p. 28 ss; BOSSUYT M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles 1976, p. 8 ss, 12 ss et 26 s. (cité : BOSSUYT); KEWENIG, p. 25 ss; VIERDAG E., *The Concept of Discrimination in International Law, with Special Reference to Human Rights*, La Haye 1973, p. 48 (cité : VIERDAG).

<sup>12</sup> Cf. MOHN, p. 50 ss; KEWENIG, p. 73.

<sup>13</sup> Cf. MOHN, p. 55.

question de la prétendue inégalité de traitement et de sa justification éventuelle. Cette distinction ressort cependant clairement de certains articles du Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992 (TUE; cf. art. 95 et 119 TUE)<sup>14</sup>. La CJCE considère que pour que deux états de fait puissent être considérés comme comparables, il convient qu'ils aient en commun des objets décisifs ou essentiels<sup>15</sup>.

— Une *différence de traitement*; ce terme désigne le fait de traiter de manière semblable des états de fait semblables et de manière différente des états de fait différents<sup>16</sup>. En droit communautaire, l'interdiction de discriminer vaut quel que soit le degré ou la nature de la discrimination<sup>17</sup>.

— L'absence d'un *motif objectif de différenciation*; si le motif de la distinction est objectivement justifié, il n'y a pas de différenciation arbitraire, ni respectivement de discrimination. Certaines conventions dressent une liste de motifs de distinction arbitraires à titre d'exemple<sup>18</sup>. Il faut à ce sujet distinguer l'interdiction de la discrimination *simple*, fondée sur une différenciation basée sur un motif de discrimination précis (*self-contained*), de l'interdiction de la discrimination *arbitraire*, découlant d'une différenciation arbitraire de situations égales pour laquelle le caractère arbitraire de l'inégalité de traitement est un élément constitutif de la discrimination (*open-ended*)<sup>19</sup>. Sera considérée comme arbitraire toute discrimination illégitime, déraisonnable et dès lors constituant une atteinte inadmissible aux droits fondamentaux d'un être humain.

Pour être justifiée et considérée comme fondée, une différence de traitement doit non seulement se baser sur des critères de distinction objectifs et non arbitraires, mais aussi présenter une certaine *proportionnalité* entre les moyens adoptés, la discrimination et le but visé<sup>20</sup>. A noter que la proportionnalité et la légitimité des critères de distinction adoptés seront particulièrement difficiles à établir en cas de distinction fondée sur le sexe, la race ou la religion; des motifs issus de traditions ou d'usages locaux ne peuvent en aucun cas constituer une justification objective<sup>21</sup>.

En droit communautaire, l'interdiction de la discrimination n'est pas aussi strictement associée à celle de l'arbitraire<sup>22</sup> qu'en Suisse, en Allemagne ou dans d'autres pays européens. L'interdiction de discriminer du droit communautaire a en effet un caractère absolu et les éventuels motifs justificatifs d'une inégalité de traitement sont très restreints<sup>23</sup>. Même si la CJCE

<sup>14</sup> Cf. MOHN, p. 48 ss; KEWENIG, p. 73. Cf. *Affaire Ruckdeschel*, 11/776 et 16/77, Rec. 1977, p. 1753 ss, p. 1770 ss.

<sup>15</sup> Cf. MOHN, p. 52; KEWENIG, p. 73. Cf. *Affaire Klöckner*, 17 et 29/61, Rec. 1962 p. 653 ss, p. 693. Cf. GUYAZ, p. 30; STRAUSS, p. 30 et 95; BOSSUYT, p. 34.

<sup>16</sup> Cf. BEUTLER/BIEBER/PIPKORN/STREIL, *Die Europäische Union - Rechtsordnung und Politik*, 4<sup>e</sup> éd., Baden-Baden 1993, p. 319 (cité : BEUTLER/BIEBER/PIPKORN/STREIL); *Affaire Commission c. France*, 16/1773, Rec. 1974 p. 359.

<sup>17</sup> Cf. BOSSUYT, p. 56-59; PARTSCH, *Discrimination against individuals*, p. 138. C'est le cas de la Charte des Nations Unies, de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, de la Convention européenne des droits de l'homme et des deux Pactes des Nations Unies.

<sup>18</sup> Cf. KEWENIG, p. 191, conclusion n° 2; BOSSUYT, p. 98 ss.

<sup>19</sup> Cf. BAYESKY, p. 11 ss.

<sup>20</sup> Cf. BAYESKY, p. 18 ss.

<sup>21</sup> Cf. BOSSUYT, p. 11 ss.

<sup>22</sup> Cf. cependant BODE I., *Die Diskriminierungsverbote im EWGV*, Göttingue 1968, p. 27 ss et 30 ss, avec références (cité : BODE).

<sup>23</sup> Cf. MOHN, p. 108 ss.



parle aussi de « critères objectifs », leur mesure est très stricte. En effet, selon la CJCE, des états de fait semblables peuvent être traités de manière différente, « à condition que cette différence de traitement soit justifiée par l'existence de différences objectives d'un certain poids », et respectivement que cette différence repose sur des critères objectifs et contrôlables<sup>24</sup>. L'article 36 TUE confirme la conception selon laquelle l'interdiction de discriminer du droit communautaire ne constitue pas une pure interdiction de l'arbitraire, puisque cet article parle de diverses restrictions qui ne doivent pas entraîner de discriminations arbitraires, comme si toutes les discriminations prévues par le Traité n'étaient pas arbitraires<sup>25</sup>. Finalement, les conditions de l'égalité de traitement en droit communautaire étant très strictes, les critères de justification d'un traitement discriminatoire doivent être plus facilement discernables.

— L'effet sur les *droits de l'individu*; la prohibition de la discrimination tient au fait que celle-ci ne présente pas un lien suffisant et raisonnable entre son motif et le droit exercé en l'espèce<sup>26</sup>. Il faut encore déterminer si l'exercice de tout droit subjectif peut entraîner une discrimination ou si seuls les domaines public et quasi-public, à l'exclusion des relations intimes ou privées, sont soumis à l'interdiction de la discrimination arbitraire de droit international. Le domaine quasi-public couvrirait tous les domaines de la « vie en communauté » susceptibles d'être réglés par le droit public ou privé, regroupant aussi bien les relations citoyens-Etat que les relations interindividuelles.

— La création d'un *préjudice*; il faut encore que la discrimination ait comme effet une véritable atteinte à l'égalité de traitement. Ainsi, la différence de traitement doit être constatée en tant que résultat et non en tant que mesure, car le résultat d'une mesure inégale peut toujours être rééquilibré<sup>27</sup>. La violation de l'égalité de traitement est, en tant que préjudice en découplant, un élément constitutif de la discrimination, puisqu'elle provient de l'arbitraire de la distinction ; pour pouvoir être considérée comme telle, la différence de traitement doit en effet aboutir à la péjoration de la situation de la personne discriminée<sup>28</sup>.

A noter que *l'intention de discriminer* ne constitue pas une condition nécessaire en matière de protection internationale de l'égalité de traitement<sup>29</sup>. En effet, parmi les quatre instruments internationaux qui contiennent une définition explicite de l'égalité de traitement, trois se réfèrent à « l'intention ou à l'effet » de discriminer (art. 1 de la Convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale du 21 décembre 1965 [RS 0.104]; art. 1 de la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes; art. 1 de la Convention de l'UNESCO contre la discrimination dans l'enseignement du 14 décembre 1960), alors que le qua-

<sup>24</sup> Cf. MOHN, p. 109. Cf. Affaire *Klückner*, 17, 20/61, Rec 1962 p. 653 ss, p. 692 s.; Affaire *Finsider*, 250/83, Rec. 1985 p. 131 ss, p. 153; Affaire *Duphar*, 238/82, Rec. 1984 p. 523 ss, p. 542.

<sup>25</sup> Cf. MOHN, p. 111.

<sup>26</sup> Cf. BOSSUYT, p. 73 s. L'existence d'une discrimination illicite est intimement liée à l'existence d'un droit subjectif.

<sup>27</sup> Cf. MOHN, p. 103 s.

<sup>28</sup> Cf. MOHN, p. 104; KEWENIG, p. 153; HUECK, p. 264 ss.

<sup>29</sup> Cf. BAYESKY, p. 8 ss.

trième ne mentionne que l'effet discriminatoire (art. 1 (a) Convention n° 111 de l'Organisation Internationale du Travail [OIT] concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession du 25 juin 1958 [RS 0.822.721.1])<sup>30</sup>.

## 2. Les formes d'égalité de traitement

L'égalité de traitement entre particuliers peut emprunter diverses formes. Ces formes correspondent aux distinctions qui existent entre discriminations directes et indirectes (a) et négatives et positives (b). Nous détaillons ensuite l'égalité de droit de l'égalité de fait (c).

### a) Les discriminations directes et indirectes

Une discrimination est *directe*, lorsqu'elle se fonde directement sur un critère de distinction infondé et arbitraire. Elle est *indirecte*, lorsqu'elle se dissimule derrière l'application d'éléments apparemment égaux ou neutres, mais aboutit au même résultat dans les faits<sup>31</sup> (p.ex. la discrimination indirecte des femmes par la discrimination du travail à temps partiel ; cf. p.ex. art. 3 al. 1 de la Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes [LEg ; RS 151])<sup>32</sup>. Dans ce dernier cas, il convient de vérifier si la discrimination illégitime visait bien, au-delà du critère de distinction adopté, à se fonder sur un critère de différenciation arbitraire.

L'importance de la reconnaissance des discriminations indirectes se révèle en matière de discriminations fondées sur le sexe, lorsque l'on refuse de reconnaître que le sexe est à la base de la différence de traitement, en se repliant derrière des arguments relevant de l'état civil de la personne, de sa situation familiale, d'une éventuelle future grossesse, etc.<sup>33</sup>. Un autre domaine pour lequel il est crucial de pouvoir dénoncer les discriminations indirectes est celui de l'état de santé d'une personne, notamment en raison de celui des personnes atteintes du virus VIH ou du SIDA<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Cf. BAYESKY, p. 9.

<sup>31</sup> Cf. La distinction a été lentement façonnée par la CJCE, notamment dans l'affaire *Soگیu* (12 février 1974, 152/73, Rec. 1974, p. 153), dans laquelle elle constatait que le principe d'égalité de traitement prohibe non seulement les discriminations ostensibles, mais encore toutes les formes dissimulées de discrimination qui par l'application d'autres critères de distinction aboutissent en fait au même résultat. Cf. SCHOCKWEILER F., « La portée du principe de non-discrimination de l'art. 7 du Traité CEE », *Rivista di diritto europeo*, 1991/1, p. 5 (Cité : SCHOCKWEILER); BEUTLER/BIEBER/PKORN/STREIL, p. 319; Affaire *Soگیu*, 152/73, Rec. 1974 p. 153 et *Biehl*, 175/88, Rec. 1990 p. 1779. Cf. encore BYRE A., « Equality and Non-Discrimination », in WAALDIJK/CLAPHAM (éd.), *Homosexuality : A European Community Issue*, Dordrecht 1993, p. 207 ss, p. 212 s. (Cité : BYRE), qui cite notamment les Affaires *Bilka Kaufhaus c. Weber*, 170/84, Rec. 1986 p. 1607 ss et *Dekker c. VJV-Centrum plus*, 177/88, Rec. 1990 p. 3941 ss. Cf. encore Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, FF 1993 I p. 1163 ss, p. 1211 s. (= Mess. LEg).

<sup>32</sup> Cf. LENAERTS, Egalité, p. 12 ss; GARRONE P., « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *Revue trimestrielle de droit européen* 1994 n° 3 p. 425 ss, p. 426 ss (Cité : GARRONE).

<sup>33</sup> Cf. Mess. LEg., p. 1210 ss.

<sup>34</sup> Cf. CHARLES D., « Les personnes infectées par le VIH, les malades du SIDA et leurs droits de vivre dans l'entreprise », in AUSLANDER L. (éd.), *Différence des sexes et protection sociale, XIXe-XXe siècles, les lois protectrices*, St Denis 1995, p. 223 ss, p. 226 et 231 (Cité : CHARLES).



## b) Les discriminations positives et négatives

Il faut distinguer le concept de discrimination active, qui implique un comportement actif et non passif, de celui de *discrimination positive* (*affirmative [or positive] action*)<sup>35</sup>; la discrimination positive revient à adopter un comportement de différenciation de situations semblables aux fins de corriger les conséquences actuelles d'injustices passées, à l'égard des femmes ou de certaines minorités nationales<sup>36</sup>. Les mesures de promotion de la femme constituent l'exemple le plus courant de mesures de discrimination positive (cf. art. 3 al. 3 LEG; cf. aussi art. 4 al. 2 Directive 76/207/CEE relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail [Directive 76/207])<sup>37</sup>.

La validité des discriminations positives est encore controversée; en effet, une discrimination positive peut aboutir à une discrimination arbitraire de la partie opposée. C'est ce qu'il est courant d'appeler une *reverse discrimination*<sup>38</sup>; ainsi, la promotion à chances égales<sup>39</sup> de candidats noirs ou la préférence accordée à des candidatures féminines peut aboutir dans certains cas à la discrimination arbitraire de candidats blancs ou masculins<sup>40</sup> (cf. le légendaire *innocent white male*<sup>41</sup>).

Le problème de la *reverse discrimination* s'associe à celui de la *discrimination à rebours* (*umgekehrte Diskriminierung*), notion qui a été notamment développée en droit communautaire dans le cadre de la libre circulation des travailleurs et du traitement national<sup>42</sup>; le travailleur national qui est défavorisé dans son pays face à un travailleur ressortissant d'un autre Etat membre ne peut invoquer l'interdiction de discriminer du droit communautaire, puis-

<sup>35</sup> Cf. notamment RIGAUD F., « Le droit d'avoir des droits, la dynamique du principe d'égalité », Texte présenté au colloque « Hannah Arendt et le monde d'aujourd'hui » des 20, 21 et 22 mai 1997 à Genève, p. 7 (cité : RIGAUD, Principe d'égalité); BAYESKY, p. 24 ss; TREBILCOCK M.J., *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge Mass.-Londres, 1993, p. 206 s. (cité : TREBILCOCK).

<sup>36</sup> Cf. *Affaire Regents of the University of California v. Bakke*, 438 US 265, 305 (1978) : cas d'*affirmative action*.

<sup>37</sup> Cf. KAUFMANN C., « Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) », PJA 1993 p. 1349 ss, p. 1355 (cité : KAUFMANN, Bundesgesetz).

<sup>38</sup> Cf. DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass., 1993, § 9 p. 223 ss (cité : DWORKIN, Taking Rights Seriously).

<sup>39</sup> Cf. Il ne s'agit donc pas de l'hypothèse où il faut un acteur noir pour jouer un certain rôle ou une femme pour porter du prêt-à-porter féminin.

<sup>40</sup> Cf. La jurisprudence européenne au sujet des mesures nationales de mise en œuvre de la Directive de 1976 (76/207/CEE) et notamment de son art. 4 al. 2 prévoyant une exception au principe général d'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe en faveur des « 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 ». Il s'agit d'arrêts récents en la matière : *Affaire C-450/93 : Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, du 17 octobre 1995, Rec. 1995 I p. 3069; Conclusions de l'avocat général M. Francis Jacobs du 15 mai 1997 dans l'*Affaire Hellmut Drachmann/Land Nordrhein-Westfalen*, C-409/95, Communiqué de presse n° 26/97; *Affaire Nils Draehmpaehl/Urania Immobilien Service*, C-180/95, Rec 1997 I p. 2195. Conformément à la jurisprudence *Kalanke*, une réglementation nationale qui garantit une « priorité absolue et inconditionnelle » aux femmes lors d'un recrutement ou d'une promotion va au-delà de la promotion de l'égalité des chances et dépasse les limites de l'art. 2 al. 4 de la Directive de 1976.

<sup>41</sup> Cf. TREBILCOCK, p. 203.

<sup>42</sup> Cf. BEUTLER/BIEBER/PIPKORN/STREIL, p. 319; *Affaire Morson*, 35/82, Rec. 1982 p. 3723.

que sa situation relève uniquement du droit interne<sup>43</sup>. Notons toutefois qu'il existe une pression énorme de la part de la Communauté sur les Etats membres pour qu'ils intègrent l'ensemble des règles communautaires à leur droit interne<sup>44</sup>.

## c) L'égalité de droit et de fait

Rappelons enfin que l'égalité horizontale qui va nous occuper dans cette étude est une égalité de *droit*, et non de *fait*, comme nous l'avons décrite dans la première partie. Il ne sera pas question en effet des inégalités qui fondent la condition humaine, ni d'une plus grande égalité sociale ou encore des manières d'assurer une plus grande égalité des chances<sup>45</sup>; nous éviterons par là l'écueil de l'« égalisation » (*Gleichmacheri*) complète et artificielle des individus.

## B. Les enjeux de la question

Les enjeux de la question de l'égalité de traitement entre particuliers relèvent notamment du débat qui entoure la distinction obsolète entre sphère privée et sphère publique (1.), ainsi que de celui qui découle de l'aspiration à l'avant-garde d'unité de l'ordre juridique, à savoir celui de l'effet horizontal des droits fondamentaux (2.).

## 1. La distinction entre sphère privée et sphère publique

L'intérêt du thème traité tient avant tout au fait que l'influence du droit privé sur le droit international public et surtout du droit international public sur le droit privé s'accroît sans cesse<sup>46</sup>. Le droit international public dicte aujourd'hui la solution de nombreux problèmes de droit civil; en effet, par le biais de décisions internationales, notamment de la Cour européenne des droits de l'homme, des normes appartenant matériellement au droit civil interne ont été promues au rang de droits de l'homme. Les conventions sur les

<sup>43</sup> Cf. pour ce qui concerne la libre circulation des sportifs et le cas *Bosman*, MERCIER/JACOT-GUILLARMOD, *La libre circulation des personnes et des services*, Bâle-Francfort-sur-le Main 1991, p. 23 (cité : MERCIER/JACOT-GUILLARMOD); MARTIN D., *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles 1995, p. 38 (cité : MARTIN); THILL M., « L'arrêt *Bosman* et ses implications pour la libre circulation des sportifs à l'intérieur de l'Union européenne dans des contextes factuels différents de ceux de l'affaire *Bosman* », *RMUE* 1/1996 p. 89 ss, p. 100 (cité : THILL).

<sup>44</sup> Cf. KEWENIG, « Niederlassungsfreiheit, Freiheit des Dienstleistungsverkehrs und Inländerdiskriminierung », JZ 1990, p. 20 ss (cité : KEWENIG, JZ); MORTELMANS K., « La discrimination à rebours et le droit communautaire », *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1980 p. 1 ss (cité : MORTELMANS).

<sup>45</sup> Cf. AUBERT J.-F., « L'article sur la discrimination raciale et la Constitution fédérale », *PJA* 9/94 p. 1079 ss, p. 1081 s. (cité : AUBERT, Discrimination raciale).

<sup>46</sup> Cf. GROSSEN J.-M., « Droit civil et droit international public ou : Remarques sur l'unité de la science du droit », *RDS* 112/1993 I p. 1 ss, p. 7 (cité : GROSSEN, Unité de la science de droit). Il suffit de penser aux affaires *Marckx c. Belgique* (Arrêt du 13 juin 1979, Série A n° 31) ou *Johnston c. Irlande* (Arrêt du 18 décembre 1986, Série A n° 112).



droits de l'homme et les mécanismes de contrôle qu'elles établissent constituent les instruments les plus apparents de la « pénétration » du droit international public dans les champs d'application traditionnels du droit civil, notamment en matière d'égalité de traitement entre particuliers<sup>47</sup>.

De plus en plus, la distinction entre sphère privée et sphère publique s'avère dangereuse, car lacunaire en matière de protection des droits de l'homme<sup>48</sup>. Les raisons de la redéfinition de la distinction entre sphère privée et sphère publique tiennent avant tout à l'émergence de nouveaux points de puissance (*quasi publique*) dispersés et distincts de l'Etat, à l'intervention croissante de l'Etat dans l'économie et à l'apparition d'un troisième facteur, le facteur supranational<sup>49</sup>. La limitation de l'applicabilité des droits de l'homme à la sphère publique et aux autorités « publiques » ne répond donc plus aux besoins actuels et entraîne de graves inégalités de traitement face aux nombreuses violations des droits de l'homme entre particuliers.

