

**Le principe de non-discrimination :  
l'analyse des discours  
CREDESPO – Université de Bourgogne –  
Note de synthèse  
Juin 2016**

**Dominique ANDOLFATTO**, Pr. de science politique, CREDESPO, uB.  
**Caroline BUGNON**, MCF en droit public, CREDESPO, uB.  
**Laurent DECHÂTRE**, Dr. en droit, Paris 2  
**Denisa DOCAJ**, Dr. en droit, Université de Bologne.  
**Virginie DONIER**, Pr. de droit public, membre associée au CREDESPO, CERC, UTLN  
**Nathalie DROIN**, MCF en droit public, CREDESPO, uB.  
**Maria FARTUNOVA**, MCF en droit public, UPEC.  
**Aurélia FAUTRÉ-ROBIN**, MCF en droit privé, Centre Michel de l'Hospital, Université d'Auvergne.  
**Elsa FOREY**, Pr. de droit public, CREDESPO, uB.  
**Caroline FOULQUIER-EXPERT**, MCF en droit public, OMIJ, UL.  
**Aurore GRANERO**, MCF en droit public, CREDESPO, uB.  
**Matthieu HOUSER**, MCF en droit public et en droit de l'Union, membre associé CREDESPO, UFC.  
**Philippe ICARD**, MCF en droit public et en droit européen, CREDESPO, uB.  
**David JACOTOT**, MCF en droit privé, CREDIMI, uB.  
**Walter JEAN-BAPTISTE**, MCF en droit privé CREDESPO, uB.  
**Arthur JOYEUX**, Dr. en linguistique juridique, ELLIADD, LLC, UFC  
**Yan LAIDIÉ**, Pr. de droit public, CREDESPO, uB.  
**Béatrice LAPÉROU-SCHENEIDER**, MCF en droit privé, CRJFC, UFC.  
**Céline LAURICHESSE**, MCF en droit privé, uB.  
**Clémence LAVIGNE**, Doctorante en droit public, CREDESPO, uB.  
**Aude LEJEUNE**, Sociologue, CR CNRS, CERAPS, Université Lille 2.  
**Denis MARTIN**, Juriste au service juridique de la Commission européenne.  
**Georges MARTIN-BALTAR**, Directeur-adjoint de la DIRECCTE de Bourgogne.  
**Sophie MONNIER**, MCF en droit public, CREDESPO, uB.  
**Laetitia OGORZELEC**, Sociologue, MCF, LASA, UFC.  
**Yves POIRMEUR**, Pr en Science Politique, VIP, UVSQ.  
**Bernard QUIRINY**, Pr. de droit public, CREDESPO, uB.  
**Hélène TOURARD**, MCF en droit privé, CREDIMI, uB.

**Avec les collaborations de :**

**Isabelle GRAVELAIS**, IGR contractuelle, CREDESPO, uB.  
**Armelle GUIGNIER**, IGR contractuelle, CREDESPO, uB.  
**Juliette OLIVIER LEPRINCE**, IGR au CREDESPO, Chargée de mission Egalité et Diversité à l'uB



En réponse à l'appel à projet de la Mission Droit et Justice, « *Le principe de non-discrimination à l'épreuve du droit et des institutions chargées de sa mise en œuvre* », le CREDESPO, université de Bourgogne, a mené pendant 2 ans (juin 2014-juin 2016), un projet intitulé « *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours* ». Cette recherche a permis de réunir une équipe pluridisciplinaire composée de juristes, politologues, sociologues et linguiste.

### **1. Problématique et objectifs de la recherche**

L'ordre juridique français, connaît, depuis longtemps, le principe d'égalité devant et dans la loi. Le juge administratif, dans le cadre de nombreux litiges, a forgé une jurisprudence conséquente afin de préciser les termes de son application. Importer le principe de non-discrimination, issu du modèle anglo-saxon, a soulevé des difficultés avec lesquelles ce juge a nécessairement composé. Pour autant, ce principe sert à dénoncer des traitements irréguliers. Aussi, cette étude a consisté pour l'essentiel à mettre en perspective ces deux principes coexistant dans le contentieux administratif.

