

Les principes de non-discrimination, de l'égalité de traitement et de l'égalité sur la base du sexe

Analyse critique de jurisprudences européennes et nationales

Mémoire réalisé par
Anne-Lise Genevrais

Promoteur(s)
Denis Martin

Année académique 2014-2015
Master complémentaire en droit européen

Je souhaiterais remercier

Monsieur D. Martin, mon promoteur,
pour le partage de son savoir sur la présente thématique,
sa volonté de développer l'esprit critique et
ses judicieux conseils tout au long de ce mémoire ;

mes parents,
pour leur soutien et leur dévouement ;

ma famille et mes amis,
pour leurs encouragements et leur patience.

*« Il est plus facile de proclamer
l'égalité que de la réaliser. »*

E. HERRIOT

LES PRINCIPES DE NON-DISCRIMINATION, DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ET D'ÉGALITÉ SUR LA BASE DU SEXE

Analyse critique de jurisprudences européennes et nationales

INTRODUCTION

Non-discrimination, égalité de traitement, égalité : trois principes souvent confondus mais recouvrant toutefois des réalités distinctes. Couramment employés lorsque des différences de traitement sont invoquées notamment en raison du sexe, ils continuent de faire l'actualité, que ce soit dans les médias ou devant les juridictions nationales et européennes, à Strasbourg ou à Luxembourg. Cela pourrait sembler paradoxal, aujourd'hui en 2015, d'évoquer l'égalité entre les hommes et les femmes dans nos sociétés démocratiques où ces principes sont consacrés dans les textes fondamentaux. Et pourtant...

La sécurité sociale constitue le domaine où cette égalité est le plus souvent peu ou non respectée : les pensions, les indemnités en cas d'accident de travail et les congés parentaux, de maternité, d'allaitement ou d'adoption,... L'attribution du nom de famille peut aussi soulever des difficultés au regard de ce droit. En outre, une problématique émergente¹ est celle de l'accès aux biens et aux services, réservé exclusivement à un sexe, quel qu'il soit. Ainsi, contrairement aux idées reçues, ce ne sont pas toujours les femmes qui sont désavantagées par des mesures nationales. D'ailleurs, la juridiction strasbourgeoise, contrairement à la C.J.U.E., tend bien souvent à considérer la gente féminine comme le sexe faible et à être moins exigeante et rigoureuse lorsque des hommes sont victimes d'une différence de traitement.

Avant de nous lancer dans le vif du sujet, un chapitre liminaire sera consacré à la définition des principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et d'égalité. Le premier titre de ce mémoire, d'abord, portera sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la sécurité sociale. Ensuite, seront analysés, dans le deuxième titre, deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme concernant respectivement le congé de maternité et l'attribution du nom de famille. Le troisième titre, enfin, couvrira des litiges sur l'accès aux biens et aux services : une salle de sport affectée uniquement aux femmes, devant les juridictions belges et un club de golf réservé aux hommes, devant la Cour suprême d'Irlande.

¹ La presse belge récente évoque les cas où l'accès aux piscines publiques est réservé aux femmes. C'est notamment le cas à Schaerbeek (<http://www.lalibre.be/actu/belgique/a-schaerbeek-les-femmes-nagent-entre-elles-54e9fb2a35701001a1dfe520>, consulté le 18 avril 2015) et à Jambes (<http://www.lalibre.be/regions/namur/jambes-une-piscine-reservee-aux-femmes-qui-suscite-la-polemique-551bfeef35704bb01b7c56a2>, consulté le 18 avril 2015).

CHAPITRE LIMINAIRE. DEFINITION DES PRINCIPES

Nous allons définir dans ce chapitre introductif les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et d'égalité. Notre approche se vaudra ici synthétique car ces concepts seront développés tout au long de ce mémoire. Généralement, un examen classique en matière d'égalité et de non-discrimination comporte cinq étapes : la comparabilité des situations, la différence de traitement, l'existence d'un critère prohibé², une justification objective et le respect de la proportionnalité. Ce dernier élément nécessite, devant la C.J.U.E., que les moyens pour atteindre le but poursuivi soient appropriés et nécessaires alors que la C.E.D.H. exige une justification « raisonnable ».³

Tout d'abord, il convient de souligner que le principe de non-discrimination ne contient pas de définition unique. En effet, cette notion requiert l'existence d'un critère de différenciation expressément prohibé, ce qui implique une diversité de définitions selon le facteur retenu. Il peut être allégué par toute personne qui est traitée différemment d'une autre, alors qu'elles sont placées dans une situation comparable, en raison d'un motif interdit (permettant de distinguer deux groupes), sans justification objective ni proportionnalité.⁴

Dans le cadre de ce premier principe, la discrimination est directe « *lorsqu'elle est fondée expressément sur un critère prohibé* ». Cependant, comme nous le verrons dans l'arrêt X (C-318/13)⁵, cette définition peut être relativisée. En revanche, la discrimination est indirecte lorsqu'elle « *est fondée sur un critère d'apparence neutre, mais aboutissant au même résultat qu'une discrimination fondée sur un critère expressément prohibé* ».⁶

² Sauf pour l'égalité de traitement.

³ R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, coll. Bibliothèque de droit public, t. 232, Paris, L.G.D.J., 2003, pp. 243-488, L. MARKEY, « Le principe de non-discrimination en droit communautaire : égalité entre femmes et hommes et autres discriminations », in *Actualités en droit social européen (sous la dir. de C.-E. Clesse et S. Gilson)*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 127-188, D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire : étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, coll. du Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2006.

⁴ D. MARTIN, « Sur la discrimination et la hiérarchie entre les discriminations dans le droit de l'Union : pérégrinations autour d'un concept mystérieux », *Cahiers du CeDIE – Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen*, 2012, p. 11.

⁵ C.J.U.E., 3 septembre 2014 (X), C-318/13, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/> (consulté le 20 avril 2015), concl. Av. gén. J. KOKOTT.

⁶ E. ELLIS and P. WATSON, *EU Anti-Discrimination Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 143-155, R. HERNU, *op. cit.*, pp. 267-269, D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination ...*, *op. cit.*, pp. 553 et 557, C. TOBLER, *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, coll. Social Europe Series, vol. 10, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, pp.54-61, 427-429.

Quant au principe non écrit de l'égalité de traitement, ensuite, il vise à traiter de manière égale des situations égales (et de façon différente des situations différentes), sauf justification objective et le respect de l'exigence de proportionnalité.⁷ Il peut être invoqué par « *toute personne à l'intérieur d'un même groupe et vis-à-vis du traitement réservé aux membres de ce même groupe* ». ⁸

Enfin, concernant le principe de l'égalité, il constitue un principe supérieur écrit présentant deux caractéristiques : il doit avoir été expressément prévu dans la Constitution et l'interdiction de discriminer des personnes (réparties dans deux groupes distincts) en situation comparable est générale, c'est-à-dire que tous les motifs de discrimination sont visés, sans besoin d'être listés spécifiquement (contrairement au principe de non-discrimination). En cas de non respect de ce principe, la mesure litigieuse doit être objectivement justifiée et être proportionnée.⁹

⁷ C.J.U.E., 12 mai 2011 (Grand-Duché de Luxembourg c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne), C-176/09, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, I, p. 3727, § 31. D. MARTIN, "Sur la discrimination et la hiérarchie ...", *op. cit.*, p. 20.

⁸ D. MARTIN, "Sur la discrimination et la hiérarchie ...", *op. cit.*, pp. 9-10.

⁹ D. MARTIN, "Sur la discrimination et la hiérarchie ...", *op. cit.*, pp. 17, 20.

TITRE 1. JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

CHAPITRE 1. WALTRAUD BRACHNER C. PENSIONSVERSICHERUNGSANSTALT, C-123/10¹⁰

Section 1. Analyse générale de l'arrêt

1.1. Faits pertinents

Le litige au principal oppose une pensionnée, bénéficiant d'une pension minimale¹¹ à l'organisme autrichien d'assurance vieillesse à propos de l'augmentation exceptionnelle de la pension de retraite qui lui a été allouée en raison du régime de péréquation des pensions fixé pour l'année 2008. Le montant de sa pension a connu une indexation inférieure à celle des pensions supérieures. En outre, elle n'a pu recevoir un supplément compensatoire en raison du dépassement du barème à la suite de la globalisation de ses revenus avec ceux de son conjoint. Elle invoque une violation du principe de l'égalité de traitement ainsi qu'une discrimination indirecte à l'égard des femmes.