Pourtant, unifier l'application de l'ensemble des droits fondamentaux aux deux sphères ne serait pas sans danger<sup>50</sup>, en effet, toutes les relations privées ne sont pas à même de profiter de cette globalité de l'ingérence des droits de l'homme ou inversement tous les droits de l'homme ne sont pas propres à une application interindividuelle<sup>51</sup>. Il existe donc une sphère où l'application de la majorité des droits de l'homme en tant que tels n'est pas possible. Prenons un exemple : l'interdiction de discriminer, telle qu'elle est garantie par de nombreuses conventions, couvrira le cas d'un marchand refusant de servir un client potentiel à cause de sa couleur de peau, alors qu'il est plus difficile de juger le cas du choix ethnique lors de la sélection du donneur dans une banque de sperme. Les instruments internationaux déterminants ne définissent pas les cas d'application en les distinguant de la sphère publique, mais simplement en les isolant<sup>52</sup>. On chercherait vainement des critères de distinction entre sphère entièrement publique et sphère intime, qui soient utiles, dans la notion d'organe de l'Etat ou encore dans celle de propriété privée<sup>53</sup>.

Les motifs des adversaires de l'application des droits de l'homme aux relations horizontales se rattachent à un « fédéralisme prudent » soucieux de respecter l'autonomie des Etats membres, et notamment la sphère propre de réglementation du droit privé, sphère que les Etats considèrent comme leur. On retrouve ce type de raisonnement aussi bien dans la Communauté européenne que dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) où les cours ménagent aux juridictions nationales une large marge

<sup>47</sup> Cf. GROSSEN, Unité de la science de droit, p. 8; WESTIN A.F., *Privacy and Freedom*, Londres-Sydney-Toronto 1967 (cité : WESTIN); WILDHABER/BREITENMOSER, *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Kommentierung des Artikels 8, Cologne 1992, Kn. 95, p. 44 (cité : WILDHABER/BREITENMOSER).

<sup>48</sup> Cf. CLAPHAM A., *Human Rights in the private sphere*, Oxford 1996, p. 94 et 134 ss (cité : CLAPHAM, Human Rights).

<sup>49</sup> Cf. CLAPHAM, Human Rights, p. 137 s. avec références.

<sup>50</sup> Cf. CLAPHAM, Human Rights, p. 356, qui évoque le danger d'un retour des abus des discours teintés de droits de l'homme par une application trop globale des droits de l'homme notamment aux recours contre des associations.

<sup>51</sup> Cf. CLAPHAM, Human Rights, p. 134 ss.

<sup>52</sup> Cf. CLAPHAM, Human Rights, p. 135.

<sup>53</sup> Cf. RAZ J., *The Morality of Freedom*, Oxford 1986, p. 207 (cité : RAZ, Morality); CLAPHAM, Human Rights, p. 145 ss et p. 352.

d'appréciation<sup>54</sup>. Cette réserve en faveur des Etats membres s'explique notamment par la relation « symbiotique » qui unit la pratique internationale, en l'occurrence les pratiques luxembourgeoise et strasbourgeoise, aux pratiques nationales, dont la pratique internationale attend et suit tous les signes de changement<sup>55</sup>. La relation *dialectique* qui unit les juridictions internationales, et notamment européennes, aux juridictions nationales fait dépendre la pénétration véritable des droits de l'homme, et de l'égalité de traitement, dans les relations horizontales d'une intensification des pratiques nationales européennes allant dans ce sens; un trop grand attentisme de ces dernières risquerait d'être fatal.

## 2. L'effet des droits fondamentaux entre particuliers

De la question de l'abandon progressif (et progressiste) de la distinction entre sphère privée et sphère publique, découle logiquement celle de l'effet entre particuliers des droits fondamentaux, soit celle de l'éventuel *effet horizontal* des droits découlant du droit public national et international<sup>56</sup>. La protection des droits de l'homme s'étend-elle à la violation immédiate de ceux-ci par des personnes ou entités privées (par opposition à l'Etat ou ses organes) ? Les particuliers peuvent-ils donc être tenus de respecter certains droits fondamentaux à l'égard d'autres particuliers, soit non plus seulement constituer les bénéficiaires de ces droits, mais aussi leurs obligés ? Voilà les questions auxquelles nous tenterons d'apporter une réponse.

L'évolution des relations internationales et des instruments internationaux de garantie des droits de l'homme a consacré l'individu en tant que sujet de droit international, titulaire non seulement de *droits*, mais aussi d'obligations et de *devoirs*<sup>57</sup>. L'Etat n'est donc plus le seul sujet de droit international à être tenu de respecter les droits de l'homme sous peine d'en être responsable<sup>58</sup>.

Le concept d'effet horizontal (*direct* ou *indirect*), de *Drittwirkung* ou *third party applicability*, de la théorie constitutionnelle interne peut être repris en droit international. Remarquons cependant que l'analogie n'est pas toujours heureuse<sup>59</sup> ; il existe une différence entre une institution du droit constitution-

<sup>54</sup> Cf. CLAPHAM, Human Rights, p. 344 ss.

<sup>55</sup> Cf. CLAPHAM, Human Rights, p. 346 s.; FROWEN J.A., « Fundamental Human Rights as a Vehicle of Legal Integration in Europe », in : CAPPELLETI/SECOMBE/WEILER (éd.), *Integration through Law : Europe and the American Federal Experience*, Berlin 1986, vol. I, livre III, p. 300 ss, p. 302 (cité : FROWEN).

<sup>56</sup> Cf. MUELLER, G. « Die Drittwirkung der Grundrechte », ZBl 1978 p. 223 ss, p. 226 (cité : MUELLER, Drittwirkung); DELBRUECK J., « Drittwirkung der Grundrechte durch völkerrechtliche Verpflichtung ? », in : *Im Dienst an Recht und Staat*, Mel. W. Weber, 1974, p. 223 ss (cité : DELBRUECK).

<sup>57</sup> Cf. CLAPHAM, Human Rights, p. 89 ss, p. 94 ss; CASSESE A., « Individuo (diritto internazionale) », in : *Enciclopedia di diritto*, Milan 1971, XXI p. 223 avec références (cité : CASSESE). Cf. notamment l'art. 29 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948, qui est repris au sein des deux Pactes de l'ONU de 1966.

<sup>58</sup> Cf. CLAPHAM, Human Rights, p. 89; CEDH, *Affaire X et Y c. The Netherlands*, 1985, Série A, vol. 91, par. 23.

<sup>59</sup> Cf. CLAPHAM, Human Rights, p. 178 ss. Cf. sur d'autres appellations : EVRIGENIS D., « Recent Case-Law of the European Court of Human Rights on Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights », HRLJ 1982, p. 121 ss, p. 137 (cité : EVRIGENIS); CLAPHAM, Human Rights, p. 182 s.



nel interne, qui envisage l'application de droits et de valeurs constitutionnels entre les parties privées et qui est issue de la contradiction entre une puissance sociale grandissante et la sacro-sainte liberté contractuelle, et un instrument de supervision internationale de l'effectivité des garanties nationales des droits de l'homme et de leur respect par les particuliers<sup>60</sup>.

Ainsi, la transposition du concept d'effet horizontal en droit international, notamment dans le cadre de la jurisprudence<sup>61</sup> de la Cour européenne des droits de l'homme, sans correspondre à l'effet horizontal direct, ne correspond pas à l'effet horizontal indirect classique, puisque la Cour présume que les États sont contraints d'assurer une protection efficace des personnes privées (*State action* ou *positive duties*) lorsque ces droits sont *directement* opposables à d'autres personnes privées qui les violent – en instaurant, par exemple, un type particulier de devoirs de droit public et de responsabilité des particuliers vis-à-vis de l'État – et qu'il n'est dès lors pas fait mention d'une interprétation des règles nationales conformément aux droits de l'homme<sup>62</sup>. Ainsi, si l'on s'accorde sur une notion similaire d'effet horizontal entre droit interne et international, le caractère *direct* de cet effet désigne un phénomène analogue dans les deux ordres juridiques alors que son effet *indirect* a trait à la qualité de celui qui sera tenu pour responsable, et non à une technique d'interprétation des droits privés. Nous nous référons dans les lignes qui suivent à la terminologie classique afin d'assurer une certaine unité des termes dans notre raisonnement.

En droit communautaire, les dispositions du droit originnaire, celles qui sont issues de règlements, et rarement celles qui sont issues de directives en raison de leur nature<sup>63</sup>, peuvent s'appliquer aux relations interindividuelles<sup>64</sup>. Il peut s'agir de droit privé communautaire (cf. art. 85 al. 2 TUE : cas de nullité civile) ou du droit communautaire fondant des obligations étatiques qui sont étendues à des litiges interindividuels. La question la plus controversée en matière d'effet horizontal du droit communautaire est celle de l'effet horizontal de l'interdiction de discriminer; une application globale de l'interdiction de discriminer aux relations interindividuelles serait pour certains en contradiction complète avec l'autonomie contractuelle des particuliers<sup>65</sup>. La CJCE a pourtant considéré, comme nous le verrons, que l'élimination progressive des barrières mises par les États membres à la libre circulation des personnes et des services ne saurait être remise en cause par l'intervention discriminatoire d'individus à l'égard d'autres individus<sup>66</sup>. Au-delà des interdictions particulières de discriminer, l'interdiction générale de l'article 6 TUE est aussi applicable aux relations horizontales<sup>67</sup>.

<sup>60</sup> Cf. CLAPHAM, *Human Rights*, p. 180 ss.

<sup>61</sup> Cf. CEDH, *Affaire X et Y c. The Netherlands*, 1985, Série A, vol. 91, par. 23.

<sup>62</sup> Cf. CLAPHAM, *Human Rights*, p. 181.

<sup>63</sup> Cf. BEUTLER/BIEBER/PIPKORN/STREIL, p. 212.

<sup>64</sup> Cf. BEUTLER/BIEBER/PIPKORN/STREIL, p. 211.

<sup>65</sup> Cf. MEIER G., « Der Schutz des Marktbürgers durch das Diskriminierungsverbot des Art. 7 Abs. 1 EWGV », *ZHR* 1969 p. 61 (cité : MEIER); GUNDERSEN F., « Das Diskriminierungsverbot im EWG-Vertrag », *NJW* 1975 p. 472 ss, p. 474 (cité : GUNDERSEN).

<sup>66</sup> Cf. BEUTLER/BIEBER/PIPKORN/STREIL, p. 211. Cf. les affaires que nous examinerons en détail plus loin *Walrave, Donat et Defrenne II*.

<sup>67</sup> Cf. BEUTLER/BIEBER/PIPKORN/STREIL, p. 212.

## C. L'ordre juridique communautaire et les droits fondamentaux

L'égalité de traitement entre particuliers telle qu'elle nous occupe aujourd'hui devrait trouver son ou ses fondement(s) en droit européen au sens large, à savoir dans l'ordre juridique communautaire au sens strict (1.) et dans les droits et principes fondamentaux (2.) qui le composent, dont en grande partie les droits issus de la CEDH.

### 1. L'ordre juridique communautaire

L'ordre juridique communautaire est un ordre juridique à part entière, *sui generis*, autonome et intégré à celui de ses États membres<sup>68</sup>, de manière immédiate et directe<sup>69</sup>. Ses sujets sont les États membres et les personnes physiques et morales. L'ordre juridique communautaire est l'ordre instauré par l'Union européenne (UE), elle-même fondée en 1992 sur les Communautés européennes (CE) complétées par les formes de politique et de coopération instaurées par le TUE. Cette Union poursuit des objectifs politiques et économiques et est dotée de compétences supranationales et d'un ordre juridique propre. Elle est revêtue, dans sa structure institutionnelle, de certaines caractéristiques étatiques.

Les rapports entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique interne sont caractérisés, nous l'avons dit, par l'autonomie du droit communautaire, son application immédiate et directe et sa *primauté* sur le droit interne<sup>70</sup>. Contrairement au droit international classique, son application *immédiate* implique le monisme, même dans le cas de pays de tradition dualiste, c'est-à-dire une intégration immédiate du droit communautaire au droit interne sans choix des modes de transposition (cf. art. 189 TUE)<sup>71</sup>. Le droit communautaire est aussi d'applicabilité *directe* aux ressortissants des États membres, en tant que sujets à part entière de l'ordre juridique communautaire, puisqu'il leur reconnaît des droits et des obligations qu'ils peuvent faire valoir directement devant les juridictions nationales<sup>72</sup>. Les règles de droit communautaire sont d'effet direct lorsqu'elles sont suffisamment claires et précises, complètes, juridiquement parfaites et inconditionnelles. À noter qu'il convient de distinguer l'effet direct du droit communautaire de son effet horizontal : le fait pour les particuliers de tirer directement des droits de l'ordre juridique communautaire n'implique pas que l'« obligé » soit aussi un particulier, ce qui consacrerait un effet horizontal du droit communautaire. Au contraire, le destinataire de ces droits sera le plus souvent l'État.

<sup>68</sup> Cf. GAUTRON J.C., *Droit européen*, 6<sup>e</sup> éd., Paris 1994, p. 101 ss (cité : GAUTRON).

<sup>69</sup> Cf. ISAAC G., *Droit communautaire général*, 4<sup>e</sup> éd., Paris 1984, p. 151 ss (cité : ISAAC); KOVAR R., « Rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux », in : *Trente ans de droit communautaire*, Commission des communautés européennes, CECA-CEE-CEEA, Bruxelles-Luxembourg 1981, p. 117 ss (cité : KOVAR). Cf. encore O'LEARY S., « Aspects of the Relationship between Community Law and National Law », in NEUWAHL/ROSAS (éd.), *The European Union and Human Rights*, La Haye-Boston-Londres 1995, p. 23 ss (cité : O'LEARY).

<sup>70</sup> Cf. *Affaire Costa/ENEL*, 6/64, Rec. 1964 p. 1141; ISAAC, p. 169 s.; KOVAR, p. 118.

<sup>71</sup> Cf. *Affaire Costa/ENEL*, 6/64, Rec. 1964 p. 1141.

<sup>72</sup> Cf. *Affaire Van Gend en Loos*, 26/62, Rec. 1963 p. 1; ISAAC, p. 158 ss. Cf. aussi CLAPHAM, *Human Rights*, p. 248 s.; CLAPHAM/WEILER, « Lesbians and Gay Men in the European Community Legal Order », in WAALDIJK/CLAPHAM (éd.), *Homosexuality : A European Community Issue*, Dordrecht 1993, p. 7 ss, p. 53 (cité : CLAPHAM/WEILER).



Un des traits les plus caractéristiques de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire est celui de l'autonomie de ses sources. Le droit communautaire est composé du droit dit originaire, savoir les Traités fondateurs et leurs modifications, et du droit dit dérivé, savoir les actes adoptés par les institutions communautaires dans l'exercice de leurs attributions, notamment les règlements, les directives, les décisions, les recommandations et les avis, et enfin les accords internationaux internes et externes.

## 2. Les droits fondamentaux

Parmi les sources du droit communautaire figurent aussi des sources non écrites comme les principes généraux, qu'ils soient communs à tous les systèmes juridiques, propres au système communautaire<sup>73</sup> ou découlant du droit interne des Etats membres, et les principes fondamentaux<sup>74</sup>, issus notamment des traditions constitutionnelles communes des Etats membres<sup>75</sup> (cf. art. F du Traité instituant l'Union Européenne du 7 février 1992). Ces derniers comprennent en particulier des droits garantis dans le droit originaire (cf. art. 164 TUE), du droit secondaire, des principes juridiques généraux<sup>76</sup>, des dispositions constitutionnelles communes<sup>77</sup> ou des droits issus de conventions internationales<sup>78</sup>. Ces principes généraux englobent ainsi notamment les droits ga-

<sup>73</sup> Cf. Le principe de non-discrimination ou d'égalité de traitement consacré par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) : *Affaire Royal Scholten* Hontig, 125/77, Rec. 1978 p. 2037.

<sup>74</sup> Cf. RIDEAU J., « L'influence du droit communautaire sur la protection des droits fondamentaux de la personne dans les Etats membres », in L. DUBOIS (éd.), *Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les Etats membres*, Paris 1995, p. 5 ss, p. 6 (cité : RIDEAU); BOULOUIS J., *Droit institutionnel des Communautés européennes*, 4<sup>e</sup> éd., Paris 1993, p. 191 ss (cité : BOULOUIS).

<sup>75</sup> Cf. *Affaire Stauder c. Ville d'Ulm*, 29/69, Rec. 1969 p. 419 et *Affaire Handelsgesellschaft*, 11/70, Rec. 1970 p. 1125; cf. SCHERMERS H.G., « The European Communities bound by Fundamental Rights », 27 (1990) *CMLRev.* p. 249 ss, p. 252 (cité : SCHERMERS). Cf. encore MARCOUX L., « Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne », *RIDC* 1983 p. 691 ss, p. 708 s. (cité : MARCOUX); PESCATORE P., « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », 5 *Cahiers de droit européen* 1968, p. 629 ss, p. 642 (cité : PESCATORE, Droits de l'homme); DRZEMCZEWSKI A., « Fundamental Rights and the European Communities : Recent Developments », 2 *The Human Rights Review* 69, 70 (1977) (cité : DRZEMCZEWSKI, European Communities).

<sup>76</sup> Cf. CHALTIEL F., « L'Union européenne doit-elle adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme ? », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 404, janvier 1997, p. 34 ss, p. 37 (cité : CHALTIEL); cf. Décision de la CJCE : *Affaire Van Duyn*, 41/74, Rec. 1974 p. 1227. Cf. encore PIPKORN J., « La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH* 14/1983 p. 221 ss, p. 223 (cité : PIPKORN).

<sup>77</sup> Cf. Pour une présentation complète MARCOUX, p. 716 ss. En matière de traditions constitutionnelles communes, la jurisprudence communautaire recherche un *degré raisonnable de convergence* entre les dispositions nationales de protection des droits fondamentaux.

<sup>78</sup> Cf. PESCATORE P., « Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Recht der Europäischen Gemeinschaften », *EuR* 1979 p. 1 ss, p. 2 ss et p. 8 (cité : PESCATORE); KUTSCHER H., « Der Schutz von Grundrechten im Recht der Europäischen Gemeinschaften », in KUTSCHER/ROGGE/MATSCHEK (éd.), *Der Grundrechtsschutz im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Heidelberg 1982, p. 35 ss, p. 38 ss (cité : KUTSCHER). Cf. CHALTIEL, p. 37, qui mentionne notamment la Convention n° 111 de l'OIT et l'art. 14 du Pacte des Nations Unies du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (= Pacte II ; RS 0.103.2).

rantis par la CEDH<sup>79</sup> (cf. art. F TUE), même en l'absence d'un lien juridique au sens strict<sup>80</sup>. Outre la protection des libertés négatives, les droits fondamentaux garantis dans le cadre de la Communauté européenne visent aussi la protection de nombreux droits économiques et sociaux positifs<sup>81</sup>, et notamment de l'égalité de traitement.

Nous partions de l'idée que les droits matériellement garantis dans la CEDH, ainsi que de manière plus générale les droits fondamentaux, lient l'ordre juridique communautaire et en font partie intégrante<sup>82</sup>. Leur rang au sein de l'ordre juridique communautaire est élevé, mais même en attribuant aux droits fondamentaux l'effet le plus grand, la Communauté veille à ce que ni sa structure ni ses buts ne soient mis en péril<sup>83</sup>.

A noter que l'application « ordinaire »<sup>84</sup> des droits fondamentaux ne relève pas de la simple volonté des autorités communautaires, mais découle des principes de « succession d'Etat »; ainsi, les Etats membres de la Communauté, qui ont adhéré à la CEDH, soit leur ensemble, n'ont pu libérer les pouvoirs et souverainetés cédés aux autorités communautaires du respect des droits garantis par la CEDH. Bien plus, la Communauté y est liée actuellement au même titre que les Etats membres<sup>85</sup>. La question de l'adhésion des Communautés, ou de l'Union<sup>86</sup>, à la CEDH pose donc un « faux problème », étant donné que celle-ci lie déjà les autorités communautaires<sup>87</sup>.

Tout au plus, serait-il souhaitable de pouvoir disposer d'un catalogue précis des droits fondamentaux garantis<sup>88</sup>, ou encore de préciser le mode d'application des articles 25 et 46 CEDH (qualité pour défendre)<sup>89</sup> à la Communauté. Cependant, les difficultés juridiques, mais aussi politiques, sur lesquelles butent une éventuelle adhésion, suite au rapport de la Commission européenne de 1979 et la communication de la Commission européenne de 1990<sup>90</sup>, au projet du Parlement européen et aux projets de révision, de Constitution de la Communauté européenne<sup>91</sup> et à l'effet symbolique d'une telle ad-

<sup>79</sup> Cf. Préambule de l'Acte Unique Européen 1986; cf. LENAERTS K., « Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue », 16 (1991) *ELRev.* p. 367 ss, p. 368 (cité : LENAERTS); WEILER/CASSESE/CLAPHAM, *Human Rights and the European Community*, Baden-Baden 1991, Vol. II, p. 580 ss (cité : WEILER/CASSESE/CLAPHAM); PESCATORE P., « La Cour de Justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l'Homme », in MATSCHER/PETZOLD (éd.), *Protecting Human Rights : The European Dimension*, Mél. en l'honneur de G.J. Wiarda, Cologne 1988, p. 441 ss (cité : PESCATORE, Mél. Wiarda). Cf. JAAC 1983 p. 363 : La Convention européenne des droits de l'homme dépasse le simple cadre de la réciprocité entre Etats contractants et ses règles appartiennent véritablement à l'ordre public européen.