### **2. Enonciation et justifications des choix méthodologiques**

Afin de cerner cette tension entre ces deux notions, il a fallu le croisement de plusieurs disciplines (droit, science politique, sociologie et linguistique) et de nombreux savoir-faire, débouchant, après deux années, sur un point focal : le discours de la juridiction administrative dans la prise en compte du principe de non-discrimination demeure spécifique. Pour aboutir à ce constat, une démarche, en deux temps, a été menée.

- La première a consisté à confronter les principes d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence administrative afin de mieux appréhender leur place respective et à examiner les instruments utilisés par la juridiction.
- La seconde, a été de comparer ce discours avec celui des juridictions judiciaires françaises, mais également d'analyser les discours de juridictions d'Etats européens (Allemagne et Italie) et enfin d'apprécier l'influence des deux Cours européennes sur le juge national.

Pour satisfaire à cette double démarche une méthodologie en deux phases a été adoptée.

#### **Première phase : Méthodologie relative à la confrontation égalité/non-discrimination**

Une analyse préalable de la jurisprudence nous a permis de mettre en lumière certaines tendances liées à l'attachement particulier du juge administratif au principe d'égalité, et à la place secondaire accordée, parallèlement, au principe de non-discrimination. Pour confirmer ces premiers résultats, il a semblé opportun de travailler sur les critères de discrimination explicitement interdits par les textes : l'origine, le sexe, le handicap, le lieu de résidence, l'âge, ou encore l'orientation sexuelle. S'agissant de ce dernier critère, aucun élément probant n'est ressorti de l'étude approfondie de la jurisprudence, puisque la recherche n'a livré aucune décision intéressante à exploiter. Le choix a alors été fait d'écarter ce critère du champ de notre étude, tout du moins, s'agissant de l'analyse de la jurisprudence administrative.

Outre les différents critères reconnus explicitement, nous avons souhaité ajouter une analyse des discriminations fondées sur la précarité sociale, compte tenu de l'acuité du sujet. La méthode retenue dans le cadre de cette première phase de la recherche visait donc à dépasser le seul périmètre des discriminations explicitement reconnues puisque la jurisprudence administrative semble, dans certains cas d'espèce, consacrer implicitement d'autres critères. Notre approche matérielle du sujet, fondée sur l'étude des critères de discrimination, s'est ainsi conjuguée avec une approche procédurale centrée sur les instruments et la preuve (charge de la preuve, modes de preuve admis devant le juge administratif, modes de preuve privilégiés par les parties, etc.). S'agissant des instruments, l'accent a été mis sur l'analyse du recours pour excès de pouvoir afin d'identifier les moyens permettant de sanctionner une discrimination à travers l'analyse de la jurisprudence administrative, mais également de celle des tables annuelles du *Recueil Lebon* permettant d'identifier les clés d'entrée en la matière.

### **Seconde phase : Méthodologie relative à la comparaison avec le discours d'autres juridictions et à la perception du discours du juge administratif par la sociologie et par la linguistique**

Il s'agissait de dégager les critères de discrimination les plus topiques, susceptibles de mettre en avant des analogies et des différences dans l'appréhension du principe de non-discrimination entre les ordres juridictionnels. Dès lors, il a semblé nécessaire de construire une grille d'analyse susceptible de servir de référence selon les domaines investis.