1.2. Questions juridiques

Tout d'abord, le régime de péréquation annuelle des pensions en cause¹² entre-t-il dans le champ d'application de la directive 79/7¹³ (art. 3, § 1^{er}) afin que l'interdiction de discrimination (art. 4, § 1^{er}) qu'elle renferme puisse être invoquée ?

Ensuite, le système national suivant est-il contraire à l'article 4, § 1^{er} de cette directive ? Le système aboutit à ce qu'un groupe déterminé¹⁴ de titulaires d'une pension minimale ne puisse bénéficier d'une indexation exceptionnelle des pensions. En outre, par ce régime, ces

¹⁰ C.J.U.E., 20 octobre 2011 (Waltraud Brachner c. Pensionsversicherungsanstalt), C-123/10, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, I, p.10003, concl. Av. gén. V. TRSTENJAK. M. COUSINS, "Overview of recent cases before the European Court of Human Rights and the European Court of Justice (September-December 2011)", *European Journal of Social Security*, 2012, pp. 41-44, C. PICHERAL et H. SURREL e.a., « Les juridictions de l'Union européenne et les droits fondamentaux - Chronique de jurisprudence (2011) », *Rev. trim. D. H.*, 2012, pp. 912-914.

¹¹ Celle-ci est inférieure ou égale à 750 euros.

¹² Le **régime autrichien de péréquation annuelle** a prévu une augmentation exceptionnelle pour l'année 2008. Les pensions minimales faisaient l'objet d'une indexation par un coefficient déterminé alors que les pensions maximales étaient majorées d'un montant fixé. Dans les faits, les premières étaient augmentées de manière moindre que les secondes. Le but de ce régime consiste à aligner l'augmentation des pensions sur celle des prix à la consommation pour maintenir le pouvoir d'achat. Quant au **supplément compensatoire**, il est octroyé aux titulaires de pensions minimales pour autant que les revenus du pensionné et ceux de son conjoint cohabitant ne dépassent pas un certain barème. Ce supplément a lui aussi fait l'objet d'une augmentation exceptionnelle pour 2008 : la majoration était plus importante pour les pensionnés isolés que celle des pensionnés cohabitant avec leur conjoint. L'objectif de ce supplément est d'accorder un revenu minimal social en cas de pension insuffisante.

¹³ Dir. (CEE) n°79/7 du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en oeuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, *J.O.C.E.*, L 6, du 10 janvier 1979, p. 24. Sur cette directive, E. ELLIS and P. WATSON, *op. cit.*, pp. 439-494.

¹⁴ A savoir, les femmes.

pensionnés se voient octroyer une pension augmentée à moindre mesure par rapport aux titulaires de pensions plus élevées, ceci ayant pour effet de désavantager nettement plus de femmes que d'hommes.

Enfin, en cas de constat par la Cour d'une discrimination indirecte à l'égard des titulaires féminines d'une pension minimale, cette discrimination peut-elle être objectivement justifiée par l'un des motifs suivants : la durée de cotisation moins longue des femmes¹⁵, la période plus élevée durant laquelle elles reçoivent une pension¹⁶ ou le fait que le barème du supplément compensatoire a aussi été augmenté de manière exceptionnelle pour l'exercice 2008 ?

1.3.Raisonnement juridique de la Cour

Eu égard à la première question, la Cour considère que le régime de péréquation annuelle des pensions entre bel et bien dans le champ d'application de la directive 79/7 (art. 3, §1^{er} et art. 4, § 1^{er}, spéc. troisième tiret) (§§ 39-53).

S'agissant de la contrariété du dispositif national à l'article 4, § 1^{er}, il n'y a pas de discrimination directe car les travailleurs des deux sexes sont visés par celui-ci. En revanche, la Cour constate l'existence d'une discrimination indirecte en privilégiant une approche quantitative.¹⁷ La C.J.U.E. a d'abord retenu le désavantage subi par les titulaires de pension minimale.¹⁸ A l'appui de données statistiques fournies par la juridiction de renvoi, il s'avère qu'un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes sont défavorisées.¹⁹ C'est toutefois la juridiction interne qui devra trancher cette question (§§54-68).

Quant aux justifications objectives avancées, la Cour commence par rappeler les principes : entre autres, même si les Etats disposent d'une large marge de manœuvre en matière de politique sociale, les motifs invoqués doivent rester légitimes (§69-75). Or, en l'espèce, aucune des trois raisons invoquées (cf. *supra* : libellé de la troisième question) n'a été retenue par la Cour. En réalité, elles se rapportent à l'équilibre financier, d'un système de

¹⁵ Elles accèdent plus tôt à la pension.

¹⁶ En raison de leur espérance de vie plus élevée.

¹⁷ Voy. la définition de la discrimination indirecte exprimée au §56 de l'arrêt.

¹⁸ Ils n'ont pu bénéficier dans la même mesure de l'augmentation exceptionnelle des pensions en comparaison des pensionnés recevant une prestation supérieure.

¹⁹ 57 % de femmes touchent une pension minimale alors que ce pourcentage s'élève à 25% pour les hommes. Dès lors, 75% de ces derniers ont pu bénéficier de l'augmentation exceptionnelle des pensions prévue pour l'exercice 2008 alors que seulement 43% des femmes y ont eu droit. L'écart est suffisamment important pour pouvoir être pris en considération. (§61-63). D'autres pourcentages sont évoqués en ce qui concerne le rehaussement exceptionnel du barème du supplément compensatoire au §§ 64-67). La conclusion est identique à celle de la péréquation annuelle des pensions.

sécurité sociale à caractère contributif, entre les cotisations et les prestations lors de la détermination de celles-ci (§§76-88) et non au(x) but(s) poursuivi(s) par le régime national au travers de ses mécanismes de péréquation annuelle des pensions et de supplément compensatoire.²⁰ A propos de ce dernier, la Cour, après moults détails, estime que la règle de globalisation des revenus, si elle peut être admise pour le supplément compensatoire, il n'en pas va de même pour le régime de péréquation dont l'objectif est distinct du but poursuivi par ledit supplément.²¹ Notons qu'en l'absence de justification objective, la C.J.U.E. n'est pas amenée à se pencher sur le caractère proportionné du système autrichien. Elle conclut ainsi à la contrariété de ce dernier à l'article 4, §1^{er} de la directive 76/7.²²

Section 2. Analyse approfondie de l'arrêt

*2.1. Comparez la définition de la discrimination indirecte donnée par la Cour dans cet arrêt avec celle de la DIR 2006/54. Quelle différence essentielle y a-t-il entre les deux définitions ?*²³

La Cour définit la discrimination indirecte au § 56 comme suit: « *Il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour 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** [Nous soulignons] [...].* » La Cour complète cette définition au § 70 en y ajoutant « *à moins que cette mesure ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Tel est le cas si les moyens choisis répondent à un but légitime, [...] sont **aptes** à atteindre l'objectif poursuivi [...] et sont nécessaires à cet effet* ». ²⁴

Quant à la directive 2006/54²⁵, elle définit, en son article 2, §1^{er}, b), la discrimination indirecte de la sorte : « *la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique*

²⁰ Voy. *supra* : note de bas de page n°12.

²¹ Voy. §§ 87-104. Ainsi, une telle règle ne peut s'appliquer lorsqu'elle n'est exigée que pour les titulaires de pension minimale et non pour ceux obtenant des pensions plus élevées, car elle a pour effet de désavantager particulièrement les femmes (faisant partie du premier groupe de pensionnés) (§98). Les pourcentages repris aux §§100-103 sont aussi évocateurs et reflètent cet important écart entre les femmes et les hommes.