<sup>80</sup> Cf. CHALTIEL, p. 35 et 37; JACQUE J.-P., « Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme », in *L'Europe et le droit*, Mél. en l'honneur de J. Boulouis, Paris 1992, p. 331 ss (cité : JACQUE). *Contra* : PIPKORN, p. 227.

<sup>81</sup> Cf. MARCOUX, p. 692 et p. 731 s.

<sup>82</sup> Cf. KUTSCHER, p. 41 s.; PESCATORE, Mél. Wiarda, p. 444 ss. Cf. encore MARCOUX, p. 715 s. avec références.

<sup>83</sup> Cf. KUTSCHER, p. 46.

<sup>84</sup> Cf. PESCATORE, Mél. Wiarda, p. 444 ss.

<sup>85</sup> Cf. PESCATORE, Mél. Wiarda, p. 450 ss.

<sup>86</sup> Cf. CHALTIEL, p. 39 ss et 49 s.

<sup>87</sup> Cf. PESCATORE, Mél. Wiarda, p. 451 ss.

<sup>88</sup> Cf. CHALTIEL, p. 39 et 46. Cf. Sur un catalogue ou une charte communautaire des droits fondamentaux, MARCOUX, p. 729 s.

<sup>89</sup> Cf. CLAPHAM, *Human Rights*, p. 276 ss; cf. à ce sujet PESCATORE, Mél. Wiarda, p. 451 ss.

<sup>90</sup> Cf. PIPKORN, p. 235.

<sup>91</sup> Cf. CHALTIEL, p. 46.



hésion<sup>92</sup>, révèlent les avantages, malgré de nombreuses carences<sup>93</sup>, du système communautaire de protection des droits fondamentaux<sup>94</sup>. On aurait tort de négliger « l'acquis communautaire jurisprudentiel en matière de droits fondamentaux »<sup>95</sup>. L'adhésion de la Communauté européenne à la CEDH reviendrait avant tout à assurer certaines garanties *formelles*, soit des mécanismes procéduraux de protection des droits fondamentaux, puis que les garanties *matérielles* de la Convention font déjà partie intégrante de l'ordre juridique communautaire en particulier grâce à la jurisprudence de la CJCE<sup>96</sup>.

Les États membres doivent se référer aux droits et principes fondamentaux lors de l'application et de l'interprétation des dispositions de droit communautaire comme lors de l'élaboration des règles d'exécution du droit européen, c'est-à-dire au cœur de leurs compétences souveraines de législation<sup>97</sup>. À noter que tous ces droits fondamentaux ne s'appliquent pas toujours aux relations entre particuliers<sup>98</sup>. La question du contenu exact des « droits fondamentaux communautaires » est encore indéfinie et en permanente évolution grâce notamment à la dynamique jurisprudentielle de la CJCE<sup>99</sup>, qui a permis de combler les lacunes des Traités en la matière et de créer une véritable « charte jurisprudentielle des droits de l'homme »<sup>100</sup>. Il est courant de dire que la protection, même exclusivement jurisprudentielle, des droits fondamentaux au niveau communautaire garantit *virtuellement* l'ensemble des droits fondamentaux<sup>101</sup>.

Cette partie du droit communautaire que l'on nomme droit communautaire constitutionnel (*europäische Verfassungsrecht*) était inexistante dans les Traités fondateurs des Communautés, qui n'énonçaient que des droits spécifiquement économiques ou des droits liés à la citoyenneté<sup>102</sup>. L'absence de catélogue ou de clauses générales de protection des droits fondamentaux dans les Traités communautaires est due avant tout à la conception originelle de la Communauté européenne ; en tant qu'organisation internationale économique, elle ne devait pas en effet entraîner de mise en jeu des droits fondamentaux.

<sup>92</sup> Cf. CHALTEL, p. 46 s. Cf. encore sur une éventuelle adhésion, MARCOUX, p. 725 ss; PPKORN, p. 232 ss.

<sup>93</sup> Cf. CHALTEL, p. 41 ss, avec références. Cf. aussi l'*Avis négatif* sur une éventuelle adhésion rendu par la CJCE, Avis n° 2/94 de la Cour du 28 mars 1996 : l'adhésion entraînerait en effet, selon elle, une modification du Traité contraire à l'art. 235 TCE.

<sup>94</sup> Cf. CHALTEL, p. 41 ss, avec références. Sur les diverses difficultés, cf. SCHAEFFER E., « La mise en œuvre de la protection des droits de l'homme dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit communautaire », *Revue politique et juridique* 1982/1, p. 662 ss (cit. : SCHAEFFER); SPERDUTI G., « Comment concevoir dans sa spécificité l'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme », *Études en l'honneur de H. Mosler*, Heidelberg 1983, p. 903 ss (cit. : SPERDUTI).

<sup>95</sup> Cf. CHALTEL, p. 48.

<sup>96</sup> Cf. PPKORN, p. 232 ss, avec références.

<sup>97</sup> Cf. COPPEL/O'NEILL, « The European Court of Justice : Taking Rights Seriously ? », 29 (1992) *CMLRev.* p. 669 ss, p. 676 et 679 (cit. : COPPEL/O'NEILL); HARTLEY T.C., *The Foundations of the European Community Law*, 4<sup>e</sup> éd., Oxford 1994, p. 148 (cit. : HARTLEY).

<sup>98</sup> Cf. CLAPHAM, Human Rights, p. 246.

<sup>99</sup> Cf. CLAPHAM, Human Rights, p. 279.

<sup>100</sup> Cf. CHALTEL, p. 36.

<sup>101</sup> Cf. CHALTEL, p. 37.

<sup>102</sup> Cf. CHALTEL, p. 35 ss.

taux<sup>103</sup>. Le droit communautaire constitutionnel est né avant tout de la jurisprudence extrêmement pragmatique et protectrice de la CJCE<sup>104</sup>, mais aussi de la Déclaration jointe des droits de l'homme du 5 avril 1977<sup>105</sup>, de l'Acte Unique européen de 1986. Il est aussi expressément ancré dans l'ordre juridique communautaire par l'article F(2) du Traité de Maastricht<sup>106</sup> puis par le nouveau préambule du Traité d'Amsterdam<sup>107</sup>. Aussi prometteuses que soient ses évolutions actuelles, notamment en matière d'égalité horizontale, le droit communautaire constitutionnel ne peut toutefois éviter de susciter quelques appréhensions et interrogations.

La première de ces interrogations porte sur les modalités problématiques de la relation entre l'ordre juridique communautaire et ses juridictions avec la CEDH et ses organes<sup>108</sup>. On rencontre par ailleurs de nombreuses critiques portant sur l'attitude et les objectifs de la Communauté face aux droits de l'homme<sup>109</sup>; en effet, la jurisprudence de la CJCE en matière de droits de l'homme lui a permis de reconstruire un système souvent très sectoriel (p.ex. en matière de concurrence et de politique agricole), inadéquat et incohérent.

<sup>103</sup> Cf. CHALTEL, p. 35. Cf. à ce sujet BLECKMANN A., *Die Bindung der Europäischen Gemeinschaft an die Europäische Menschenrechtskonvention*, Cologne 1986, p. 164 ss (cit. : BLECKMANN); DAUSES M., « Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 1982, p. 1 ss (cit. : DAUSES, Schutz); BAHLMANN K., « Der Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft », *EuR* 1982 p. 1 ss (cit. : BAHLMANN); HILF M., « Ein Grundrechtskatalog für die Europäische Gemeinschaft », *EuR* 1991 p. 19 ss (cit. : HILF); NICKEL D., in R. MAGIERA (éd.), *Das Europa der Bürger in einer Gemeinschaft ohne Binnengrenzen*, Baden-Baden 1990 (cit. : NICKEL); PERNICE I., « Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz - Grundlagen, Bestand und Perspektiven », *NJW* 1990 p. 2409 ss (cit. : PERNICE, NJW); WEIDENFELD (éd.), *Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft*, Bonn 1991 (cit. : WEIDENFELD).

<sup>104</sup> Cf. PESCATORE, Méli. Wiarda, p. 442 et 455 pour les références : Décisions de la CJCE, Affaire *Stauder*, 29/69, Rec. 1969 p. 419; Affaire *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Rec. 1970 p. 1125; Affaire *Nold*, 4/73, Rec. 1974 p. 491; Affaire *Rutili*, 36/75, Rec. 1975 p. 1219. Cf. aussi CHALTEL, p. 35 ss et 48; MARCOUX, p. 706 ss et p. 720 s. sur le problème des droits constitutionnels allemand et italien : cf. les fameux arrêts *Solange I* (BVerfGE 37, p. 371) et *Solange II* (BVerfGE 73 p. 339 ss), qui avaient respectivement décidé en 1974 que le catalogue des droits fondamentaux allemand prévaudrait sur le droit communautaire aussi longtemps que celui-ci n'en contiendrait pas, puis en 1986 avait retiré cette jurisprudence sur la base de l'évolution des droits de l'homme dans l'ordre juridique communautaire; à ce propos, signalons encore la dernière jurisprudence en la matière du BVerfG. allemand : le « *Maastrichturteil* » qui mettait en cause la ratification du Traité de Maastricht en raison de son manque de légitimité démocratique et de l'absence réitérée de catalogue de droits de l'homme. Cf. aussi sur cette évolution PPKORN, p. 227 ss; BEUTLER/BIEBER/PPKORN/STREIL, p. 103 ss.

<sup>105</sup> Cf. JO CE 1977, n° C 103/1. Cf. KUTSCHER, p. 43; PESCATORE, p. 7 s. Cf. aussi SOERENSEN M., « Berührungspunkte zwischen der Europäischen Menschenrechtskonvention und dem Recht der Europäischen Gemeinschaften », *EuGRZ* 1978 p. 33 ss (cit. : SOERENSEN). Cf. encore BEUTLER/BIEBER/PPKORN/STREIL, p. 242 ss.

<sup>106</sup> Cf. COPPEL/O'NEILL, p. 1 ss; FLAUS J.-F., « Les droits de l'homme comme élément d'une constitution et de l'ordre européen », *Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes Saarbrücken*, 22 janvier 1992, Saarbrück 1992 (cit. : FLAUS); PERSAUD I., « Where do we go from here ? Fundamental Rights in the Post-Maastricht legal Order », *Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes Saarbrücken*, 31 Mai 1994, Saarbrück 1994 (cit. : PERSAUD).

<sup>107</sup> Cf. *Le Monde* du 19 juin 1997, p. 2.

<sup>108</sup> Cf. PERSAUD, p. 14 ss; cf. aussi KUTSCHER, p. 450 ss. Cf. encore CHALTEL, p. 38 ss, avec références; MARCOUX, p. 730 ss.

<sup>109</sup> Cf. PERSAUD, p. 20 ss et p. 47 s.; COPPEL/O'NEILL, p. 670 et 691 s.; WEILER/CASSESE/CLAPHAM, II, p. 580 s. et I, p. 56.



fondé sur des objectifs tels que la suprématie du droit communautaire sur le droit interne, même constitutionnel, et l'intégration européenne par l'avènement d'un marché<sup>110</sup> unique des marchandises, services, capitaux et personnes et non sur les libertés individuelles fondamentales<sup>111</sup>. On parle, d'ailleurs, à juste titre de « droits communautaires fondamentaux » et non de droits de l'homme universels, puisque leur application dépend de la qualité de citoyen communautaire, ainsi que du contexte communautaire de la survenance de l'atteinte<sup>112</sup>.

La place des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire a fait l'objet de discussions au sein de la Conférence intergouvernementale (CIG) des 15 et 16 juin 1997 à Amsterdam, dans le cadre plus vaste de la révision du Traité de Maastricht<sup>113</sup>. Dans cet ordre d'idées, la révision du Traité sur l'Union européenne comprend un meilleur ancrage des droits fondamentaux dans le Traité, dont celui d'une *clause antidiscriminatoire générale*, droit fondamental rattaché à la qualité de citoyen européen<sup>114</sup>, dépassant la simple égalité entre hommes et femmes en étendant l'interdiction de discriminer aux différences de traitement fondées sur la race, l'orientation sexuelle, l'âge, la religion ou le handicap<sup>115</sup>. Cette clause incluse dans le nouvel article 6a du Traité est le fruit d'une constante pression des milieux universitaires et de la jurisprudence récente de la CJCE<sup>116</sup>.

Sur cette idée, Parlement et Commission paraissent unis, malgré leurs divergences sur les moyens d'y parvenir. Le Préambule du Traité d'Amsterdam, issu du sommet du même nom et destiné à remplacer le Traité de Maastricht, rappelle que : « L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres. »<sup>117</sup>. Ce texte donne ainsi pour mission à la Communauté, notamment, de promouvoir un niveau d'emploi suffisant et de protection sociale élevé, l'égalité entre hommes et femmes, la cohésion économique et sociale, et la solidarité entre Etats. Sur cette base et sur celle du nouvel article 6a, le Conseil peut à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement, prendre les mesures nécessaires pour combattre toute dis-

<sup>110</sup> Cf. dans le même ordre d'idées, SZYSCZAK E., « Race Discrimination : The Limits of Market Equality ? », in HEPPLE/SZYSCZAK (éd.), *Discrimination : The Limits of Law*, Londres 1992, p. 125 ss, p. 132 ss (cité : SZYSCZAK, *Race Discrimination*).

<sup>111</sup> Cf. PERSAUD, p. 22; COPPEL/O'NEILL, p. 692.

<sup>112</sup> Cf. CLAPHAM, *Human Rights*, p. 248.

<sup>113</sup> Cf. CHAUTIEL, p. 34.

<sup>114</sup> Cf. Résolution du Parlement européen du 17 mai 1995, Partie du Rapport Bourlanges-Martin (A4-0102/95), Paragraphe 7. Cf. Intergovernmental Conference, Briefing n° 22 : Fundamental Rights. Cf. BARNARD C., « P. v. S. : Kite Flying or Constitutional Charter », in DASHWOOD/O'LEARY (éd.), *The Principle of Equal Treatment, Papers collected by the Centre for European Legal Studies*, Cambridge, Londres 1997, p. 59 ss (cité : BARNARD, P. v. S.).

<sup>115</sup> Cf. sur les espoirs suscités par la garantie expresse du principe général de l'égalité de traitement en droit communautaire, DE BURCA G., « The Role of Equality in European Community Law », in DASHWOOD/O'LEARY (éd.), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, Papers collected by the Centre for European Legal Studies, Cambridge 1997, p. 13 ss, p. 32 ss (cité : DE BURCA).

<sup>116</sup> Cf. Affaire P. v. S., C-13/94, Rec. 1996 p. 795. Cf. encore BLANPAIN ET AL., *Fundamental Social Rights : Proposals for the European Union*, Londres 1996 (cité : BLANPAIN ET AL.).

<sup>117</sup> Cf. Le dossier du *Monde* du 19 juin 1997, p. 2, qui énumère les six grands titres selon lesquels le Traité de Maastricht est révisé (Titre I : Droits fondamentaux et non-discrimination).

crimination<sup>118</sup> fondée sur le sexe, l'origine ethnique ou raciale, la religion ou les croyances, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle<sup>119</sup>. Notons toutefois que cette clause n'est pas, selon toute vraisemblance, dotée d'effet direct, contrairement à l'article 6, et est limitée au champ d'application du Traité<sup>120</sup>.

Les droits fondamentaux en tant que source du droit communautaire sont formés d'une variété composite de différents principes et droits d'origine nationale, internationale ou communautaire; ces différences laissent toutefois apparaître deux grandes sources de droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire susceptibles de fonder l'égalité de traitement entre particuliers : le droit communautaire au sens strict (II.) et la Convention européenne des droits de l'homme (III.).

## II. Les fondements en droit communautaire au sens strict

L'égalité de traitement entre particuliers en droit communautaire se fonde d'abord sur l'interdiction générale de discriminer (A.), qui a été ensuite concrétisée entre particuliers par le droit originaire et le droit dérivé (B.). Nous présenterons enfin quelques illustrations de cette interdiction de discriminer entre particuliers (C.).

### A. L'interdiction générale de discriminer

Le Traité ne contient que peu de reconnaissances explicites des droits fondamentaux<sup>121</sup> et notamment du principe fondamental de l'égalité de traitement. On y rencontre toutefois quelques concrétisations spéciales de l'égalité, en particulier en son article 6 (anc. art. 7 du Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne [CEE]), qui interdit, à la manière d'une norme fondamentale<sup>122</sup> du Traité, toute discrimination injustifiée sur la base de la nationalité dans les domaines couverts par le Traité<sup>123</sup>.

L'interdiction de discriminer sur la base de la nationalité est reprise aux articles 48 al. 2, 52 al. 2, 59, 60 et 67 al. 1 TUE en matière de libre circulation des personnes (libre circulation des travailleurs et liberté d'établissement), des services et des capitaux<sup>124</sup>. Cette interdiction de discrimination vaut aussi

<sup>118</sup> Cf. *Le Monde* du 19 juin 1997, p. 2.

<sup>119</sup> Cf. BARNARD C., « The United Kingdom, The Social Chapter and the Amsterdam Treaty », *Industrial Law Journal* 26/1997 p. 275 ss, p. 280 s. (cité : BARNARD, ILJ).

<sup>120</sup> Cf. BARNARD, ILJ, p. 281, mentionnant les espoirs exprimés par le Rapport du Comité des Sept Sages de la Commission, « For a Europe of Civic and Social Rights », Bruxelles 1996.

<sup>121</sup> Cf. GEDDES A., *Protection of Individual Rights under EC Law*, Londres 1995, p. 105 s. (cité : GEDDES), qui inclut le droit fondamental à ne pas être discriminé sur la base de son sexe, de sa religion, de sa race, etc. parmi les droits fondamentaux de l'ordre juridique communautaire.

<sup>122</sup> Cf. FEGER D., *Die Grundrechte im Recht der Europäischen Gemeinschaften - Bestand und Entwicklung*, Frankfurt-sur-le Main 1985, p. 187 (cité : FEGER); BODE, p. 295. Cf. encore *ment italien c. Commission*, 13/63, Rec. 1963 p. 289.

<sup>123</sup> Cf. HARTLEY, p. 156 ss; DAUSES M., « The Protection of Fundamental Rights in the Community Legal Order », 10 (1985) *ELRev.* p. 398 ss, p. 399 (cité : DAUSES).

<sup>124</sup> Cf. MOHN, p. 8 ss. Cf. encore MARCOUX, p. 698 s.; BEUTLER/BIEBER/PIPKORN/STREIL, p. 318 ss.



en droit privé (et en droit international privé)<sup>125</sup>, et notamment pour l'en-semble des règles de droit privé des étrangers<sup>126</sup>, qui sont les règles de droit privé les plus aptes à causer d'éventuelles discriminations ouvertes des étrangers. On note d'autres concrétisations de l'interdiction de discriminer en matière de libre circulation des marchandises<sup>127</sup> (art. 36 et 37 TUE), en matière agricole<sup>128</sup> (art. 40 al. 3 sous-al. 2 TUE)<sup>129</sup>, en matière de taxation des biens indigènes ou importés (art. 95 TUE) et en matière de droit de la concurrence (art. 85 et 86 TUE). Le Traité fait encore mention du principe d'égalité de manière plus précise à l'article 119 TUE et dans le droit dérivé qui le met en oeuvre, en proscrivant toute discrimination fondée sur le sexe en matière de libre circulation des personnes, notamment de rémunération des travailleurs<sup>130</sup>.

Malgré le caractère *latent* du principe général d'égalité de traitement dans le Traité<sup>131</sup>, la CJCE a reconnu l'existence d'un principe général d'égalité de traitement, en tant que *principe fondamental du droit communautaire*<sup>132</sup>, fondant certains cas limités et exprimés d'obligations de non-discrimination, propres au droit communautaire<sup>133</sup>, interdisant toute discrimination arbitraire au

125 Cf. REMEN O., « Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union ? - Legislative und gerichtliche Wege », *ZfRV* 1995 p. 116 ss, p. 132 (cit. : REMEN); BERTZKE G., « Probleme der Privatrechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft », *ZfRV* 1964, p. 80 ss, p. 89 (cit. : BERTZKE); DROBNIG U., « Verstoß des Staatsangehörigkeitsprinzip gegen das Diskriminierungsverbot des EWG-Vertrages ? », *RabelsZ* 34 (1970), p. 636 (cit. : DROBNIG).

