

UCL

Université
catholique
de Louvain

Faculté de droit et de criminologie (DRT)

Discrimination en raison du sexe

Etude de jurisprudences de différentes Cours

Mémoire réalisé par
Maria Kruchinetskaya

Promoteur
Denis Martin

Année académique 2013-2014
Master complémentaire en droit européen

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt



TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	6
TITRE I JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE	8
<i>Chapitre I Arrêt Mayr.....</i>	<i>8</i>
<i>Chapitre II Arrêt Test-Achats</i>	<i>12</i>
<i>Chapitre III Arrêt Brachner.....</i>	<i>19</i>
<i>Chapitre IV Arrêts Betriu Montull et Roca Alvarez.....</i>	<i>24</i>
<i>Chapitre V Arrêts C-363/12 et 167/12.....</i>	<i>29</i>
TITRE II JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME	35
<i>Chapitre I Affaire Cusan.....</i>	<i>35</i>
<i>Chapitre II Affaire Ahrens.....</i>	<i>38</i>
<i>Chapitre III Affaire Topcic</i>	<i>41</i>
TITRE III JURISPRUDENCE DES COURS NATIONALES.....	45
<i>Chapitre I Arrêts Walker c. Cormack et Jean-Luc c. La salle de fitness</i>	<i>45</i>
CONCLUSION.....	51
BIBLIOGRAPHIE.....	52

INTRODUCTION

L'interdiction de discriminer est sans aucun doute une des pierres angulaires du droit européen. Sa signification a toutefois évolué, notablement et rapidement, depuis une vingtaine d'années, tant dans les libertés fondamentales qu'en dehors de celles-ci¹.

Les notions d'égalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination sont centrales dans tous les ordres juridiques démocratiques. Elles le sont également dans la jurisprudence des différentes Cours suprêmes. Néanmoins, leur portée, leur contenu, la relation existant entre ces trois concepts varient d'une Cour à l'autre. Ces derniers ont également évolué au fil du temps dans la jurisprudence de chacune de ces cours². La question qui se pose est de savoir quelle est la relation entre égalité, égalité de traitement et non-discrimination en droit européen mais également en droit des autres pays.

Mais, à tout le moins, toutes les autres Cours suprêmes (celle du Canada, d'Australie, la Cour européenne des droits de l'homme) ont établi des principes supposant les guider dans leur démarche juridictionnelle. Pareils repères sont beaucoup plus difficiles à identifier dans la jurisprudence de la Cour de Justice de L'Union Européenne (ci-après la CJEU)³.

Le problème qui se pose c'est la notion de la discrimination tant dans la doctrine que dans la jurisprudence de la CJEU. Il semble que parfois la CJEU elle-même ne peut pas décider quand il faut traiter la situation selon le principe de non-discrimination ou le principe d'égalité de traitement ou le principe d'égalité. « Égalité, égalité de traitement et discrimination en droit communautaire : 1 + 1 + 1 = 3 ... ou 1? »⁴ C'est bien la question qui se pose pendant la lecture des arrêts de la CJEU.

Pour faciliter l'analyse et éviter la confusion au terme du présent travail on utilisera lesdits principes de la façon suivante :

- le principe d'égalité de traitement : le seul principe qui peut rester non-écrit, la manifestation moderne du principe aristotélicien. Des situations égales doivent être traitées de manière égale sauf justification objective. Pour l'application de ce principe il n'y a pas lieu d'établir l'existence de deux groupes comparatifs qui seraient traités différemment en fonction d'une caractéristique personnelle. Peuvent revendiquer l'égalité de traitement tous ceux qui sont

¹ M. Fallon, D. Martin, « Dessin-moi une discrimination », Journal de droit européen, N°170, 6/210, pp.165 à 173, spéc. p. 172

² D. Martin, Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique a la lumière d'une approche

² D. Martin, Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique a la lumière d'une approche compariste, Bruxelles, Bruylant, 2006, page 491

³ Ibid page 611

⁴ D. Martin, « Égalité, égalité de traitement et discrimination en droit communautaire: 1 + 1 + 1 = 3... ou 1? », Revue de jurisprudence sociale, 12/08, pp. 947-954, spéc. p. 947

visés de la même manière par une loi: un groupe de bénéficiaires a été défini par le législateur et chaque membre de ce groupe doit être traité de manière égale avec les autres.

- le principe de non-discrimination – selon les directives (ou disposition du droit international) pertinentes mais en général c'est le principe selon lequel toute différence de traitement entre les personnes dans une situation comparable sous des motifs prohibés est interdite. Les éléments communs sont 1) l'existence de deux groupes comparables et 2) leur traitement différent selon un critère de classification expressément énuméré par la loi (discrimination directe) ou un critère neutre, dont il peut être établi, qu'il produit en réalité les mêmes effets que le critère énuméré (discrimination indirecte).

- le principe d'égalité – doit être expressément prévu par le constituant. Sa particularité essentielle est qu'il constitue un principe de non-discrimination général, c'est-à-dire, prohibant tous les motifs de discrimination. Ceux-ci ne doivent donc pas être énumérés. Sa définition pourrait donc être: le traitement différent de groupes placés en situations égales (ou le traitement égal de groupes placés en situations différentes) est interdit quel que soit le critère de différenciation utilisé, à moins que ce traitement différent (égal) ne soit objectivement justifié⁵.

Même si la CJEU n'arrive pas à conserver une identité claire à ce concept⁶, il est vraiment problématique de jongler chaque fois avec les principes énumérés ci-dessus. C'est pour cette raison qu'il semble opportun de rester dans le cadre des définitions décrites précédemment en analysant les affaires suivantes.

⁵ D. Martin, « Égalité, égalité de traitement et discrimination en droit communautaire : 1 + 1 + 1 = 3... ou 1? », Revue de jurisprudence sociale, 12/08, pp. 947-954, spéc. p. 950-951

⁶ Voir les arrêts de la C.J.C.E, C-94/01, C-264/97, C-323/02, C-71/07

TITRE I Jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne

Chapitre I Arrêt Mayr⁷

Nous commençons notre analyse par l'arrêt de la CJEU C-506/06 du 26 février 2008. Mme Mayr avait été licenciée alors qu'elle se trouvait en congé de maladie, pendant qu'on lui administrait un traitement visant à obtenir une fécondation in vitro. En particulier, à la date du licenciement, le 10 mars 2005, les ovules prélevés sur elle avaient déjà été fécondés in vitro. Mme Mayr a fait recours contre ce licenciement en arguant que, lors de son prononcé, elle bénéficiait de la protection contre le licenciement en raison de sa grossesse. Dans le cadre de ce litige, l'Oberster Gerichtshof a posé à la CJEU la question de savoir si la Directive 92/85/CEE⁸ et, notamment, l'interdiction de licenciement des travailleuses enceintes prévue à son article 10, point 1, doivent être interprétées en ce sens qu'elles visent une travailleuse qui se trouve dans la situation de la requérante.

Procédant à l'interprétation des dispositions pertinentes de la directive 92/85/CEE, la Cour précise qu'il découle de l'objectif poursuivi par cette directive que c'est la date la plus précoce possible de l'existence d'une grossesse qui doit être admise pour assurer la sécurité et la protection des travailleuses enceintes. A supposer même, s'agissant d'une fécondation in vitro, que ladite date soit celle du transfert des ovules fécondés dans l'utérus de la femme, il ne saurait être admis que la protection instituée par l'article 10 de la directive soit étendue à une travailleuse lorsque, à la date à laquelle son licenciement est prononcé, un tel transfert n'a pas encore été opéré. Cela s'explique du fait qu'avant leur transfert, lesdits ovules peuvent, selon les législations de certains États membres, être conservés pendant un délai plus ou moins long (10 ans pour ce qui concerne la réglementation nationale en cause). Dès lors, l'application de la protection contre le licenciement prévue par la Directive 92/85/CEE dans un tel cas pourrait avoir pour effet d'octroyer le bénéfice de cette protection même lorsque ce transfert est différé, pour une raison quelconque, pendant plusieurs années ou même lorsqu'il aurait été renoncé définitivement à un tel transfert, la fécondation in vitro ayant été pratiquée à titre de simple précaution. Tout en constatant que la directive 92/85/CEE ne s'applique donc pas au cas d'espèce, la CJEU rappelle qu'elle peut être amenée à prendre en considération d'autres normes de droit communautaire, auxquelles la juridiction nationale de renvoi n'a pas fait référence. Ainsi, comme l'avait suggéré la Commission, la CJEU examine si une telle travailleuse pourrait

⁷ C.J.E.U., 26 février 2008, aff. C-506/06, Sabine Mayr contre Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG, Rec. 2008, page 01017

⁸ Directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, J.O., L 348, 28 novembre 1992

éventuellement se prévaloir de la protection contre la discrimination fondée sur le sexe accordée par la Directive 76/207/CEE⁹. En effet, le licenciement d'une travailleuse pour cause de grossesse ou pour toute autre cause liée à cet état, comme par exemple, le fait d'être soumis à un traitement de fécondation in vitro, constitue une discrimination directe fondée sur le sexe. La CJEU en conclut que la directive 76/207/CEE s'oppose au licenciement d'une travailleuse qui, dans des circonstances telles que celles au principal, se trouve à un stade avancé d'un traitement de fécondation in vitro, pour autant qu'il soit démontré que ce licenciement est fondé essentiellement sur le fait que l'intéressée a subi un tel traitement¹⁰.

Dans le paragraphe 49 de ledit arrêt la CJEU définit la groupe discriminée: «les travailleurs féminins et masculins étant également exposés à la maladie, si un travailleur féminin est licencié pour cause d'absence due à une maladie dans les mêmes conditions qu'un travailleur masculin, il n'y a pas de discrimination directe fondée sur le sexe». Alors la CJEU précise que dans le cas d'espèce il s'agit des travailleurs qui se trouvent dans le congé de maladie et qui se voient licencier pendant ce congé. Il n'y a donc pas de discrimination fondée sur le sexe lorsque les travailleurs masculins se trouvent dans la même situation que les travailleurs féminins. Ensuite la CJEU, dans le paragraphe 50, subdivise la groupe de discriminés dans deux sous-groupes selon qu'ils sont licenciés en fonction du traitement qui est propre à certains sexes. Cette subdivision paraît artificielle parce que en cas d'espèce le groupe discriminé est le groupe des personnes qui se trouvent dans le congé de maladie. Si on suit alors la logique de la Cour, la femme qui subit le traitement de fécondation in vitro et qui se voit licenciée est discriminée en raison du sexe parce qu'un tel traitement est propre aux femmes alors que la femme qui subit le traitement à cause de la leucémie ne peut pas être protégée parce qu'une telle maladie n'est pas particulière aux femmes mais peut également concerner les hommes.

La directive 76/207, sans aménager une protection spécifique de la travailleuse enceinte contre le licenciement, impose notamment que les conditions de travail, y compris les conditions de licenciement, soient identiques pour les hommes et les femmes. Par ailleurs, suivant une jurisprudence constante de la CJEU, le licenciement d'une travailleuse pour cause de grossesse ou pour une cause fondée essentiellement sur cet état ne peut concerner que les femmes et constitue, dès lors, une discrimination directe fondée sur le sexe. Dans l'arrêt Mayr, la CJEU a considéré que, s'il était avéré que la travailleuse avait été licenciée essentiellement parce qu'elle avait entrepris une fécondation in vitro, il fallait y voir une discrimination directe fondée sur le sexe.

⁹ Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, J.O., L 39, 14 février 1976

¹⁰ http://ec.europa.eu/dgs/legal_service consulté le 15 février 2014

Ici, je suis d'accord avec l'avis de Anne-Valérie Michaux. Selon elle, cette conclusion surprend. En effet, elle peut sembler en ligne avec les précédents arrêts rendus en la matière¹¹ dans lesquels la CJEU considérait qu'un licenciement «pour cause de grossesse ou pour une cause fondée essentiellement sur cet état»¹² constituait nécessairement une discrimination directe fondée sur le sexe au sens de la directive 76/207. Cependant, dans l'arrêt *Mayr*, la CJEU a commencé par confirmer que Mme Mayr, au moment de son licenciement, n'était pas (encore) enceinte et donc pas en état de grossesse. La discrimination directe qui porte question dans ce cas ci, n'est donc pas susceptible de trouver sa source dans l'état de grossesse de la travailleuse, mais bien dans les traitements médicaux (la fécondation in vitro) qui, selon la CJEU, ne «concernent directement que les femmes » (point 50 de l'arrêt).

On peut se demander si cette jurisprudence pourra être invoquée par des travailleuses ou travailleurs licenciés en raison d'autres traitements médicaux propres à un genre uniquement (ablation d'un sein, ligature des trompes, opération de la prostate, etc). Il serait alors difficile, pour la CJEU, d'accueillir un tel argument sans contredire la jurisprudence qu'elle a déjà développée à propos de licenciements motivés par des absences liées à une maladie propre à un genre¹³. En effet, dans ces espèces, la Cour a refusé de considérer que le licenciement constituait une discrimination directe fondée sur le sexe, au motif que «les travailleurs féminins et masculins sont également exposés à la maladie»¹⁴. Elle a donc uniquement retenu le lien entre le licenciement et la maladie, refusant d'accorder un poids quelconque au fait que la maladie en question soit liée à un genre plutôt qu'à un autre. Dans l'arrêt *Mayr*, en revanche, la CJEU ne se contente pas de retenir le lien entre le licenciement et le traitement médical subi par la travailleuse puisqu'elle accorde une importance particulière à la raison du traitement médical en question (à savoir une étape de la fécondation in vitro qui ne concerne directement que les femmes)¹⁵.

Il est à noter que la Cour du travail d'Anvers, dans son arrêt du 25 juin 2004¹⁶, adopte une approche inverse. Dans cette affaire, le droit communautaire n'avait pas été invoqué. La Cour du travail applique la loi du 16 mars 1971 à une femme qui subit des fécondations in vitro.

¹¹ C.J.C.E., 8 novembre 1990, aff. C-179/88, Handels- og Kontor- funktionærernes Forbund - Hertz, Rec., I, p. 3979; C.J.C.E. 30 juin 1998, aff. C-394/96, *Mary Brown contre Rentokil Ltd.*, Rec. I, p. 04185; C.J.C.E., 8 septembre 2005, *McKenna*, C-191/03, Rec., I, p. 7631; C.J.C.E., 11 octobre 2007, *Paquay*, C-460/06, non encore publié

¹² C.J.C.E., 30 juin 1998, aff. C-394/96, *Mary Brown contre Rentokil Ltd.*, Rec. I, p. 04185, point 24

¹³ C.J.C.E., 8 novembre 1990, Handels- og Kontorfunctionærernes Forbund - Hertz, C-179/88, Rec., I, p. 3979; C.J.C.E., 29 mai 1997, Handels- og Kontorfunctionærernes Forbund - Larsson, C-400/95, Rec., I, p. 2757.

¹⁴ C.J.C.E., 8 novembre 1990, Handels- og Kontorfunctionærernes Forbund - Hertz, C-179/88, Rec., I, p. 3979.

¹⁵ A.-V. Michaux, «Arrêts «Paquay» et «Mayr» : la Cour étend la protection contre le licenciement des travailleuses (physiquement ou virtuellement) enceintes», *Journal du droit européen*, n° 149, 5/2008, pp. 146 à 153, spéc. p. 147

¹⁶ Cour du travail d'Anvers (sect. Hasselt), 25 juin 2004, *Chron. D.S.*, 2009, p. 81, obs. Ch. Lardin, «Grossesse et délocalisation de la fécondation – Quand débute l'état de grossesse ?», pp. 86-87

En l'espèce, la travailleuse avait été licenciée après une période d'essai positif. La Cour constate que le licenciement est intervenu à la suite d'un fax de la travailleuse faisant état d'une hospitalisation pour un traitement de quelques semaines. La Cour du travail conclut que, pour revendiquer la protection contre le licenciement, il n'est pas nécessaire que la personne soit effectivement enceinte. Elle estime dès lors que la protection offerte par l'article 40 de la loi du 16 mars 1971 est applicable à une travailleuse qui a fait une tentative de fécondation in vitro, même si cette tentative a été infructueuse¹⁷.