²² L'avocat général s'est toutefois attelé à cette tâche (§§92-102) : Concl. Av. gén. V. TRSTENJAK, 16 juin 2011, sous C.J.U.E., 20 octobre 2011 (Waltraud Brachner c. Pensionsversicherungsanstalt), C-123/10, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, I, p.10003.

²³ E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE : la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 391-431, C. TOBLER, *op. cit.*, pp. 228-233.

²⁴ Après avoir examiné l'ensemble de la jurisprudence citée dans les divers arrêts, cette définition est en effet demeurée inchangée.

²⁵ Dir. (CE) n°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.U.E.*, L 204, du 26 juillet 2006, p. 23.

*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* [Nous soulignons] ».

A l'observation de ces deux définitions, nous constatons une différence essentielle alors même que l'approche quantitative (et l'exigence d'un nombre considérablement élevé de « victimes » de la discrimination) est suivie par la Cour et le législateur européen.²⁶ La Cour recourt à l'indicatif présent pour dénombrer les femmes désavantagées. En revanche, la directive emploie le conditionnel présent. Cela laisse présager l'apport d'une preuve quantitative, par la victime de la discrimination, de manière plus souple dans le second cas de figure (cf. *infra* : troisième question).

Par ailleurs, nous remarquons également une différence « mineure ». De manière incessante, la Cour de justice place la femme en situation de « faiblesse », de « victime » par rapport à l'homme. Une exception existe cependant dans la jurisprudence à laquelle il est renvoyé dans les arrêts depuis le § 56, de l'affaire Brachner (cf. annexe 1). Il s'agit de l'arrêt Commission/Belgique, C-229/89, § 13²⁷ : « *A titre liminaire, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7, précitée, s'oppose au traitement moins favorable **d' un groupe social** lorsqu' il s'avère qu' il est composé d' un nombre beaucoup plus élevé de **personnes de l' un ou de l' autre sexe**, à moins que la mesure en cause ne soit "justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe"* [...] [Nous soulignons] ». La Cour semble donc adopter une attitude plus « neutre » dans cette affaire. En revanche, la directive 2006/54 place sur un pied d'égalité les deux sexes, en usant le terme « (...) **désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe** (...) » [Nous soulignons] ». Enfin, dans le test de proportionnalité, les deux sous-tests – d'aptitude et de nécessité – sont semblables, même si pour le premier, la Cour emploie le terme « aptes » et la directive, « appropriés ».

²⁶ Notons que dans l'arrêt Seymour-Smith (C.J.C.E., 9 février 1999 (Regina c. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith et Laura Perez), C-167/97, *Rec. C.J.C.E.*, 1999, I, p. 623), la Cour a admis au § 61 que « *Il pourrait en être de même si les données statistiques **révélaient un écart moins important mais persistant et relativement constant au cours d'une longue période** entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins qui remplissent la condition de deux années d'emploi. Il appartiendrait toutefois au juge national d'apprécier les conclusions à tirer de telles données statistiques.* [Nous soulignons] ». D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination ...*, op. cit., pp. 160-161, C. TOBLER, op. cit., pp. 228-233.

²⁷ C.J.C.E., 7 mai 1991 (Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique), C-229/89, *Rec. C.J.C.E.*, 1991, I, p. 2205.

2.2. Comparez également la définition de la DIR 2006/54 avec celle de la DIR 76/207²⁸. Quelle est la différence essentielle entre les deux? A votre avis, peut-on, et si oui à quel titre, justifier la définition de la discrimination indirecte donnée dans Brachner ? A votre avis, la Cour pourrait-elle changer cette définition?²⁹

Différence essentielle entre les directives 2006/54 et 76/207 quant à la notion de discrimination indirecte - A titre liminaire, précisons que la directive 76/207 a fait l'objet de la directive « refonte » 2006/54. Avant sa modification par la directive 2002/73³⁰, cette première réglementation européenne définissait en son article 2, § 1^{er}, non pas la discrimination mais le principe d'égalité de traitement : « *Le principe de l'égalité de traitement au sens des dispositions ci-après implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial.* »

Nulle part, la directive 76/207 ne définit ce qu'est la discrimination indirecte. Les considérants ne nous éclairent pas davantage. La seule indication probante repose sur le fait que la discrimination fondée sur le sexe peut l'être indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial. Cela présuppose une liste non exhaustive de facteurs de référence vu le terme « notamment ».³¹

A la suite de sa modification par la directive 2002/73, le paragraphe 1^{er} de l'article 2 de la directive modificative reprend à l'identique le paragraphe 1^{er} de l'article 2 de la directive 76/207, mais y ajoute un nouveau § 2 définissant entre autres les discriminations directe et indirecte (deuxième tiret). S'agissant de ce dernier concept, sa définition est semblable à celle de l'article 2, § 1^{er}, b) de la directive 2006/54.

Toutefois, la différence principale entre les directives 76/207 et 2006/54 repose sur le fait que la première retient notamment l'état matrimonial ou familial comme critère de référence dans l'examen de la discrimination indirecte (art. 2, § 1^{er}) alors que ces termes sont absents dans la seconde directive.

²⁸ Dir. (CEE) n° 76/207 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.C.E.*, L 039, du 14 février 1976, p. 40.

²⁹ C. TOBLER, *op. cit.*, pp. 279-304.

³⁰ Dir. (CE) n° 2002/73 du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002, modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, *J.O.C.E.*, L 269, du 5 octobre 2002, p. 15.

³¹ E. ELLIS, *EC Sex equality Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 197, N. WARNIER, "Les discriminations directes et indirectes dans le domaine de l'égalité homme-femme et de l'égalité nationaux-non nationaux", *R.D.I.D.C.*, 2007, pp. 225-286.

Justification de la définition de la discrimination indirecte donnée par la C.J.U.E. dans l'arrêt Brachner – Dans cet arrêt, la Cour est amenée à se prononcer sur l'interdiction de la discrimination indirecte régie par la directive 79/7, en son article 4, § 1^{er}. Cette définition correspond à celle évoquée à l'article 2, § 1^{er} de la directive 76/207, en ce qu'elles font toutes deux référence entre autres à l'état matrimonial et à l'état familial, même si la première réglementation s'applique spécifiquement au domaine de la sécurité sociale. Au regard de la définition de la discrimination indirecte établie par la Cour aux §§ 56 et 70, la juridiction s'inscrit dans la suite logique de l'approche quantitative adoptée dans les directives 76/207 et 2006/54. Dès lors, toute l'analyse effectuée par la juridiction de l'Union européenne se fonde sur des données statistiques, fournies par la juridiction de renvoi, qui permettent de conclure au fait qu'un nombre nettement plus élevé de femmes sont défavorisées par rapport aux hommes au regard du régime autrichien (cf. *supra*).³² Par ailleurs, la règle de globalisation des revenus retenue pour le supplément compensatoire est apparemment neutre. Toutefois, dans son application, les femmes, majoritairement titulaires d'une pension minimale (par rapport aux hommes), cohabitant avec leur conjoint peuvent plus difficilement en bénéficier en comparaison des personnes isolées. Nous voyons ainsi que l'état matrimonial et/ou familial a un impact sur le nombre de femmes touchées par la mesure nationale.

Changement de cette définition par la Cour ? - Au vu de ces considérations, il nous semble fort peu probable que la Cour modifie cette définition. D'ailleurs, le législateur européen souhaitait, pour des raisons de cohérence (cf. considérant n°6 de la directive 2002/73), aligner les définitions des discriminations directe et indirecte contenues dans la directive 76/207 sur celles précisées dans les directives 2000/43³³ et 2000/78³⁴, qui suivent des approches quantitative et qualitative. Toutefois, dans la directive de 2002, ainsi que dans celle de 2006 (2006/54), il a maintenu la conception quantitative. (cf. *infra* : troisième question pour les détails). Au regard du raisonnement de la Cour dans l'arrêt X (C-318/13), aux §§ 37-39, la juridiction repousse la généralisation des données statistiques car elles ne peuvent s'avérer exactes en toutes circonstances (cf. *infra*). Dès lors, nous nous demandons, dans quelle mesure à l'avenir, la C.J.U.E. va se positionner en présence de statistiques.