126 Cf. Au sujet de l'Arrêté sur les étrangers du § 917 Abs. 2 du ZPO allemand : Affaire, *Mund & Fester*, C-398/92, Rec. 1994 I p. 467. Au sujet de la sécurité des étrangers du § 110 du ZPO allemand : Affaire *Hubbard / Hamburger*, C-20/92, Rec. 1993 I p. 3777 = *RIW* 1993 855.

127 Cf. MOHN, p. 11 ss.

128 Cf. MOHN, p. 16 ss.

129 Cf. notamment KUTSCHER, p. 38.

130 Cf. MUSCHETTI G., « Ist die « Cassis de Dijon »-Rechtsprechung auch auf Arbeitnehmer anwendbar ? », Anmerkung zu EuGH Rs C-415/93 (Bosman) », *PJA* 1997 p. 44 ss (cit. : MUSCHETTI), qui rappelle que l'affaire *Bosman* consacre l'application du principe « Cassis de Dijon » en matière de libre circulation des travailleurs et donc la violation de l'art. 48 TUE non seulement en cas de mesures discriminatoires directes ou indirectes, mais aussi de mesures générales et non discriminatoires.

131 Cf. GEDDES, p. 109; CHWOLIK-LIGERMANN E., *Grundrechtsschutz in der Europäischen Union*, Frankfurt-sur-le-Main 1994, p. 76 (cit. : CHWOLIK-LIGERMANN).

132 Cf. Affaire *Ruckdeschel c. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, 117/76 et 16/77, Rec. 1977 p. 1753; Affaire *Pinna c. Caisse d'Allocations familiales de la Savoie*, 41/84, Rec. 1986 I p. 1; Affaire *Allué*, 33/88, Rec. 1989 p. 1591; Affaire *Italie*, C-3/88, Rec. 1989 p. 4035; GEDDES, p. 109; RENGELING H.-W., *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft*, Munich 1993, p. 137 ss (cit. : RENGELING); SCHOCKWEILER, p. 15; SOERENSEN, p. 35.

133 Cf. Affaire *Frilli c. Belgique*, 1/72, Rec. 1972 p. 459 (considérant 19) et Affaire *ECSC c. Ferrière Sant'Anna*, 168/82, Rec. 1983 p. 1681. Cf. encore Affaire *Royal Scholten Honig*, 125/77, Rec. 1978 p. 2037 ss. Cf. HARTLEY, p. 156; MOHN, p. 30 avec références; MUELLER, Kommentar, n. 18a; BEUTLER/BIEBER/PIPKORN/STREIL, p. 240 ss; SCHWARZE, *Verwaltungsrecht*, vol. 1, Baden-Baden 1988, p. 610 ss (cit. : SCHWARZE, *Verwaltungsrecht*); HAEFELIN/MUELLER, *Grundriss des schweizerischen Allgemeinverwaltungsrechts*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1993, n. 602 s. (cit. : HAEFELIN/MUELLER). Cf. encore De BURCA, p. 13; ARNULL A., *General Principles of EC Law and the Individual*, Londres 1990 (cit. : ARNULL); DOCKSEY, « The Principle of Equality Between Women and Men as a Fundamental Right Under Community Law », *Industrial Law Journal* 20/1991 p. 33 ss (cit. : DOCKSEY). Cf. aussi Affaire *P. c. S. and Cornwall County Council*, C-13/94, Rec. 1996 par. 18 et Communication de la Commission sur le racisme, la xénophobie et l'antisémitisme 1995, COM 95/653 par. 1.2.

sein de la Communauté<sup>134</sup>. Le principe général d'égalité de traitement du droit communautaire va plus loin qu'une simple interdiction de discrimination en raison de la nationalité ou du sexe<sup>135</sup> : il équivaut à une règle de droit supérieur non écrite d'application générale, qui veut que les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que les situations différentes ne soient pas traitées de la même manière<sup>136</sup>, à moins qu'une différence ne soit objectivement justifiée<sup>137</sup>. Notons toutefois que l'application du principe d'égalité de traitement est loin d'être uniforme et commune à tous les domaines du droit communautaire, comme le soulève la doctrine et la jurisprudence récentes qui dénoncent une certaine exagération et une surenchère à propos du rôle de l'égalité de traitement en droit communautaire<sup>138</sup>, tout en prônant le développement à l'avenir d'une notion autonome et indépendante d'égalité de traitement en droit communautaire<sup>139</sup>, voire même pour certains la création d'un *floor of rights* minimal au niveau communautaire<sup>140</sup>.

Son évolution dénote ainsi de nombreux parallèles avec l'interdiction de discriminer de la CEDH ou des conventions internationales en matière de droits de l'homme. Il occupe une place préminente dans la jurisprudence de la CJCE<sup>141</sup> et fonde notamment le principe de l'égalité de traitement des consommateurs dans le domaine des règles économiques<sup>142</sup>. Ses expressions ponctuelles les plus importantes sont l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité, du sexe ou encore les impératifs d'égalité prévalant dans la politique agricole commune<sup>143</sup>. Indépendamment de ces quelques

134 Cf. Affaire *Haus Fourniaux et Aciéries Belges c. Haute Autorité*, 8/57, Rec. 1958 p. 245 (256-7) et Affaire *Union des Minotiers de la Champagne c. France*, 11/74, Rec. 1977 p. 877, considérant 22.

135 Cf. l'opinion de l'Avocat général Lenz dans l'affaire *O'Flynn c. Adjudication Officer*, C-237/94, Rec. 1996 par. 26 et l'affaire *Soigiu c. Deutsche Bundespost*, 152/73, Rec. 1974 p. 153 par. 11.

136 Cf. Affaire *Klöckner*, 17 et 20/61, Rec. 1962 p. 614; SCHOCKWEILER, p. 15. Cf. encore Affaires jointes *Royal Scholten Honig c. IBAP*, 103 et 145/77, Rec. 1978 p. 2037.

137 Cf. LENAERTS K., « L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples », *CDE* 1991 p. 3 ss, p. 6 (cit. : LENAERTS, *Egalité*); KUTSCHER, p. 38; GEDDES, p. 109, selon lequel l'égalité de traitement ne se limite pas à proscrire toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou la religion, mais fonde un principe général d'égalité de proportion; SCHOCKWEILER, p. 15; cf. Affaire *Royal Scholten Honig c. Intervention Board for Agricultural Produce*, Affaires jointes 103 et 145/77, Rec. 1978 p. 2037 ss, p. 2075; Affaire *Maizena GmbH c. Hauptzollamt Krefeld*, C-18/89, Rec. 1990 I p. 2587; Affaire *Ruckdeschel*, 117/76 entre autres, Rec. 1977 p. 1753 ss, p. 1770 s. L'égalité de traitement dans la Communauté constitue un véritable droit fondamental : CHWOLIK-LIGERMANN, p. 76; cf. Affaire *Vinera c. Commission*, 1322/79, Rec. 1981 p. 127, 138; Affaire *Dufay/Parlement européen*, 257/85, Rec. 1987 p. 1572; Affaire *Defrenne III/Sabena*, 149/77, Rec. 1978 p. 1365.

138 Cf. principalement De BURCA, p. 13 ss; O'LEARY S., « The Principle of Equal Treatment on Grounds of Nationality in Article 6 EC, A lucrative source of rights for Member States nationals ? », in DASHWOOD/O'LEARY (éd.), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, Papers collected by the Centre for European Legal Studies, Cambridge, Londres 1997, p. 105 ss (cit. : O'LEARY, *Principle of Equal Treatment*).

139 Cf. De BURCA, p. 34.

140 Cf. reprenant les fameux mots de Lord Wedderburn, HEPPLE B., « Equality and Discrimination », in DAVIES/LYON-CAEN/SCARASMITIS (éd.), *European Community Labour Law : Principles and Perspectives*, Oxford 1996, p. 237 ss, p. 257 (cit. : HEPPLE, *Equality*).

141 Cf. DAUSES, p. 403.

142 Cf. DAUSES, p. 403; cf. Jugement du 21 juin 1958 dans l'affaire *Groupeement des Hauts Fourniaux et Aciéries Belges c. Haute Autorité de la CECA*, 8/57, Rec. 1957 et 1958 p. 245, 256.

143 Cf. LENAERTS, *Egalité*, p. 3 s.



concrétisations, la CJCE a toujours considéré que l'interdiction de discriminer n'était *directement* applicable dans l'ordre juridique interne, même à défaut de toute réglementation supplémentaire (cf. p.ex. art. 6 al. 2 TUE)<sup>144</sup>. Mais en cas de réglementation expresse de l'interdiction de discriminer au sens des articles 48, 52, 59 et 67 TUE, l'art. 6 TUE ne saurait être appliqué de manière autonome<sup>145</sup>. Le principe d'égalité de traitement du droit communautaire peut s'exprimer de manière *négative* comme une interdiction de discriminer ou de manière *positive* comme une obligation de traiter positivement et concrètement en égal<sup>146</sup>.

Qu'il soit issu d'une garantie expresse ou implicite d'effet horizontal direct, le droit général à l'égalité n'aura d'effet, et notamment d'effet direct, en droit communautaire que dans les cas qui sont soumis au *champ d'application matériel* de ce droit (cf. art. 2 TUE)<sup>147</sup> et liés à une activité économique<sup>148</sup>. Il s'agit des cas considérés comme se rattachant plus ou moins étroitement à des situations régies par le Traité; le champ d'application de l'égalité de traitement est ainsi étendu au fil de la jurisprudence de la CJCE<sup>149</sup>.

Egalité et non-discrimination constituent un des instruments essentiels de mise sur pied du Marché commun par la garantie de conditions de concurrence les plus parfaites possible ne comportant aucune discrimination de la part des Etats membres ou de particuliers qui soit fondée sur la nationalité ou d'autres critères injustifiés. Outre cette fonction *structurelle* du principe d'égalité dans l'ordre juridique communautaire, fonction se rattachant à l'objectif économique d'intégration, le principe revêt aussi une fonction *protectrice* du citoyen européen dans ses droits, droits dont la relation à l'activité économique peut être lointaine, à la condition que l'on se trouve dans le domaine d'application du Traité<sup>150</sup>.

On distingue entre les discriminations au sens *formel*, qui sont de simples distinctions non discriminatoires, car elles ne constituent pas de véritables inégalités (traitement différent de situations comparables ou traitement identique de situations différentes), et les discriminations au sens *matériel*, à savoir de véritables (i) inégalités, qui, en l'absence de motifs justificatifs objectifs et de proportionnalité, sont (ii) discriminatoires<sup>151</sup>.

<sup>144</sup> Cf. SCHOCKWEILER, p. 5.

<sup>145</sup> Cf. BEUTLER/BIEBER/PPKORN/STREIL, p. 319; Affaire *Commission c. Grèce*, 305/87, Rec. 1989 p. 1461.

<sup>146</sup> Cf. LENAERTS, Egalité, p. 19 ss; FEGER, p. 187; BODE, p. 4 s. et 27 ss; KEWENIG, p. 51.

<sup>147</sup> Cf. MOHN, p. 45; LENAERTS, Egalité, p. 4, 16 et 22; cf. notamment CJCE, Affaire *Moser c. Land Baden-Württemberg*, 180/83, Rec. 1984 p. 2539 ss et Affaire *Hurd c. Jones*, 44/84, Rec. 1986 p. 29 ss. Cf. encore CLAPHAM, Human Rights, p. 246 ss. Cf. encore PESCATORE, Mél. Wiarda, p. 446, qui mentionne la « sphère de souveraineté législative des Etats membres » qui échapperait au rôle de défense des droits de l'homme de la CJCE. Cf. encore PPKORN, p. 225, se référant aux arrêts : Affaire *Cinéthèque*, 60 et 61/84, Rec. 1985 p. 2605; Affaire *Demirel*, 12/68, Rec. 1986 p. 3747; Affaire *Grogan*, C-159/90, Rec. 1991 I p. 4685. Cf. CLAPHAM/WEILER, p. 27, concernant l'extension aux individus du champ d'application de l'interdiction de discriminer.

<sup>148</sup> Cf. SCHOCKWEILER, p. 22; CLAPHAM/WEILER, p. 54; cf. Affaire *Walrave*, 36/74, Rec. 1974 p. 1405, 1419 s.: domaine lié à une activité économique par opposition au domaine purement sportif, notamment.

<sup>149</sup> Cf. SCHOCKWEILER, p. 16.

<sup>150</sup> Cf. LENAERTS, Egalité, p. 21 s. et p. 25 ss; GARRONE, p. 425 ss.

<sup>151</sup> Cf. LENAERTS, Egalité, p. 8 ss; GARRONE, p. 427 ss.

L'application éventuelle des droits fondamentaux de l'ordre juridique communautaire à la sphère privée des « citoyens européens » requiert que nous dégagions auparavant *deux dimensions* : celle des droits communautaires fondamentaux au sens strict, soit les droits des individus à l'encontre des Etats membres ou d'autres individus, et celle des droits de l'homme opposables par les individus ou les Etats membres à la Communauté elle-même<sup>152</sup>. De même, les diverses concrétisations de l'égalité de traitement en droit communautaire se divisent en deux catégories : celle qui subordonne le comportement de la Communauté à ce principe et celle, beaucoup plus vaste, des règles qui interdisent aux *Etats membres* (et/ou aux *particuliers*) d'appliquer des critères de distinction injustifiés à des situations comparables<sup>153</sup>. C'est cette deuxième catégorie qui fera l'objet des développements qui suivent.

## B. L'interdiction de discriminer entre particuliers

L'interdiction de discriminer entre particuliers présente, outre des caractéristiques générales (1.), deux volets distincts, selon qu'elle se fonde sur le droit originaire (2.) ou sur le droit dérivé (3.).

### 1. En général

Le premier cercle des titulaires du droit à l'égalité est celui des individus et, par conséquent, le cercle des obligés est constitué en principe<sup>154</sup> de détenteurs de la puissance publique (Organes de la Communauté et Etats membres)<sup>155</sup>. Il n'est que rarement fait mention d'un éventuel effet horizontal des droits fondamentaux de l'ordre juridique communautaire en droit privé; toutefois, un droit fondamental garanti au plan communautaire et d'effet direct (*ipso jure*) en droit interne devrait bénéficier du même effet horizontal que les droits fondamentaux nationaux en droit privé interne<sup>156</sup>. En effet, pour le droit communautaire comme pour le droit interne, un particulier peut parfois éprouver le besoin d'être protégé contre la puissance privée d'un tiers et la dépendance dans laquelle il se trouve face à un autre, notamment au sein d'une relation de travail<sup>157</sup>.

<sup>152</sup> Cf. CLAPHAM, Human Rights, p. 245 ss.

<sup>153</sup> Cf. LENAERTS, Egalité, p. 4.

<sup>154</sup> Cf. MOHN, p. 43; IPSEN H.-P., *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tubingue 1972, p. 30 (cité : IPSEN, Gemeinschaftsrecht); KUTSCHER, p. 46.

<sup>155</sup> Cf. SCHOCKWEILER, p. 3 ss, qui ne mentionne que les diverses applications du principe de non-discrimination et du traitement national dans les relations verticales entre autorités nationales et citoyens européens, en se référant aux fameuses affaires *Cowan* (Affaire 186/87, Rec. 1989 p. 195), *Rutili* (Affaire 36/75, Rec. 1975 p. 1219), *Gravier* (Affaire 293/83, Rec. 1985 p. 606) et *Pina* (Affaire 41/84, Rec. 1986 p. 1).

<sup>156</sup> Cf. BODE, p. 299 ss; FEGER, p. 55.

<sup>157</sup> Cf. MOHN, p. 43; BEUTLER/BIEBER/PPKORN/STREIL, p. 211; MEIER, p. 61 ss; GUNDERSEN, p. 474.



Contrairement à la solution retenue en droit suisse ou en droit allemand, le droit à être traité en égal issu du droit communautaire, originaire et dérivé<sup>158</sup>, peut être invoqué *directement* au sein de relations privées<sup>159</sup> (cf. p.ex. art. 85 et 86 TUE), comme le confirme la jurisprudence communautaire<sup>160</sup>. Ainsi, les personnes physiques et morales de droit privé sont directement atteintes dans leur autonomie et leur liberté d'agir<sup>161</sup>. Dans les hypothèses où des personnes privées sont expressément reconnues comme bénéficiaires de ce droit, les organes communautaires, en tant que détenteurs de la puissance publique, sont tenus d'assurer l'application de cette préention « horizontale »<sup>162</sup>.

Une application pleine et entière de l'interdiction de discriminer aux relations interindividuelles serait pour certains en contradiction avec l'autonomie contractuelle des particuliers<sup>163</sup>. La CJCE a pourtant considéré, comme nous le verrons, que l'élimination progressive des barrières mises par les Etats membres à la libre circulation des personnes et des services ne saurait être remise en cause par l'intervention discriminatoire d'individus à l'égard d'autres individus<sup>164</sup>. Au-delà des interdictions particulières de discriminer (art. 48 al. 2 et 119 TUE), l'interdiction générale de l'article 6 TUE est aussi applicable aux relations horizontales<sup>165</sup>.

Outre les cas de garanties expresses de cette égalité directement invocable entre personnes privées, on peut considérer<sup>166</sup> que, dans tous les cas où certaines libertés garanties par le droit communautaire sont susceptibles d'être restreintes, les particuliers qui causent ces restrictions sont tenus de respecter l'égalité à l'égard d'autres particuliers<sup>167</sup>. Selon la jurisprudence européenne<sup>168</sup>, une telle application serait notamment justifiée en présence d'un groupement privé pourvu d'assez d'autonomie juridique pour pouvoir pro-

<sup>158</sup> Cf. BEUTLER/BIEBER/PIPKORN/STREIL, p. 212; EASSON A., « Can Directives impose obligations on individuals? », *ELR* 1979 p. 67 ss (cité : EASSON); GOETZ V., « Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien », *NJW* 1992 p. 1849 ss, p. 1854 (cité : GOETZ); CLASSEN C.D., « Zur Bedeutung von EWG-Richtlinien für Privatpersonen », *EuZW* 1993 p. 83 ss (cité : CLASSEN).

<sup>159</sup> Cf. MOHN, p. 43 s.; KUTSCHER, p. 46 s.; cf. encore l'effet direct expressément prévu aux art. 4b, 65 et 66 Communauté Européenne du charbon et de l'acier (= CECA) et 52 al. 1 Communauté Européenne de l'énergie atomique (= CEEA). Cf. aussi FIEGER, p. 55; SOERENSEN, p. 35. Cf. aussi MARCOUX, p. 699, se référant à HARRY/PARDY, *EEC Law*, Londres 1973, p. 163 (cité : HARRY/PARDY).

<sup>160</sup> Cf. Les arrêts de la CJCE *Defrenne-Sabena*, *Walrave* et *Donà*, que nous présenterons plus loin.

<sup>161</sup> Cf. Affaire *BRT-I*, 127/73, Rec. 1974, p. 51, 62 (Art. 85) et Affaire *Sacchi*, 155/73, Rec. 1974, p. 409/431 (Art. 86).

<sup>162</sup> Cf. MOHN, p. 44; IPSEN, 30/10 et IPSEN H.-P., « Gleichheit », in NEUMANN/NIPPERDEY-SCHNEIDER (éd.), *Die Grundrechte*, vol. II, Berlin 1968, p. 143 (cité : IPSEN, Gleichheit).

<sup>163</sup> Cf. MEIER, p. 61; GUNDERSEN, p. 474.

<sup>164</sup> Cf. BEUTLER/BIEBER/PIPKORN/STREIL, p. 211. Cf. les affaires que nous examinerons en détail plus loin *Walrave*, *Donà* et *Defrenne II*.

<sup>165</sup> Cf. BEUTLER/BIEBER/PIPKORN/STREIL, p. 212.

<sup>166</sup> Cf. MOHN, p. 44; MATTHIES H., « Die Verfassung des Gemeinsamen Marktes », in *Das Europa der zweiten Generation*, Baden-Baden 1981, p. 131 ss (cité : MATTHIES).

<sup>167</sup> Cf. MOHN, p. 44.

<sup>168</sup> Cf. Ainsi une association sportive : Affaire *Walrave*, 36/74, Rec. 1974 p. 1405, 1419 s. et Affaire *Gaetano Donà c. Mario Maniero*, 13/76, Rec. 1976 p. 1333, 1340 s.; il peut aussi s'agir d'un bureau d'avocats : Affaire *Thieffry*, 71/76, Rec. 1977 p. 765, 766 l. 1 et 779 l. 1.

duire des inégalités contraires au droit communautaire, mettant ainsi en danger les buts de la Communauté<sup>169</sup>. Un tel groupement, bien qu'exerçant des activités privées, le fera le plus souvent en vertu de pouvoirs de nature publique ou quasi publique<sup>170</sup>.