Maintenant, il est intéressant d'analyser la situation en espèce sous l'angle du principe d'égalité de traitement. Si la Cour avait utilisé le principe d'égalité de traitement elle aurait pu aboutir au même résultat sans avoir divisé artificiellement le groupe discriminé en deux sous-groupes. Toutes les personnes dans ce groupe (les personnes qui sont absentes au travail pour cause de maladie) doivent avoir la même protection sauf justification raisonnable.

Pour conclure, on peut dire que la CJEU n'est pas stable dans sa jurisprudence et en essayant de ne pas discriminer les femmes dites «pré-enceintes», elle ne veut pas élargir les frontières de la notion de grossesse et donner «trop» de protection aux travailleurs féminins.

¹⁷ C.Clesse, S. Gilson, *Actualités en droit social européen*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 159

Dans ce chapitre on entame une analyse de deux arrêts complètement contradictoires en matière de prime d'assurance.

On commence par l'arrêt de la CJEU C-236/09 du 1er mars 2011. Le principe de non-discrimination fondée sur le sexe est énoncé aux articles 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux¹⁹ auxquels la directive 2004/113/CE²⁰ fait expressément référence (considérant 4). En vertu du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²¹ (TFUE), il revient en effet au Conseil de prendre les mesures nécessaires afin de lutter contre certaines discriminations et de déterminer le moment de son intervention (art. 19(1) du TFUE). C'est dans cet objectif de garantir l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes que la directive 2004/113/CE établit la règle des «primes et prestations unisexes» qui repose sur l'interdiction de prendre en considération le critère du sexe pour calculer les primes et les prestations d'assurance des contrats d'assurance conclus après le 21 décembre 2007 (art. 5(1) de la directive). Toutefois, la directive prévoit une dérogation en matière de contrat d'assurance. Constatant que dans certains cas, le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques couverts (considérant 19), la directive prévoit la faculté pour les États membres de décider, avant le 21 décembre 2007, «d'autoriser des différences proportionnelles en matière de primes et de prestations pour les assurés lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques, sur la base de données actuelles et statistiques pertinentes et précises» (art. 5(2) de la directive). Lors de la transposition de la directive, le législateur belge a fait usage de cette faculté de «dérogation» prévue à l'article 5(2) de la directive en matière de contrat d'assurance sur la vie. L'association belge de consommateurs Test-achats et deux particuliers ont alors introduit un recours en annulation de la loi belge conduisant la Cour constitutionnelle belge à déposer une demande de décision préjudicielle portant sur la validité de l'article 5(2) de la directive 2004/113/CE au regard de l'articles 6 (2) du Traité sur l'Union Européenne. La CJUE constate qu'en énonçant, aux fins du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes, la règle générale des primes et prestations unisexes (art. 5(1)), toute dérogation à la règle générale ne saurait être illimitée dans le temps sous peine d'être contraire à la réalisation de l'objectif poursuivi par la directive. La dérogation de l'article 5(2) n'étant pas limitée dans le temps, la Cour déclare cet article invalide avec effet au 21 décembre 2012. La date du 21 décembre 2012 a visiblement été

¹⁸ C.J.E.U, 1 mars 2011, aff. C-236/09, Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL et autres contre Conseil des ministres, Rec. 2010, page 00773

¹⁹ Charte des droit fondamentaux de l'Union Européenne, J.O., 30 mars 2010, C 83, p.389

²⁰ Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, J.O., L 373, 21 décembre 2004, p. 37

²¹ Traité sur le fonctionnement l'Union Eropéenne (version consolidée), J.O., 30 mars 2010, C 83, p.47

prise en référence à la date fixée par la directive pour le réexamen par les États membres de cette dérogation.

La Cour constitutionnelle belge voulait apprécier la validité de l'article 5(2) de la Directive au regard de l'article 6(2) de TUE. À mon avis, cet article a la valeur tout à fait déclarative. Elle n'interdit pas la discrimination en tant que telle. Elle ne parle même pas de manière explicite du principe de non-discrimination non pas du principe d'égalité. Cet article fait renvoi à la Charte des droits fondamentaux, à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Cet article ne donne que les lignes directrices pour les actions de l'Union Européenne qui sont précisés dans les autres articles des traités ainsi que dans les dispositions du droit dérivé. À mon avis, l'article 19 de TFUE est plus pertinent en cas d'espèce. Cet article interdit de la manière explicite la discrimination fondée sur le sexe. Ou bien si on suit le raisonnement de la CJEU, on doit apprécier la disposition en cause au regard de la Charte et notamment de ces articles 21 et 23. La Charte des droits fondamentaux de l'Union est en cours d'«appropriation» par les juges²². En l'espèce, peut-elle être utilement invoquée à l'appui d'un renvoi en appréciation de validité d'un acte de droit dérivé adopté antérieurement à son incorporation au droit primaire de l'Union par l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1er décembre 2009? La CJEU y répond de manière ambiguë. Après avoir rappelé la valeur «constitutionnelle» acquise par la Charte en vertu du nouvel article 6, paragraphe 1er, TUE²³, la juridiction justifie ce choix de l'instrument comme norme de référence du contrôle par le fait que le législateur l'a expressément mentionnée dans les considérants de la directive litigieuse : «le quatrième considérant de la directive 2004/113 se référant explicitement à ces articles, il convient d'apprécier la validité de l'article 5, paragraphe 2, de cette directive au regard desdites dispositions de la Charte»²⁴. On peut donc hésiter sur le point de savoir si à contrario, l'absence d'une telle référence aurait rendu la Charte inopposable à l'auteur de la directive. Pareille interprétation pourrait s'avérer problématique en créant un double standard difficilement compréhensible au sein du droit dérivé antérieur à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne selon que le législateur fasse ou non expressément référence à la Charte²⁵. Le principal apport du recours à la Charte en l'espèce tenant à la présence de son article 23 qui mentionne explicitement que l'égalité des sexes doit être assurée «dans tous les domaines», y compris donc l'assurance.

²²L. Burgorgue-Larsen, «L'appropriation de la Charte des droits fondamentaux par les juges en Europe. Vices et vertus du cosmopolitisme normatif», in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, p. 145.

²³C.J.U.E., 19 janvier 2010, Seda Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co. KG., aff. C-555/07, Rec. 2010, p.000365, point 22.

²⁴C.J.U.E., 1 mars 2011, aff. C-236/09, Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL et autres contre Conseil des ministres, Rec., p. I-00773, point 17

²⁵E. Dubout, « En matière d'assurance, la femme est un homme comme les autres - Première invalidation d'une disposition d'une directive relative à la lutte contre les discriminations », *Rev. Aff. Eur.*, 1/2011, pp. 211 à 221, spec. p. 211

La référence à la Charte permet néanmoins au juge d'asseoir davantage son contrôle sur le législateur de l'Union en matière de protection des droits fondamentaux. Ainsi que le souligne le professeur F. Picod, «cet arrêt confirme que la Cour de justice entend ne pas laisser au législateur de l'Union une marge d'appréciation telle qu'il lui serait permis de s'affranchir du respect des droits fondamentaux énoncés précisément dans la Charte»²⁶. Si on reprend les dispositions législatives les plus anciennes en tout état de cause, quel qu'en soit le support, le principe de non-discrimination en raison du sexe fait depuis longue date partie des principes généraux du droit communautaire qui s'impose au droit dérivé. Parce que l'égalité entre les sexes est un des aspects fondamentaux²⁷ que la Communauté européenne veut promouvoir, le Traité de Rome avait déjà fait de l'égalité entre les hommes et les femmes un principe²⁸. Il s'agit d'un axe fondamental que n'ont cessé de construire les différents Traités européens.

Le mode de vie des femmes peut-il être considéré comme plus ou moins «risqué» que celui des hommes? Les femmes et les hommes, sont-ils dans la situation comparable à l'égard de l'espérance de la vie et par conséquent à l'égard de l'assurance-vie? Voici en substance la question posée dans cet arrêt. L'enjeu est cependant proprement juridique. L'égalité ne jouant que «toutes choses égales d'ailleurs» selon la célèbre formule²⁹. De la réponse à cette question dépend le respect du principe de non-discrimination entre les sexes en matière d'assurance. Contrairement à la liberté qui peut s'évaluer par degré, l'égalité est manichéenne: elle est ou elle n'est pas³⁰.

En effet, la discrimination suppose le traitement de façon différenciée de personnes se trouvant dans des situations comparables ou encore le traitement de façon identique de personnes se trouvant dans des situations différentes dans la mesure où un tel traitement n'est pas objectivement justifié. Selon le Conseil, les hommes et les femmes n'étaient pas dans des situations comparables comme le démontrent les statistiques de risques; il ne pouvait donc pas y avoir discrimination. Le considérant 19 de la Directive 2004/113 indique d'ailleurs que «certaines catégories de risques peuvent varier en fonction du sexe. Dans certains cas le sexe est un facteur déterminant, sans nécessairement être le seul, dans l'évaluation des risques couverts». C'est pour cette raison que la Directive ne prévoit pas la période transitoire pour l'application de telle dérogation du principe de non-discrimination. Il se fonde sur les données statistiques que les femmes et les hommes n'étaient pas dans une situation comparable. Alors si on suit cette

²⁶ E. Picod, «Invalidité d'une dérogation en faveur des femmes», JCP G n° 11, 14 mars 2011, p. 543.

²⁷ C.J.C.E., arrêt Defrenne c. Sabena, aff.43/75, 8 avril 1976, Rec. 1976, p. 455

²⁸ Article 2 du Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée), J.O., 10 novembre 1997, p.1

²⁹ G. Vedel, «Préface», in P. Delvolvé, Le principe d'égalité devant les charges publiques, Paris, LGDJ, 1969, p. XIII

³⁰ E. Dubout, «En matière d'assurance, la femme est un homme comme les autres - Première invalidation d'une disposition d'une directive relative à la lutte contre les discriminations», op. cit., p. 211

logique, la période transitoire n'était pas nécessaire lorsque les Etats membres voulaient soutenir le régime différencié pour ce qui concerne les services d'assurance. Dans ce cas de figure, il n'y a pas de discrimination du fait que les femmes ne soient pas dans la situation comparable par rapport aux hommes et donc les situations différentes sont traitées de manières différentes.

La CJEU d'ailleurs ne suit pas cette hypothèse. Elle se contente de relever qu'en énonçant la règle des primes et prestations unisexes aux fins de l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, la directive est fondée sur la prémisse selon laquelle les situations respectives des femmes et des hommes à l'égard des primes et prestations d'assurance sont comparables. Dans ce contexte, toute dérogation à cette règle, sans limitation dans le temps, constitue nécessairement une discrimination.

Toutes les Cours suprêmes ne partagent pas l'avis de la CJEU. Il semble opportun de comparer le raisonnement de la CJEU dans l'arrêt *Test-Achat* avec celui de la Cour Suprême de Canada dans son arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario*³¹.

Le 30 avril 1984 une commission d'enquête (l'appelant) a été constituée conformément au Code des droits de la personne (La Code) pour entendre une plainte déposée en mai 1983 par M. Michael G. Bates (le plaignant) contre Zurich insurance Company (l'intimée). Dans sa plainte M. Bates prétend que les jeunes conducteurs célibataires doivent payer des primes d'assurance-automobile supérieures à celles que paient les jeunes conductrices célibataires. Le plaignant soutient que cet écart contrevient aux dispositions du Code. Il prétend aussi d'être privé de son droit de conclure des contrats à conditions égales, sans discrimination, contrairement aux art. 3 et 8 du Code. L'intimée prétend d'avoir établi le système selon l'exception prévue à l'arts. 21 du Code. La commission d'enquête a conclu que ce système contrevenait au Code. L'intimée a interjeté l'appel à cette décision et la Cour divisionnaire a accueilli l'appel. L'appelant a ensuite interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario qui l'a rejeté. Le pourvoi a été autorisé par la Cour suprême du Canada (la Cour).

D'abord la Cour constate que le mode de fixation des primes d'assurance automobile en 1983 par l'ensemble de l'industrie et particulièrement par Zurich est discriminatoire et que cette discrimination se fonde sur des motifs interdits par le Code. Ensuite la Cour veut déterminer, si cette discrimination est autorisée par l'exception prévue par l'art. 21 du Code. C'est pour cette raison que la Cour entame l'analyse, si cette méthode de calcul des primes peut être justifiée de façon raisonnable et de bonne foi. La Cour constate que l'intimée a agi de bonne foi pour des motifs économiques et commerciaux légitimes. En établissant son système de primes, l'intimée s'est fondée sur des données actuelles valables. Il s'agissait certainement d'une pratique commerciale solidement fondée et reconnue qui satisfait à la première exigence du critère du

³¹ *Zurich Insurance Co. c. Ontario* dans l'affaire du Code des droit de la personne (1981), L.O. 1981, ch.53, 1992, RSC, p. 321

caractère raisonnable. Ensuite, la Cour essaie de comprendre s'il y avait d'autre solution ou d'autre critères non-discriminatoire pour l'intimée à utiliser. Toute en reconnaissant, qu'il n'existait pas de solution de rechange raisonnable, la Cour rejette le pourvoi mais avec certaines réflexions. La Cour invite l'industrie des assurances à restructurer son système de classification de la façon qui éliminerait la discrimination fondée sur des caractéristiques particulières d'un groupe mais tout en tenant compte des différentes catégories de conducteurs. La Cour ne justifie pas le système existant de calcul des primes mais elle reconnaît que lorsqu'il n'existe pas de solution de rechange raisonnable on ne peut pas s'écarter du système actuel. Et ce sont ces réflexions qui d'un côté sont intéressantes à analyser et de l'autre, distinguent cet arrêt de celui de la CJEU.

Dans les deux arrêts, il s'agit de la discrimination directe fondée sur le sexe. Mais la différence entre les raisonnements des Cours est colossale. La question qui se pose est celle de savoir si on peut justifier cette discrimination directe et si oui pour quels motifs. Il s'agit dans deux cas de l'industrie d'assurance et des données statistiques. La CJEU est assez directe dans ses conclusions tandis que la Cour du Canada laisse quand même une certaine marge de manoeuvre aux assureurs. En matière assurantielle, les distinctions se fondent généralement sur des données statistiques au regard de facteurs de probabilité dits «actuariels». Alors même que les statistiques sont de plus en plus fréquemment avancées, notamment en droit européen, comme permettant de prouver la discrimination indirecte, elles sont en l'espèce catégoriquement écartées comme étant sources de discrimination directe. En adoptant cette position de principe qui n'était pas évidente, la CJEU semble signifier que derrière les statistiques se dissimulent certains préjugés³². En matière d'assurance, l'évaluation des risques s'appuie sur des données mathématiques afin de faire en sorte que le produit de l'assurance soit viable et de pérenniser le système de mutualisation. Or, précisément ces statistiques montrent bien des différences importantes de sinistralité entre les hommes et les femmes³³. En matière d'assurance-vie la question principale est celle de l'espérance de vie. Or, là encore, les statistiques montrent qu'elle est sensiblement plus élevée chez les femmes que chez les hommes. Ce qui conduit logiquement les assureurs à différencier le montant des primes pour les femmes. Il semble donc parfaitement justifié d'en tenir compte dans un souci d'adéquation proportionnée du montant au risque réel encouru comme le mentionne expressément l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/113. Bien plus, ne pas le faire pourrait s'avérer discriminatoire en alignant arbitrairement le statut juridique des hommes et des femmes, là où les statistiques révèlent que les situations factuelles sont essentiellement différentes. La CJEU écarte cette perspective. Elle semble faire sien

³² E. Dubout, «En matière d'assurance, la femme est un homme comme les autres - Première invalidation d'une disposition d'une directive relative à la lutte contre les discriminations», op. cit., p. 211

³³ V. T. Corfias, «L'espérance de vie», *Revue Générale du Droit des Assurances*, 2008, n° 4, p. 895

l'argument selon lequel si des données statistiques peuvent être l'indice d'une discrimination indirecte dans le champ d'application de l'interdiction de discrimination, la Cour n'a cependant, pour autant que l'on puisse en juger, jamais admis des statistiques comme seul point de rattachement ni, en fin de compte, comme motif de justification d'une inégalité de traitement directe³⁴. La CJEU considère que les statistiques ne sauraient en elles-mêmes constituer des critères pertinents pour établir une distinction directement fondée sur le sexe.