³² L'avocat général V. TRSTENJAK, dans ses conclusions au § 69, précise que la Cour n'a pas encore fixé le seuil à partir duquel il faut considérer qu'il existe une discrimination indirecte. Par ailleurs, il revient aux juridictions nationales de se prononcer sur ce point, même si la Cour peut donner des indications.

³³ Dir. (CE) n°2000/43 du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.C.E.*, L 180, du 19 juillet 2000, p. 22.

³⁴ Dir. (CE) n°2000/78 du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.C.E.*, L 303, du 2 décembre 2000, p. 16.

2.3. Comparez la définition de l'arrêt Brachner, celle de la DIR 2006/54 et celle de la discrimination indirecte inscrite dans la DIR 2000/78. Quelles sont, selon vous, les différences essentielles entre ces trois définitions ?³⁵

Pour les définitions contenues dans l'arrêt Brachner et la directive 2006/54, nous renvoyons aux développements antérieurs (cf. *supra* : première question). S'agissant de la directive 2000/78, l'article 2, § 1^{er} donne la signification du principe de l'égalité de traitement qui correspond à l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur un des motifs visés à l'article 1^{er}, dont le genre est absent. La discrimination indirecte est définie à l'article 2, § 2, b).³⁶ Les différences se comptent au nombre de trois.

Premièrement, la **référence au sexe** est présente dans la définition citée dans l'arrêt Brachner (les termes « femmes » et « hommes ») et la directive 2006/54 (ci-après, la directive « refonte », qui utilise le terme « sexe »), contrairement à la directive 2000/78, qui ne protège nullement les discriminations fondées sur ce motif. Si les deux directives ont en commun de viser l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (en leur article 1^{er}), la directive 2000/78 offre un cadre général alors que la directive « refonte » porte spécifiquement sur l'égalité des genres. En revanche, la définition contenue dans l'arrêt concerne la discrimination indirecte en raison du sexe, sans viser expressément le secteur professionnel (§§ 56 et 70).

Deuxièmement, si l'apparence de neutralité de la disposition, du critère ou de la pratique (pour les deux directives) ou de l'application de la mesure nationale (pour l'arrêt) est commune aux trois définitions, son **caractère « défavorable »** est exprimé différemment dans chacune d'entre elles. La directive 2000/78 emprunte les termes suivants : « *est*

³⁵ Pour répondre à cette question, nous avons essentiellement consulté les travaux doctrinaux suivants : L. DRIGUEZ, « Politique sociale. Discrimination indirecte à l'égard des pensionnées. Commentaire n°478 », note sous C.J.U.E., 20 octobre 2011 (Waltraud Brachner c. Pensionsversicherungsanstalt), C-123/10, *Europe – Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, 2011, pp. 36-37, L. MARKEY, *op. cit.*, pp. 140-149, D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination ...*, *op. cit.*, pp. 209-210, D. MARTIN, "Strasbourg, Luxembourg et la discrimination: influences croisées ou jurisprudences sous influence?", *Rev. trim. D.H.*, 2007, pp. 107-115, N. WARNIER, *op. cit.*, pp. 225-286.

³⁶ « *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 religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que: (i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ou que (ii) dans le cas des personnes d'un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique.* [Nous soulignons] »

susceptible d'entraîner un désavantage particulier »³⁷, la directive 2006/54 utilise ceux-ci : « *désavantagerait particulièrement* », et l'arrêt, quant à lui, parle de « *désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé* ».

En réalité, la directive 2000/78 définit cette notion sous un angle qualitatif mais aussi quantitatif. Le considérant n°15 évoque en effet la possibilité d'utiliser des données statistiques alors que dans les deux autres sources analysées, c'est plutôt une obligation de recourir à de tels éléments. Aussi, le critère neutre est réputé discriminatoire dès lors qu'il existe une potentialité ou que sa nature révèle une aptitude à désavantager plus de travailleurs en raison d'un critère prohibé.³⁸ En revanche, dans la directive 2006/54 et l'arrêt commenté, l'emploi de ce critère défavorise particulièrement, c'est-à-dire considérablement, essentiellement, les travailleurs de sexe féminin, quelle que soit l'ampleur du désavantage (en effet, il peut être d'une gravité relative).

La charge de la preuve (art. 10) est ainsi plus aisée dans le cadre de la directive 2000/78 car des éléments qualitatifs peuvent être apportés par la victime. Par ailleurs, c'est la nature et non, le nombre important de victimes de la discrimination indirecte, qui prime pour cette réglementation, contrairement à l'autre directive et à l'arrêt. Aussi, l'apport de la preuve est plus souple dans la directive 2006/58 (où le conditionnel présent est employé) que dans l'arrêt (où c'est l'indicatif présent qui est utilisé) (cf. *supra* : première question).

Troisièmement, quant à la **justification et à la proportionnalité** de la discrimination indirecte, les termes usités par les deux directives sont semblables : « *cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime* (dir. 2000/78)/ *but* (dir. 2006/54) *et que les moyens de réaliser cet objectif* (dir. 2000/78)/*pour parvenir à ce but* (dir. 2006/54) *soient appropriés et nécessaires* ». Au regard de la justification objective, la Cour s'exprime de la sorte : « *des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe* [Nous soulignons] ». L'élément « étrangers » est ajouté. Les tests d'aptitude et de nécessité sont tous deux repris dans l'arrêt.

Dans le cadre de la définition de la discrimination indirecte, la directive 2000/78 contient par ailleurs une particularité pour les personnes handicapées (art. 2, §2, b), ii)) (pour

³⁷ Sur cette notion dans le cadre de la directive 2000/78, M. BELL, *Anti-discrimination law and the European Union*, coll. Oxford studies in European law, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 75 ; M. BELL et L. WADDINGTON, « More equal than others : distinguishing European Union Equality Directives », *C.M.L. Rev.*, 2001, pp. 593 et 594.

³⁸ Cette définition a été reprise de la jurisprudence O'Flynn (C.J.C.E., 23 mai 1996 (John O'Flynn c. Adjudication Officer), C-237/94, *Rec. C.J.C.E.*, 1996, I, p. 2617).

lesquelles l'employeur doit adopter des aménagements raisonnables, cf. article 5). S'agissant de la directive 2006/54 et de l'arrêt, ils ne prévoient pas de disposition spécifique pour le cas du handicap.

Section 1. Analyse générale de l'arrêt

1.1. *Faits pertinents*

Le litige, opposant le travailleur X à un ministère finlandais, porte sur l'octroi d'une indemnité forfaitaire pour préjudice permanent accordé en raison d'un accident de travail. Le montant de cette prestation est inférieur pour les hommes en comparaison de celui alloué aux femmes en raison notamment du recours à un facteur actuariel fondé sur l'espérance de vie. Le travailleur invoque une atteinte au principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes.

1.2. *Questions juridiques*

La question centrale consiste à savoir si une réglementation nationale faisant varier le montant d'une prestation sociale relative à un accident de travail selon le sexe du travailleur (et donc le facteur actuariel en cause) est contraire ou non avec le droit de l'Union européenne (principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes, et spécifiquement la directive 79/7, art. 4, § 1^{er}).

1.3. *Raisonnement juridique de la Cour*

Tout d'abord, la Cour confirme l'application de la directive 79/7 au cas d'espèce, dans la mesure où les prestations d'assurance accident constituent un régime légal de sécurité sociale, peu importe qu'elles soient gérées par des entreprises privées (art. 3, §1^{er}, a)).⁴⁰ Sur la question litigieuse, ensuite, la Cour commence par rappeler le principe d'interdiction de discrimination fondée sur le sexe lors du calcul des prestations (art. 4, § 1^{er}, troisième tiret). Les modalités de calcul du montant de l'indemnité forfaitaire posent question sur un des facteurs actuariels utilisés, celui de l'espérance de vie moyenne fondé sur le sexe du travailleur. S'en suivent deux positions différentes adoptées d'une part, par le gouvernement finlandais, quant à l'absence de comparabilité des situations et donc, de non inégalité de traitement⁴¹, et d'autre part, celle opposée de la Cour, retenant l'inégalité de traitement

³⁹ C.J.U.E., 3 septembre 2014 (X), C-318/13, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/> (consulté le 20 avril 2015), concl. Av. gén. J. KOKOTT. A. P. VAN DER MEI, « Overview of recent cases before the European Union. January-September 2014 », *European Journal of Social security*, 2014, pp. 371-384, spéc. pp. 381-383.