## 2. Sur la base du droit originaire

Trois cas jurisprudentiels importants ont fondé l'application de l'interdiction de discriminer de l'article 6 TUE (resp. 48 ss et 52 ss TUE en matière de libre circulation des personnes et des services) et de l'article 119 TUE aux relations interindividuelles : le cas *Walrave*, le cas *Donà* et le cas *Defrenne II*<sup>171</sup>. Les deux premiers ont conclu à l'application entre particuliers des interdictions de discriminer lorsque celles-ci sont enfreintes par des réglementations collectives de travail et le troisième cas a confirmé l'effet horizontal direct de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes<sup>172</sup>. Il existe encore un quatrième cas plus récent, qui a confirmé la jurisprudence antérieure quant à l'existence d'une interdiction de discriminer dans la sphère privée : le cas *Bosman*.

Le premier cas, l'affaire *Walrave and Koch c. Association Union cycliste internationale*<sup>173</sup>, a permis à la CJCE d'établir que l'article 6 et ses concrétisations, les articles 48 et 59 TUE interdisent, dans leur sphère respective d'application, toute discrimination sur la base de la nationalité, que ces discriminations trouvent leur origine dans un comportement des autorités publiques ou de particuliers<sup>174</sup>, on ne voit pas en effet pourquoi une organisation ou une association privée qui n'est pas soumise au droit public se trouverait dans la position de pouvoir créer des obstacles à la libre-circulation des personnes<sup>175</sup>. Pour la CJCE, la prohibition de toute discrimination fondée sur la nationalité ne s'applique pas uniquement à l'action des autorités publiques, mais aussi aux règles de toute nature destinées à réglementer de manière collective l'emploi lucratif et la prestation de services<sup>176</sup>. Une autre solution, soit une limitation de l'interdiction de discriminer aux actes étatiques, risquerait d'entraîner une inégalité d'application<sup>177</sup>, d'une part entre employés du secteur public ou privé et d'autre part entre travailleurs d'Etats membres où la définition de secteur public est plus ou moins large; une telle inégalité d'ap-

<sup>169</sup> Cf. encore les Affaires *Defrenne I*, 80/70, Rec. 1971 p. 445, 452 et *Defrenne II*, 43/75, Rec. 1976 p. 455, 473. Cf. à ce sujet, PERNICE I., « Der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Beruf - Soziale Grundrechtspolitik des EuGH mit neuen Akzenten » - *EuR* 1979 p. 410 ss, p. 416 (cité : PERNICE); SCHWARZE J., « Anmerkung zum Urteil Defrenne », *EuR* 77, p. 44 ss (cité : SCHWARZE, Anmerkung); LOUIS J.-V., « Lohnungleichheit vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Anmerkung zum Reform-Urteil d. EuGH », *EuGRZ* 76, p. 178 ss (cité : LOUIS). Cf. encore BODE, p. 30 ss, avec références.

<sup>170</sup> Cf. MOHN, p. 44.

<sup>171</sup> Cf. CLAPHAM, Human Rights, p. 249 ss; CLAPHAM/WEILER, p. 53 ss.

<sup>172</sup> Cf. BEUTLER/BIEBER/PIPKORN/STREIL, p. 211.

<sup>173</sup> Cf. Rec. 1974 p. 1405, par. 15 et 16.

<sup>174</sup> Cf. CLAPHAM, Human Rights, p. 249 ss.

<sup>175</sup> Cf. CLAPHAM/WEILER, p. 54.

<sup>176</sup> Cf. CLAPHAM/WEILER, p. 54; Affaire *Walrave*, Rec. 1974 p. 1405, par. 17.

<sup>177</sup> Cf. Affaire *Walrave*, p. 1405, par. 19; CLAPHAM/WEILER, p. 54.



plication mettrait en cause le *but* même du Traité<sup>178</sup>, tel que défini à l'article 3 *lit.* c TUE. Cette prohibition de la discrimination peut être invoquée aussi devant les juridictions nationales.

Il s'agissait en l'occurrence d'une réglementation de l'Union cycliste internationale qui prévoyait pour les sportifs engagés contractuellement pour des courses cyclistes à deux coéquipiers, dites de demi-fond ou *stayers*, qu'ils devaient être de la même nationalité; le motocycliste (*pacemaker*) devait avoir la même nationalité que le cycliste (*stayer*). Cette clause a été considérée comme constituant une discrimination arbitraire – sont réservés les usages en cas de mise sur pied d'une équipe nationale ou de rencontres « internationales » au sens propre<sup>179</sup>.

Le deuxième cas, l'affaire *Donà*<sup>180</sup>, avait pour objet la réglementation de l'équipe nationale italienne de football qui prévoyait que ne pouvaient en être membres que les détenteurs de la nationalité italienne et que seuls les membres de cette équipe pouvaient jouer en tant que professionnels ou semi-professionnels. La CJCE a décidé comme dans l'affaire *Walrave* d'interdire toute prohibition basée sur la nationalité dans le cas d'espèce, même au sein d'une relation purement interindividuelle<sup>181</sup>.

Le troisième cas, l'affaire *Defrenne II*, dont il sera encore question plus bas, a permis à la CJCE deux ans après l'affaire *Walrave*, de confirmer sa jurisprudence sur l'applicabilité de la prohibition de toute discrimination à la sphère privée, en l'occurrence en matière d'égalité de rémunération entre hommes et femmes, que ce soit dans le secteur public ou le secteur privé<sup>182</sup>. Le droit à une rémunération égale entre hommes et femmes prévu par le Traité de Rome a donc été créé afin d'assurer un droit individuel directement invocable devant les juridictions nationales à l'encontre d'employeurs privés ou publics ou encore d'organismes collectifs. Ainsi, les articles 6, 48, 59 et 119 TUE fondent des obligations légales pour les particuliers; à noter que la liste n'en est pas exhaustive<sup>183</sup>.

Un quatrième cas s'ajoute à ces trois cas fondamentaux dans le développement de l'égalité de traitement entre particuliers en droit communautaire : le cas *Bosman*<sup>184</sup>, qui a fait l'objet d'une décision préjudicielle de la part de la CJCE. Il s'agissait comme dans les affaires *Walrave* et *Donà* d'un cas de discrimination de travailleurs sur la base de la nationalité au sens de l'article 48 al. 2 TUE de la part d'organisations sportives (fameuses « clauses de nationalité »)<sup>185</sup>. En réitérant le raisonnement tenu dans les affaires *Walrave* et *Donà*,

<sup>178</sup> Cf. SORESENSEN, p. 35; CLAPHAM/WEILER, p. 54.

<sup>179</sup> Cf. EGGER J., *Das Arbeits- und Sozialrecht der EG, Schnittstellen mit der österreichischen Rechtsordnung*, Vienne 1993, p. 53 (cité : EGGER, *Arbeitsrecht*).

<sup>180</sup> Cf. Affaire *Gaetano Donà c. Mario Mantero*, 13/76, Rec. 1976 p. 1333, p. 1340 s.; cf. KUTSCHER, p. 47.

<sup>181</sup> Cf. KUTSCHER, p. 47.

<sup>182</sup> Cf. CLAPHAM, *Human Rights*, p. 251 s.; Rec. 1976 p. 455, par. 8-10; CLAPHAM/WEILER, p. 55.

<sup>183</sup> Cf. CLAPHAM, *Human Rights*, p. 252; cf. notamment MACGOWAN N., « Could Article 30 Impose Obligations on Individuals ? », *ELR* 1987 p. 163 ss (cité : MACGOWAN).

<sup>184</sup> Cf. Affaire *Bosman*, C-415/93, Rec. 1995 I 4921 ss.

<sup>185</sup> Cf. à ce sujet SILVESTRO/SILVESTRO, « Le sport dans l'Union européenne et l'arrêt Bosman », *RMUE* 1996 p. 489 ss, p. 489 (cité : SILVESTRO/SILVESTRO); NYSSSEN/DENOEL, « La situation des ressortissants de pays tiers à la suite de l'arrêt Bosman », *RMUE* 1/1996 p. 119 ss, p. 120 ss

la CJCE a considéré que l'exercice du sport relève du droit communautaire dans la mesure où il constitue une activité économique, notamment dans le cas des joueurs professionnels, dès lors que ceux-ci exercent une activité salariée ou effectuent des prestations de services rémunérées (cf. art. 2 TUE). Pour que le principe de la libre circulation des travailleurs de l'article 48 TUE, liberté fondamentale dans le système des Communautés<sup>186</sup>, puisse s'appliquer, le seul élément requis est l'existence d'une relation de travail ou la volonté d'établir une telle relation<sup>187</sup>.

L'article 48 ne régit pas seulement l'action des autorités publiques, mais s'étend également aux réglementations qui règlent le travail salarié de façon collective. L'extension de l'article 48 TUE aux relations de travail entre particuliers justifie aussi que l'on étende aux particuliers le droit de se prévaloir des justifications tirées de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique qu'admet l'article 48 al. 3, voire même d'autres « raisons objectives impérieuses »<sup>188</sup>, pour autant qu'elles soient *proportionnées* au but visé<sup>189</sup>. Par ailleurs, l'interdiction de discriminer des travailleurs sur la base de la nationalité ne s'oppose pas à des réglementations du domaine sportif justifiées par des raisons *non* économiques tenant au caractère et au cadre spécifique de certaines compétitions<sup>190</sup> (p.ex. compétitions internationales), comme nous l'avons vu dans l'affaire *Walrave*. Mais cette restriction doit être interprétée strictement; elle ne saurait en effet priver les citoyens de l'Union du droit fondamental d'accéder librement et sans discrimination à un emploi qu'elle confère individuellement à tous ses travailleurs<sup>191</sup>.

L'affaire *Bosman* pose encore le problème de la relation entre liberté d'association et interdiction de discriminer; l'autonomie associative est en effet en droit communautaire un droit fondamental garanti. Cela ne signifie toutefois pas qu'il suffise de mettre en balance les intérêts en présence pour résoudre le conflit entre le droit à la libre circulation et la liberté d'association. En effet, en raison de l'importance majeure de l'article 48 pour le marché intérieur<sup>192</sup>, seul un « intérêt important et marquant de l'association » peut justifier une limitation de la libre circulation des personnes<sup>193</sup>.

(cité : NYSSSEN/DENOEL); PEER S., « Towards Equality : Actual and Potential Rights of Third Country Nationals in the European Union », *CMLRev.* 1996 p. 7 ss (cité : PEER); MARTIN D., *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles 1995, p. 323 ss (cité : MARTIN); THILL M., « L'arrêt Bosman et ses implications pour la libre circulation des sportifs à l'intérieur de l'Union européenne dans des contextes factuels différents de ceux de l'affaire Bosman », *RMUE* 1/1996 p. 89 ss (cité : THILL). Cf. encore KADDOUS C., « L'arrêt Bosman et la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne », in J.-P. ZEN-RUFFINEN (éd.), *Droit et Sport*, 3<sup>e</sup> Cycle romand 1996, Fribourg 1997, p. 151 ss, p. 167 s. (cité : KADDOUS).

<sup>186</sup> Cf. Affaire *Bosman*, p. 5064 s.; Affaire *Kraus*, C-19/92, Rec. 1993 I p. 1663, cons. 16.

<sup>187</sup> Cf. Affaire *Bosman*, p. 4924.

<sup>188</sup> Cf. Affaire *Bosman*, Conclusions de M. Lenz, p. 5007.

<sup>189</sup> Cf. Affaire *Bosman*, p. 4926.

<sup>190</sup> Cf. Affaire *Bosman*, p. 4925 s. Cf. la position plus large de M. Lenz dans ses conclusions dans l'affaire *Bosman*, p. 5013, qui fait une analogie entre les art. 30 et 59 et l'art. 48 TCE.

<sup>191</sup> Cf. Affaire *Bosman*, p. 5076; Affaire *Heylens*, 222/86, Rec. 1987 p. 4097 cons. 14.

<sup>192</sup> Cf. Affaire *Heylens*, cons. 174.

<sup>193</sup> Cf. Conclusions de M. Lenz, Affaire *Bosman*, p. 5013. Cf. notamment HILF M., « Die Freizügigkeit des Berufssportballspielers innerhalb der Europäischen Gemeinschaft », *NJW* 1984 p. 517 ss, p. 522 (cité : HILF); SCHROEDER W., *Sport und Europäische Integration*, Munich 1989, p. 191 ss (cité : SCHROEDER).



La jurisprudence essentielle en matière d'égalité de traitement entre particuliers a été rendue par la CJCE sur la base de requêtes *préjudicielles* de la part des juridictions nationales. Ainsi, aussi bien l'arrêt *Walrave*, l'arrêt *Donà*, l'arrêt *Bosman*, l'arrêt *Kalanke*, l'arrêt *Draehmpaehl* que les arrêts successifs *Defrenne* ont été rendus sous la forme de décisions rendues à titre préjudiciel. En cas de recours préjudiciel, la CJCE est compétente pour statuer à titre préalable sur l'interprétation du Traité, la validité et l'interprétation d'actes pris par les institutions communautaires et l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil lorsque ces statuts le prévoient<sup>194</sup>. Une juridiction nationale peut saisir la CJCE lorsqu'une telle question est soulevée devant elle. Elle est tenue de la faire lorsque ses décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne ou lorsque la question porte sur la validité d'un acte d'une institution communautaire. La pratique des questions préjudicielles permet d'éviter des divergences entre les jurisprudences nationales et d'assurer l'uniformité dans l'application du droit communautaire.

### 3. Sur la base du droit dérivé

Si les droits fondamentaux, garantis par le droit originaire, et notamment l'interdiction de discriminer, s'appliquent dans la sphère privée aux relations entre particuliers, il n'en est pas de même des droits garantis par le droit secondaire et en particulier les *directives*<sup>195</sup>; la jurisprudence de la CJCE est sur ce point très indécise<sup>196</sup>. Contrairement aux *règlements* dont l'effet horizontal découle de leur validité générale d'une manière analogue à celui du droit originiaire<sup>197</sup>, les directives, même dans l'hypothèse où certaines de leurs dispositions sont directement applicables, ne sauraient avoir un effet horizontal. En effet, la bonne foi, qui permet au citoyen d'invoquer directement des droits issus de directives à l'encontre de l'Etat du fait d'une mauvaise transposition, ne saurait exister à l'encontre de particuliers auxquels on ne saurait reprocher de ne pas avoir, ou d'avoir mal transposé une directive<sup>198</sup>.

Dans une première série d'arrêts, la CJCE a considéré que les droits qui sont contenus dans des directives même claires, précises et inconditionnelles peuvent être opposés aux Etats membres et à leurs émanations, mais non aux particuliers<sup>199</sup>. Cette jurisprudence, selon laquelle la Directive 76/207 en matière d'égalité entre hommes et femmes ne lie que l'Etat sur le plan national, a été confirmée lors de l'affaire *Marshall c. Southampton and S.W. Hampshire Area Health Authority*<sup>200</sup>. Néanmoins, dans deux autres arrêts, *Harz*<sup>201</sup> et *Marleasing*<sup>202</sup>, la CJCE a appliqué certains droits dérivant de directives entre

<sup>194</sup> Cf. Louis, n. 26 ; Beutler/Bieber/Pfirkorn/Streil, p. 238 s. et p. 251 ss.

<sup>195</sup> Cf. Clapham/Weiler, p. 249 ss.

<sup>196</sup> Cf. Clapham/Weiler, p. 55.

<sup>197</sup> Cf. Beutler/Bieber/Pfirkorn/Streil, p. 212.

<sup>198</sup> Cf. Affaire *Kolpinghuis*, 80/86, Rec. 1987 p. 3969; cf. Easson, p. 67.

<sup>199</sup> Cf. Clapham/Weiler, p. 55.

<sup>200</sup> Cf. Clapham/Weiler, p. 56; Rec. 1986 p. 723. Cf. encore Affaire *Becker c. Finanzamt*

*Münster - Innenstadt*, 8/81, Rec. 1982 p. 53.

<sup>201</sup> Cf. Affaire *Doris Harz c. Deutsche Tradax GmbH*, 79/83, Rec. 1984 p. 1921.

<sup>202</sup> Cf. Affaire *Marleasing*, 106/89, Rec. 1990 I p. 4135.

particuliers sans égard à la qualité publique ou privée des parties<sup>203</sup>. On ne saurait aujourd'hui déduire de manière générale de ce revirement qu'un individu puisse se voir reconnaître des droits à l'encontre d'autres individus sur la simple base d'une directive<sup>204</sup>.

De plus, cette dichotomie n'a à première vue aucune justification objective, mis à part des motifs politiques ou pratiques rattachés notamment à la lettre de l'article 189 TUE<sup>205</sup>. L'enjeu du problème devient alors la détermination des critères de délimitation entre sphère privée et sphère publique<sup>206</sup>. L'application inégale à la sphère privée des interdictions de discriminer, selon qu'elles sont issues du Traité ou de directives, constitue une grave lacune du système européen de protection des droits de l'homme<sup>207</sup>.

Une solution consisterait à prévoir au sein de chaque directive des règles exprimant clairement leur applicabilité aux relations interindividuelles et leur invocabilité à l'encontre de personnes privées<sup>208</sup>, surtout si l'on considère que les directives ne sont que très rarement entièrement mises en oeuvre. A noter qu'il existe un principe intitulé le « principe Von Colson » ou « la 'solution' interprétative au problème de l'effet horizontal direct »<sup>209</sup>. Ce principe, connu sous le nom d'effet indirect, revient à exiger des juridictions nationales une interprétation de leur droit national à la lumière de la lettre et des finalités des directives directement applicables, conformément à l'alinéa 3 de l'article 189 TUE<sup>210</sup>. Il semblerait donc que les droits et obligations déductibles des directives doivent être introduits en droit national en tant que *principes interprétatifs*<sup>211</sup>. Ce principe entraîne ainsi un effet horizontal *indirect*, car interprétatif, des directives<sup>212</sup>. Le fait toutefois que la CJCE étende ce principe jusqu'à faire primer la directive d'application directe sur une règle nationale claire et précise démontre que le résultat est dans bien des cas un véritable effet horizontal direct des directives<sup>213</sup>. Le devoir des Etats membres de veiller à ce que le droit national édicté en prolongement du droit communautaire respecte les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique ne saurait cependant être étendu sans autre sur cette base aux particuliers<sup>214</sup>.

Il existe enfin une troisième voie, celle de la responsabilité de l'Etat pour ne pas avoir ou avoir mal transposé une directive<sup>215</sup>. Notons toutefois que

<sup>203</sup> Cf. Clapham/Weiler, p. 56.

<sup>204</sup> Cf. Clapham/Weiler, p. 57.

<sup>205</sup> Cf. Affaire *Marshall c. Southampton and SW Hampshire Area Health Authority*, 152/84, Rec. 1986 p. 723.

<sup>206</sup> Cf. Affaire *Foster c. British Gas*, 188/89, Rec. 1990 I p. 3313; Clapham, Human Rights, p. 258 ss.

<sup>207</sup> Cf. En matière de discrimination de personnes homosexuelles, Clapham/Weiler, p. 57.

<sup>208</sup> Cf. Clapham, Human Rights, p. 279; en matière de discrimination de personnes homosexuelles, Clapham/Weiler, p. 57.

<sup>209</sup> Cf. Clapham, Human Rights, p. 257; cf. Affaire *Von Colson et Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, 14/83, Rec. 1984 p. 1891 ss; Affaire *Marleasing*, 106/89, Rec. 1990 I p. 4135; Clapham/Weiler, p. 56. Cf. encore Emmert F., *Horizontale Drittwirkung von Richtlinien*, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 1992, p. 56 ss (cité : Emmert).

<sup>210</sup> Cf. Beutler/Bieber/Pfirkorn/Streil, p. 212.

<sup>211</sup> Cf. Clapham/Weiler, p. 56.

<sup>212</sup> Cf. Beutler/Bieber/Pfirkorn/Streil, p. 212.

<sup>213</sup> Cf. Goetz, p. 1854; Classen, p. 83 ss.

<sup>214</sup> Cf. Clapham, Human Rights, p. 275.

<sup>215</sup> Cf. Affaire *Francovich et Bonifazi*, C 6/90 et C 9/90, Rec. 1991 I p. 5357; Affaire *Dillenkofer*, C-178, Rec. 1997.



l'effet horizontal accordé *a posteriori* et indirectement par ce biais n'est en rien comparable à celui dont jouit le droit originaire, comme nous l'avons vu précédemment

### C. Quelques cas particuliers d'interdiction de discriminer

Le principe d'égalité de traitement du droit communautaire est mis en œuvre et concrétisé notamment par les dispositions du Traité relatives à la libre circulation des travailleurs, au droit d'établissement et à la libre-prestation des services. Etant donné que la majeure partie de ces cas d'égalité s'insèrent dans une relation verticale (citoyen-Etat national ou citoyen-Communauté)<sup>216</sup>, nous nous contenterons ici de prendre en compte quelques cas d'égalité horizontale, qui se rattachent tout à tour à chacun des trois grands domaines d'application évoqués. Il s'agit de l'égalité entre travailleurs (1.) et de l'égalité entre les sexes (2.).