- A cet égard, le choix s'est porté sur les décisions de la Cour de cassation en matière pénale et sociale pour le juge judiciaire français. L'aspect commercial ou civil apparaissait comme second. En revanche l'étude des décisions de la Cour constitutionnelle italienne et du tribunal constitutionnel de Karlsruhe était plus appropriée pour ces juridictions étrangères car elles unifient l'interprétation des notions d'égalité et de non-discrimination. Sur cette base un certain nombre de critères de discrimination ont été retenus : syndicale, au travail, dans la presse, raciale, âge, nationalité, sexe. L'objectif n'étant pas l'exhaustivité mais la comparaison avec le discours du juge administratif.
- En ce qui concerne l'influence des Cours européennes, il fallut apprécier dans quelle mesure les jurisprudences tant de la Cour de Justice de l'Union Européenne que de la Cour Européenne des Droits de l'Homme pouvaient influencer sur le discours du juge administratif français. A cet égard, il a été décidé de mettre en perspective sur la base de certains critères de discrimination (nationalité, sexe, âge,) si les décisions des deux Cours pénétraient les raisonnements du juge administratif et dans quelle mesure des effets d'évitement n'apparaissaient pas.
- Enfin, les chercheurs d'autres sciences ont surtout sollicité auprès des administrativistes une série de décisions significatives du juge :
  - o pour les sociologues afin de mener des enquêtes essentiellement auprès des magistrats du Conseil d'Etat s'étant prononcé en matière de discrimination ;
  - o pour le linguiste afin de fournir des cadrages de la notion de discrimination et de son lexème plus complexe « de principe de non-discrimination ».

### **3. Terrain et données ayant servi de support à la recherche**

Afin de mener à bien cette recherche, une bibliographie et une base de données numériques contenant les articles de doctrine depuis 2000<sup>1</sup> traitant de la non-discrimination et/ou de l'égalité devant ou par le juge administratif ont été dans un premier temps compilées. Des recherches de jurisprudences administratives sur les quinze dernières années dans chacun des trois axes de la recherche : critères de discrimination, modes de preuve et instruments ont complété ces bases de données doctrinales, notamment grâce à l'accès aux moteurs de recherche *Ariane* et *Ariane Archives* du Tribunal administratif de Dijon. 7000 décisions ont ainsi été transmises aux membres de l'équipe. Par, ailleurs, l'équipe des européenistes a collecté l'ensemble des décisions de la Cour de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme ayant un lien direct avec la mise en œuvre du principe de non-discrimination. L'inflation de décisions (environ 300) a conduit ensuite de choisir les plus topiques, surtout celles issues du contentieux administratif français.

Afin d'appuyer les travaux des sociologues et linguiste, chaque membre de l'équipe des juristes en droit administratif a identifié trois noms de rapporteurs publics ayant conclu sur des affaires relatives aux discriminations pour chaque type de juridiction administrative (3 pour les Tribunaux administratifs, 3 pour les Cours administratives d'appel et 3 pour le Conseil d'Etat.). Une attention particulière a été portée aux noms des rapporteurs publics qui apparaissent de manière récurrente dans les décisions. Chaque nom a été accompagné des décisions, des conclusions et d'un résumé expliquant leurs portées, leurs intérêts, notamment au regard de la recherche. Cette liste, et les documents associés, ont alors été transmis aux sociologues afin de les aider à construire leur questionnaire et à identifier les personnes à contacter pour mener des entretiens semi-directifs. Huit rapporteurs ou ex-rapporteurs publics du Conseil d'Etat ont ainsi été rencontrés en face à face.

En ce qui concerne l'analyse linguiste, le linguiste a créé un corpus formé d'extraits issus du discours du juge administratif (décisions et conclusions) sur la discrimination (environ 7000 formulations). Le critère principalement retenu est la nationalité.

### **4. Principales conclusions de la recherche**

De la collecte des travaux menés tant par les juristes comparatistes que par les sociologues, linguiste et politistes, il ressort clairement une singularité du discours du juge administratif dans l'utilisation du principe de non-discrimination, qui continue à lui préférer le principe d'égalité. Cette tension entre le principe de non-discrimination et le principe d'égalité trouve une intensité différente selon que sont en jeu des actes administratifs réglementaires et des décisions individuelles de l'administration. En effet, la portée générale de la première catégorie d'actes

---

<sup>1</sup> Les recherches ont débuté à partir de l'année 2000, date à laquelle ont été adoptées la Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

conduit souvent le juge administratif à appliquer le principe d'égalité, alors que la situation individuelle permet au juge d'utiliser le principe de non-discrimination.