⁴⁰ § 25.

⁴¹ §§ 29-30. Voy. *infra* l'examen de la première question pour de plus amples détails sur l'argumentation finlandaise.

nécessitant dès lors une justification objective.⁴² L'espérance de vie résiduelle comme motif justificatif n'existe pas dans la directive 79/7.⁴³ En outre, la Cour rejette la généralisation des données statistiques qui ne peuvent s'avérer exactes en toutes circonstances concrètes.⁴⁴ Par conséquent, enfin, en l'absence de justification, cette réglementation nationale est incompatible avec l'article 4, § 1^{er} de la directive 79/7.⁴⁵

Section 2. Analyse approfondie de l'arrêt

2.1. Selon vous, les arguments soulevés par le gouvernement finlandais aux §29 et 30 concernaient-ils la comparabilité des situations ou, comme le juge la Cour, une justification potentielle d'une inégalité de traitement? Expliquez.

A titre liminaire, il nous semble que c'est le principe de non-discrimination qui est en jeu dans cet arrêt et non celui de l'égalité de traitement au vu de la règle finlandaise (voy. § 10 de l'arrêt).⁴⁶ Toutefois, comme la Cour mêle ces deux principes, nous allons examiner la question vis-à-vis de chacun d'eux.

Le gouvernement finlandais exprime, au § 29, le but poursuivi par la mesure nationale : le montant global de prestations versées sous la forme d'un forfait doit correspondre à celui alloué par le biais de rentes mensuelles, pour les travailleurs des deux sexes. Le moyen pour y parvenir est le recours au critère actuariel de l'espérance de vie.⁴⁷ C'est d'ailleurs une nécessité (§ 30). Aussi, le même argument est repris au stade de la justification objective (§36).

Au regard des deux principes précités, nous nous rallions à l'avis de la Cour en ce que les arguments invoqués par le gouvernement national correspondraient plutôt à une justification de l'inégalité de traitement ou de l'existence d'une discrimination qu'à la comparabilité des situations.⁴⁸ Nous allons démontrer que le sexe intervient comme critère de distinction dans le

⁴² §§ 28, 31-33.

⁴³ §§ 33-35. Nous précisons que l'espérance de vie est au contraire mentionnée dans les directives 2006/54, art. 9, § 1er, h) et 2004/113, art. 5. Sur cette directive, E. ELLIS and P. WATSON, *op. cit.*, pp. 366-372.

⁴⁴ §§37-39.

⁴⁵ La Cour n'a ainsi pas besoin de se pencher sur le caractère proportionné ou non de la mesure nationale.

⁴⁶ Pour un examen détaillé de ces notions et de leurs éléments caractéristiques, nous renvoyons à l'article suivant : D. MARTIN, "Sur la discrimination et la hiérarchie ...", *op. cit.*, pp. 1-32. En l'espèce, la réglementation finlandaise mentionne expressément les hommes et les femmes : « *La mortalité applicable sera (TLE-82) avec un report d'âge de 3 ans soit $u_x = 0,0000797 e^{0,0875(x+3)}$ (homme) ; $u_x = 0,0000168 e^{0,1000(y+3)}$ (femme)* [Nous soulignons]. »

⁴⁷ En effet, les femmes, sur la base de données statistiques, ont une espérance de vie résiduelle plus longue que celle des hommes.

⁴⁸ Il est à noter que tant la Cour que la Finlande (le gouvernement finlandais ne fait qu'invoquer, au § 30, la nécessité de cette mesure, sans autre précision, pour parvenir à l'objectif poursuivi) demeurent plutôt

cadre de la comparabilité des situations pour le principe de non-discrimination (il n'en va pas de même pour le principe de l'égalité de traitement où il n'y a pas de motif prohibé) et que l'espérance de vie, quant à elle, sert plutôt de motif justificatif.

Le **principe de non-discrimination** est contenu dans le cas d'espèce à l'article 4, § 1^{er} de la directive 79/7. Toutefois, la Cour ne précise pas s'il s'agit de la discrimination directe ou indirecte (cf. *infra* : seconde question). Dans la mise en œuvre de ce principe, il convient de prendre en compte deux groupes se différenciant par un motif expressément prohibé, *in casu* le sexe⁴⁹ (et non, l'espérance de vie) : les travailleurs féminins et les travailleurs masculins. En l'espèce, ces deux catégories se trouvent dans une situation comparable car elles sont victimes d'un accident de travail⁵⁰ mais elles sont traitées différemment (l'indemnité forfaitaire pour préjudice permanent versée aux hommes est inférieure à celle octroyée aux femmes). L'espérance de vie (plus longue des femmes par rapport aux hommes selon les statistiques) intervient ainsi au stade de la justification invoquée par le gouvernement finlandais. Les travailleuses ne peuvent être défavorisées dans la situation d'octroi d'un forfait plutôt que d'une rente mensuelle à vie par rapport au montant global obtenu. Or, ce motif est absent de la directive 79/7. Il y a donc lieu de conclure à l'existence d'une discrimination.

S'agissant de **l'égalité de traitement**, principe non écrit, se retrouvent, au sein d'un même groupe, les travailleurs victimes d'un accident de travail dans des circonstances identiques. Placés dans une situation comparable, certains travailleurs, les hommes, sont traités différemment par rapport aux femmes.⁵¹ La raison invoquée repose sur l'espérance de vie résiduelle plus longue des femmes que celle des hommes, sur la base de données statistiques. Or, ce n'est pas une justification objective selon la Cour. Dès lors, il y a inégalité de traitement.

silencieuses sur la question de la proportionnalité de la réglementation nationale, l'examen se terminant par le constat d'absence de justification objective.

⁴⁹ § 10.

⁵⁰ Il s'agit des mêmes éléments relatifs à cet accident de travail : accident de travail identique, survenu le même jour, travailleur de même âge, mêmes préjudices subis à la suite de l'accident.

⁵¹ En effet, ils reçoivent une indemnité forfaitaire pour préjudice permanent inférieure à celle des travailleurs féminins.

2.2. Dans la mesure où la discrimination était directe⁵², que pensez-vous des §36 à 39 de l'arrêt?

La Cour ne précise pas dans son raisonnement s'il s'agit d'une discrimination directe ou indirecte. Une discrimination est directe « *lorsqu'elle est fondée expressément sur un critère prohibé* ». Toutefois, une telle discrimination présente également cette nature, même en l'absence d'un facteur expressément interdit. En effet, alors même que la condition à satisfaire est exprimée en termes neutres, le groupe défavorisé (aucun d'entre d'eux – 0%) ne peut légalement remplir la condition ou en d'autres termes, tous (100%) sont désavantagés par la mesure nationale.⁵³

En l'espèce, il nous semble que la discrimination à l'égard des hommes est directe car elle est exprimée explicitement dans la réglementation finlandaise (§ 10 de l'arrêt). Toutefois, même en l'absence de mention expresse, il s'avère que tous les travailleurs masculins, victimes d'un accident de travail, sont défavorisés par la mesure nationale. En effet, alors même qu'ils sont placés dans une situation comparable,⁵⁴ chaque travailleur masculin bénéficie d'une indemnité forfaitaire dont le montant est inférieur par rapport à celui alloué aux travailleuses, en raison de leur espérance de vie moins longue que celles des femmes.