Par contre, la Cour du Canada a un autre avis sur le problème. Elle considère que la détermination des taux et des prestations d'assurance ne se rattache pas facilement aux concepts traditionnels des droits de la personne. La philosophie sous-jacente de la législation des droits de la personne est qu'une personne a le droit d'être traitée selon ses propres mérites et non en fonction des caractéristiques d'un groupe. Inversement les taux d'assurance sont calculés à partir de statistiques ayant trait au degré de risques présentés par une catégorie ou un groupe de personnes. La Cour se rend compte que l'évaluation individuelle de tous les assurés est tout à fait irréaliste et elle reconnaît alors le problème spécial du domaine d'assurances. La Cour même avoue que parfois la classification en catégories ou en groupes coïncide avec un motif interdit de discrimination. Or, on ne tient pas un assureur responsable d'une discrimination si celle-ci est fondée sur des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi. La Cour instaure deux critères pertinents pour justifier la pratique discriminatoire : 1) si elle se base sur une pratique solidement fondée et reconnue dans le domaine des assurances, 2) s'il n'existe pas d'autres solutions pratiques. Dans son arrêt, La Cour procède à un examen véritablement détaillé pour savoir si le système des primes existant satisfait ces deux critères. Or, selon la Cour même les données statistiques prouvées ne peuvent pas justifier la discrimination directe: «Les droits de la personne ne peuvent pas être écartés pour des raisons uniquement commerciales»³⁵. Dans cette partie la Cour donne quasiment le même raisonnement que la CJEU: aucune statistique ne peut justifier la discrimination directe. Mais dans cet affaire la Cour ne s'arrête pas ici. Si on ne peut pas justifier la discrimination directe est-ce qu'on peut trouver les alternatives raisonnables à la pratique discriminatoire. Ici la Cour, à mon avis, prend plus en considération les intérêts aussi des assureurs que des assurés. Suppression totale de la pratique qui existe depuis des années sur le marché d'assurance ne peut-elle avoir les circonstances sinistres sur ce marché? La suppression totale sera-t-elle favorable également pour les assurés? Ce sont les questions auxquelles la CJEU n'a pas pris la peine de répondre. Sur ce point de vue le raisonnement de la Cour Canadienne me semble plus logique et cohérent. La Cour fait une tentative pour trouver d'autres solutions qui pourraient servir à changer la pratique discriminatoire. Elle prend même en

³⁴ Point 59 des conclusions d'avocat général dans l'arrêt C.J.E.U., 1 mars 2011, aff. C-236/09, Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL et autres contre Conseil des ministres, Rec., p. I-00773

³⁵ Zurich Insurance Co. c. Ontario dans l'affaire du Code des droits de la personne (1981), L.O. 1981, ch.53, 1992, RSC, p. 321

considération la position de Zurich sur le marché. Dans ces conclusions la Cour d'un côté ne condamne pas complètement la pratique existante mais elle invite les assureurs à chercher et trouver des nouveaux critères pour éviter les solutions discriminatoires dans leurs activités. La Cour prend en compte la situation actuelle mais souligne que celle-ci pourra changer dans l'avenir.

Je trouve la décision canadienne plus «appropriée» que celle de son homologue européenne. La non-discrimination est le principe fondamental de tous les systèmes démocratiques. Néanmoins, il ne faut pas la suivre tout à fait aveuglement ne prenant pas en considération toutes les nuances qui peuvent exister dans certains domaines économiques ou sociaux. C'est pour cette raison, je pense, qu'il faut supprimer les pratiques et les critères discriminatoires avec prudence pour éviter la situation où la suppression de discrimination pourrait devenir discriminatoire. Selon Laurence Thébault, la mutualisation des risques entre hommes et femmes induites par l'interdiction de la segmentation des assurés en fonction de leur sexe risque de conduire à l'augmentation de certaines primes d'assurance³⁶. Pierre Doyen considère que les femmes risquent de faire les frais de cet arrêt européen et inversement, les hommes, cette fois, connaîtront un surenchérissement des assurances de rente. «Si pour certains cet arrêt constitue une avancée dans l'égalité des sexes, cette «victoire» risque pourtant aussi d'avoir un gout particulièrement amer»³⁷.

³⁶ L. Thébault, «L'arrêt Test-Achats: des enjeux à nuancer pour les services financiers »,Euredia, 3/2011, pp. 367 a 354, spec. p. 367)

³⁷P. Doyen , «Une avancée dans l'égalité des sexes », For. Ass. n° 112, 3/2011, pp. 69 a 74, spec. p. 69

Dans l'affaire C-123/10 un dispositif d'augmentation exceptionnelle des pensions de vieillesse mise en place en Autriche exclut les titulaires de pensions minimales, ces derniers bénéficiant d'une augmentation à un taux inférieur à un autre titre. Se pose alors la question de savoir si cette distinction selon le montant des pensions perçue est ou non constitutive d'une discrimination indirecte en raison du sexe. Bien que formulée de manière neutre, la disposition en question ne désavantage-t-elle pas, «un pourcentage considérablement plus élevé de femmes pensionnées que d'hommes pensionnés»³⁹? La Directive 79/7/CEE⁴⁰ permet à la CJEU de sanctionner les législations discriminatoires. Il ressort de cette affaire que l'écart entre, d'une part, le nombre de femmes touchant une pension minimale représentant 57% du nombre total de femmes percevant une pension et, d'autre part, le nombre d'hommes placés dans une même situation s'élevant seulement à 25%, constitue un indice significatif du déséquilibre entre sexes. La CJEU précise toutefois qu'il revient la juridiction de renvoi d'apporter la conclusion finale. Les États membres disposent d'une large marge d'appréciation pour choisir les mesures susceptibles de réaliser les objectifs de leur politique sociale et de l'emploi. La CJEU rappelle toutefois qu'«il incombe à l'État membre de faire apparaître que ladite règle répond à un objectif légitime de sa politique sociale, que cet objectif est étranger à toute discrimination fondée sur le sexe et qu'il pouvait raisonnablement estimer que les moyens choisis étaient aptes à la réalisation dudit objectif»⁴¹. Si l'existence d'un tel objectif est fréquemment reconnue, tel n'est pas le cas dans cette affaire. En effet, le désavantage susceptible d'être subi par les femmes ne peut pas se justifier «par le fait que les femmes ayant travaillé accèdent plus tôt au bénéfice de la pension, que celles-ci perçoivent leur pension plus longtemps ni ou en raison de la circonstance que le barème du supplément compensatoire a également fait l'objet d'une augmentation exceptionnelles pour la même année»⁴².

Dans le point 56 de l'arrêt la CJEU donne la définition de la discrimination directe qui écarte de celle de la Directive 2006/54⁴³. Reprenons-en les deux. La Directive 2006/54 reprend la notion de la Directive 2002/73⁴⁴ relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de

³⁸ C.J.U.E., 20 octobre 2011, aff. 123/10, Waltraud Brachner contre Pensionsversicherungsanstalt, Rec. 2011, page 10003

³⁹ Ibid., point 63

⁴⁰ Directive 79/7/CEE du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes légaux de sécurité sociale, J.O., L 6, 10 janvier 1979.

⁴¹ C.J.U.E., 20 octobre 2011, aff. 123/10, Waltraud Brachner contre Pensionsversicherungsanstalt, po. cit., point 74

⁴² Ibid., point 69

⁴³ Directive 2006/54 du Parlement Européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), J.O., L 204, 26 juillet 2006, p. 23

⁴⁴ Directive 2002/73 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail de la discrimination indirecte, J.O., L. 269, 5 octobre 2002, p.15

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 de la discrimination indirecte. Dans son article 2 point 1 b) on voit la définition assez complète : « discrimination indirecte»: la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, a moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires». Quasiment la même définition on voit dans l'article 2, paragraphe 2, point b), de la Directive sur l'égalité raciale⁴⁵ qui dispose qu'«une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes»⁴⁶. Dans certains de ces arrêts récents, la Cour Européenne de droit de l'homme s'est fondée également sur cette définition de la discrimination indirecte pour affirmer qu'«une différence de traitement peut aussi consister en l'effet préjudiciable disproportionné d'une politique ou d'une mesure qui, bien que formulée de manière neutre, a un effet discriminatoire sur un groupe »⁴⁷. La première condition à prendre en considération est l'existence d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique apparemment neutre. En d'autres termes, il doit exister une exigence quelconque appliquée à tous. La deuxième condition à prendre en considération est la situation particulièrement désavantageuse dans laquelle la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre place un groupe de personnes protégé. C'est sur ce point que la discrimination indirecte diffère de la discrimination directe: l'attention ne se concentre plus sur l'existence d'un traitement différencié mais sur celle d'effets différenciés.

Dans son arrêt *Brachner* la CJEU constate qu'il y a discrimination indirecte lorsque l'application d'une mesure nationale, bien que formulée de façon neutre, désavantage en fait **un nombre beaucoup plus élevé** de femmes que d'hommes. Ensuite dans le point 70 la CJEU dit que cette mesure est contraire de la Directive 79/7 à moins qu'elle ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

Contrairement à la définition de la Directive 2006/54 celle de l'arrêt exige que la mesure nationale discriminatoire désavantage les femmes par rapport aux hommes de la façon «beaucoup plus élevée». La différence essentielle avec la définition formulée dans l'arrêt est que cette dernière exige que la disposition ou le critère apparemment neutre affecte une proportion beaucoup plus élevée de personnes d'un sexe tandis que la Directives 2006/54 réclament que la

⁴⁵ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, J.O., L 180, 19 juillet 2000, p.22

⁴⁶ Directive 2000/43, article 2

⁴⁷ Voir *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, § 184, CouEDH, 13 novembre 2007 ; *Opuz c. Turquie*, n° 33401/02, § 183, CouEDH, 9 juin 2009; *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02, § 80, CouEDH, 20 juin 2006.

disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre soit susceptible d'entraîner un désavantage particulier. La preuve de la différence de fait sera donc plus simple à établir dans le cas de la Directive. Le législateur a voulu réduire la nécessité de recourir à des données statistiques pour produire la preuve de la différence de fait. Selon la Directive 2006/54, il n'est pas nécessaire de montrer que la disposition discriminatoire affecte une proportion beaucoup plus élevée de travailleurs d'un même sexe. Il suffit de constater que la disposition est susceptible de produire un effet défavorable, sans recourir nécessairement à la preuve statistique. La définition retenue ne retient donc pas de manière centrale la référence aux données statistiques pour révéler l'existence d'une discrimination indirecte. Pourquoi est-ce que la CJEU s'écarte de la définition de la directive de la non-discrimination et rajoute un nouvel élément dans cette définition? Néanmoins, la définition n'exclut pas totalement le recours à des statistiques propres à une démarche quantitative. C'est à la CJEU qu'il appartiendra de décider de la méthode la plus adéquate pour révéler telle ou telle discrimination indirecte. Il n'y aura plus d'obligation d'apporter des preuves statistiques mais elles pourront s'avérer efficaces dans certaines situations pour révéler le désavantage occasionné par une mesure, un critère ou une pratique. Alors maintenant on peut comprendre pourquoi la CJEU dans son arrêt Brachner a donné une autre définition à la discrimination indirecte. Mais est-ce que cette définition pourrait être justifiée?

La réponse pourrait être trouvée dans le principe d'égalité de traitement. Rappelons que le principe d'égalité de traitement exige que les personnes dans une situation égale soient traitées de façon égale et que les personnes dans une situation différente ne soient pas traitées de la même façon. Dans l'arrêt Brachner la pratique d'augmentation exceptionnelle des pensions de vieillesse mise en place en Autriche paraît neutre lorsqu'elle touche tous les retraités de la même manière. Alors d'un premier égard le principe d'égalité de traitement n'a pas été violé. On voit les personnes dans la situation pareille (tous les retraités) qui sont traitées de la même manière (l'augmentation dépend du niveau de la pension pour tous). D'ailleurs, rappelons que les titulaires de pensions minimales bénéficient d'une augmentation à un taux inférieur à un autre titre. Et c'est à partir de là où la CJEU va analyser si cette différence touche beaucoup plus les femmes que les hommes. C'est pour cette raison la CJEU a dû ajouter le critère supplémentaire dans la définition de la non-discrimination. Ensuite, la CJEU base ses conclusions sur les données statistiques qui prouvent que ce sont plutôt les femmes qui touchent les pensions minimales et par conséquent la pratique autrichienne est condamnée par la CJEU comme discriminatoire. Ici il semble opportun de faire référence aux expressions utilisées par la CJCE dans sa jurisprudence ancienne en matière de discrimination fondée sur le sexe, tel que l'avocat général Léger les a répertoriées dans ses conclusions relatives à l'affaire Nolte:

«Pour être jugée discriminatoire, la mesure doit affecter “un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d’hommes”⁴⁸, “un pourcentage considérablement plus faible d’hommes que de femmes”⁴⁹ ⁵⁰ ou “un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d’hommes”⁵¹»⁵². Alors ça nous montre bien que ce n’est pas pour la première fois que la CJEU a recours à des notions comme «pourcentage», «nombre» etc. Dans ce contexte il y a deux questions qui se pose et auxquelles la Cour ne donne pas de réponse. Premièrement, je suis curieuse de savoir ce qui est «un pourcentage considérablement plus faible» et «un nombre beaucoup plus élevé» pour la CJEU. À partir de quel chiffre on peut juger que ça touche un nombre beaucoup plus élevé les femmes que les hommes? L’écart de 10% est-il suffisant pour constater la discrimination indirecte? Et 20 % ? La CJEU n’en dit rien. Et la deuxième question qui se présente est celle de savoir pourquoi dans l’arrêt Brachner la CJEU se réfère aux données statistiques pour son raisonnement tandis que dans l’arrêt Test-Achats elle s’écarte complètement de telles données qui ont été d’ailleurs assez convaincantes? La CJEU laisse les questions ouvertes.

Maintenant, il est intéressant de comparer la définition de la discrimination indirecte qu’on voit dans la jurisprudence ancienne de la CJEU notamment la jurisprudence basée sur la Directive 76/207 et la définition dite «moderne» donnée dans la Directive 2006/54. C’est la directive 76/207 qui évoque pour la première fois en termes formels la notion de discrimination indirecte : «Le principe de l’égalité de traitement [...] implique l’absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l’état matrimonial ou familial» (article 2, §2). Une formulation identique de la discrimination indirecte se retrouve dans les directives 79/7 (article 4, §1), 86/378⁵³ (article 5, §1) et 86/613⁵⁴ (article 3).

Dans sa jurisprudence basée sur ces directives la CJEU précise cette définition. Dans l’arrêt Jenkins la CJEU va dire qu’une mesure nationale comporte une discrimination indirecte à l’égard des travailleurs féminins lorsque, tout en étant formulée de façon neutre, elle désavantage en fait un pourcentage plus élevé de femmes que d’hommes, à moins que cette différence de traitement ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe⁵⁵. Elle clarifie sa position dans l’arrêt Bilka Kaufhaus⁵⁶. L’affaire concernait une

⁴⁸ C.J.C.E., 13 juillet 1989, aff. C-171/88, Rinner-Kühn c. FWW Spezial- Gebäudereinigung, Recueil 1989, p. 2743.

⁴⁹ C.J.C.E., 7 février 1991, aff. C-184/89, Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg, Recueil 1991, p. I-297.