#### 1. L'égalité entre travailleurs

Un exemple propre à illustrer un effet direct (sans nécessité de transposition aucune) et horizontal (car visant à régler une relation interindividuelle) du droit européen est celui des dispositions les plus importantes du *droit européen du travail*<sup>217</sup> : les articles 7 à 9 Règlement CEE n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs au sein de la Communauté (Règlement 1612/68). Ce règlement prévoit qu'un travailleur ressortissant d'un Etat membre ne peut être traité différemment des travailleurs nationaux, pour toutes les conditions d'emploi et de travail. Il s'agit d'une concrétisation de l'article 48 al. 2 TUE, lui-même application du principe de l'article 6 TUE au droit du travail<sup>218</sup>. Cette interdiction de discriminer absolue et globale en droit du travail s'étend aussi bien au droit des contrats individuels de travail qu'au droit collectif du travail.

L'obligation de respecter le principe paritaire s'impose aussi dans le domaine laissé aux associations syndicales et aux particuliers sur la base du seul Traité, du moment que la prescription de la règle expresse est suffisamment concrète et déterminée dans sa portée<sup>219</sup>. En effet, la réalisation des objectifs fondamentaux du Traité serait compromise si l'on n'éliminait pas aussi les limitations posées dans l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou des organismes ne relevant pas du droit public<sup>220</sup>.

La sanction d'une discrimination abusive est la *nullité* de la convention collective de travail, des accords intra-entreprise (*Betriebsvereinbarungen*) ou

du contrat individuel de travail fondant des discriminations abusives sur la base de la nationalité (art. 7 al. 4 du Règlement 1612/68)<sup>221</sup>. En cas de nullité, seules les clauses discriminatoires sont invalides et le contrat est maintenu. Quant aux règles qui doivent les remplacer, la solution varie selon que l'on se trouve en présence d'un contrat collectif, auquel cas les règles légales se substitueront aux règles invalides, ou d'un contrat individuel. En présence d'un contrat de travail individuel, la nullité ne saurait entraîner l'application de dispositions d'autres contrats individuels de travailleurs nationaux; en effet, cela serait contraire à la liberté contractuelle et difficile à mettre en œuvre. En outre, une certaine différence objectivement justifiée entre travailleurs nationaux et non nationaux survient souvent sans qu'elle puisse être assimilée à une discrimination<sup>222</sup>.

Toute différenciation n'est en effet pas proscrite; les distinctions fondées sur des critères objectifs, tels que la qualification particulière des travailleurs nationaux, sont justifiées<sup>223</sup>. Une égalisation systématique entrerait de manière évidente en contradiction avec la liberté contractuelle<sup>224</sup>. La CJCE a notamment jugé qu'une différence de montant entre les indemnités de départ d'un travailleur dont le domicile était dans le pays et celles d'un autre dont le domicile était à l'étranger ne constituait pas une discrimination, en raison des modalités et des conditions du versement de ces indemnités<sup>225</sup>.

On peut envisager encore d'autres applications de l'interdiction de discrimination sur la base de la nationalité en droit du travail : l'égalité de traitement sur le *marché du logement* de l'article 9 du Règlement 1612/68, soit l'égalité dans la recherche d'un logement, ou encore l'interdiction de discriminer au sein d'une entreprise entre les travailleurs à temps partiel et les travailleurs à temps complet quant à la promotion, la formation continue et le droit aux vacances (art. 2 Directive sur les relations de travail aux conditions particulières)<sup>226</sup><sup>227</sup>.

Les prescriptions portant sur la libre circulation des personnes et des services sont devenues *d'effet direct* dès la fin de la période de réception en droit interne, ce qui a permis notamment de mettre en œuvre l'interdiction de discriminer dans des cas de restrictions qui en raison de leur forme atypique n'auraient pu être écartées en application de dispositions nationales strictes<sup>228</sup>.

La dernière des concrétisations de l'égalité horizontale en droit du travail européen que nous examinerons est celle de l'attitude non discriminatoire vis-à-vis des malades atteints du SIDA que doivent adopter les entreprises qui les emploient<sup>229</sup>. Cette attitude se fonde sur une décision finale du Conseil européen du 15 décembre 1988<sup>230</sup>, décision, qui bien qu'elle ne soit pas contraignante, devrait être mise en œuvre par les Etats membres. Cette décision

<sup>221</sup> Cf. EGGER, *Arbeitsrecht*, p. 50; TRABUCCHI, p. 90.

<sup>222</sup> Cf. EGGER, *Arbeitsrecht*, p. 50 s.

<sup>223</sup> Cf. EGGER, *Arbeitsrecht*, p. 53.

<sup>224</sup> Cf. EGGER, *Arbeitsrecht*, p. 50 s.

<sup>225</sup> Cf. EGGER, *Arbeitsrecht*, p. 53; cf. *Affaire Sotgiu*, 152/73, Rec. 1974 p. 153.

<sup>226</sup> Cf. JOCE 1990 C 224/4.

<sup>227</sup> Cf. EGGER, *Arbeitsrecht*, p. 102 s.

<sup>228</sup> Cf. BEUTLER/BIEBER/PISKORN/STREIL, p. 320; *Affaire Donà*, p. 1333.

<sup>229</sup> Cf. la Décision sur la lutte contre le SIDA, JOCE 1990 C 10/3 A.III.; EGGER, *Arbeitsrecht*, p. 150.

<sup>230</sup> Cf. EGGER, *Arbeitsrecht*, p. 150; JO 1989 C 28/2.



mentionne notamment l'absence de risque d'infection pour les collègues d'un malade du SIDA et la non-justification de tests de dépistage à l'embauche ou au cours de l'emploi. Les malades ne sont de ce fait en aucun cas tenus d'annoncer leur maladie à leur employeur<sup>231</sup>, et leurs supérieurs doivent veiller à ce qu'ils ne subissent aucune discrimination ou mise à l'écart. Dans l'hypothèse où leur état de santé devrait s'aggraver, ils doivent pouvoir être chargés d'autres activités au sein de l'entreprise, voire obtenir des modifications de leur horaire de travail, de manière à ce qu'ils puissent y rester aussi longtemps que possible<sup>232</sup>.

## 2. L'égalité entre les sexes

Après la présentation du cas particulier de l'interdiction de discriminer entre particuliers que constitue l'égalité entre les sexes au sens strict (a), nous exposerons celui de l'interdiction de discriminer fondée sur l'orientation sexuelle d'une personne, et en particulier sur son homosexualité (b).

### a) Au sens strict

L'égalité entre hommes et femmes en droit européen social (cf. art. 119 et 235 TUE)<sup>233</sup>, que nous ne ferons qu'effleurer<sup>234</sup>, est la facette de l'égalité de traitement dont l'effet horizontal direct fait l'unanimité en droit européen et dans la plupart des pays européens. L'égalité de traitement entre hommes et femmes a toujours constitué un des buts communautaires les plus importants et constitue même un des fondements de la Communauté, d'où sa nature de droit fondamental<sup>235</sup>. La révision du Traité sur l'Union européenne a apporté, nous l'avons dit plus haut, un meilleur ancrage des droits fondamentaux dans le Traité. Il contient en effet une clause antidiscriminatoire générale, droit fondamental rattaché à la qualité de citoyen européen<sup>236</sup>; cette clause (art. 6a TUE) dépasse la simple égalité entre hommes et femmes et étend l'interdiction de discriminer aux différences de traitement fondées sur la race, l'orientation sexuelle, l'âge, la religion ou le handicap.

Après l'égalité de rémunération<sup>237</sup> de l'article 119 TUE, le principe de l'égalité entre les sexes a été étendu, par le droit communautaire dérivé et la jurisprudence européenne, à l'accès à l'emploi salarié, à la formation et à la promotion professionnelle, aux conditions de travail, de même qu'aux per-

sonnes exerçant une activité indépendante<sup>238</sup>. Le droit communautaire dérivé comprend cinq directives en matière d'égalité entre hommes et femmes<sup>239</sup>. Parmi elles, deux concernent l'égalité de rémunération et l'égalité des chances dans le relations de travail : la Directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions du travail (JO L 39/40)<sup>240</sup> et la Directive 75/117/CEE 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 féminins (JO L 45). Les trois autres directives concernent l'égalité entre hommes et femmes dans le domaine de la *sécurité sociale*, domaine qui ne relève pas de cette étude : la Directive 79/7/CEE du 10 janvier 1979 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (JO L 6), la Directive 86/378/CEE du 12 août 1986 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale (JO L 225) et la Directive 86/613/CEE du 19 décembre 1986 sur l'application du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante pendant la grossesse et la maternité (JO L 359)<sup>241</sup>.

Outre ce qu'il convient d'appeler le droit européen « dur » ou contraignant, la Communauté a aussi donné naissance à des mesures non contraignantes de promotion de l'égalité entre hommes et femmes<sup>242</sup>. Il s'agit notamment des trois Programmes d'Action de promotion de l'égalité entre hommes et femmes<sup>243</sup> et du Code Pratique de 1991 contre le harcèlement sexuel<sup>244</sup>.

Le droit communautaire d'interdiction des discriminations fondées sur le sexe peut être réparti en deux domaines fondamentaux, qui correspondent à deux phases importantes de son évolution historique : celui de l'égalité de rémunération et celui de l'égalité dans l'accès à l'emploi.

Depuis les arrêts *Defrenne c. Sabena*<sup>245</sup>, le principe de l'égalité de rémunération entre travailleurs féminins et masculins est reconnu comme d'effet direct, mais surtout d'effet horizontal direct, soit non seulement d'application entre Etat et travailleurs, mais aussi d'application aux relations interdivi-

<sup>238</sup> Cf. GARRONE, p. 441; cf. Directive 76/207 (JOCE n° L 39 du 14 février 1976 p. 40) et 86/613 (JOCE n° L 359 du 19 décembre 1986 p. 56). L'art. 119 TCE ne pouvait en effet suffire comme base à une égalité générale de traitement entre hommes et femmes s'appliquant à l'ensemble de la relation de travail, comme l'a décidé la CJCE dans l'affaire *Defrenne/Sabena III* (Affaire 149/77, Rec. 1978 p. 1365). Cf. Au sujet de la discrimination de personnes homosexuelles sur le lieu de travail en droit européen, LAMMY B., « Rights in the workplace », in WAALDIJK/CLAPHAM (éd.), *Homosexuality: A European Community Issue*, Dordrecht 1993, p. 335 ss (cité : LAMMY).

<sup>239</sup> Cf. EGGER, Arbeitsrecht, p. 113. Cf. Relativement aux rapports entre le droit communautaire de l'égalité entre les sexes et la loi suisse sur l'égalité, KAUFMANN, Bundesgesetz, p. 1352; BYRE, p. 212.

<sup>240</sup> Cf. MOHN, p. 45.

<sup>241</sup> Cf. KAUFMANN, Bundesgesetz, p. 1353.

<sup>242</sup> Cf. BYRE, p. 213 ss.

<sup>243</sup> Cf. BYRE, p. 214; EGGER, Arbeitsrecht, p. 113; COM 90/449 final, 6 novembre 1990.

<sup>244</sup> Cf. BYRE, p. 214 s.; JO 1992 C 27/04 et JO 1992 L 49.

<sup>245</sup> Cf. Affaire *Defrenne/Sabena*, 43/75, Rec. 1976 p. 455 cons. 38/39 et TRABUCCHI, p. 484 ss.

<sup>231</sup> Cf. EGGER, Arbeitsrecht, p. 150 s.

<sup>232</sup> Cf. EGGER, Arbeitsrecht, p. 151; cf. à ce sujet WALTER A.-M., *Arbeitsrechtliche Konsequenzen von AIDS*, th. Innsbruck 1990 (cité : WALTER); SCHUENEMANN/PFEIFFER (éd.), *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden 1988 (cité : SCHUENEMANN/PFEIFFER).

<sup>233</sup> Cf. BYRE, p. 207 ss.

<sup>234</sup> Cf. pour davantage de détails et sur les rapports entre cette partie du droit européen et le droit suisse, REFAEL N. (et al.), *Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im europäischen und schweizerischen Recht: ausgewählte Fragen*, Berne 1997 (cité : REFAEL).

<sup>235</sup> Cf. EGGER, Arbeitsrecht, p. 111; cf. Affaire *Defrenne/Sabena III*, 149/77, Rec. 1978 p. 1365 cons. 26/29.

<sup>236</sup> Cf. Résolution du Parlement européen du 17 mai 1995, Partie du Rapport Bourlanges-Martin (A4-0102/95), Paragraphe 7. Cf. Intergovernmental Conference, Briefing n° 22: Fundamental Rights.

<sup>237</sup> Cf. EGGER, Arbeitsrecht, p. 112.



duelles, qu'il s'agisse de contrats collectifs ou individuels de travail<sup>246</sup>. Les principes d'autonomie privée et de liberté contractuelle ne sauraient dès lors l'emporter sur l'égalité horizontale<sup>247</sup>. A noter que l'article 119 TUE n'est qu'une précision de l'article 117 al. 1 TUE qui reconnaît « la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre permettant leur *égalité* dans le progrès », égalisation qui ne saurait être atteinte sans celle des conditions de vie et de travail<sup>248</sup> et qui vaut donc de manière plus générale qu'en matière de rémunération et d'égalité entre hommes et femmes.

Quant à l'égalité dans l'accès à l'emploi, la Directive 76/207/CEE et son article 2 al. 1 revêtent actuellement un rôle essentiel dans la promotion de l'égalité entre hommes et femmes dans l'Union européenne. Deux affaires récentes ont confirmé l'importance de la question, ainsi que les dangers de la discrimination positive. Il s'agit de l'affaire *Kalanke*<sup>249</sup>, confirmée, quoique avec quelques nuances, par l'affaire *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*<sup>250</sup>, et de l'affaire *Nils Draehmpaehl c. Urania Immobilien Service OHG*<sup>251</sup>.

L'affaire *Kalanke* rappelle les limites à imposer à la discrimination positive en droit national malgré l'exception prévue à l'article 4 al. 2 de la Directive 76/207/CEE, qui favorise les mesures d'*affirmative action*<sup>252</sup>, et condamne la *reverse discrimination* des hommes en cas de quotas minimaux d'employés de sexe féminin. Une réglementation nationale, qui garantit la « priorité absolue et inconditionnelle » aux femmes lors d'un recrutement ou d'une promotion, va au-delà de l'égalité des chances, viole l'article 2 al. 1 de la Directive 76/207 et dépasse les limites de l'exception aménagée par l'article 2 al. 4 de la Directive sur l'égalité de traitement, cela même si elle est accompagnée d'une possibilité de dérogation<sup>253</sup>. Les actions positives ont pour origine l'exigence d'éliminer les obstacles de fait qui pèsent sur certaines catégories ou certains groupes de personnes qui sont donc désavantagés dans le domaine de l'emploi<sup>254</sup>, il s'agit de mesures visant à assurer une plus grande égalité des chances en tant qu'égalité « des points de départ » (p.ex. meilleure orientation scolaire ou formation professionnelle) et non pas « des points d'arrivée » (p.ex. introduction de quotas)<sup>255</sup>.

Ces mesures d'action spécifique en faveur d'une catégorie minoritaire s'opposent au principe de l'égalité au sens *formel*, qui interdit de fonder les disparités de traitement des individus sur certains facteurs de différenciation,

<sup>246</sup> Cf. EGGER, *Arbeitsrecht*, p. 112 s.

<sup>247</sup> Cf. EGGER, *Arbeitsrecht*, p. 112.

<sup>248</sup> Cf. TRABUCCHI, p. 486.

<sup>249</sup> Cf. Affaire *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93, Rec. 1995 I p. 3051 ss, p. 3069.

<sup>250</sup> Cf. Conclusions de l'avocat général M. Francis Jacobs du 15 mai 1997 dans l'affaire *Hellmut Marschall/Land Nordrhein-Westfalen*, C-409/95, Communiqué de presse n° 26/97. Voir le récent Jugement de la CJCE du 11 novembre 1997.

<sup>251</sup> Cf. Affaire *Nils Draehmpaehl/Urania Immobilien Service OHG*, C-180/95, Rec. 1997 I p. 2195.

<sup>252</sup> Cf. Affaire *Commission/France*, 3/88, Rec. 1988 p. 6315 pt. 15.

<sup>253</sup> Cf. FREDMAN S., « Reversing Discrimination », *Law Quarterly Review* 1997 p. 575 (cité : FREDMAN, *Reversing*).

<sup>254</sup> Cf. Affaire *Kalanke*, Conclusions de M. Tesaro, p. 3057.

<sup>255</sup> Cf. Affaire *Kalanke*, Conclusions de M. Tesaro, p. 3060 et 3063.

tel le sexe, et sont bien plutôt fondées sur le principe d'égalité *substantielle* ou matérielle, qui renvoie au contraire à un concept positif, se fondant précisément sur la pertinence de ces mêmes facteurs de différence pour légitimer un droit inégal, instrument de réalisation de l'égalité entre des personnes qui ne sont pas supposées égales, mais dont les différences sont prises en compte. Ce principe complète celui d'égalité formelle en lui apportant des dérogations justifiées par le but auquel elles tendent<sup>256</sup>; c'est la *différence* qui permet de s'écarter de l'égalité au sens formel aux fins d'assurer une meilleure égalité des chances.

Quant à l'affaire *Nils Draehmpaehl c. Urania Immobilien Service OHG*, elle a permis de considérer que les articles 611a et 611b du BGB allemand étaient contraires à la Directive 76/207/CEE en ce qui concerne l'accès à l'emploi; en application de la directive européenne (art. 3 al. 1 et 6 Directive 76/207), ces articles du BGB allemand interdisent à un employeur d'offrir un emploi uniquement à des travailleurs de l'un ou l'autre sexe, sous peine de devoir une indemnisation pécuniaire adéquate dont le montant se limite à trois mois de salaire. En l'espèce, on a jugé que la réglementation allemande était contraire au droit européen en ce qu'elle prévoit une condition de faute à l'indemnisation d'une discrimination injustifiée<sup>257</sup> et un plafond au montant de l'indemnité<sup>258</sup> de celui qui a été discriminé en raison de son sexe lors d'un recrutement, dans le cas où ce candidat aurait obtenu le poste à pourvoir si la sélection s'était opérée sans discrimination. Notons que la loi suisse sur l'égalité n'échappe pas à la critique et l'on peut se demander si elle n'est pas déjà « euro-incompatible » en vertu des plafonds qu'elle fixe à l'indemnité pour discrimination à l'embauche (art. 5 al. 2 et 4 LEg)<sup>259</sup>.

## b) L'homosexualité

Au sein de la Communauté européenne, la défense des homosexuel(le)s contre la discrimination a pu trouver des fondements législatifs neufs et une sollicitude supérieure à celle que l'on trouve pour ce type particulier de discrimination en droit international des droits de l'homme<sup>260</sup>. En effet, au vu de ce qui a été présenté plus haut, l'interdiction de discriminer du droit communau-

<sup>256</sup> Cf. Affaire *Kalanke*, Conclusions de M. Tesaro, p. 3059 et 3062.

<sup>257</sup> Cf. Affaire *Draehmpaehl*, p. 2218 s., qui se réfère à l'affaire *Dekker*, C-177/88, Rec. 1988 I p. 3491, n. 22. Cf. Les conclusions de l'avocat général M. Léger, p. 2198 ss, p. 2203 s.

<sup>258</sup> Cf. Affaire *Draehmpaehl*, p. 2221 ss, qui se réfère au « caractère suffisamment efficace » des dispositions nationales de mise en œuvre de la Directive (Affaire *Von Colson et Kamann*, C-14/84, Rec. 1984 p. 1891 n. 18) et à « la réparation adéquate » que doit offrir le dédommagement prévu dans la législation nationale (cf. art. 6 Directive 76/207). Cf. aussi les conclusions de l'avocat général M. Léger, p. 2204 ss.

<sup>259</sup> Cf. *a contrario*, Mess. LEg, p. 1205, qui considèrent que la LEg était eurocompatible, état qui se trouve démenti en l'état actuel de la jurisprudence européenne.