Cette spécificité de comportement du juge administratif tient à son histoire, à la nature de sa mission (contrôler la puissance publique), à la conception que se font les membres de la magistrature administrative de leur fonction. En effet, les enquêtes et l'analyse des sociologues en attestent. Le juge administratif ne veut remplacer l'administration lorsqu'elle est dotée d'un pouvoir discrétionnaire, or le principe de non-discrimination va selon eux dans ce sens. Cependant, le principe d'égalité suffit pour assurer un traitement égal des usagers du service public, des agents publics. En définitive, le juge administratif considère que le principe de non-discrimination ne peut être compris que comme l'expression française du principe d'égalité. L'autonomie du principe de non-discrimination est donc rejetée.

L'aspect comparatif a permis de renforcer ce constat. En effet, en droit du travail ou encore en droit pénal, la démarche du juge est différente. Très encadré par les dispositifs légaux, la difficulté essentielle pour reconnaître la discrimination vient de la nécessité de prouver son existence. C'est l'essentiel du débat. En revanche, ce jeu d'évitement, de cache-cache entre l'application ou non du principe n'intervient quasiment pas. Alors qu'il est sans cesse présent dans le contentieux administratif.

Certes, la recherche a également révélé que les cours européennes ont une influence sur la jurisprudence administrative, mais le juge administratif conserve toutefois un large pouvoir d'appréciation. Cet aspect est remarquable lors de l'invocabilité de la norme internationale, ou lorsque le juge interroge ou pas la Cour de justice par le moyen d'un renvoi préjudiciel. C'est aussi vrai, lorsqu'une réponse intervient, le juge prend une certaine liberté pour l'appliquer. Reste, qu'il ressort également de l'analyse que l'influence de la Cour de justice est plus forte concernant l'administration de la preuve de la discrimination. Le juge administratif se range à la conception des juges européens.

Enfin, la dimension comparative, a montré que la réflexion contentieuse concernant le principe de non-discrimination s'érige dans la sphère constitutionnelle, aboutissant, là encore, à une démarche totalement différente des cours constitutionnelles allemande et italienne.

En définitive, la singularité du discours du juge administratif en matière d'application du principe de non-discrimination constitue l'élément central de cette recherche.

## **5. Pistes de réflexion, reformulations envisagées**

Cette recherche ouvre plusieurs pistes de réflexions ou d'approfondissement des propos tenus. Il est certain qu'un sillon pourrait être davantage creusé concernant cette confrontation entre principe d'égalité et principe de non-discrimination, notamment en s'interrogeant sur cette partition pressentie mais insuffisamment exploitée entre acte à portée générale, application du principe d'égalité, décision individuelle, champ de pénétration du principe de non-discrimination.

Un autre aspect est sans doute intéressant à interroger, le lien que le juge administratif tisse entre l'application du principe de non-discrimination et la capacité de réduire le pouvoir discrétionnaire de la puissance publique et donc le risque d'une sorte de « gouvernement des juges ».

Un dernier élément pourrait faire également l'objet d'une recherche plus marquée, en partant des décisions des cours européennes en matière de discrimination et voir comment ces décisions sont réceptionnées par le juge administratif, si elles subissent des déformations dans l'application, voire des non applications. Ici, pourrait être alors évaluée la part d'autonomie des juges nationaux eu égard aux jurisprudences des deux juridictions européennes.

A l'aune de cette recherche, il serait envisageable, même si cela est provocateur, de reformuler le questionnement ainsi : de l'utilité du principe de non-discrimination dans le contentieux administratif, ou en guise d'apaisement, la recherche d'un équilibre dans l'application du principe d'égalité et du principe de non-discrimination dans le contentieux administratif.

## **6. Eventuelles applications**

Les conclusions auxquelles la recherche a permis d'aboutir peuvent être utilement reprises par les requérants lors des actions formées devant le juge administratif. Les associations, les syndicats et les requérants individuels disposent, grâce à ce rapport, d'informations significatives sur les instruments juridiques et les stratégies à adopter devant le juge administratif. L'utilité du recours pour excès de pouvoir, les cas dans lesquels peuvent être invoqués une disposition d'une convention internationale ou de droit européen, constituent en quelque sorte un guide à destination des requérants. Il serait à cet égard tout à fait envisageable d'extraire de cette recherche un document de synthèse visant à mieux accompagner les acteurs de la lutte contre les discriminations lors des actions formées devant le juge administratif.