⁵⁰ C.J.C.E., 27 juin 1990, aff. C-33/89, Kowalska c. Freie und Hansestadt Hamburg, Rec. 1990, p. I-2591

⁵¹ C.J.C.E., 24 février 1994, aff. C-343/92, M.A. Roks, épouse De Weerd e.a./Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen e.a., Rec. 1994, p. I-571

⁵² Conclusions de l’avocat général Léger du 31 mai 1995 dans l’affaire C-317/93, Nolte c. Landesversicherungsanstalt Hannover, points 57 et 58, Recueil 1995, p. I-4625

⁵³ Directive 86/378/CEE du Conseil du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe de l’égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale, J.O., L 225, 12.08.1986, p. 35

⁵⁴ Directive 86/613/CEE du Conseil du 11 décembre 1986 sur l’application du principe de l’égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité, J.O., L 359, 19 décembre 1986, p. 56

⁵⁵ C.J.C.E., 31 mars 1981, J.P. Jenkins contre Kingsgate (Clothing Productions) Ltd., aff. C-96/80, Rec. 1981, p. 911

entreprise qui avait exclu les travailleurs à temps partiel du régime de pensions d'entreprise. Ces travailleurs à temps partiel étaient en majorité des femmes. La CJEU décide que cette mesure constitue une discrimination indirecte dès lors qu'elle frappe en fait un nombre plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que l'entreprise n'établisse que ladite mesure s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination basée sur le sexe. La CJEU a adopté la même position dans l'arrêt Rinner-Kühn à l'égard d'une législation allemande qui permettait d'exclure du maintien de la rémunération en cas de maladie des travailleurs à temps partiel⁵⁷. La CJEU adopte la même attitude en dehors du travail à temps partiel. Dans l'affaire Teutling, des majorations de prestations sociales tenaient compte des charges de famille et avantageaient un nombre beaucoup plus élevé d'hommes que de femmes. Celles-ci ont été déclarées incompatibles avec le principe de l'égalité de traitement sauf si le montant est strictement nécessaire à l'objectif social poursuivi⁵⁸. La CJEU a également décidé, dans l'arrêt Danfoss, que le système de majoration de salaire individuel en cause était caractérisé par un manque total de transparence et que les travailleurs féminins pouvaient dès lors établir l'existence d'une discrimination en comparant les rémunérations moyennes, sauf à l'employeur de démontrer que sa pratique salariale n'était pas discriminatoire⁵⁹. Plus récemment, dans un arrêt du 10 mars 2005, la CJEU a estimé que «lorsqu'elle frappe un pourcentage beaucoup plus élevé de travailleurs féminins que de travailleurs masculins, l'exclusion totale de l'emploi à temps partiel lors du calcul de l'ancienneté constitue une discrimination indirecte fondée sur le sexe contraire à la Directive 76/207, à moins que cette exclusion ne s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe»⁶⁰. Alors on voit que la CJEU reste cohérente dans la définition de la discrimination indirecte. Et elle répète cette formule encore dans l'arrêt Brachner. C'est la même différence de la définition qui découle de la Directive 76/207 et celle de la Directive 2006/54 que la différence entre la définition de la CJEU dans l'arrêt Brachner et celle de la Directive 2006/54 ce qui a déjà été analysé avant.

⁵⁶ C.J.C.E., 13 mai 1986, Bilka - Kaufhaus GmbH contre Karin Weber von Hartz, aff. 170/84, Rec. 1986, p. 1607

⁵⁷ C.J.C.E., 13 juillet 1989, Ingrid Rinner-Kühn contre FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG., aff. C-171/88, Rec. 1989, p. 2743

⁵⁸ C.J.C.E., 11 juin 1987, J. W. Teuling contre Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie., aff. C-30/85, Rec. , 1987, p. 2497

⁵⁹ C.J.C.E., 17 octobre 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark contre Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss, aff. C-109/88, Rec. 1989, p. 3199

⁶⁰ C.J.C.E., 10 mars 2005, Vasiliki Nikoloudi contre Organismos Tilepikoinonion Ellados AE, aff. C-196/02, Rec. 2005, p. 1789

Les conditions du travail pour les personnes ayant des responsabilités familiales ont également fait l'objet de décision de la CJEU. Dans les deux arrêts (C-104/09 et C-5/12) la CJEU a été saisie, par voie préjudicielle, des questions relatives aux différences de traitement en matière de congé de maternité au sein de la législation espagnole.

L'arrêt *Roca Alvarez*. Saisie à titre préjudiciel par le Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Espagne), la CJEU a interprété l'article 2 §1, §3 et §4, ainsi que l'article 5 de la Directive 76/207/CEE. Le litige au principal opposait Monsieur Roca Alvarez à son employeur, la société Sesa Start Espana ETT SA, à propos du refus de celui-ci de lui accorder un congé dit «d'allaitement». Ce congé lui avait été refusé au motif que la mère de l'enfant de Monsieur Roca Alvarez n'était pas salariée mais travailleuse indépendante. Or, l'activité salariée de la mère serait, en vertu de la réglementation espagnole, indispensable pour bénéficier dudit congé.

Saisi dans ce contexte, le Tribunal Superior de Justicia de Galicia interroge la CJEU sur la question de savoir si la directive doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une mesure nationale telle que celle en cause au principal, qui prévoit que les travailleurs de sexe féminin, mères d'un enfant et ayant le statut de travailleur salarié, peuvent bénéficier d'un congé pendant les neuf premiers mois suivant la naissance de cet enfant alors que, les travailleurs de sexe masculin, pères d'un enfant et ayant le même statut, ne peuvent bénéficier du même congé que lorsque la mère de cet enfant dispose également du statut de travailleur salarié.

Dans un premier temps, la CJEU conclut que la mesure en cause au principal établit une différence de traitement fondée sur le sexe entre les mères ayant le statut de travailleur salarié et les pères ayant le même statut.

Dans un second temps, la CJEU examine si une telle différence de traitement peut être justifiée.

- Concernant la justification tirée de la protection de la grossesse et de la maternité, la CJEU constate que, dans la mesure où l'octroi du congé dit «d'allaitement» a peu à peu été détaché du fait biologique de l'allaitement naturel et qu'il est désormais considéré comme un simple temps d'attention à l'enfant et comme une mesure de conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle à l'issue du congé de maternité, l'alimentation et le temps d'attention à l'enfant pouvant être assurés aussi bien par le père que par la mère. Ainsi, selon la CJEU, ce congé semble donc être accordé aux travailleurs en leur qualité de parents de l'enfant et ne peut

⁶¹ C.J.E.U., 19 septembre 2012, aff. C-5/12, *Marc Betriu Montull contre Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, non encore publié

⁶² C.J.E.U., 30 septembre 2010, aff. C-104/09, *Pedro Manuel Roca Álvarez contre Sesa Start España ETT SA*, Rec. 2012, p. 8661

donc être considéré comme permettant d'assurer la protection biologique de la femme à la suite de sa grossesse ou la protection des rapports particuliers entre la mère et son enfant.

La Cour conclut que l'article 2 §1, §3 et §4, ainsi que l'article 5 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une mesure nationale telle que celle en cause au principal.

Quelques années plus tard dans un autre arrêt la CJEU va dire le contraire. Dans l'affaire Marc Betriu Montull contre Instituto Nacional de la Seguridad Social (C- 5/12), la CJEU devait déterminer si le droit dérivé de l'Union s'oppose à une législation nationale dans laquelle une mère, exerçant une activité à titre indépendant sans être affiliée au régime public de sécurité sociale, ne peut céder tout ou partie de son droit au congé de maternité au père de l'enfant, (ayant le même statut de travailleur salarié pour la période de dix semaines postérieure à celle de repos obligatoire), alors qu'une telle possibilité existe lorsque la mère de l'enfant est une travailleuse salariée. Par un arrêt rendu le 19 septembre 2013, la CJEU a estimé que le droit de l'Union ne s'opposait pas à une telle réglementation nationale. Aux fins d'une réponse utile, la CJEU intègre la Directive 92/85. Le juge de l'Union débute son argumentation en se demandant si le fait pour une mère d'un enfant, travailleuse salariée, de pouvoir céder au père de l'enfant, également travailleur salarié, tout ou partie du congé de maternité pour la période postérieure à celle de repos obligatoire heurte les exigences de la directive précitée. Considérant que les dispositions de la législation espagnole vont au-delà des prescriptions minimales de la directive, le juge de l'Union en déduit qu'une telle situation n'est pas contraire à cette directive. La CJEU s'attarde sur la directive 76/207CEE. Pour le juge de l'Union, cette législation participe à une protection de la «condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci»⁶³. De plus, et cela est primordial, la CJEU fait remarquer que la mère de l'enfant, travailleuse indépendante non affiliée à un régime public de sécurité sociale, ne dispose pas d'un droit originaire au congé de maternité. Elle ne saurait par conséquent en céder tout ou partie au père de l'enfant.

Dans ces deux affaires on voit que la CJEU a abouti à des résultats différents tandis que les faits semblaient très semblables. La question qui se pose ici est celle de savoir comment on peut expliquer une telle divergence. À mon avis, dans ce cas on peut avoir plusieurs hypothèses :

1. La CJEU a changé son avis par rapport au congé de maternité. En 2012, elle est plus touchée par la vulnérabilité de la femme «qui ne peut être assimilée à un homme ou à une femme bénéficiant d'un congé de maladie » (§49). Le droit à un congé de maternité vise à assurer « d'une part, la protection de la condition biologique de la

⁶³ C.J.E.U., 19 septembre 2012, aff. C-5/12, Marc Betriu Montull contre Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), op. cit., point 63

femme au cours de sa grossesse ainsi qu'à la suite de celle-ci et, d'autre part, la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période postérieure à la grossesse » (§50). Autrement dit, la situation de la mère n'est pas comparable à la situation du père en matière de congé de maternité. Elle justifie la différence de traitement entre les femmes et les hommes par la protection de la condition biologique de la femme à la suite de sa grossesse. Elle se réfère à l'article 3 de la Directive 76/207 qui prévoit que l'interdiction de toute différence de traitement fondée sur le sexe en matière de travail ne fait «pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité » (article 2 de la Directive). Je me demande alors pourquoi la CJEU n'a pas pris en considération la vulnérabilité des femmes dans l'arrêt Roca Alvarez? Est-ce que ce sont les valeurs qui ont changé depuis l'arrêt C-104/09 ? Ou bien on arrive à la deuxième hypothèse?

2. La CJEU n'est plus crédible. En ayant les faits semblables elle interprète les dispositions de la directive comme il veut. Dans l'arrêt Roca Alvarez la CJEU met en avant l'inadmissibilité de la discrimination fondée sur le sexe par rapport au congé de maternité et l'égalité des hommes et des femmes en ce qui concerne le partage des responsabilités parentales et de la conciliation vie professionnelle/vie familiale. La CJEU n'entre pas dans les exceptions qu'autorise la directive au titre de la protection de la maternité. Ce qui n'est pas le cas dans l'arrêt Betriu Montull où la CJEU a mis en avant justement cette exception.

3. La législation espagnole détache clairement les dix dernières semaines de congé de maternité du fait biologique de la maternité : «le congé de dix semaines en l'espèce est accordé aux travailleurs en leur seule qualité de parent de l'enfant et n'est pas lié à la protection de la condition biologique de la femme à la suite de sa grossesse ou des rapports particuliers entre elle et son enfant » (§73). Si la situation de la mère n'est pas comparable à la situation du père concernant les six premières semaines de congé, tel n'est pas le cas concernant les dix dernières semaines. Cette différence de traitement injustifiée aurait donc dû être déclarée contraire au droit de l'Union. Voilà ce que la CJEU a jugé dans l'affaire Roca Alvarez : «les situations d'un travailleur masculin et d'un travailleur féminin, respectivement père et mère d'enfants en bas âge, sont comparables au regard de la nécessité dans laquelle ceux-ci peuvent se trouver d'avoir à réduire leur temps de travail journalier afin de s'occuper de cet enfant» (§24). La CJEU avait également estimé dans cette affaire que «le fait que seule la mère ayant le statut de travailleur salarié était titulaire du droit de bénéficier du congé de maternité alors que le

père ayant le même statut ne pouvait que jouir de ce droit sans en être le titulaire était de nature à perpétuer une distribution traditionnelle entre hommes et femmes» (§36). Affirmer – en désaccord avec sa jurisprudence antérieure – que le congé de maternité est un droit nécessairement dérivé de la mère participe à maintenir «les hommes dans un rôle subsidiaire à celui des femmes en ce qui concerne l'exercice de leur fonction parentale» (§36). La conception traditionnelle de la famille est donc toujours aussi tenace.

À mon avis, la décision de la CJEU dans l'arrêt Roca Alvarez est plus cohérente au regard de l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe. Si comme une femme je suis d'accord que c'est la femme qui doit rester avec son enfant les premières semaines de sa vie, parce que c'est plus naturellement du côté biologique, juridiquement c'est plus correct et cohérent de donner aux parents le choix de décider qui est mieux placé pour s'occuper d'un enfant en fonction de leur rôle familial et les conditions de travail de chacun des parents. Maintenant, quand les femmes travaillent comme les hommes, il n'y a plus de frontières dans la vocation familiale par rapport aux enfants, et alors dans le cadre de lutte contre la discrimination fondée sur le sexe il me semble plus logique de donner le même droit aux parents à l'égard du congé de maternité. En plus, le fait de refuser le bénéfice du congé en cause au principal aux pères ayant le statut de travailleur salarié, au seul motif que la mère de l'enfant ne dispose pas de ce statut, pourrait avoir pour l'effet qu'une femme se verrait contrainte de limiter son activité professionnelle et de supporter seule la charge résultant de la naissance de son enfant, sans pouvoir recevoir une aide du père de l'enfant.

Dans l'arrêt Betriu Montull, concernant la différence de traitement entre les pères biologiques et les pères adoptifs la CJEU considère que la réglementation applicable au litige au principal concerne une situation qui ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union car, à la date des faits, aucune disposition du droit de l'Union européenne ne prohibait les discriminations entre le père adoptif et le père biologique en ce qui concerne le congé de maternité. Juridiquement la réponse de la CJEU était correcte. On sait, que la discrimination se produit quand 1) une personne est traitée moins favorable 2) qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le saurait dans une situation comparable 3) et quand cette différence de traitement se fonde sur le fait que la personne présente une caractéristique particulière s'inscrivant parmi les motifs de discrimination prohibés. Toutes les trois conditions sont cumulatives. Alors l'existence de motif prohibé est indispensable pour constater la discrimination. Ce motif prohibé doit exister non seulement dans notre esprit mais aussi dans les dispositions législatives. Si on analyse le cas en espèce dans l'arrêt Betriu on voit, que juste deux conditions sur trois sont présentes, notamment: différence de traitement (le père biologique n'a pas droit de congé tandis que...) par rapport à l'autre personne dans la situation comparable (...le père adoptif peut bénéficier d'un tel congé).

Par contre, la troisième condition n'étant pas remplie, la CJEU a refusé de constater la discrimination fondée sur la filiation entre un père et un enfant. Donc on peut constater, que juridiquement la réponse de la CJEU est correcte quant à l'absence de la discrimination quelconque. Je ne suis pas d'accord avec une telle affirmation parce que à côté de la discrimination il existe les principes de l'égalité de traitement et de l'égalité. Et si on examinait l'allégation formulée sous l'angle d'une violation de ces principes-là? Selon le principe d'égalité de traitement, toutes les personnes dans la situation comparable doivent être traitées de la même manière. L'application du principe d'égalité de traitement suppose qu'il existe un groupe au sein duquel toutes les personnes doivent être traitées de la même manière. Dans l'arrêt *Betriu Montull* tous les pères biologiques (le groupe défini par le législateur) qui se trouvent dans la même situation sont traités de la même façon. Alors il ne leur reconnaît qu'un droit dérivé de celui de la mère et non un droit de suspension propre du contrat de travail avec maintien du poste de travail et prise en charge par la sécurité sociale, autonome et indépendant. Cela veut dire qu'il n'y a pas de violation du principe de l'égalité de traitement. Par contre si nous prenons comme groupe discriminé tous les pères indépendamment de leur filiation avec un enfant nous verrons que dans ce groupe les pères biologiques et les pères adoptifs sont traités de la manière différente ce qui constitue la violation du principe d'égalité de traitement.