<sup>260</sup> Cf. CLAPHAM/WEILER, p. 13 et 68. Cf. encore TATCHELL R., *Europe in the Pink : Lesbian and Gay Equality in the New Europe*, Londres 1992, p. 53 (cité : TATCHELL). Cf. notamment MCCRUDDEN/CHAMBERS, « Introduction », in MCCRUDDEN/CHAMBERS (éd.), *Individual Rights and the Law in Britain*, Oxford 1995, p. 37 (cité : MCCRUDDEN/CHAMBERS) ; WINTENUTE R., « Sexual orientation Discrimination », in MCCRUDDEN/CHAMBERS (éd.), *Individual Rights and the Law in Britain*, Oxford 1995, p. 491 ss, p. 528 ss (cité : WINTENUTE). Cf. encore WINTENUTE R., *Sexual Orientation and Human Rights, The United States Constitution, The European Convention and the Canadian Charter*, Oxford 1995 (cité : WINTENUTE, *Sexual*).



taire présente l'avantage de bénéficier d'un champ d'application étendu, puis- qu'elle n'impose pas seulement une interdiction de discriminer à la Commu- nauté et aux Etats membres, mais aussi aux individus<sup>261</sup>. La lutte contre la discrimination des individus sur la base de leur orientation sexuelle s'oriente autour de trois axes de l'ordre juridique communautaire<sup>262</sup> : la libre circula- tion des personnes (*Negative Integration*; cf. art. 48 TUE), la protection des droits de l'homme et du droit fondamental à être traité en égal (art. 3 et 14 CEDH ou art. 8 CEDH<sup>263</sup>) et les mesures de promotion et de protection de l'égalité entre les sexes<sup>264</sup> (*Positive Integration*; art. 119 TUE et ses Directi- ves).

Il existe toutefois un document important dans le domaine de l'action con- tre la discrimination sexuelle sur le lieu de travail qui englobe la discrimina- tion des personnes homosexuelles : Le Rapport sur la discrimination sexuelle sur le lieu de travail<sup>265</sup>. Par ailleurs, la Commission a inclus le harcèlement de personnes sur la base de leur orientation sexuelle dans le Code de pratique sur les mesures contre le harcèlement sexuel de 1992<sup>266</sup>. Dans le même ordre d'idées, le Parlement européen a recommandé en 1989 que la Charte commu- nautaire des droits sociaux fondamentaux soit enrichie d'une clause interdi- sant la discrimination de travailleurs sur la base de leur orientation sexuelle<sup>267</sup>.

Remarquons ici qu'afin de défendre les homosexuel(le)s contre la discrimi- nation (discrimination à l'embauche, harcèlement en cours d'emploi, rési- liation discriminatoire, ...) <sup>268</sup>, certains envisagent que l'on puisse leur étendre le champ d'application des directives sur l'égalité entre hommes et fem- mes<sup>269</sup>, ainsi que celui des autres mesures de promotion de l'égalité, tel que le Code Pratique contre le harcèlement<sup>270</sup>. Ils fondent leur argumentation avant tout sur l'effet contra-productif qu'aurait l'introduction de règles de protection particulières contre la discrimination des homosexuel(le)s et sur le fait que cette législation de protection positive contre la discrimination entre les sexes se fonderait non seulement sur l'article 119 TUE (égalité de rémunération), mais surtout sur la « clause élastique » de l'article 235 TUE, ce qui indique- rait qu'il s'agit d'une question de choix politiques et sociaux<sup>271</sup>. Pour le reste, les droits de l'homme faisant partie intégrante de l'ordre juridique commu- nautaire, les droits des homosexuel(le)s à ne pas être discriminé(e)s découlent

<sup>261</sup> Cf. CLAPHAM/WEILER, p. 68.

<sup>262</sup> Cf. CLAPHAM/WEILER, p. 19 ss.

<sup>263</sup> Cf. Sur le droit à la vie privée dans ce contexte, VAN DIJK P., « The Treatment of Homosexuals under the European Convention on Human Rights », in CLAPHAM/WALDIJK (éd.), *Homosexuals : A European Community Issue*, Dordrecht 1993, p. 179 ss, p. 185 ss (cité : VAN DIJK).

<sup>264</sup> Cf. WINTERMUTE, p. 528 s. qui se réfère à une large interprétation communautaire de la discrimi- nation sexuelle telle qu'elle est apparue dans l'Affaire *Dekker c. Stichting, IRLR* 1991 p. 27.

<sup>265</sup> Cf. LAMMY, p. 343 ss; EP-Doc. I-1358783, 13 février 1984, PE 87.477, def., 9 ss.

<sup>266</sup> Cf. WINTERMUTE, p. 529. Cf. JO 1992 35, n° C-27, I, 4-11.

<sup>267</sup> Cf. JO 1989 32, n° C-323, 46. Cf. encore TATCHELL, p. 16 ss ; JEFFERY-POULTER S., *Peers, Queens and Commons : The Struggle for Gay Law Reform from 1950 to the Present*, Londres 1991, p. 249 s. (cité : JEFFERY-POULTER).

<sup>268</sup> Cf. BYRE, p. 216 s.

<sup>269</sup> Cf. CLAPHAM/WEILER, p. 20 ss.

<sup>270</sup> Cf. BYRE, p. 215.

<sup>271</sup> Cf. CLAPHAM/WEILER, p. 21 et p. 32; BYRE, p. 213.

aussi du principe général d'égalité de traitement de l'ordre juridique commu- nautaire ou encore des articles 8, 3 et 14 CEDH<sup>272</sup>. Par ailleurs, le récent arti- cle 6a du Traité d'Amsterdam établit une clause antidiscriminatoire générale prohibant expressément la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

On considère ainsi qu'il ne serait pas utile de tenter d'introduire une *régle- mentation complémentaire* afin d'assurer la protection spécifique du droit à ne pas être discriminé sur la base de ses préférences sexuelles; en effet, une telle entreprise accentuerait la différence et créerait un précédent en faveur de chacune des minorités susceptibles d'être la proie de discriminations<sup>273</sup>. Cer- tains ont aussi proposé l'adoption d'un protocole supplémentaire à la CEDH ou la mention de l'« orientation sexuelle » dans la liste des types de discrimi- nation prohibés de l'article 14 CEDH<sup>274</sup>. Cette mention serait cependant inu- tile puisque la jurisprudence examine déjà certains cas de discrimination fon- dées sur l'homosexualité sur la base de l'article 14 CEDH<sup>275</sup>, combiné aux articles 8 ou 12 CEDH<sup>276</sup>. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a cependant émis la Recommandation 924 par laquelle elle exhorte les Etats membres à davantage d'égalité dans le traitement privé et public des person- nes homosexuelles<sup>277</sup>.

### III. Les fondements dans la Convention européenne des droits de l'homme

Après quelques généralités sur la Convention européenne des droits de l'homme (A.), nous présenterons l'interdiction générale de discriminer telle qu'elle est comprise à l'article 14 CEDH (B.) pour passer à la question de l'effet horizontal de la Convention et de l'interdiction de discriminer entre particuliers (C.).

#### A. En général

La Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (CEDH; RS 0.101) est un catalogue des différents droits de l'homme recon- nus par ses Etats membres, qui est de rang constitutionnel<sup>278</sup> en Suisse depuis le 28 novembre 1974 et pourrait fonder une obligation d'égalité de traitement entre personnes privées.

<sup>272</sup> Cf. CLAPHAM/WEILER, p. 27, p. 52 s.; VAN DIJK, p. 179 ss.

<sup>273</sup> Cf. CLAPHAM/WEILER, p. 61 ss et 66 s.

<sup>274</sup> Cf. WINTERMUTE, p. 528 et HELFER L., « Finding a consensus on Equality : The Homosexual Age of consent and the European Convention on Human Rights », *New York University Law Review* 65/1990 p. 1044 ss, p. 1086 ss (cité : HELFER). Cf. encore plus récemment HELFER L., « Lesbian and Gay Rights as Human Rights : Strategies for a United Europe », *Virginia Journal of International Law* 32/1991 157 (cité : HELFER, *Lesbian*).

<sup>275</sup> Cf. VAN DIJK, p. 194 ss; cf. Affaire du 22 octobre 1981 *Dudgeon*, Rec. 1981 Série A, n° 45, p. 26; Rapport de la Commission du 13 mars 1980, *Dudgeon*, Série B, n° 40, 42. Cf. BERGER V., *La Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 5<sup>e</sup> éd., Paris 1996 (cité : BER- GER).

<sup>276</sup> Cf. WINTERMUTE, p. 524 ss.

<sup>277</sup> Cf. WINTERMUTE, p. 528.

<sup>278</sup> Cf. ATF 117 Ib 367 (a); *JAT* 1993 I 273; *PIA* 1993/2 p. 195 ss; voir à ce sujet MUELLER, *Kommentar*, n. 18.



En vertu du monisme suisse d'une part et du principe de la primauté d'autre part, la CEDH fait partie intégrante de l'ordre juridique suisse et toute personne peut s'en prévaloir devant les instances nationales, puis éventuellement devant les organes prévus par la Convention (art. 26 CEDH). La CEDH crée donc, contrairement à de nombreuses autres conventions en matière de droits de l'homme, des obligations objectives et des droits pour les particuliers qui s'ajoutent à la garantie nationale des droits fondamentaux.

## B. L'interdiction générale de discriminer

L'article 14 CEDH prévoit une obligation de non-discrimination liée à chacun des droits substantiels garantis par la CEDH et ses protocoles additionnels, obligation qui n'est dès lors pas autonome (*non autonomus*)<sup>279</sup>, mais *subordonnée (subordinate)* ou accessoire<sup>280</sup>. L'article 14 CEDH n'interdit donc la discrimination que lorsqu'elle est en relation avec la jouissance d'autres droits et libertés garantis par la Convention<sup>281</sup>.

En outre, l'article 14 CEDH est une clause d'interdiction de la discrimination *arbitraire (open-ended)* et non une clause d'interdiction de la discrimination simple (*self-contained*), limitée aux différences de traitement fondées sur les critères de distinction prohibés évoqués. La jouissance des droits et libertés reconnus par la CEDH doit être garantie sans distinction aucune ; sont visées les restrictions fondées notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. Il n'est donc pas nécessaire de savoir si la discrimination fondée sur le sexe comprend celle qui est fondée sur les préférences sexuelles ou la grossesse ou si la discrimination fondée sur l'origine nationale comprend celle qui est fondée sur la nationalité ou la citoyenneté<sup>282</sup>. Les motifs de distinction interdits expressément par l'article 14 ne sont qu'in-

dicatifs ; sont en réalité prohibées toutes les discriminations arbitraires, à savoir celles auxquelles manquent des justifications objectives et raisonnables<sup>283</sup>.

Bien que l'article 14 CEDH ne contienne pas une interdiction de discriminer autonome, à la manière de celle de l'article 26 du Pacte des Nations Unies du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte I ; RS 0.103.1)<sup>284</sup>, les conséquences sur son champ d'application ne sont pas aussi restrictives qu'il n'y paraît<sup>285</sup>. En effet, l'article 14 CEDH a été pour ainsi dire « *émancipé* » par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>286</sup>, même sans violation d'autres droits ou libertés garantis par la CEDH, une mesure peut tout de même entrer en contradiction avec ces droits lorsqu'elle fait l'objet d'une lecture commune avec l'article 14 CEDH, du fait qu'elle est de nature discriminatoire. Notons que, dans tous les cas, en vertu de l'article 60 CEDH, aucune des dispositions de la CEDH ne pourra être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de tout État membre ou à toute *convention* à laquelle cet État membre est partie ; l'article 26 du Pacte I constituerait ainsi une convention à laquelle l'interprétation et l'application de la CEDH ne saurait porter atteinte en matière d'interdiction de discriminer<sup>287</sup>.

Selon la Cour européenne des droits de l'homme<sup>288</sup>, une des hypothèses où l'on pourrait envisager la violation de l'obligation de non-discrimination de l'article 14 CEDH, sans qu'il y ait violation d'un autre droit garanti par la CEDH, serait celle où la discrimination est si odieuse qu'elle en devient un traitement dégradant au sens de l'article 3 CEDH<sup>289</sup>. Ainsi, sans même considérer l'article 14 CEDH, il peut arriver qu'une discrimination puisse dans certains cas entraîner un traitement inhumain ou dégradant en violation de l'article 3 CEDH<sup>290</sup>. Il est évident qu'une discrimination n'aura pas toujours un effet dégradant ou du moins pas toujours un effet dégradant de même im-

<sup>283</sup> Cf. COHEN-JONATHAN, La Convention, p. 541 ss; FROEIN/PEUKERT, p. 315 ss; HAEFLIGER, EMRK, p. 259; VAN DIJK/VAN HOOF, p. 539 ss; VELU/ERGEC, p. 120; VILLIGER, p. 381; STRAUSS, p. 61, 62; GUYAZ, p. 55; BAYESKY, p. 5 s. (open-ended discrimination).

<sup>284</sup> Cf. VAN DIJK, p. 204, qui souhaiterait que l'on transforme l'art. 14 CEDH en une clause générale et autonome d'interdiction de la discrimination.

<sup>285</sup> Cf. VAN DIJK, p. 193.

<sup>286</sup> Cf. VAN DIJK, p. 193 s.; Cf. Affaire du 23 juillet 1968, *Affaires linguistiques belges*, Série A, n° 6, p. 33.

<sup>287</sup> Cf. VAN DIJK, p. 193.

<sup>288</sup> Cf. notamment les *Affaires linguistiques belges*, du 23 juillet 1968, Série A n° 6, p. 33; l'Affaire du *Syndicat national de la police belge* et d'autres affaires en matière syndicale, des 27 octobre 1975 et 6 février 1976, Série A n° 19, 20 et 21. Cf. encore Affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Grande-Bretagne*, Série A, vol. 94, p. 39.

<sup>289</sup> Cf. Une décision sur la recevabilité du mois d'octobre 1970 publiée dans l'*Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, vol. 13, p. 928 ss; Rapport OPSAHL/EIDE, p. 123; CLAPHAM A., « The « Drittwirkung » of the Convention », in MC DONALD/MATSCHE/PETZOLD (éd.), *The European system for the Protection of Human Rights*, La Haye 1993, p. 168 (cité : CLAPHAM); DUFFY P.J., « Article 3 of the European Convention on Human Rights », *ICLQ* 32 (1983), p. 316 ss, p. 330 et 340 ss (cité : DUFFY); STRAUSS, p. 65 ss; GUYAZ, p. 56 s.; VAN DIJK, p. 200 ss.

<sup>290</sup> Cf. Affaire *East African Asians c. United Kingdom*, Rec. 1970 n° 13, p. 928, 994. Cf. encore le Rapport du 14 décembre 1973 de la Commission européenne des droits de l'homme dans la même affaire, n° 403770, p. 92.

<sup>279</sup> Cf. Rapport général OPSAHL/EIDE, *Egalité et Non-Discrimination*, 7<sup>e</sup> colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Copenhague-Oslo-Lund, 1990, Strasbourg 1994, p. 122 s. (cité : Rapport OPSAHL/EIDE); VILLIGER M.E., *Handbuch der EMRK*, Zurich 1993, n° 631 ss (cité : VILLIGER); MUELLER, Grundrechte, p. 213; MUELLER, Kommentar, n. 18; FROEIN/PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention - EMRK-Kommentar*, Kehl 1985, Art. 14, n. 1 ss (cité : FROEIN/PEUKERT); HAEFLIGER A., « Der Gleichheitssatz im Verhältnis zu anderen verfassungsmässigen Rechten und zur Europäischen Menschenrechtskonvention », in AUBERT/BOIS (éd.), *Mél. A. Grisel*, Neuchâtel 1983, p. 79 ss, p. 87 (cité : HAEFLIGER, Gleichheitssatz); WILDHABER L., « Die materiellen Rechte der Konvention mit Ausnahme der Artikel 5 und 6 », RDS 1975 I p. 538 s. (cité : WILDHABER, materiellen Rechte); cf. encore ATF 118 Ia 347 cons. 3a et 351 cons. 4 a; COHEN-JONATHAN F., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Aix-en-Provence/Paris 1989, p. 541 ss (cité : COHEN-JONATHAN, La Convention); HAEFLIGER A., *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz - Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis*, Berne 1993, p. 257/258 (cité : HAEFLIGER, EMRK); VAN DIJK/VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2<sup>e</sup> éd., Deventer-Boston 1990, p. 534 ss (cité : VAN DIJK/VAN HOOF); VELU/ERGEC, p. 120; BAYESKY, p. 4.

<sup>280</sup> Cf. VAN DIJK/VAN HOOF, p. 532 s.; VAN DIJK, p. 193.

<sup>281</sup> Cf. MALINVERNI G., « La Convention européenne des droits de l'homme », *Fiches juridiques suisses* 1384, XV. L'interdiction de la discrimination, Art. 14, p. 18 ss (cité : MALINVERNI, FJS).

<sup>282</sup> Cf. BAYESKY, p. 6.



portance; cela dépend largement du critère de distinction, de l'objectif poursuivi et des effets sur la personne discriminée<sup>291</sup>. Si la jurisprudence européenne mentionnée a retenu la race comme critère de discrimination susceptible d'entraîner un traitement dégradant, cela n'exclut pas la prise en considération d'autres critères tels que l'homosexualité notamment<sup>292</sup>.

## C. L'interdiction de discriminer entre particuliers

Après la présentation de la question (1.), nous exposerons les différentes positions au sujet de l'effet horizontal de l'interdiction de discriminer entre particuliers (2.), pour enfin proposer une position en la matière (3.).

### 1. La question

Le sujet de l'obligation de non-discrimination étant en principe l'Etat (art. 25 CEDH), il convient de se poser à nouveau la question de la distinction entre sphère privée et sphère publique et de ce fait de poser le problème de la *Drittwirkung* ou effet horizontal de la CEDH<sup>293</sup>. La question est encore largement controversée en raison notamment de l'absence d'une sanction européenne directe<sup>294</sup>. A noter que la question est d'importance avant tout pour des pays où l'on distingue entre la sphère de droit public et celle de droit privé<sup>295</sup>. Par ailleurs, la question d'une applicabilité des droits fondamentaux aux relations entre personnes privées (directe, du moins) ne présente un intérêt que dans les Etats de système moniste, soit dans les Etats où la CEDH bénéficie d'une applicabilité directe en droit interne sans qu'il soit nécessaire de transposer les droits garantis en règles de droit interne<sup>296</sup>.

La théorie allemande de la *Drittwirkung* a fortement influencé le courant doctrinal approuvant l'application de la CEDH entre personnes privées<sup>297</sup>. Cette distinction est encore exacerbée, au-delà du débat de la *Drittwirkung* du

<sup>291</sup> Cf. VAN DIJK, p. 201.

<sup>292</sup> Cf. VAN DIJK, p. 201.

<sup>293</sup> Cf. CLAPHAM, p. 206; GUYAZ, p. 56. La *Drittwirkung* serait ici d'autant plus adaptée du fait qu'il s'agit davantage de protéger la dignité humaine contre les atteintes d'autres particuliers que de protéger la démocratie.

<sup>294</sup> Cf. WILDHABER L., « Erfahrungen mit der EMRK », RDS 98/1979 p. 229 ss, p. 299 (cité: WILDHABER, Erfahrungen). Cf. plutôt sceptiques: DELBRUECK, p. 226 s.; MUELLER J.-P., « Die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz », RDS 94/1975 I p. 387 s. (cité: MUELLER, Anwendung).

<sup>295</sup> Cf. DRZEMCZEWSKI A., « The European Convention on Human Rights and Relations Between Private Parties », 26 NILR (1979), p. 163 ss, p. 165 s. (cité: DRZEMCZEWSKI); DRZEMCZEWSKI A., *European Human Rights Convention in Domestic Law, A comparative study*, Oxford 1983, p. 199 ss (cité: DRZEMCZEWSKI, Domestic Law). Il s'agit avant tout des systèmes de droit européen continentaux, en particulier des ordres juridiques allemand, suisse et autrichien, par opposition aux systèmes légaux anglais et irlandais.

<sup>296</sup> Cf. SPIELMANN D., *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles 1995, p. 18 et 26 (cité: SPIELMANN); DRZEMCZEWSKI, Domestic Law, p. 203 ss: cf. notamment le Royaume-Uni, l'Islande, les pays scandinaves et l'Irlande.