Le caractère direct ou indirect d'une discrimination fondée sur le sexe a une incidence sur sa justification objective. En effet, dans le premier cas de figure, aucune justification n'est possible⁵⁵, sous réserve de certaines dérogations expresses (par exemple, art. 2, § 2, dir. 76/207, art. 2, § 5 dir. 2000/78, art. 4, § 4, dir. 2004/113⁵⁶). En revanche, dans le second, une justification est toujours possible. La directive 79/7 prescrit à cet égard des motifs

⁵² Pour cette question, nous avons principalement consulté les travaux doctrinaux suivants : L. DRIGUEZ, "Politique sociale. Egalité homme/femme en matière d'assurance. Commentaire n°477", note sous C.J.U.E., 3 septembre 2014 (X), C-318/13, *Europe – Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, 2014, pp. 44-45, D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination...*, op. cit., pp. 550-562, D. MARTIN, "La discrimination fondée sur le sexe dans l'octroi de prestations sociales: un peu, beaucoup, ... Pas du tout", *Rev. trim. D.H.*, 2012, pp. 189-191, D. MARTIN, "Strasbourg, Luxembourg...", op. cit., pp. 113-115, D. MARTIN, "Sur la discrimination et la hiérarchie ...", op. cit., p. 11, C. TOBLER, op. cit., pp. 56-57, N. WARNIER, op. cit., pp. 229, 242-243, 252-253.

⁵³ D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination ...*, op. cit., pp. 154-158, 553. Pour un exemple jurisprudentiel où la Cour n'a pas constaté la discrimination directe alors qu'elle l'aurait du (en vertu de ce raisonnement), voy. l'arrêt Schorbus (C.J.C.E., 7 décembre 2000 (Julia Schnorbus c. Land Hessen), C-79/99, *Rec. C.J.C.E.*, 2000, I, p. 10997.). Sur cet arrêt, R. HERNU, op. cit., pp. 478-480, C. TOBLER, op. cit., pp. 310-314.

⁵⁴ Les circonstances et les conséquences de l'accident de travail sont en effet les mêmes pour les travailleurs masculins et féminins.

⁵⁵ C.J.C.E., 17 avril 1997 (Dimossia Epicheirissi Ilektrismou (DEI) c. Efthimios Evrenopoulos), C-147/95, *Rec. C.J.C.E.*, 1997, I, p. 2057.

⁵⁶ Dir. (CE) n°2004/113 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.U.E.*, L 373, du 21 décembre 2004, p. 37.

exhaustifs⁵⁷ à l'article 4, § 2 ainsi qu'à l'article 7, § 1^{er}. L'espérance de vie, invoquée par le gouvernement finlandais, ne se retrouve pas parmi ceux-ci.

La Cour balaie sans aucune difficulté cette argumentation fondée sur la généralisation des données statistiques pour deux raisons : d'une part, cela engendre une discrimination envers les hommes bénéficiaires de la prestation sociale et d'autre part, le recours à des statistiques ne permet pas de correspondre à la réalité en toutes circonstances. En effet, des assurés masculins peuvent avoir une espérance de vie équivalente, voire plus longue que celle des assurés féminins. Nous observons ainsi une nuance de la Cour dans son approche quantitative de la discrimination.⁵⁸

Cette attitude de la Cour s'inscrit dans la lignée de l'arrêt Test-Achats⁵⁹, même s'il porte sur le domaine des assurances, dans lequel elle a invalidé l'article 5, § 2 de la directive 2004/113 relatif à l'usage de facteurs actuariels. La raison vise à ne pas permettre indéfiniment, dans le droit de l'Union, aux Etats membres de déroger au principe d'égalité de traitement poursuivi par ladite directive. Cela nous amène à penser que face à des considérations aussi fortes, que sont la protection de l'égalité de traitement ou le principe de non-discrimination, tous deux en raison du sexe⁶⁰, ne peut demeurer existante la réglementation nationale suivante.⁶¹ Celle-ci prévoit en effet un facteur actuariel général (aléatoire ?) et simplificateur qu'est l'espérance de vie, sans prévoir d'exception ou de « correctif adapté à la situation concrète » (pour certains hommes éventuellement).⁶²

⁵⁷ En ce sens, voy. §§ 34-35 de l'arrêt et §§ 32-38, concl. Av. gén. J. KOKOTT, 15 mai 2014, sous C.J.U.E., 3 septembre 2014 (X), C-318/13, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/> (consulté le 20 avril 2015).

⁵⁸ Voy. *supra* : arrêt Brachner (C-123/10) pour un usage de données statistiques, confirmant ainsi l'approche qualitative, presque statistique, de la C.J.U.E..

⁵⁹ C.J.U.E., 1^{er} mars 2011 (Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL et autres c. Conseil des ministres), C-236/09, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, I, p. 773. La doctrine intéressante relative à cet arrêt est reprise dans la bibliographie.

⁶⁰ Ces principes sont consacrés dans la Charte aux art. 20 et 21 (Commentaires sur ce point : D. MARTIN, "Sur la discrimination et la hiérarchie ...", *op. cit.*, pp. 19-22)⁶⁰ et constituent l'objet et le but de la directive 79/7. S'agissant de ce dernier sujet, dans l'arrêt Test-Achats, la Cour rappelle en son § 29 : « [...] la comparabilité des situations doit être appréciée à la lumière de l'objet et du but de l'acte de l'Union qui institue la distinction en cause (voir, en ce sens, arrêt Arcelor Atlantique et Lorraine *e.a.*, précité, point 26 [...]) [Nous soulignons] ».

⁶¹ En ce sens, voy. §§ 31-56 des concl. de l'Av. Gén. J. KOKOTT. Elle estime ainsi que d'autres critères de différenciation, plus pertinents, devraient être employés même s'ils sont plus difficiles à identifier que le critère du sexe (§50, spéc.).

⁶² D'ailleurs, l'usage de facteurs actuariels fondés sur le sexe n'est pas visé expressément dans la directive 79/7, contrairement à la directive 2004/113, art. 5, où il est bien spécifié qu'il s'agit d'une dérogation (provisoire) aux principes de non-discrimination et de l'égalité de traitement (considérants 18 et 19 de cette seconde dir.). Quant à la directive 2006/54, en son article 9, § 1^{er}, h), elle ne considère pas l'emploi de facteurs actuariels fondés sur le sexe comme discriminatoire. La Cour ne s'est pas encore penchée à ce sujet dans le cadre de cette directive.

CHAPITRE 3. MARC BETRIU MONTULL C. INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), C-5/12 ET PEDRO MANUEL ROCA ÁLVAREZ C. SESA START ESPAÑA ETT SA, C-104/09⁶³

Section 1. Analyse générale des arrêts

§ 1. Marc Betriu Montull c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), C-5/12⁶⁴

1.1. Faits pertinents

Un père biologique, travailleur salarié, se voit refuser l'octroi d'une allocation de maternité, en dehors des six semaines obligatoires (prévues par la législation espagnole) devant être prises par la mère après l'accouchement, car la mère de son enfant, travailleuse indépendante, n'est en outre pas affiliée au régime public de sécurité sociale.

1.2. Questions juridiques

Deux questions sont posées à la Cour. En premier lieu, les directives 76/207 et 96/34⁶⁵, d'une part et le principe de l'égalité de traitement, d'autre part, sont-ils respectés par la mesure nationale suivante : celle-ci autorise, sous certaines conditions, le père biologique, travailleur salarié, à disposer d'un droit dérivé quant à l'octroi d'un congé de maternité, à la différence de la mère biologique, salariée, qui, elle, est titulaire d'un droit originaire, alors que cette règle exclut le père biologique, salarié, lorsque la mère biologique est indépendante et n'est pas affiliée au régime public de sécurité sociale ?

En second lieu, est-il compatible avec le principe de l'égalité de traitement, le droit national visant à accorder un droit originaire et autonome relatif à l'attribution d'un congé de

⁶³ E. ELLIS and P. WATSON, *op. cit.*, pp. 328-360, S. ROBIN-OLIVIER, "Congé parental, congé de maternité, congé d'adoption : le droit social européen de la famille est en construction", *R.T.D. Eur.*, 2014, pp. 513 et s.

⁶⁴ C.J.U.E., 19 septembre 2013 (Marc Betriu Montull c. Instituto Nacional de la Seguridad Social), C-5/12, *J.O.U.E.*, C 344, du 23 novembre 2013, p. 19, concl. Av. gén. M. WATHELET. L. DRIGUEZ, « Congé de maternité et égalité entre les hommes et les femmes. Commentaire n° 480 », note sous C.J.U.E., 19 septembre 2013 (Marc Betriu Montull c. Instituto Nacional de la Seguridad Social), C-5/12, *Europe – Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, 2013, p. 47, J. JACQMAIN, « Egalité entre travailleurs féminins et masculins – Autres discriminations « article 19 » », *J.D.E.*, 2014, p. 392.