La particularité essentielle du principe d'égalité est qu'il constitue un principe de non-discrimination général prohibant tous les motifs de discrimination. En vertu de ce principe tous les pères dans la situation égale (demandant le congé de maternité) doivent être traités de manière égale que ça soit un père biologique ou un père adoptif. Le problème c'est que ce principe doit être expressément prévu par le constituant. L'article 20 de la Charte des droits fondamentaux ne consacre qu'une égalité en droit, une égalité formelle (ou égalité abstraite), tandis que l'article 157 §4 TFUE ainsi que les directives applicables aux relations de travail mettent en oeuvre l'égalité de traitement et s'attachent à favoriser l'égalité des chances, relevant de l'égalité réelle (ou égalité substantielle ou égalité concrète). Or, seuls les motifs de la race et du sexe font l'objet d'une prohibition à l'extérieure de la sphère professionnelle. Alors cela veut dire que le principe de l'égalité, qui est tout à fait déclaratoire, doit être mis en oeuvre par le droit dérivé. Lorsqu'il n'existe pas une disposition, qui prohibait à la manière explicite la discrimination entre le père biologique et le père adoptif, le principe d'égalité entre ces deux catégories des pères restera complètement illusoire. À mon avis, il existe donc un cercle vicieux. Il existe le principe d'égalité mais ce principe ne peut pas fonctionner sans être mis en oeuvre par le principe de non-discrimination. Pour moi la déclaration du principe d'égalité reste alors entièrement inutile.

La réalité du monde change chaque jour. Le législateur et le juge doivent s'adapter aux nouvelles réalités qui arrivent parfois trop vite de sorte que le législateur n'a pas le temps pour y adapter les dispositions existantes ou adopter les nouvelles. Tel est le cas dans les deux arrêts de la CJEU qui viennent de sortir.

Dans les deux arrêts il s'agit de la gestation pour autrui et du droit de congé de maternité pour la mère commanditaire (demandeuse).

Dans l'arrêt C-363/12 le droit au congé de maternité est réclamé par une femme qui a eu recours à une convention de mère porteuse pour pallier l'impossibilité de donner naissance à un enfant en raison du manque d'utérus. Ce type de convention consiste à demander à une femme, appelée mère porteuse, de donner naissance à un enfant qui est ensuite confié à une autre femme (la mère commanditaire). Travaillant en Irlande où ces conventions sont interdites, elle s'est rendue avec son mari en Californie. Demandé pendant la grossesse de la mère porteuse, le congé payé est refusé par l'employeur. Se plaignant devant une juridiction irlandaise d'une discrimination fondée sur le sexe et le handicap, le juge de renvoi pose plusieurs questions préjudicielles à la CJUE. L'étape préalable de qualification de la situation est toutefois effectuée par l'avocat général pour déterminer si les directives, auxquelles la requérante se réfère, sont applicables, notamment les Directives 92/85 et 2006/54. Dans ses conclusions, l'avocat général Wahl⁶⁶ a refusé d'étendre le champ d'application des directives sur la mère qui n'est ni la mère biologique ni la mère adoptive de l'enfant. Tout en reconnaissant la situation compliquée d'une femme dans les circonstances comme telle en cas d'espèce, l'avocat général a refusé d'accorder le droit au congé de maternité à la mère commanditaire.

L'avocat général est très convaincant dans ses arguments. C'est vrai, que ni la directive 92/85, ni la Directive 2006/54 ne prévoient le congé de maternité pour une mère qui n'est ni une mère biologique, ni une mère adoptive d'un enfant. Le but de la Directive 92/85 est la protection d'une femme à l'état de la grossesse quand elle est plus vulnérable, et la protection des liens particuliers entre la mère et l'enfant après la naissance de ce dernier. Dans cette hypothèse, la mère demandeuse ne rentre pas dans ce groupe protégé. Juridiquement les conclusions de l'avocat général sont très logiques. En même temps, l'allégation de la requérante sur la discrimination fondée sur le sexe selon la directive 2006/54 ne me semble pas du tout pertinente. La discrimination fondée sur le sexe suppose la différence du traitement entre les hommes et les

⁶⁴ C.J.U.E., 18 mars 2014, aff. 363/12, Z c. A Government Department et the Board of Management of a Community School, non encore publié

⁶⁵ C.J.U.E., 18 mars 2014, C.D. contre S.T., aff. 167/12, non encore publié

⁶⁶ Conclusions de l'avocat général Wahl sur l'aff. 363/12, Z c. A Government Department et the Board of Management of a Community School, C-363/12, présentées le 26 septembre 2013.

femmes dans une situation comparable. En cas d'espèce le congé de maternité n'est prévu ni pour les hommes – pères d'un enfant né par une mère porteuse ni pour les femmes – mères d'un enfant né par une mere porteuse. Alors je trouve qu'aussi bien la discrimination fondée sur le sexe que conséquemment la Directive 2006/54 ne sont pas pertinentes dans la situation de la requérante. On peut reconnaître la différence de traitement mais sur un motif distingué du sexe. Le grief qui peut être évoquer ici c'est le fait d'avoir accouché un enfant ou pas. Or, étant donné que le motif comme celui-ci n'existe pas comme motif prohibé en droit européen, on ne peut pas constater la discrimination quelconque par rapport à une mère demandeuse. J'ai un avis mitigé concernant la conclusion de l'avocat général quant aux groupes qu'il choisit pour faire la comparaison. Comme déjà cité, la requérante n'est pas discriminée par rapport aux hommes lorsque un homme – le père d'un enfant né d'une mere porteuse se verrait également refuser du congé payé, jusque là je supporte le point de vue de l'avocat général. Maintenant je ne suis pas sûre qu'on puisse assimiler totalement une mère commanditaire ni avec une mère biologique, ni avec une mère adoptive. La mère biologique subit tous les inconvénients de l'état de grossesse et de l'accouchement et là elle se trouve dans la situation de vulnérabilité incomparable avec n'importe quelle autre situation. Je pense qu'une femme qui a accouchée a besoin d'une protection spéciale et maximale par rapport même à une mère adoptive ou une mère commanditaire. Le congé de maternité sert ici à protéger d'un côté l'état de santé aussi bien physique que psychique d'une femme et d'un autre côté les liens particuliers entre une mère et un nouveau-né. La mère adoptive commence à prendre soin de son enfant pas toujours directement après sa naissance. Au moment d'adoption il n'existe pas encore les liens entre l'enfant et la mère et le but de congé de maternité est l'établissement de tels liens et l'adaptation d'un enfant (surtout si ce n'est pas un bébé mais un enfant plus âgé) dans une nouvelle famille. Le cas de la mère commanditaire est particulier par comparaison avec les mères biologiques et les mères adoptives. La femme donne ses cellules à une mere porteuse donc elle subit le traitement médical particulier, ensuite elle vit le temps de grossesse avec une femme porteuse et elle commence à s'occuper de l'enfant directement après sa naissance. Donc dans ce cas-là, je pense, que le but de congé de maternité est l'établissement et la protection des liens entre la mère commanditaire et le nouveau-né. La caractéristique commune entre les trois types des mères est la nécessité de prendre soin de l'enfant, le besoin d'être à côté de son enfant. Dans ce cas de figure, si l'on revient à notre arrêt on voit, que dans le groupe des femmes qui doivent prendre soin à son enfant (ou bien nouveau-né ou qui vient d'être adopté) la mère commanditaire qui se voit refuser d'un congé subit une violation d'un principe d'égalité de traitement.

Je trouve, qu'ici on voit une lacune dans le droit européen. Une femme qui à cause de son incapacité de donner naissance à un enfant a quand même l'envie d'avoir un enfant qui serait

génétiqnement lié avec elle. Pour les raisons personnelles elle ne veut pas adopter un enfant. Elle se trouve alors dans un piège: soit elle reste sans enfant soit elle adopte un enfant et là elle a droit à un congé soit elle a un enfant grace à une mère proteuse mais elle se voit refuser de rester avec son enfant qui a d'ailleurs besoin de sa mère comme n'importe quel autre nouveau-né. Je pense, que malheureusement le droit de congé de maternité ne peut découler d'aucune desdites directives.

Etant donné que la gestation pour autrui n'est pas reconnue dans tous les pays de l'EU, cette question reste délicate. Je pense, qu'on peut comparer le traitement de la gestation pour autrui avec le traitement des mariages des personnes du même sexe. Il n'existe pas de règles universelles ni de principes fondamentaux pour interdire ou imposer aux états de reconnaître la gestation pour autrui. L'existence d'un tel phénomène dépend des valeurs de chaque pays. Donc à mon avis, le législateur européen doit s'abstenir d'harmonisation dans ce domaine. La Directive 92/85 a le caractère minimal, c'est-à-dire, les états sont libres à établir la protection plus élevée incluant la reconnaissance du droit de congé pour une femme, qui n'ayant pas porté et accouché un enfant elle-même, prend sa garde depuis sa naissance.

Reprenons l'ancienne jurisprudence de la CJEU pour voir quel objectif elle reconnaît au regard de congé de maternité. Cet objectif a été explicité dans des nombreux arrêts de la CJEU, notamment *Betriu Montull*⁶⁷, *Roca Alvarez*⁶⁸, *Paquay*⁶⁹ (point 27), *Danosa*⁷⁰ (point 58), *Boyle*⁷¹ (point 41), *Hoffmann*⁷² (point 25). Le but d'un tel congé est «de promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail» (*Danosa*), «la protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci et... la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à la grossesse et à l'accouchement» (*Hoffman, Boyle*), «de promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes» (*Paquay*), «la protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci et (...) la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à l'accouchement» (*Roca Alvarez*), «la protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci» (*Betriu Montull*). La CJEU alors accorde de l'importance à deux choses : la protection de la santé de la

⁶⁷ C.J.E.U., 19 septembre 2012, aff. C-5/12, *Marc Betriu Montull contre Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, non encore publié, point 63

⁶⁸ C.J.E.U., 30 septembre 2010, aff. C-104/09, *Pedro Manuel Roca Álvarez contre Sesa Start España ETT SA*, Rec. 2012, p. 8661, point 27

⁶⁹ C.J.C.E., 11 octobre 2007, aff. 460/06, *Nadine Paquay contre Société d'architectes Hoet + Minne SPRL*, Rec. 2007, p. 8511, point 27

⁷⁰ C.J.U.E., 11 novembre 2012, aff. 232/09, *Dita Danosa contre LKB Līzings SIA*, Rec. 2010, p.11405, point 58

⁷¹ C.J.U.E., 27 octobre 1998, *Margaret Boyle e.a. contre Equal Opportunities Commission*, aff. 411/96, Rec. 1998, p. 06401, point 41

⁷² C.J.C.E., 12 juillet 1984, aff. 184/83, *Ulrich Hofmann contre Barmer Ersatzkasse*, Rec. 1884, p. 3047, point 25

femme enceinte et la protection des rapports particuliers entre la mère et son enfant. Dans la situation de gestation pour autrui ces deux buts ne peuvent pas être atteints qu'en partageant le congé de maternité entre deux femmes différentes, car il existe non seulement la mère commanditaire mais également la mère porteuse qui, en servant juste un « incubateur » pour le fœtus, subit quand même les inconvénients de grossesse et d'accouchement. Elle aussi a besoin d'une protection et elle en a droit au sens de la Directive 92/85. Alors si on suit la logique de la CJEU, la mère porteuse a le droit de congé de maternité «à la suite de sa grossesse», en étant «la travailleuse enceinte/accouchée» et la mère commanditaire a le droit d'un tel congé comme ayant «des rapports particuliers entre la mère et son enfant» et ayant besoin de prendre la garde de l'enfant directement après sa naissance. Donc dans l'hypothèse que l'état reconnaît le droit de congé dans la situation de gestation pour autrui, ça paraît logique de diviser ce congé en deux parties entre les deux mères d'un enfant selon les buts de ce congé tels que reconnus par la CJEU.

C'est d'ailleurs cette conclusion qui a été proposée par l'avocat général dans l'affaire C-167/12. Dans cette affaire les faits du litige, qui se sont déroulés au Royaume-Uni, ressemblent fort à ceux de l'affaire C-363/12. Mme D., employée dans un hôpital au Royaume-Uni, a recouru à une mère porteuse pour avoir un enfant.

Mme D. a conclu une convention de mère porteuse conformément au droit britannique. L'enfant a été conçu à partir du sperme de son compagnon et de l'ovule d'une autre femme. Quelques mois après la naissance, un tribunal britannique a, avec l'accord de la mère porteuse, attribué à Mme D. et à son partenaire l'autorité parentale permanente et totale sur l'enfant conformément à la réglementation britannique sur la gestation pour autrui. Elle a demandé un congé payé équivalant à un congé de maternité ou à un congé d'adoption. Ces demandes ont été refusées au motif que Mme D. n'a jamais été enceinte et que l'enfant n'ait pas été adopté par les parents. La juridiction britannique devant laquelle Mme D. a introduit un recours cherche à savoir si un tel refus est contraire à la directive relative aux travailleuses enceintes ou s'il constitue une discrimination fondée sur le sexe prohibée par la directive 2006/54.

Il y a quand même une différence entre les faits de cet arrêt-ci et l'arrêt dont on a parlé précédemment dans ce chapitre. De un, la gestation pour autrui est reconnue au Royaume-Uni ce qui n'est pas le cas en Irlande où il n'y a aucune disposition en cet égard. De deux, la mère commanditaire allaitait son enfant né par une mère porteuse. Ces deux faits ont permis à l'avocat général d'essayer d'étendre le champ d'application de la Directive 92/85 sur les mères commanditaires. Tout d'abord, l'avocat général, en partant du fait que la mère commanditaire allaite son enfant, est parvenu à obtenir l'équivalent pour une mère commanditaire comme les femmes enceintes/acouchées/allaitantes au sens de ladite directive. Ensuite, dans l'hypothèse que

la directive donne la protection aux mères commanditaires allaitantes, elle a conclu que le fait d'allaitement ou d'alimentation d'un enfant par biberon ne peut pas influencer le droit de congé de maternité pour une mère. Le deuxième argument en faveur du droit de congé de maternité pour une mère commanditaire était le fait que la gestation pour autrui est reconnue au Royaume-Uni. À mon avis, l'avocat général a essayé de trouver une échappatoire pour faire reconnaître le droit de congé de maternité pour une mère qui se trouve dans la situation d'un certain «vacuum juridique». Mais cet essai a échoué comme on voit dans l'arrêt final de la CJEU.

Les deux arrêts viennent de sortir. Malgré les conclusions si contradictoires des avocats généraux, la CJEU est restée cohérente dans ses deux décisions en rejetant l'argumentation d'un des avocats. La CJEU répond que le droit de l'Union ne prévoit pas, au bénéfice des mères commanditaires, un droit à un congé payé équivalant à un congé de maternité ou à un congé d'adoption.

En ce qui concerne la directive 92/85/CEE relative aux travailleuses enceintes, la CJEU rappelle que l'objectif de cette directive est de promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, ces personnes étant considérées comme un groupe à risques spécifiques. Dans cette directive, la disposition relative au congé de maternité se réfère expressément à l'accouchement et a pour but de protéger la mère dans la situation spécifique de vulnérabilité découlant de sa grossesse. La CJEU ajoute que, bien que le congé de maternité vise également à assurer la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant, cet objectif ne concerne toutefois que la période postérieure « à la grossesse et à l'accouchement ». Il en résulte que l'attribution d'un congé de maternité sur le fondement de la directive suppose que la travailleuse concernée ait été enceinte et ait accouché de l'enfant. Partant, une mère commanditaire qui a eu recours à une mère porteuse pour avoir un enfant n'entre pas dans le champ d'application de la directive, y compris lorsqu'elle est susceptible d'allaiter l'enfant après la naissance ou qu'elle l'allaité effectivement. Par conséquent, les États membres ne sont pas tenus, sur la base de la directive, d'accorder à une telle travailleuse un droit à un congé de maternité. Néanmoins, la CJEU ajoute que, ladite directive ayant pour objet d'établir certaines exigences minimales en matière de protection des travailleuses enceintes, les États membres sont libres d'appliquer des règles plus favorables au bénéfice des mères commanditaires. Quant à la directive 2006/54/CE sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi, la CJEU constate qu'un refus d'accorder un congé de maternité à une mère commanditaire ne constitue pas une discrimination fondée sur le sexe étant donné qu'un père commanditaire n'a pas non plus le droit de bénéficier d'un tel congé et que le refus ne désavantage pas particulièrement les travailleurs féminins par rapport aux travailleurs masculins.