<sup>297</sup> Cf. SPIELMANN, p. 26 ss; cf. en particulier l'ouvrage de CLAPHAM A., *Human Rights in the Private sphere*, Oxford 1996 (cité: CLAPHAM, Human Rights).

droit constitutionnel interne, par le fait qu'en droit international, le fait d'ouvrir le droit privé aux droits fondamentaux reviendrait, pour certains, à « violer » la sphère privée de l'Etat lui-même, soit sa souveraineté<sup>298</sup>. La notion de *Drittwirkung* et ses conceptions directe et indirecte sont utilisées à la fois dans le contexte du droit constitutionnel interne et dans celui de la CEDH. Il convient pourtant de constater que si le concept d'effet horizontal direct est le même dans les deux cas, celui d'effet horizontal indirect diffère. En effet, celui-ci désigne en droit interne une fonction interprétative des clauses générales, mais se réfère dans le contexte de la CEDH à la théorie des obligations positives (*State contract* ou *positive duties*) selon laquelle les pouvoirs publics peuvent être tenus pour responsables en l'absence de législation, ou d'autres mesures aptes à contraindre certains particuliers à en respecter d'autres, dans certains domaines permettant la violation des droits de l'homme par des individus<sup>299</sup>.

Le problème de l'effet horizontal des droits fondamentaux garantis par la CEDH entraîne deux questions liées l'une à l'autre<sup>300</sup>: la CEDH contient-elle des droits et obligations à respecter entre individus? Dans l'affirmative, un Etat peut-il être tenu de répondre devant la Cour européenne des droits de l'homme des violations par des individus à l'égard d'autres individus des droits garantis?

## 2. Les différentes positions

La majorité des auteurs, en matière de CEDH, ne retiennent qu'un effet horizontal *indirect*<sup>301</sup> des droits fondamentaux lié notamment au fait que, dans la plupart des Etats, la CEDH a force de loi et fait partie intégrante d'un ordre ob-

<sup>298</sup> Cf. CLAPHAM, p. 186.

<sup>299</sup> Cf. SPIELMANN, p. 29 s.; ABRANTES J.J., *L'effet à l'égard des particuliers des droits et libertés fondamentaux, résumé*, Strasbourg 1981, p. 10 et 20 (cité: ABRANTES); DRZEMCZEWSKI, Domestic Law, p. 223. Cf. la jurisprudence constante en matière d'obligations positives de la part de l'Etat membre: *Affaire Marcx*, du 13 juin 1979, vol. 31, série A, par. 31, n. 15; *Affaire Airey*, 9 octobre 1979, vol. 32, Série A, par. 32, n. 17; *Affaire Artico*, 13 mai 1980, vol. 36, Série A, par. 36.

<sup>300</sup> Cf. DRZEMCZEWSKI, Domestic Law, p. 219.

<sup>301</sup> Cf. VILLIGER, n° 167 s.; MALINVERNI G., « La fonction des droits fondamentaux dans la Jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des Droits de l'Homme », in HALLER/KÖTZ (éd.), *Im Dienst an der Gemeinschaft*, Méli. Schindler, Bâle-Francfort-sur-le-Main 1989, p. 539 ss, p. 554 ss (cité: MALINVERNI); FROWEN/PEUKERT, p. 17 s.; ALKEMA E.A., « The third-party applicability or « Drittwirkung » of the European Convention on Human Rights », in MATSCHER/PETZOLD (éd.), *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Méli. G.J. Wiarda, Cologne 1988, p. 33 ss (cité: ALKEMA); CLAPHAM, *Drittwirkung*, p. 164 ss; CLAPHAM A., *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford 1996 (cité: CLAPHAM, Human Rights); DRZEMCZEWSKI, p. 163; EISEN M.-A., « La Convention et les devoirs de l'individu », in *La Protection des droits de l'homme dans le cadre européen*, 1. Int. Kolloquium über die EMRK in Strassburg, Paris 1961, p. 167 ss (cité: EISEN, Colloque); EISEN M.-A., « La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu: une mise à jour », in *R. Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber III*, Paris 1971, p. 151 ss, p. 155 ss (cité: EISEN, Liber); HAHNE M.-M., *Das Drittwirkungsproblem in der EMRK*, th. Heidelberg 1973 (cité: HAHNE); MOSER B., *Die EMRK und das bürgerliche Recht*, Vienne 1972 (cité: MOSER); VEU/ERCEC, p. 75 à 85. Cf. aussi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: *Affaire X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, série A, n° 91, par. 23; *Affaire Plattform « Aertzte für das Leben » du 21 juin 1988*, Série A, n° 139, par. 32; *Affaire Costello-Roberts* du 25 mars 1993, Série A, n° 247-C, par. 27; *Affaire Velosa Barreto*, du 21 novembre 1995, Série A, n° 334, par. 21 ss. Cf.



jectif de valeurs<sup>302</sup>. L'Etat membre devra donc s'efforcer de réaliser les garanties européennes dans la sphère privée par la création et l'interprétation « conforme » de l'ensemble de sa législation nationale. Au contraire, l'effet horizontal *direct* des droits fondamentaux reviendrait à permettre aux individus d'invoquer directement ces droits à l'encontre de tiers<sup>303</sup>. Les auteurs considèrent à cet égard que seuls les Etats peuvent être tenus pour responsables devant les instances européennes et qu'on ne saurait dès lors leur imputer d'autres violations que celles de leurs autorités<sup>304</sup> (art. 25 CEDH).

En effet, alors qu'au sein de la procédure de mise en œuvre les requêtes peuvent émaner d'une part de toute partie contractante (art. 24 CEDH) pour tout manquement à la CEDH ou d'autre part de *particuliers* (personne physique, organisation non-gouvernementale ou groupe de particuliers; art. 25 ainsi que les art. 44 et 48 CEDH combinés avec le Protocole 9), seuls les *Etats* qui ont reconnu expressément la compétence de la Commission et de la Cour (cf. art. 25 et 46 CEDH) peuvent être mis en cause devant les instances européennes<sup>305</sup>.

Les articles 13 et 17 CEDH donnent à l'Etat le devoir d'assurer à la violation interindividuelle des droits fondamentaux une protection et une sanction *effectives* et prévoient *expressis verbis* un effet réflexe puisqu'ils imposent aux autorités publiques et aux individus l'obligation de ne pas entraver le bon fonctionnement de la société démocratique<sup>306</sup>. Le seul moyen dès lors de sanctionner la violation des droits fondamentaux dans une relation horizontale sera, pour les partisans de l'effet horizontal indirect, de rendre l'Etat responsable d'une mauvaise transcription des droits fondamentaux en droit civil national, soit d'une violation des *obligations positives* – à noter que l'Etat est libre de choisir quelles mesures adéquates il entend adopter, qu'elles soient pénales ou civiles<sup>307</sup>.

Pour les partisans de l'effet horizontal *direct* des droits garantis par la CEDH, les Etats sont tenus d'assurer « effectivement » l'effet et la valeur *erga omnes* de ces droits, aussi bien dans les relations verticales qu'horizontales<sup>308</sup>. Cette idée peut aussi se fonder sur le caractère d'ordre public de la CEDH<sup>309</sup> et sur les articles 13 et 17 CEDH. La conception de l'effet horizontal direct trouve encore une confirmation dans le préambule de la CEDH ou en son article premier qui, dans son texte anglais, prévoit que les Etats membres doivent assurer une protection maximale de l'individu en matière de droits de l'homme (*shall secure*)<sup>310</sup>.

encore MALINVERNI G., « La Convention européenne des droits de l'homme et son interprète principal », *Mél. J.-F. Aubert, De la Constitution*, Bâle-Francfort-sur-le Main 1996, p. 405 ss, p. 412 (cité : MALINVERNI, *Mél. Aubert*).

302 Cf. ALKEMA, p. 34; ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1994, p. 477 ss (cité : ALEXI).

303 Cf. DRZEMCZEWSKI, p. 163 s.; ALKEMA, p. 38.

304 Cf. SPIELMANN, p. 64 ss.

305 Cf. DRZEMCZEWSKI, p. 176 s.; ALKEMA, p. 36 s.

306 Cf. SPIELMANN, p. 35 ss.; ALKEMA, p. 36; EISSEN, Colloque, p. 177; DRZEMCZEWSKI, *Domestic Law*, p. 205. Cf. encore CLAPHAM, *Human Rights*, p. 184 ss.

307 Cf. GUYAZ, p. 56.

308 Cf. SPIELMANN, p. 32 s.; cf. Affaire CII, *Barcelona Traction, Light & Power Co Ltd*, Belgique c. Espagne, 5 février 1970, CII Recueil 1970, p. 32 § 33; EISSEN, Colloque, p. 168 s.

309 Cf. SPIELMANN, p. 33; DRZEMCZEWSKI, *Domestic Law*, p. 202; GANSHOF VAN DER MEERSCH W.J., *La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle dans le cadre du droit interne une valeur d'ordre public ?*, Bruxelles/Manchester 1968 (cité : GANSHOF VAN DER MEERSCH).

310 Cf. SPIELMANN, p. 34 s.; EISSEN, Colloque, p. 173; ALKEMA, p. 36; ABRANTES, p. 21.

Si la jurisprudence interne des différents Etats membres de la CEDH de tradition moniste révèle une tendance marquée en matière d'effet horizontal, même direct, puisque rien ne s'y oppose<sup>311</sup>, celle de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme a marqué un tournant dans l'application des droits fondamentaux aux actes émanant de personnes privées et relève de la conception de l'effet horizontal indirect, soit de la théorie des obligations positives de l'Etat aux fins d'assurer une portée effective aux droits garantis<sup>312</sup>. Pour les partisans de l'effet horizontal indirect comme pour la Cour européenne des droits de l'homme, des violations de la CEDH peuvent donc être commises par des entités privées même s'il est encore difficile de déterminer exactement dans quelle mesure l'Etat peut être tenu responsable<sup>313</sup>, en dehors de la responsabilité pour ses obligations positives. En l'état de la jurisprudence européenne, un Etat peut être tenu de répondre des violations de la CEDH commises par des individus dans les cas où l'individu lésé n'a pas la possibilité de faire valoir la violation dans l'ordre juridique interne ou lorsque le droit national ne comprend pas les droits garantis au niveau européen<sup>314</sup>.

### 3. La position proposée

Les partisans de l'effet horizontal indirect considèrent, comme nous l'avons présenté, que l'effet horizontal des droits fondamentaux doit se limiter à une responsabilité de l'Etat pour la violation de son obligation positive d'éviter aux personnes privées des atteintes provenant d'autres particuliers. L'obstacle essentiel à une applicabilité horizontale directe par les cours et les tribunaux internes (pratique pourtant répandue) serait en effet la création de droits dont le respect ne pourrait être soumis au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, étant donné que ces organes ne sont pas compétents pour connaître des requêtes dirigées contre des personnes privées<sup>315</sup>. Cette conception doit à notre avis être rejetée, avant tout parce que les dispositions invoquées (art. 24 et 25 CEDH) n'ont qu'un caractère procédural et ne désignent le débiteur responsable que sur le plan international; le juge national lui n'est pas du tout dans la même position<sup>316</sup>, puisque la CEDH fait partie de la législation que le juge doit faire respecter et que l'effet direct des droits garantis est autant vertical qu'horizontal (effet *erga omnes*)<sup>317</sup>.

311 Cf. SPIELMANN, p. 30.

312 Cf. SPIELMANN, p. 67 ss et p. 79 ss; DRZEMCZEWSKI, *Domestic Law*, p. 223; cf. aussi MERRILLS J.G., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester 1988, p. 95 (cité : MERRILLS); SOERENSEN, p. 36. Cf. notamment les affaires *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, 6 février 1976, Série A n° 20, § 37 al. 2 et *Young, James et Webster*, 13 août 1981, Série A n° 44, § 49. L'arrêt *Young, James et Webster* avait pour objet la responsabilité de l'Etat pour un manquement du législateur national, puis du juge interne, quant à la pratique du *closed shop*.

313 Cf. SPIELMANN, p. 67; DRZEMCZEWSKI, *Domestic Law*, p. 211.

314 Cf. DRZEMCZEWSKI, *Domestic Law*, p. 226.

315 Cf. SPIELMANN, p. 39 s.; EISSEN, Colloque, p. 155 s.

316 Cf. SPIELMANN, p. 42 ss; COUSSIRAT-COUSTERE V., « Convention européenne des droits de l'homme et droit interne : Primate et effet direct », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Actes de la journée d'étude du 16 novembre 1991 de Lille*, Bruxelles 1992, p. 15 (cité : COUSSIRAT-COUSTERE); EISSEN, *Liber*, p. 157 ss.

317 Cf. SPIELMANN, p. 43; EISSEN, Colloque, p. 172.



L'individu est devenu désormais lui aussi le débiteur d'obligations de droit international, ce dernier ne se limitant plus aux relations purement étatiques. Par ailleurs, la CEDH revêt non seulement une nature contractuelle propre aux accords interétatiques, mais aussi des aspects quasi législatifs<sup>318</sup>. A noter cependant que tous les droits fondamentaux garantis par la CEDH ne sont pas aptes à être appliqués directement entre particuliers; seuls les articles 2, 3, 4 al. 1, 6, 8, 9, 10, 11, 17 CEDH, de même que l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 et les articles 13 et 14 CEDH, peuvent s'appliquer horizontalement aux relations privées<sup>319</sup>.

La Cour européenne et une grande partie de la doctrine se limitent à admettre, pour les raisons évoquées plus haut, un effet horizontal indirect des droits fondamentaux garantis par la CEDH; il existe cependant une possibilité d'engager la responsabilité étatique internationale en ce qui concerne l'effet horizontal direct, soit une sanction *indirecte* par la Cour européenne des juridictions internes qui refuseraient d'attribuer dans des circonstances données un effet horizontal *direct* à la CEDH<sup>320</sup>. Certains parlent de passage de l'effet horizontal à l'effet vertical<sup>321</sup>.

Il faut signaler encore un autre indice de la privatisation progressive des droits de l'homme : le droit pour la Commission de refuser d'admettre le recours de particuliers à l'encontre de l'Etat lorsque ceux-ci ont porté atteinte aux droits fondamentaux d'autres particuliers garantis par la CEDH (art. 17 CEDH). Ainsi, sans que les particuliers ne puissent être tenus procéduralement pour responsables (art. 25 CEDH), les organes strasbourgeois veillent à ce que ces particuliers respectent entre eux les garanties de la CEDH<sup>322</sup>.

Une fois arrivés à la conclusion que la CEDH jouit, dans les relations privées, d'un effet horizontal direct, ou indirect, selon les droits fondamentaux en cause, conclusion sans laquelle l'effet des droits fondamentaux ne serait que relatif, il convient encore d'établir les critères permettant de distinguer la sphère publique des relations appartenant à la sphère privée, à l'intérieur desquelles ni l'une ni l'autre des parties n'ont un statut officiel ou quasi officiel. Ainsi, une relation contractuelle purement et strictement privée est-elle soumise au respect des droits fondamentaux garantis par la CEDH ? Cela semble être le cas, sans constituer une violation de la liberté contractuelle; en effet, l'application du principe de non-discrimination, notamment, pose des limites objectives aux relations contractuelles. C'est le cas principalement dans l'hypothèse où l'une des parties est en *position de puissance* (p.ex. relation de travail), si la *volonté* de l'une des parties contractantes souffre d'un vice<sup>323</sup> ou surtout s'il s'agit d'un droit susceptible

<sup>318</sup> Cf. SPIELMANN, p. 30 ss; KISS A.-C., « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées en droit international public », in *René Cassin. Amicorum Discipulorumque Liber III*, Paris 1971, p. 215 ss (cit. : KISS).

<sup>319</sup> Cf. SPIELMANN, p. 37 ss.

<sup>320</sup> Cf. SPIELMANN, p. 87 ss; EISEN, Colloque, p. 156; ABRANTES, p. 49; JACOBS F.G., *The European Convention of Human Rights*, Oxford 1975, p. 12 et 216 (cit. : JACOBS).

<sup>321</sup> Cf. COUSSIRAT-COUSTERE, p. 15.

<sup>322</sup> Cf. CLAPHAM, *Human Rights*, p. 188.

<sup>323</sup> Cf. ALKEMA, p. 34 s.; cf. affaires X c. *the Netherlands*, 26 mars 1985, Série A n° 91 et *De Geillustreerde pers N.V. c. the Netherlands*, application n° 5178/71, DR 8, p. 14. Cf. aussi SOERENSEN, p. 36.

d'être transposé à des relations entre personnes privées<sup>324</sup>. De plus, en fonction des facteurs d'inégalités en cause (différence d'origine, différence sociale ou encore de relations entre les personnes en cause), l'effet direct vaudra.

L'obligation de non-discrimination s'impose en premier lieu aux Etats, qui doivent notamment concrétiser cette obligation en protégeant toute personne se trouvant sous leur juridiction contre toute discrimination *de la part de personnes privées*. Cela implique une interdiction légale de la discrimination et surtout une protection efficace contre toute violation de celle-ci. Cependant, l'étendue du rôle de l'Etat pour réglementer les relations privées reste contestée<sup>325</sup>. On retiendra le plus souvent qu'il convient d'interdire toute discrimination de la part de particuliers dans le cadre d'activité de grandes entreprises *impersonnelles, anonymes ou quasi publiques* (p.ex. promoteurs immobiliers, sociétés de transports, restaurants et hôtels ouverts au public), mais que le domaine des relations et associations à caractère plus personnel (p.ex. mariage, sous-location) devrait échapper à une trop grande emprise de l'Etat. Bien que la frontière entre ces deux domaines soit très floue, la question revient à s'interroger sur la nécessité d'un interventionnisme plus ou moins prononcé de l'Etat; dans une société où le niveau d'égalité est assez élevé du fait de la nature des relations sociales, l'Etat ne trouvera le plus souvent pas de justification à son intervention<sup>326</sup>.

## Conclusion

Le droit européen au sens large fonde certaines obligations de traiter ses pairs de manière égale. Malgré leurs restrictions aux domaines d'application du droit communautaire, ou de la Convention européenne des droits de l'homme, et les quelques particularités de leur mise en oeuvre, ces obligations permettent aux citoyens européens d'invoquer la violation de l'interdiction de discriminer devant les juridictions civiles nationales dans un premier temps et par la suite, éventuellement, auprès des instances européennes luxembourgeoises ou strasbourgeoises.

Cet apport matériel et procédural à la pénétration progressive d'un meilleur respect des droits de l'homme et de l'égalité de traitement entre particuliers, dans une sphère et un domaine du droit jusqu'ici réservés à un droit libéral et réticent à toute limitation de l'autonomie privée et de son corollaire, la liberté contractuelle est un des grands bénéfices ou espoirs d'une intégration euro-

<sup>324</sup> Cf. ALKEMA, p. 37.

<sup>325</sup> Cf. MERON Th., *Human Rights Law-Making in the United Nations*, Oxford 1986, p. 18 ss (cit. : MERON); Rapport OPSAHL/EUDE, p. 117 s.

<sup>326</sup> Rapport OPSAHL/EUDE, p. 138. Cf. l'obligation contenue à l'art. 29 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948 : « [...] le fait que l'individu a des devoirs envers autrui et envers la collectivité à laquelle il appartient et est tenu de s'efforcer de promouvoir et de respecter les droits reconnus dans le présent Pacte »; BISSONNETTE A., « Les droits de la personne dans les codes de firmes canadiennes », p. 3, in *Actes du 10<sup>ème</sup> colloque interdisciplinaire sur l'objectivité des droits de l'homme, Ethique de l'économie et droits de la personne : Définitions communes*, Fribourg, 9-11 janvier 1997 (cit. : BISSONNETTE). Cf. encore SPIELMANN, p. 34; ALKEMA, p. 35 s. Cf. DAES E.-I.A., *Liberté de l'individu en droit. Etudes des devoirs de l'individu envers la communauté et limitations de l'art. 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, New York 1990, p. 52 n. 195 (cit. : DAES).



péenne non seulement économique mais « citoyenne ». Le droit européen peut donc permettre dans le domaine particulier de l'égalité de traitement entre personnes privées une harmonisation progressive du droit civil des pays européens ; le nouvel élan donné par le Traité d'Amsterdam est significatif à cet égard.

La Suisse, comme on le constate au vu de ce qui vient d'être décrit, aurait beaucoup à gagner sur ce plan d'une intégration à l'Union européenne<sup>327</sup>, l'objectif de la Confédération étant encore à terme l'intégration européenne, une harmonisation progressive à un droit souvent bien plus avancé que le nôtre paraît salutaire.

<sup>327</sup> Cf. Rapport du Conseil fédéral du 18 mai 1992 sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne, FF 1992 III p. 1125 ss et Rapport du Conseil fédéral du 19 novembre 1993 sur la politique extérieure de la Suisse dans les années 1990, Annexe : Rapport sur la neutralité, FF 1994 I p. 150 ss, 200 ss (227 ss). Cf. aussi en matière de discrimination salariale des travailleurs de sexe féminin ou étrangers, AUBERT G., « Discriminations salariales, protection de la personnalité et concurrence déloyale », *PIA* 1992 p. 572 ss, p. 575 (cité : AUBERT, *Discriminations salariales*) ; KAUFMANN, *Bundesgesetz*, p. 1352 s.