⁶⁵ Dir. (CE) n°96/34 du Conseil, du 3 juin 1996, concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, *J.O.C.E.*, L 145, du 19 juin 1996, p. 4. Cette dernière directive a été abrogée par la directive 2010/18 (Dir. (UE) n°2010/18 du Conseil, du 8 mars 2010, portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE, *J.O.U.E.*, L 68, du 18 mars 2010, p. 13).

maternité au père adoptif, travailleur salarié⁶⁶ et, à réserver un droit dérivé de celui de la mère, quant à ce même congé, au père biologique, travailleur salarié ?

1.3. Raisonnablement juridique de la Cour

Seule la première question est retenue par la Cour. En effet, la seconde est écartée car le droit de l'Union ne s'applique pas à ce type de situation. En effet, il n'existe pas de texte de l'UE prohibant les discriminations entre les pères biologiques et adoptifs quant au congé de maternité. Aussi, l'accord-cadre sur le congé parental⁶⁷ n'est pas invocable, faute d'éléments suffisants sur le droit national relatif à ce congé. (cf. *infra* pour un examen détaillé) (§§67-75).

Avant de répondre à la première question, la Cour estime qu'il convient de prendre en considération la directive 92/85⁶⁸ visant le congé de maternité en son article 8 bien que la juridiction de renvoi ne la mentionne pas expressément. Elle écarte l'application de la directive 96/34 car il n'y a pas assez d'éléments fournis par la juridiction nationale sur le droit espagnol en matière de congé parental. D'ailleurs, la disposition interne litigieuse n'est pas relative à ce dernier (§§44-47).

La Cour ne va examiner cette première question qu'au regard des directives 92/85 et 76/207⁶⁹. Elle rappelle les finalités légitimes du congé de maternité.⁷⁰ Concernant la directive 92/85, elle s'applique pour les travailleuses salariées enceintes, accouchées ou allaitantes, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.⁷¹ Dès lors, le fait que le requérant, travailleur salarié, ne puisse bénéficier d'une allocation de maternité en raison du statut de travailleuse indépendante de la mère de son enfant et de sa non affiliation au régime public de sécurité sociale n'est pas contraire à cette directive (§§52-59).

Quant à la directive 76/207, la Cour constate une différence de traitement fondée sur le sexe entre les mère et père, travailleurs salariés, quant à la nature dérivée ou originaire du congé de maternité, sans se pencher explicitement au préalable sur la comparabilité des

⁶⁶ Et ce, même si la mère n'est pas une travailleuse salariée.

⁶⁷ Dir. (CE) n°96/34 du Conseil.

⁶⁸ Dir. (CEE) n°92/85 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.C.E.*, L 348, du 28 novembre 1992, p. 1.

⁶⁹ Et donc, pas à l'égard du principe de l'égalité de traitement pourtant mentionnée par la juridiction de renvoi.

⁷⁰ Le congé de maternité est conçu comme un moyen de protection de droit social, accordé en raison de la vulnérabilité des femmes en ces circonstances et dont les buts sont de protéger la condition biologique de la femme et des rapports particuliers entre la mère et son enfant (§§48-50).

⁷¹ Ainsi, lorsque les parents sont tous deux des travailleurs salariés, la législation nationale peut prévoir que le droit du père soit dérivé de celui de la mère quant au congé de maternité.

situations (§ 60). Est abordée ensuite la justification objective de cette mesure - mais nullement le contrôle de proportionnalité – de la protection de la grossesse et de la maternité (art. 2, § 3 de la dir.) à lire en corrélation des finalités légitimes susmentionnées. La Cour ne retient que la condition biologique de la femme. Aussi, pour les mêmes raisons que celles évoquées au paragraphe précédent *in fine*, la mère ne dispose pas d'un droit originaire relatif au congé de maternité, qu'elle ne peut *de facto* pas transmettre au père. Ainsi, cette mesure nationale n'est pas incompatible avec la directive précitée.

En conclusion, la mesure nationale n'est pas contraire aux réglementations susmentionnées.

§ 2. Pedro Manuel Roca Álvarez c. Sesa Start España ETT SA, C-104/09⁷²

1.1. Faits pertinents

Un père biologique, travailleur salarié, se voit refuser l'octroi par son employeur d'un congé d'allaitement en raison du statut de travailleuse indépendante de la mère de son enfant.

1.2. Questions juridiques

Au regard de l'article 13 CE (actuel art. 19, TFUE), des directives 76/207 et 2002/73, le principe d'égalité de traitement est-il violé par une mesure nationale réservant le congé d'allaitement à titre originaire à la mère, travailleuse salariée mais, de manière dérivée au père, travailleur salarié (et donc, uniquement si la mère est elle aussi travailleuse salariée) ?

1.3. Raisonement juridique de la Cour

La Cour commence par examiner la directive 76/207. C'est surtout sous l'angle des conditions de travail que la question va être traitée (art. 1, spéc. § 1^{er}, art. 2, § 1^{er} et art. 5, spéc. § 1^{er}) car le congé d'allaitement les affecte en effet (§§19-21).⁷³ Avant de constater la comparabilité des situations par rapport à la nécessité de diminuer le temps de travail

⁷² C.J.U.E., 30 septembre 2010 (Pedro Manuel Roca Alvarez c. Sesa Start Espana ETT SA), C-104/09, *Rec. C.J.U.E.*, 2010, I, p. 8661, concl. Av. gén. J. KOKOTT. K. ALIDADI, « Oog op de klok, deurknop in de hand : borstvoedingspauzes voor werkende moeders tussen accommodatiegedachte en barrièrevorming », *T.S.R.*, 2012, pp. 34-102, L. DRIGUEZ, « Egalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins. Commentaire n° 383 », note sous C.J.U.E., 30 septembre 2010 (Pedro Manuel Roca Alvarez c. Sesa Start Espana ETT SA), C-104/09, *Europe – Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, 2010, pp. 33-34, C. LEONE, « Towards a more shared parenthood ? The case of *Roca Alvarez* in context », *European Labour Law journal*, 2010, pp. 513-516, C. SCHURRER, « Condamnations de discriminations fondées sur le sexe à propos de congés parentaux », *Dalloz Actualité*, 25 octobre 2010, disponible sur <http://www.dalloz-actualite.fr> (consulté le 12 avril 2015).

⁷³ Le congé d'allaitement permet de s'absenter au cours de la journée de travail ou de réduire la durée de cette dernière et offre donc la possibilité aux femmes de conserver leur emploi en veillant sur leur enfant en même temps (§21). En ce sens, voy. les conclusions de l'Avocat général, § 41 (Concl. Av. gén. J. KOKOTT, 6 mai 2010, sous C.J.U.E., 30 septembre 2010 (Pedro Manuel Roca Alvarez c. Sesa Start Espana ETT SA), C-104/09, *Rec. C.J.U.E.*, 2010, I, p. 8661).

quotidien pour se consacrer à leur enfant, la juridiction observe une différence de traitement (cf. question juridique) sur la base du sexe entre les mère et père, travailleurs salariés quant à l'octroi du congé en cause. La fonction de parent n'est dès lors pas suffisante pour en bénéficier (§22-25). Deux justifications objectives sont analysées par la Cour. D'une part, la protection de la grossesse et de la maternité⁷⁴ (art. 2, § 3) n'a pas été retenue par la juridiction de l'Union car le congé d'allaitement, dans sa conception actuelle⁷⁵, est en réalité octroyé aux travailleurs salariés en leur qualité de parents (§§ 27-31). D'autre part, la promotion de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes et l'évolution vers une égalité substantielle en faveur des femmes dans les conditions de travail⁷⁶ (art. 2, § 4) sont contrecarrées par la mesure nationale. En effet, cette dernière perpétue une répartition traditionnelle des fonctions entre les femmes et les hommes, ces derniers ne disposant que d'un rôle secondaire par rapport aux premières dans l'exercice de leur statut de parent (§§32-38).⁷⁷ Sans se pencher sur la proportionnalité de la mesure nationale, la Cour conclut à son incompatibilité avec la directive susmentionnée.