Par ailleurs, le fait de refuser un congé payé équivalant à un congé d'adoption à une mère commanditaire ne relève pas du champ d'application de la directive sur l'égalité de traitement. Cette directive laisse les États membres libres de choisir d'accorder ou non un congé d'adoption. Elle dispose uniquement que, lorsqu'un tel congé est accordé, les travailleuses concernées doivent être protégées du licenciement et ont le droit de retrouver leur emploi ou un emploi équivalent.

On peut comprendre pourquoi la CJEU s'est distinguée des conclusions de l'avocat général sur l'affaire C-167/12. Premièrement, ce serait pas cohérent d'accorder le congé de maternité à une mère en le refusant à une autre se trouvant dans la situation pareille. La CJEU risquerait d'être accusée de l'inégalité de traitement. Deuxièmement, la CJEU ne voulait pas étendre le champ d'application de la Directive sur les relations de gestation pour autrui parce que, comme a été dit précédemment, la gestation pour autrui est quand même le sujet assez délicat et pour le moment doit rester en dehors d'harmonisation au niveau de l'EU. Troisièmement, ce qui suit de l'affirmation précédente, la CJEU souligne que les Etats membres ont une large marge d'appréciation en ce qui concerne la protection de maternité. La CJEU a donc laissé aux états la possibilité de gérer toutes les difficultés qui se présentent en raison de la gestation pour autrui.

Je pense que la solution possible que les deux femmes peuvent envisager serait d'introduire une action devant la Cour Européenne des droits de l'homme en alléguant la discrimination en violation de l'article 14 de la la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la CEDH)⁷³. Etant donné, que l'article 14 contient la liste non-exhaustive des motifs prohibés de la discrimination, les femmes peuvent avoir une chance de gagner devant cette juridiction européenne ce qui pourrait avoir l'impact sur la législation nationale par rapport à la gestation pour autrui.

⁷³ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée le 04 novembre 1950 à Rome, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, disponible sur http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf

TITRE II Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme

*Chapitre I Affaire Cusan*⁷⁴

En Italie, l'obligation de donner le nom du père à l'enfant d'un couple marié ne repose pas sur une disposition légale explicite, mais sur une combinaison de dispositions du Code civil appuyée sur la tradition. N'ayant pu donner à leur fille le nom de la mère, les requérants ont entrepris une procédure judiciaire au cours de laquelle la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle ont reconnu que le refus auquel ils se sont heurtés contrevient à l'égalité entre femmes et hommes; toutefois, elles ont estimé ne pas devoir faire le travail du législateur. Ultérieurement, sur la base d'un décret présidentiel qui autorise le changement de nom pour des raisons sérieuses, les requérants ont obtenu d'ajouter le nom de la mère à celui du père. Cette solution partielle et dépourvue de base légale ne fait pas perdre aux requérants la qualité de victimes au sens de l'art. 34 de la CEDH. En tant que moyen déterminant d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom relève de la vie privée et familiale. Son choix doit être exempt de toute discrimination fondée sur le sexe. Si la règle d'attribution du nom du père aux nouveau-nés peut répondre à des nécessités pratiques, l'absence de dispositions légales permet d'y déroger, même de l'accord des deux parents, résulte en une discrimination contre les femmes.

Par 6 voix contre 1, la Cour Européenne des droits de l'homme (ci-après la Cour européenne) conclut à la violation des arts. 8 et 14 combinés de la CEDH.

Dans cette affaire la Cour européenne établit la notion de la discrimination. Selon la Cour européenne, «la discrimination s'entend du fait de traiter de manière différente, sans justification objective et raisonnable, des personnes se trouvant en la matière dans des situations comparables»⁷⁵. En même temps la Cour européenne dit que toute différence de traitement n'emporte toutefois pas automatiquement violation de l'article 14 de la CEDH. Il faut établir que des personnes placées dans des situations analogues ou comparables en la matière jouissent d'un traitement préférentiel, et que cette différence est discriminatoire. Par la suite, la Cour européenne souligne que l'article 14 de la CEDH n'empêche pas une différence de traitement si elle repose sur une appréciation objective de circonstances de fait essentiellement différentes et si, s'inspirant de l'intérêt public, elle ménage un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention. La Cour européenne ne distingue pas la discrimination directe et indirecte. Pour la Cour européenne la

⁷⁴ Cour Eur. D.H. (2^e section), Affaire Cusan et Fazzo c. Italie, 7 janvier 2012, Requête no 77/07

⁷⁵ Ibid., point 58

discrimination englobe d'ordinaire les cas dans lesquels un individu ou un groupe se voit, sans justification adéquate, moins bien traité qu'un autre. La notion, est-elle la même que celle de la Directive 2006/54? Nous allons comparer. La Directive 2006/54 définit la discrimination comme «la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable .. qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable»⁷⁶. C'est la notion de discrimination directe. La discrimination indirecte est définie dans cette Directive comme «la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires»⁷⁷. On va spécifier les éléments qui caractérisent les deux notions. Selon la Cour européenne, les conditions suivantes doivent être remplies : il faut que 1) des personnes se trouvent dans une situation comparable 2) elles soient traitées de manière différente 3) il n'ait pas de justification objective et raisonnable. À mon avis, la différence principale entre la notion de la Cour européenne et celle de la Directive 2006/54 est ce que la Cour européenne admet la justification de la discrimination indépendamment de sa nature. Etant donné, que la Cour européenne ne fait aucune distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte (l'article 14 CEDH contient une liste de motifs de discrimination prohibée assez large de sorte qu'on peut penser que le recours à la notion de discrimination indirecte n'est pas nécessaire), on peut considérer que ce soit l'une ou l'autre, elle peut être justifiée par les raisons objectives. Ce qui n'est pas le cas dans la notion de la discrimination donnée par la Directive 2006/54. Le législateur n'admet la justification qu'en cas de la discrimination indirecte qui demande en plus de traitement différent à la présence d'une disposition (un critère, une pratique) apparemment neutre. Je conclus alors que les notions ne sont pas les mêmes.

Pour prouver que dans l'affaire Cusan il existe la discrimination, la Cour européenne entame une analyse de la situation en cas d'espèce par rapport aux critères de la discrimination dégagés par elle dans les paragraphes 58-60 de l'arrêt. Tout d'abord, la Cour européenne va constater l'existence des personnes qui se trouvent dans une situation comparable. Dans le cas concret il s'agit du père et de la mère, les parents biologiques et légaux de la fille. Ensuite, la Cour européenne va dire que, en étant dans la situation comparable, le père et la mère se voient traités d'une manière différente, notamment, «à la différence du père, la mère n'a pas pu obtenir l'attribution de son nom de famille au nouveau-né, et ce en dépit de l'accord de son époux»⁷⁸. Alors les deux éléments pour constater la discrimination directe fondée sur le sexe sont présents.

⁷⁶ Directive 2006/54, article 2 a)

⁷⁷ Ibid., article 2 b)

⁷⁸ Cour Eur. D.H. (2e section), Affaire Cusan et Fazzo c. Italie, 7 janvier 2012, Requête no 77/07, Point 63

À mon avis, c'est pour cette raison la Cour européenne a mené le raisonnement sur la question de la comparabilité entre le père et la mère de l'enfant.

Quant à l'opinion dissidente du juge Popovic, on voit ici l'analyse des faits en cause au principal d'un autre côté. Le juge Popovic n'entame pas l'analyse de l'affaire sous l'angle d'existence de la discrimination mais sous l'angle du préjudice subi par les requérants. Aussi bien le gouvernement italien a affirmé que les requérants n'avaient subi aucun préjudice important que les requérants eux-mêmes n'ont pas prétendu avoir subi un préjudice pécuniaire. Après avoir reçu l'accord du préfet de changer le nom de leur fille, les requérants ont perdu le statut de victime. Leur intérêt dans cette affaire s'avère donc abstrait et imaginaire. Je suis tout à fait d'accord avec le juge que l'affaire comme celle-ci est purement *l'actio popularis*⁷⁹. Lors de la lecture de l'arrêt j'avais l'impression, qu'en saisissant la Cour européenne, l'objectif principal des requérants n'était pas le changement du nom de leur fille (le but atteint finalement par les moyens internes) mais le changement de la règle existant d'octroi du nom à un enfant en Italie. À mon avis, la pratique en cours d'octroi du nom du père à un enfant est discriminatoire et en ce point je suis d'accord avec l'argumentation de la Cour européenne. Néanmoins, la décision de la Cour européenne n'a aucun sens pratique pour les requérants lorsque le changement de nom leur a déjà été autorisé par le préfet. En même temps je ne suis pas d'accord avec le juge Popovic qu'une seule constatation que la pratique en cause est discriminatoire doit amener au changement des pratiques de tous les pays européens quant à l'octroi du nom d'un enfant. Il ne s'agit pas d'harmonisation des traditions existant au niveau européen. Lorsqu'une pratique ou une tradition existante ne viole pas les droits et les intérêts des particuliers elle peut continuer à exister. Mais dès qu'il y a une violation des droits de l'homme la Cour européenne doit intervenir.

⁷⁹ Opinion dissidente du juge Popovic sur l'affaire Cusan et Fazzo c. Italie, op. cit.

M. Ahrens présumait qu'il était le père biologique d'une fille née en août 2005, car il avait entretenu une relation avec sa mère, Mme P. A l'époque de la conception, Mme P. vivait avec un autre homme, M. M., a reconnu l'enfant. Ensemble, les deux membres du couple exercent l'autorité parentale et élèvent l'enfant. En octobre 2005, M. Ahrens a engagé une action par laquelle il contestait la paternité de M. M; il a soumis à cet effet une déclaration légale selon laquelle il avait eu des relations intimes avec Mme P. pendant la période de la conception. En réponse, M. M. A déclare qu'il assumait la pleine responsabilité parentale de l'enfant même s'il n'en était pas le père biologique.

Par un jugement d'avril 2007, le tribunal d'instance, après avoir entendu les parties et examiné un avis d'expert ainsi que le résultat de tests sanguins effectués sur les deux hommes, a établi que M. Ahrens était le père biologique de l'enfant et a jugé que rien ne l'empêchait de contester la paternité de M. M. En août 2007, la Cour d'appel a infirmé toutefois ce jugement, estimant que M. Ahrens n'avait pas le droit de contester la paternité de M. M. compte tenu de l'existence de liens sociaux et familiaux entre ce dernier et l'enfant, liens qui avaient été maintenus même après le constat que M. M. n'était pas le père biologique. En mai 2009, la Cour constitutionnelle fédérale a refusé d'examiner le recours constitutionnel formé par M. Ahrens.

La requête de M. Ahrens a été introduite devant la Cour européenne le 18 août 2009. Invoquant l'article 8 de la CEDH, pris isolément et combiné avec l'article 14 de la CEDH, le requérant se plaignait du refus des juridictions allemandes de les autoriser à contester la paternité d'un autre homme et alléguait qu'il avait subi une discrimination par rapport à la mère, au père légal et à l'enfant.

La Cour européenne estime que les décisions des juridictions allemandes de rejeter la demande de requérant pour faire établir légalement sa paternité à l'égard de l'enfant biologique ont porté atteinte à son droit au respect de leur vie privée découlant de l'article 8. Elle considère toutefois que ces décisions ne s'analysent pas en une atteinte à sa vie familiale aux fins de l'article 8, dès lors qu'il n'y a jamais eu de relations personnelles étroites entre le requérant et l'enfant en question.

La Cour européenne observe que, selon l'étude comparative qu'elle a menée, la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe autorisent le père biologique présumé à contester la paternité légale d'un autre homme établie par reconnaissance de l'enfant, même lorsque le père légal vit avec l'enfant dans le cadre d'une relation sociale et familiale. Cependant, dans une minorité non négligeable de neuf Etats membres, le père biologique présumé n'a pas le droit de

⁸⁰ Cour Eur. D.H. (5e section), Affaire Ahrens contre Allemagne, 24 septembre 2012, Requête no 45071/09

contester la paternité du père légal. Aucun consensus ne se dégage donc et les Etats jouissent ainsi d'une ample marge d'appréciation en ce qui concerne les règles permettant de déterminer le statut juridique d'un enfant. De surcroît, la Cour européenne constate que les juridictions allemandes ont examiné la situation en cause avec la diligence requise. Elle conclut donc dans l'affaire à la non-violation de l'article 8.

La Cour observe que la principale raison pour laquelle le requérant a été traité différemment de la mère, du père légal et de l'enfant quant à la possibilité de contester la paternité tient au but consistant à protéger l'enfant et sa famille sociale des perturbations extérieures. Compte tenu de ses conclusions sous l'angle de l'article 8, la Cour européenne estime que la décision de faire prévaloir la relation familiale existant entre l'enfant et ses parents légaux par rapport à la relation entre l'enfant et le père biologique relève, pour ce qui est du statut juridique, de la marge d'appréciation de l'Etat.

Pour comprendre, si la réglementation Allemande en cause au principale contient la discrimination ou pas, on commence par l'article 14 de la CEDH. Ladite article qui s'appelle «Interdiction de discrimination» dit : «La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée 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». Alors la CEDH nous donne les caractéristiques personnelle prohibées de discrimination: le sexe, la race, la couleur, la langue... ou toute autre situation. La liste donc n'est pas exhaustive. On peut conclure que la discrimination est interdite selon n'importe quel motif. Si la Charte des droits fondamentaux de l'EU dans son article 21 nomme tous les motifs prohibés possibles pour la discrimination, la CEDH laisse la liste ouverte. Si par exemple, en droit de l'EU la discrimination entre le père biologique et le père adoptif n'est pas interdit (comme on a vu d'ailleurs dans l'arrêt *Betriu Montull*) dans la lumière des dispositions de la CEDH une personne peut se référer sur ce motif pour alléguer la discrimination. Pourquoi alors dans l'affaire *Ahrens* (comme également dans l'affaire *Kautzor contre Allemagne*⁸¹) la Cour européenne a refusé à reconnaître la discrimination dans la réglementation allemande?

Comme la Cour européenne a déjà défini, la discrimination s'entend du fait de traiter de manière différente, sans justification objective et raisonnable, des personnes se trouvant en la matière dans des situations comparables⁸². Dans l'affaire *Ahrens* la Cour européenne dit que la réglementation allemande qui empêche le père biologique de contester la paternité du père sociale n'est pas discriminatoire. Le requérant alléguait d'avoir subi la discrimination par rapport

⁸¹ Cour Eur. D.H. (5e section), Affaire *Kautzor contre Allemagne*, 24 septembre 2012, Requête no 23338/09

⁸² Cour Eur. D.H. (4e section), Affaire *Willis contre Royaume-Uni*, 24 septembre 2012, Requête no 36042/97, §48

à la mère de l'enfant et du père légal de l'enfant. La Cour européenne a conclu qu'il y avait la différence de traitement des personnes dans la situation comparable mais cette différence a été justifiée par l'intérêt supérieur de l'enfant, la valeur reconnue dans la majorité des conventions internationales concernant les droits des enfants⁸³. À mon avis, déjà à la base, les personnes ne se trouvent pas dans la situation comparable. La mère et le père biologique ne peuvent pas être considérés comme étant dans la même situation. Qu'appelle-t-on la paternité biologique? C'est le fait de donner une cellule pour féconder une femme tandis que la maternité biologique suppose que la femme porte un enfant en soi pendant neuf mois et ensuite lui donne la naissance. Si la présence du père biologique peut se limiter à quelques minutes, la mère biologique porte le fœtus et donne la vie à un enfant. À mon avis, un père et une mère peuvent être considérés comme étant dans la situation comparable à la seule condition que ils mènent la vie familiale ou que le père entretient les relations constantes avec son enfant. Le fait d'être le géniteur d'un enfant ne fait pas d'un homme le père de cet enfant. Et derrière tout ça je vois l'intérêt supérieur de l'enfant. Cet intérêt doit être protégé avant tous mais cet intérêt d'ailleurs n'est pas toujours en coincidence avec celui des parents. L'ingérence d'un homme qui se prétend d'être le père biologique de l'enfant dans la vie quotidienne de ce dernier mais qui n'a jamais participé dans la vie de cet enfant peut troubler l'enfant et porter atteinte à sa santé psychique surtout si cet enfant vit dans la famille avec une femme et un homme qu'il considère comme ses parents. Alors dans le cas comme celui en espèce, à mon avis, on ne peut parler de discrimination (non plus d'inégalité de traitement ou violation de principe d'égalité) selon aucun motif lorsque les personnes (le père biologique d'un côté et les parents légaux d'un autre côté) ne se trouvent pas dans la situation comparable ce qui est d'ailleurs la condition indispensable pour chacun desdits principes.

⁸³ Voir à ce propos: Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, signée le 11 janvier 1982 à La Haye, approuvée le 9 février 1999, entrée en vigueur le 1 mai 1999, La Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990

Le 14 novembre 2013 la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé dans le cas Topcic -Rosenberg v Croatie l'existence de violation de l'article 14 de la CEDH (l'interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale).

La requérante - Diana Rosenberg est une travailleuse indépendante et vit à Zagreb. En octobre 2006, elle a adopté un enfant de trois ans. Ensuite, elle s'adresse à la Caisse en demandant le congé de maternité. Cependant, sa demande a été rejetée au motif que, conformément à la loi sur le congé de maternité pour les travailleurs indépendants et les mères sans emploi («la loi sur le congé de maternité»), aussi bien les mères biologiques que les mères adoptives, n'ont le droit à congé de maternité payé que jusqu'au premier anniversaire de l'enfant.

La requérante se réfère à la loi sur le travail, qui déclare que les parents adoptifs ont droit à un congé payé de 270 jours, à condition que l'enfant adopté n'ait pas atteint l'âge de douze ans. Toutefois, le bureau central de la Caisse l'a rejetée. Diana Rosenberg fait l'appel à cette décision aux plusieurs reprises devant les tribunaux, arguant qu'il avait été une victime de discrimination. En conséquence, en s'appuyant sur l'article 14 combiné avec l'article 8, elle a fait appel à la Cour européenne.

La Cour européenne a considéré que l'article 14 combiné avec l'article 8, s'appliquait au cas en ce qui concerne les congés et les prestations de maternité pour les parents adoptifs. Par conséquent, si l'Etat décide de créer un mécanisme de versement des prestations, il doit se conformer à l'article 14 de la CEDH.

La Cour européenne note qu'en cas d'espèce, la différence de traitement entre le demandeur en tant qu'une travailleuse indépendante pour obtenir le paiement des prestations est basée sur son statut d'adoptant. En particulier, la requérante a été privé du droit à un congé de maternité et des prestations après l'adoption d'un enfant, tandis que la mère biologique a un tel droit de la date de naissance jusqu'à son premier anniversaire.

Les autorités nationales ont interprété la disposition pertinente du droit interne comme suit: ils ont reconnu le droit de l'employée indépendante qui a adopté un enfant au congé de maternité, mais jusqu'au premier anniversaire de l'enfant, quel que soit le moment de l'adoption. La fille de la requérante ayant trois ans lors son adoption, le congé de maternité à sa mere adoptive a donc été rejetée.

La Cour européenne estime que, dans l'évaluation de la situation quand les autorités refusent d'accorder un congé de maternité à un parent adoptif il faut se rendre compte de deux

⁸⁴ Cour Eur. D.H. (1e section), Affaire Topcic -Rosenberg contre Croatie, 14 novembre 2013, Requête no 19391/11

conditions. Tout d'abord, le but du congé de maternité pour l'adoptant est de rester à la maison pour s'occuper d'un enfant. À cet égard, la requérante était dans une situation similaire que le parent biologique. Deuxièmement, le gouvernement devrait s'abstenir de toute action qui pourrait nuire à l'établissement des liens entre l'adoptant et l'enfant et l'intégration de l'enfant dans une nouvelle famille.

La Cour européenne relève que le droit du travail a constaté que les parents adoptifs ont les mêmes droits que la mère biologique. En outre, ces droits sont disponibles pour les mères biologiques après la naissance de l'enfant et pour les parents adoptifs - après l'adoption officielle d'un enfant.

Dans la loi sur le congé de maternité, comme *lex specialis*, à qui se réfèrent des autorités locales, il n'y avait pas de mécanisme d'octroi de congé de maternité pour les parents adoptifs, si l'enfant a été adopté après son premier anniversaire.

La Cour estime que les autorités nationales ont appliqué la loi pertinente de manière trop formelle et rigide. Ils ont ignoré les principes de base qui se trouvent dans le fait que le statut de la mère biologique au moment de la naissance correspond à l'état de l'adoptant immédiatement après l'adoption. Ainsi, la Cour a jugé qu'une telle différence de traitement est discriminatoire.

Quant aux griefs (caractéristiques personnelles) prohibé de discrimination, dans cette affaire j'en vois deux:

1) La qualité de la mère en tant que salariée ou comme une travailleuse indépendante. Selon la législation croate en vigueur, les mères qui avaient le statut d'une salariée avaient été traitées différemment par rapport aux mères ayant le statut d'une travailleuse indépendante. Les mères salariées adoptives pouvaient bénéficier d'un congé de maternité pendant 270 jours jusqu'à ce que l'enfant n'atteinte l'âge de douze ans à la condition d'avoir adopté cet enfant après son âge d'un an. Tandis que les mères-travailleuses indépendantes ne pouvaient en bénéficier qu'avant l'âge d'un an de l'enfant indépendamment de la filiation avec ce dernier.

Article 14 de la CEDH interdit la discrimination selon n'importe quel grief. Alors la discrimination sous telle caractéristique personnelle comme le statut d'une femme comme travailleuse est a priori interdite conformément à l'article 14 de CEDH.

Il est intéressant de comparer le raisonnement de la Cour européenne dans cette affaire et le raisonnement de la CJEU dans l'arrêt *Betriu Montull*. Dans cet arrêt la CJEU a jugé que «la mère de l'enfant, en sa qualité de travailleuse indépendante non affiliée à un régime public de sécurité sociale, n'est pas titulaire d'un droit originaire au congé de maternité. Par conséquent, la mère de l'enfant ne dispose d'aucun droit à un tel congé». Et alors la CJEU a trouvé qu'une telle mesure nationale n'était pas discriminatoire même

si les personnes étant dans les situations comparables (les mères des enfants) se voyaient traitées différemment.

2) La filiation avec un enfant. La réglementation croate a donné le droit au congé à une mère jusqu'à l'âge d'un an de son enfant indépendamment du fait que la mère soit adoptive ou biologique. Si on utilisait la définition du droit de l'EU je dirais qu'ici il y a une discrimination indirecte. La disposition apparemment neutre engendre le traitement différent des personnes dans la situation égale. La disposition en cause est pareille pour toutes les mères aussi bien les mères biologiques que les mères adoptives. La condition est que l'enfant doit avoir moins qu'un an pour que la mère puisse bénéficier d'un congé de maternité. Après l'âge d'un an ce n'est plus possible. Et voilà la différence de traitement cachée. Combien de mères biologiques sont dans la situation pour savoir remplir une telle condition? 100 % de mères biologiques. Combien de mères adoptives sont dans la situation pour savoir remplir une telle condition? Surement beaucoup moins que 100 % parce que beaucoup d'enfants sont adoptés déjà à l'âge plus qu'un an. La disposition nationale est tout à fait discriminatoire. En plus il n'y a pas de justification raisonnable pour disculper une telle différence de traitement. La Cour européenne n'avait même pas besoin d'aller si loin parce que la notion de discrimination donnée aussi bien dans le CEDH que dans la jurisprudence de la Cour européenne (*Cusan et Fazzo c. Italie*, *Willis c. Royaume-Uni*) ne distingue pas la discrimination directe et indirecte. La Cour européenne a juste constaté qu'il y avait les personnes dans la situation comparable, il y avait la différence de traitement mais par contre il manquait la justification raisonnable pour une telle différence. Tous les éléments de la discrimination étant présents, la législation nationale avait été condamnée par la Cour européenne.

Revenons encore à l'arrêt *Betriu Montull*. La CJEU a refusé même d'analyser la différence de traitement entre le père biologique et le père adoptif tandis que les faits d'arrêt paraissent semblables. La différence de raisonnement de la CJEU avec celui de son homologue de Strasbourg se trouve dans le motif prohibé de la discrimination. La discrimination au niveau de l'EU est interdite selon la liste exhaustive des motifs prohibés, tandis que la CEDH dans l'article 14 laisse la liste des motifs discriminatoires prohibés ouverte.

Je suis plus d'accord avec le raisonnement de la Cour européenne par rapport à l'existence de la discrimination entre la mère biologique et la mère adoptive. Ce raisonnement me semble plus cohérent et logique que celui de la CJEU. La discrimination ne peut pas être sélective et privilégier certains groupes de personnes selon des motifs prohibés en laissant tomber les autres groupes de personnes qui se trouvent dans les situations comparables mais qui se voient traitées différemment juste à cause d'absence de motif prohibé dans la législation en

vigueur. Je trouve que la jurisprudence de la Cour européenne en ce qui concerne la discrimination est plus cohérente et logique que celle de la CJEU.

TITRE III La jurisprudence des Cours nationales

Chapitre I Arrêt Walker c. Cormack⁸⁵ et Jean-Luc c. La salle de fitness⁸⁶

Dans les chapitres précédents on a eu l'occasion d'analyser la jurisprudence des tribunaux supérieurs, supranationales: la Cour de Justice de l'Union Européenne et la Cour Européenne des droits de l'homme. Si la Cour européenne reste plus ou moins stable dans ses raisonnements quant à la discrimination, la CJEU parfois semble peu crédible dans ses conclusions. Mais quoi qu'on en dise, les deux Cours se fondent sur les dispositions en vigueur, respectivement l'une sur les dispositions de droit de l'EU, l'autre sur les dispositions de la CEDH.

Maintenant, il semble intéressant de voir ce qui se passe au niveau national quand il s'agit de la discrimination (ou non-discrimination) en raison du sexe. La notion de la discrimination, a-t-elle le même sens dans le droit national qu'en jurisprudences des Cours suprêmes européennes? Existe-t-il une certaine cohérence dite «mondiale» dans la compréhension de la notion de la discrimination?

L'arrêt Walker c. Cormack. Appel de la Federal Magistrates Court basée sur Sex Discrimination Act 1984⁸⁷. L'appelant est le client de la salle de fitness menée par le défendeur qui a décidé de changer la classe de mardi matin à la classe uniquement pour les femmes. Lorsque l'appelant a tenté de participer à la classe, le défendeur l'a refusé. L'appelant a introduit une action devant le tribunal soutenant que ce refus constituait une discrimination basée sur le sexe contraire aux dispositions de la Sex Discrimination Act (ci-après SDA). Le défendeur a assuré que la désignation de la classe uniquement pour les femmes s'élevait à la prise d'une mesure spéciale dans le but de parvenir à l'égalité réelle entre les hommes et les femmes et que, en vertu de S7D de SDA, il n'y avait pas de discrimination. La Cour a conclu que l'établissement de la classe uniquement pour les femmes avait pour but d'ouvrir l'accès à une certaine partie des femmes qui estimaient que leur accès aux classes menées par la salle de fitness avait été limité par la présence des hommes. Les femmes qui se sentaient mal à l'aise à la présence des hommes dans la salle de fitness pour des raisons culturelles, religieuses ou autres

⁸⁵ Federal Court of Australia, Walker v Cormack [2011] FCA 861, 3 august 2011

⁸⁶ Trib. de première instance de Liège, le 23 janvier 2014, R.G. № 13/4948/A

⁸⁷ Sex Discrimination Act 1984, act № 4 of 1984, www.comlaw.gov.au, consulté le 01 mars 2014

pouvaient bénéficier des mesures prises par la salle de fitness. La mesure étant alors reconnue suffisante pour satisfaire les exigences de l'article S7D de SDA, l'appel a été rejeté par la Cour.

Dans SDA il y a la définition de la discrimination directe ainsi que de la discrimination indirecte. Comparons ces définitions avec celles existant dans le droit de l'EU, notamment dans la Directive 2006/54.

La différence importante entre les deux se trouve avant tout dans le fait que le SDA a un champ d'application matériel beaucoup plus large que la Directive, laquelle n'interdit que la discrimination dans le domaine de l'emploi.

Nous allons commencer par le dégagement des éléments essentiels de la définition de la discrimination selon le droit australien. SDA, comme la Directive 2006/54 distingue deux types de discrimination, notamment la discrimination directe et la discrimination indirecte. L'article 5 (1) de la SDA fournit la définition de la discrimination directe fondée sur le sexe:

(1) For the purposes of this Act, a person (in this subsection referred to as the discriminator) discriminates against another person (in this subsection referred to as the aggrieved person) on the

ground of the sex of the aggrieved person if, by reason of:

(a) the sex of the aggrieved person;

(b) a characteristic that appertains generally to persons of the sex of the aggrieved person; or

(c) a characteristic that is generally imputed to persons of the sex of the aggrieved person;

the discriminator treats the aggrieved person less favorably than, in circumstances that are the same or are not materially different, the discriminator treats or would treat a person of the opposite sex.

Les définitions de la discrimination directe fondée sur le statut matrimonial, la grossesse ou la grossesse potentielle, l'allaitement maternel et des responsabilités familiales sont définis dans des termes similaires, bien que dans la définition de la discrimination en raison de la grossesse ou de la grossesse potentielle on voit le terme « because of » plutôt que « by reason of ».

Les mots « by reason of the sex of the aggrieved person » dans les dispositions de la discrimination directe de la SDA ont besoin d'un lien de causalité entre le sexe de la personne lésée et tout traitement moins favorable qu'une telle personne subit. Ils n'ont pas, cependant, nécessitent une intention ou un motif de discrimination.

Reprenons maintenant la définition de la Directive 2006/54: « discrimination directe»: la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable»⁸⁸.

Comme dans le droit australien la Directive interdit le traitement moins favorable des personnes étant dans une situation comparable. Deux éléments sont les mêmes: les personnes dans la situation comparable et la différence de traitement. Par contre, le droit australien donne le sens le plus large au motif prohibé. Si dans la Directive on voit uniquement le sexe comme le grief prohibé de discrimination, dans le SDA il y a trois «sous-motifs»: le sexe en tant que tel, une caractéristique qui appartient généralement aux personnes du même sexe et une caractéristique généralement attribuée aux personnes du même sexe. Alors la définition de la discrimination directe donnée par le SDA couvre également l'hypothèse de la différence de traitement fondée sur un caractéristique appartenant généralement aux personnes d'un sexe.

La définition du SDA est plus détaillée que celle de la Directive. Il est par ailleurs intéressant de révéler qu'en droit Australien également, une différence de traitement fondée directement sur le sexe ne peut pas être justifiée.

Quant à la discrimination indirecte, l'article 5 (2) de la SDA prévoit: «For the purposes of this Act, a person (the discriminator) discriminates against another person (the aggrieved person) on the ground of the sex of the aggrieved person if the discriminator imposes, or proposes to impose, a condition, requirement or practice that has, or is likely to have, the effect of disadvantaging persons of the same sex as the aggrieved person».

Les dispositions suivantes prévoient que la pratique défavorable à l'égard d'une personne étant dans la même situation qu'une autre personne n'est pas discriminatoire, si cette pratique est raisonnable dans les circonstances concrètes.

Il y a alors trois éléments constitutifs des dispositions de discrimination indirecte de la SDA:

- la discrimination impose ou propose d'imposer une condition, exigence ou pratique;
- la condition, l'exigence ou la pratique est, ou est susceptible d'avoir pour effet de désavantager les personnes du même sexe et
- la condition, l'exigence ou la pratique n'est pas raisonnable dans les circonstances.

La précision de ce test de rationalité on trouve dans la jurisprudence des tribunaux australiens. Le passage suivant de la décision du juge dans l'affaire *Secretary, Department of Foreign Affairs & Trade v Styles* a été décrit comme le «point de départ» dans la détermination

⁸⁸ Article 2 b) de la Directive 2006/54

de la décision raisonnable : «the test of reasonableness is less demanding than one of necessity, but more demanding than a test of convenience ... The criterion is an objective one, which requires the court to weigh the nature and extent of the discriminatory effect, on the one hand, against the reasons advanced in favor of the requirement or condition on the other. All the circumstances of the case must be taken into account»⁸⁹. Lorsqu'une discrimination indirecte est établie, il appartient à la partie défenderesse de prouver qu'elle est raisonnable⁹⁰.

Dans la définition de discrimination donné par la directive 2006/54 il y a trois éléments à prendre en considération :

- il faut une existence d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique apparemment neutre
- cette disposition (critère, pratique) doit désavantager particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe
- cette disposition, (critère, pratique) n'est pas discriminatoire si objectivement justifiée par un but légitime et si les moyens pour parvenir à ce but sont appropriés et nécessaires

Quant aux éléments analogues à ceux du SDA on voit que la directive exige également que la disposition en cause soit désavantageuse pour les personnes d'un sexe; une telle disposition peut être justifiée par un but légitime, ou si elle est raisonnable dans les circonstances (ce qui me semble une expression différente du même objectif). Par contre, selon la Directive la pratique doit être «apparemment neutre», c'est-à-dire, il doit exister une exigence quelconque appliquée à tous. Cet élément ne se présente pas dans le SDA.

Dans les deux actes le législateur ne prévoit la justification que pour la discrimination indirecte. La discrimination directe est interdite dans tous les cas.

Or, dans l'affaire Walker c Cormack la Federal Court Australien n'a pas condamné la pratique qui a désavantagé les hommes par rapport aux femmes bien que c'ait été la discrimination directe. Pourquoi? Ici nous voyons encore une différence dans les dispositions européennes et celles du SDA. Le législateur a prévu un échappatoire pour laisser une possibilité à justifier une discrimination quelconque. Cet échappatoire s'appelle «special measures». Section 7D du SDA prévoit que les actions qui constituent des «mesures spéciales» ne sont pas discriminatoires. Cette disposition reconnaît que certaines mesures spéciales peuvent être prises pour surmonter la discrimination et assurer l'égalité. La disposition sur les mesures spéciales est limitée, dans ses termes, par un «test as to purpose ». Section 7D (1) prévoit qu'une

⁸⁹ Federal Court of Australia, Secretary, Department of Foreign Affairs & Trade v Styles (1989), 23 FCR 251, 28 august 1989; point 51

⁹⁰ D. Martin, Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire: étude critique à la lumière d'une approche comparatiste, Bruxelles, Bruylant, 2006, page 483.

personne peut prendre des mesures spéciales en vue d'atteindre l'égalité substantielle entre (entre autres) les hommes et les femmes. La réalisation de l'égalité substantielle n'a pas besoin d'être le seul, ni même le principal objectif des mesures en question.

Section 7D (4) prévoit que le prise des mesures spéciales en vue d'atteindre l'égalité substantielle n'est pas permis une fois ce but a été atteint.

Dans l'affaire *Walker v. Cormack* c'est exactement cette disposition qui a permis au juge de justifier la mesure discriminatoire prise par la salle de fitness par rapport aux hommes : « There is an inequality between men and women as to how they can access the gymnasium services where only mixed classes are provided. The evidence presented and the understanding gained by the respondent about the reluctance of some women to access the services if men would be present is evidence of, in my view, a substantive inequality which the special measure of providing female only services addressed. The establishment of the female-only class provided substantive equality in the context of the services provided by the respondent. I am satisfied that the respondent had formed a view that there was an inequality in this regard which he hoped to address by the special measure, and by so adopting it, attract more clients. The respondent acted reasonably in assessing the need for the special measure of providing a female-only class and in so doing acted proportionately; having regard to the very many other programs available to males, in particular, to the applicant. The female-only class is a reasonable 'special measure' when tested objectively. For the above reasons, the female only class introduced by the respondent is properly classified as non-discriminatory and not, therefore, in breach of the Act»⁹¹.

Une telle mesure spéciale comme justification de discrimination on ne trouve pas dans la Directive 2006/54.

Après avoir analysé et comparé la notion de la discrimination en droit australien et en droit européen nous allons regarder ce qui se passé au niveau national européen. Le Tribunal de Liège a sorti un arrêt sur le même sujet que l'arrêt *Walker v. Cormack* mais avec la solution tout à fait contraire. Le requérant, le client de la salle de fitness, s'est vu exclu de cette salle qui désormais a été réservée uniquement pour les femmes. Il a introduit une action contre la salle de fitness devant le tribunal de Liège en alléguant la discrimination en raison du sexe selon la loi du 10 mai 2007. Les défenders invoquent les difficultés économiques comme justification de discrimination. Le Tribunal conclut que les difficultés économiques ne sont pas les justifications objectives d'une discrimination entre les sexes. Le moyen utilisé pour atteindre le but n'étant pas

⁹¹ *Walker v Cormack*, op. cit., point 23

approprié et nécessaire, la discrimination faite par les défenders n'est pas reconnue acceptable au regard de la loi du 10 mai 2007⁹².

Le fait que les deux arrêts aboutissent à des solutions différentes peut être expliqué par la différence des ordres juridiques de deux pays. Les deux systèmes juridiques connaissent bel et bien un principe de non-discrimination. Ce principe fondamentale est précisé dans les dispositions législatives. Or, chaque ordre juridique a attribué à ce principe une signification et un rôle qui lui sont propres. La définition de ce principe n'est pas alors la même pour le juge australien et pour le juge belge. Si on va plus loin on peut dire que chaque ordre juridique reflète les valeurs qui existent pour le présent dans une société concrète. Le juge national est bien placé pour déterminer si selon la législation en vigueur la discrimination peut être justifiée par certains buts légitimes ou pas et si les mesures prises dans chaque cas concret sont proportionnées et nécessaires. D'ici vient la différence des décisions des tribunaux des différents pays par rapport aux faits qui peuvent sembler très semblables.

Je ne peux pas juger quelle décision est «meilleure», Liègoise ou Australienne. Chaque Cour allègue les arguments qui sont pertinents en cas d'espèce selon la législation en vigueur et l'état de société. La Cour australienne protège plus l'intérêt des femmes qui se sentent mal à l'aise en présence des hommes tandis que la Cour belge ne donne aucune importance (et ne mentionne même pas) une telle allégation tout en analysant l'intérêt économique des défenders comme justification de discrimination. Ces deux exemples démontrent très bien la divergence existant dans les ordres juridiques différents d'un côté, et de l'autre, la complexité de la définition de discrimination qui est très multifacette.

⁹² Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, publiée 30.05.2007, № 2007002099, page 290166, entrée en vigueur le 09.06.2007

CONCLUSION

Les jurisprudences de la Cour européenne, de la Cour suprême du Canada et de la Cour fédérale australienne présentent à la fois des points communs avec la jurisprudence de la CJEU et des traits qui l'en distinguent d'une façon ou d'une autre.

Ces points communs ne le sont toutefois jamais pour l'ensemble des cours suprêmes, qu'il s'agisse de l'existence d'un véritable principe d'égalité, d'une interprétation similaire des différents motifs prohibés de discrimination ou d'approche retenue quant à la place et la portée des discriminations directes et indirectes, ainsi qu'à la possibilité de justifier celles-ci.

Pour conclure on peut dire, après avoir analysé les arrêts des cours suprêmes, que les notions d'égalité et de non-discrimination sont centrales dans la jurisprudence de toutes les cours mais la contenance et l'extension varient d'une cour à l'autre.

Par conséquent, basé sur des mêmes faits, ses cours parviennent parfois à des solutions différentes, fondant elles-mêmes sur des raisonnements juridiques difficilement compatibles les uns avec les autres, en prétendant pourtant appliquer le même principe. Ça peut être expliqué par l'évolution historique différente et par la différence du contexte sociétal.

Plus ou moins, toutes les cours suprêmes ont établi des principes supposés les guider dans leur jurisprudence. Pareils repères sont beaucoup plus difficiles à identifier dans la jurisprudence de la CJEU⁹³. Dans le domaine d'égalité entre hommes et femmes, la CJEU peut changer son raisonnement d'un arrêt à l'autre. Ces hésitations pourraient être expliquées, à mon avis, par l'absence de notions claires et uniques des concepts de discrimination, d'égalité et d'égalité de traitement. Il faudrait alors que dans un avenir prévisible, à l'instar des autres cours suprêmes, que la CJEU formule des critères clairs interprétant les concepts énumérés ci-dessus.

⁹³ D. Martin, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire: étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, page 611

BIBLIOGRAPHIE

Législation et documents officiels:

- Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, J.O., 30 mars 2010, C 83, p.389
- Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, signée le 11 janvier 1982 à La Haye, approuvée le 9 février 1999, entrée en vigueur le 1er mai 1999
- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée le 04 novembre 1950 à Rome, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, disponible sur http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf
- Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990
- Directive 2002/73 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail de la discrimination indirecte, J.O., L 269, 5 octobre 2002, p.15
- Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, J.O., L 180, 19 juillet 2000, p.22
- Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, J.O., L 373, 21 décembre 2004, p. 37
- Directive 2006/54 du Parlement Européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), J.O., L 204, 26 juillet 2006, p. 23
- Directive 79/7/CEE du 19 décembre 1978 relative à la mise en oeuvre progressive du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes légaux de sécurité sociale, J.O., L 6, 10 janvier 1979.
- Directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, J.O., L 348, 28 novembre 1992
- Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à

- l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, J.O., L 39, 14 février 1976
- La Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990
 - La Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990
 - Sex Discrimination Act 1984, act № 4 of 1984, www.comlaw.gov.au, consulté le 01 mars 2014
 - Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée), J.O., 10 novembre 1997, p.1
 - Traité sur le fonctionnement l'Union Européenne (version consolidée), J.O., 30 mars 2010, C 83, p.47

Doctrine:

- BURGORGUE-LARSEN L., «L'appropriation de la Charte des droits fondamentaux par les juges en Europe. Vices et vertus du cosmopolitisme normatif», in chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué, Paris, Dalloz
- CLESSE C.-E. , GILSON S., Actualités en droit social européen, Bruxelles, Larcier, 2012
- CORFIAS V.T., «L'espérance de vie», Revue générale du droit des assurances, 2008, n° 4, pp. 24 à 30
- DOYEN P. , «Une avancée dans l'égalité des sexes », For. Ass. n° 112, 3/2011, pp. 69 à 749
- DUBOUT E., « En matière d'assurance, la femme est un homme comme les autres - Première invalidation d'une disposition d'une directive relative à la lutte contre les discriminations», Rev. Aff. Eur., 1/2011, pp. 211 à 221
- FALLON M., MARTIN D., « Dessin-moi une discrimination », Journal de droit européen, №170, 6/210, pp.165 à 173
- MARTIN D., «Égalité, égalité de traitement et discrimination en droit communautaire : 1 + 1 + 1 = 3... ou 1?», Revue de jurisprudence sociale, 12/08, pp. 947-954
- MARTIN D., Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche compariste, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- MICHAUX A.-V. – Arrêts «Paquay» et «Mayr» : la Cour étend la protection contre le licenciement des travailleuses (physiquement ou virtuellement) enceintes (J.D.E. n° 149 - 5/2008 - p. 146)

- PICOD E., «Invalidité d'une dérogation en faveur des femmes», JCP G n° 11, 14 mars 2011
- THEBAULT L., «L'arrêt Test-Achats: des enjeux à nuancer pour les services financiers », Euredia, 3/2011, pp. 367 à 354
- VEDEL G., «Préface», in P. Delvolvé, Le principe d'égalité devant les charges publiques, Paris, LGDJ, 1969

Jurisprudence:

- Cour Eur. D.H. (2e section), Affaire Cusan et Fazzo c. Italie, 7 janvier 2012, Requête no 77/07
- C.J.C.E. , 24 février 1994, aff. C-343/92, M.A. Roks, épouse De Weerd e.a./Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen e.a., Recueil 1994, p. I-571
- C.J.C.E., 27 juin 1990, aff. C-33/89, Kowalska c. Freie und Hansestadt Hamburg, Recueil 1990, p. 2591
- C.J.C.E., 11 octobre 2007, aff. 460/06, Nadine Paquay contre Société d'architectes Hoet + Minne SPRL, Rec. 2007, p. 8511
- C.J.C.E., 12 juillet 1984, aff. 184/83, Ulrich Hofmann contre Barmer Ersatzkasse, Rec. 1884, p. 3047
- C.J.C.E., 29 mai 1997, Handels- og Kontorfunctionærernes Forbund - Larsson, C-400/95, Rec. 1997, p. 2757
- C.J.C.E., 7 février 1991, aff. C-184/89, Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg, Recueil 1991, p. 297
- C.J.C.E., 8 novembre 1990, Handels- og Kontorfunctionærernes Forbund - Hertz, C-179/88, Rec. 1991, p. 3979
- C.J.C.E., arrêt Defrene c. Sabena, aff.43/75, 8 avril 1976, Rec. 1976, p. 455
- C.J.C.E., 13 juillet 1989, aff. C-171/88, Rinner-Kühn c. FWW Spezial-Gebäudereinigung, Recueil 1989, p. 2743.
- C.J.E.U, 1 mars 2011, aff. C-236/09, Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL et autres contre Conseil des ministres, Rec. 2011, p. 00773
- C.J.E.U, 19 septembre 2012, aff. C-5/12, Marc Betriu Montull contre Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), non encore publié
- C.J.E.U., 30 juin 1998, aff. C-394/96, Mary Brown contre Rentokil Ltd., Rec. 1999, p. 04185

- C.J.E.U., 30 septembre 2010, aff. C-104/09, Pedro Manuel Roca Álvarez contre Sesa Start España ETT SA, Rec. 2012, p. 8661
- C.J.E.U., 26 février 2008, aff. C-506/06, Sabine Mayr contre Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG, Rec., 2008, p.01017
- C.J.U.E., 11 novembre 2012, aff. 232/09, Dita Danosa contre LKB Līzings SIA, Rec. 2010, p.11405
- C.J.U.E., 19 janvier 2010, S. Êücüêdeveci, aff. C-555/07, Rec. 2010, page 09325.
- C.J.U.E., 20 octobre 2011, aff. 123/10, Waltraud Brachner contre Pensionsversicherungsanstalt, Rec. 2012, p.10003
- C.J.U.E., 27 octobre 1998, Margaret Boyle e.a. contre Equal Opportunities Commission, aff. 411/96, Rec. 1998, p. 06401
- C.J.U.E., 18 mars 2014, aff. 363/12, Z c. A Government Department et the Board of Management of a Community School, non encore publié
- Conclusions de l'avocat général Léger du 31 mai 1995 dans l'affaire C-317/93, Nolte c. Landesversicherungsanstalt Hannover, points 57 et 58, Rec. 1995, p. 4625
- Cour du travail d'Anvers (sect. Hasselt), 25 juin 2004, Chron. D.S., 2009, p. 81
- Cour Eur. D.H. (1e section), Affaire Topcic -Rosenberg contre Croatie, 14 novembre 2013, Requête no 19391/11
- Cour Eur. D.H. (4e section), Affaire Willis contre Royaume-Uni, 24 septembre 2012, Requête no 36042/97
- Cour Eur. D.H. (5e section), Affaire Ahrens contre Allemagne, 24 septembre 2012, Requête no 45071/09
- Cour Eur. D.H. (5e section), Affaire Kautzor contre Allemagne, 24 septembre 2012, Requête no 23338/09
- Federal Court of Australia, Secretary, Department of Foreign Affairs & Trade v Styles (1989), 23 FCR 251, 28 august 1989
- Federal Court of Australie, Walker v Cormack [2011] FCA 861, 3 august 2011
- Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, publiée 30.05.2007, № 2007002099, page 290166, entrée en vigueur le 09.06.2007
- Trib. de premiere instance de Liège, le 23 janvier 2014, R.G. № 13/4948/A