Au regard des directives 2002/73 et 96/34, la juridiction européenne constate que la première ne peut être invoquée car les faits sont antérieurs à son champ d'application temporel. Quant à la seconde, elle n'est pas examinée faute de sa non invocation expresse par la juridiction de renvoi et d'informations précises sur le contenu du droit espagnol relatif au congé parental.

En conclusion, la mesure espagnole est incompatible avec la directive 76/207.

⁷⁴ Cette protection vise ainsi la condition biologique de la femme et les rapports spécifiques entre la mère et son enfant.

⁷⁵ En effet, aujourd'hui, ce congé constitue un moyen permettant de concilier vie familiale et vie professionnelle après le congé de maternité et donc d'accorder de l'attention à l'enfant ; ce congé pouvant être pris par la mère ou le père (sous certaines conditions).

⁷⁶ Via une diminution des inégalités de fait à l'égard des femmes.

⁷⁷ Dans des circonstances telles que celles en cause, une mère indépendante ne peut compter sur l'aide du père de son enfant, travailleur salarié, car ce dernier ne peut bénéficier d'un congé d'allaitement. Elle sera ainsi amenée à réduire son temps de travail pour veiller sur son enfant. En ce sens, voy. les conclusions de l'Avocat général J. KOKOTT, § 47. K. ALIDADI, "Borstevoedingspauzes voor mannen?", *De Juristenkrant*, 2010, n°218, p. 5 et A. TIMMER, "Mensenrechtenhof bindt strijd aan met gender stereotiepen", *De Juristenkrant*, 2012, p. 2.

Section 2. Analyse approfondie des arrêts

*2.1. Ces deux arrêts aboutissent à un résultat différent, alors que pourtant les faits semblaient très semblables. Selon vous, comment peut-on expliquer cette divergence?*⁷⁸

Pour répondre à la question posée, notre analyse se limitera à la directive 76/207. Le principe de non-discrimination est retenu dans chacune de ces deux affaires. La comparabilité des situations est effectuée dans Roca Alvarez (§ 24) – mais, pas de manière explicite dans Betriu Montull (§60) – mettant l’accent sur la nécessité de chacun des parents de restreindre son temps de travail pour s’occuper de son enfant.⁷⁹ S’agissant du traitement différencié fondé sur le sexe, il est constaté dans les deux affaires⁸⁰, mais dans l’arrêt C-104/09, il l’est tant sous l’angle de l’article 2, § 1^{er} que de l’article 5, § 1^{er} au regard des conditions de travail.⁸¹ Avant de nous pencher sur la justification objective, nous observons l’absence du contrôle de proportionnalité au sein de ces arrêts. Les deux premiers éléments (la comparabilité des situations et le traitement différencié) ont une incidence quant à la décision finale de la Cour.

La divergence entre les deux affaires s’explique surtout par les justifications objectives de la directive précitée qui ne sont pas reprises à l’identique dans chacun des cas. En effet, dans Betriu Montull (§§61-66), la Cour retient uniquement la protection de la grossesse et de la maternité (art. 2, § 3), qui est rejetée dans Roca Alvarez (§31). Si la protection de la condition biologique de la mère a été prise en compte dans la première, c’est en raison de la finalité poursuivie par la réglementation espagnole sur le congé de maternité. L’interprétation est donc stricte. Comme la mère est une travailleuse indépendante non affiliée à un régime public de sécurité sociale et que le champ d’application personnel du statut des travailleurs espagnol ne vise que les travailleurs salariés, ce texte n’est pas contraire à la directive. En revanche, dans la seconde affaire, la Cour estime que le congé d’allaitement, constituant aujourd’hui une mesure favorable à la conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale, se

⁷⁸ A titre liminaire, il peut s’avérer intéressant d’examiner les réglementations européennes en jeu dans ces deux affaires. La directive 92/85 a été analysée dans l’arrêt Betriu Montull, et non dans l’arrêt Roca Alvarez, car il s’agissait d’un congé de maternité. Concernant la directive 96/34, la Cour ne l’a retenue dans aucune de ces deux affaires en raison d’un manque de précisions sur le contenu de la réglementation nationale relative au congé parental. Quant à la directive 76/207, elle a été examinée dans les deux arrêts, mais de manière différente.

⁷⁹ En ce sens, par exemple, C.J.U.E., 19 mars 2002 (H. Lommers c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij), C-476/99, *Rec. C.J.U.E.*, 2002, I, p. 2891, § 30; C.J.U.E., 29 novembre 2001 (Joseph Griesmar c. Ministre de l’Economie, des Finances et de l’Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l’Etat et de la Décentralisation), C-366/99, *Rec. C.J.U.E.*, 2001, I, p. 9383, § 56.

⁸⁰ § 25 – Roca Alvarez et § 60 – Betriu Montull.

⁸¹ L’application de la dernière disposition est évoquée dans le rappel des principes de la directive 76/207, § 20.

rapporte plutôt à la fonction parentale⁸² et est donc détaché du fait biologique proprement dit. Ainsi, cette justification ne peut être retenue (§§ 27-31).

Dans l'arrêt Roca Alvarez, la Cour examine une seconde justification objective, visée à l'article 2, § 4 (§§32-39).⁸³ C'est ce but légitime qui va permettre à la Cour d'invalidier la réglementation espagnole. En effet, cette dernière contribue au maintien d'une conception patriarcale des rôles des hommes et des femmes et plus spécifiquement, des pères et des mères (cf. *supra* : raisonnement juridique de la Cour) et empêche la réalisation de l'objectif d'égalité substantielle des femmes vis-à-vis des hommes, poursuivi par la directive.

En conclusion, la divergence de résultats provient des approches distinctes poursuivies par la Cour dans ces deux affaires. En effet, dans Betriu Montull, la C.J.U.E. se cantonne à un examen de la finalité « biologique » du congé de maternité, privilégiant une approche moniste, alors qu'elle adopte une position plus progressiste, fonctionnelle, dans l'arrêt Roca Alvarez à l'égard de l'évolution de la conception du congé d'allaitement et des conditions de travail. Il nous semble pourtant que ces deux types de congé visant le même objectif requièrent une analyse identique, en phase avec la réalité sociale, telle qu'exprimée dans la seconde décision.

2.2.Si selon vous, les deux solutions sont incohérentes, quelle solution vous semble la plus correcte juridiquement au regard de l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe?

Le raisonnement tenu par la Cour de justice dans l'arrêt Roca Alvarez nous semble plus conforme du point de vue juridique sous l'angle du principe de non-discrimination sur la base du sexe et cohérent par rapport à l'égalité entre les hommes et les femmes.^{84 85} En effet, la

⁸² Or, dans la réglementation espagnole, la qualité de parent n'est pas suffisante pour obtenir un tel congé (§ 23, *in fine*).

⁸³ « [...] 4. La présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1er paragraphe 1. »

⁸⁴ Art. 2 et 3, § 2, TCE (applicable au moment de l'introduction de la demande par la juridiction de renvoi à la Cour) et art. 2, TUE, art. 8 et 157, TFUE, art. 20-23, Charte de l'Union (applicable au moment où l'avocat général rend ses conclusions (6 mai 2010) et où la Cour rend sa décision (30 septembre 2010). Pour rappel, le Traité de Lisbonne est entré en vigueur, conformément à l'art. 54, TUE, le 1^{er} décembre 2009. (http://ec.europa.eu/news/eu_explained/091201_fr.htm, consulté le 12 avril 2015). Sur la Charte, E. ELLIS and P. WATSON, *op. cit.*, pp. 117-122.

⁸⁵ Par ailleurs, la Commission européenne estimait que les conclusions de la Cour rendues dans l'arrêt Roca Alvarez étaient applicables à l'affaire Betriu Montull (§ 47 des conclusions de l'avocat général dans l'arrêt C-5/12, M. WATHELET). L'avocat général Wathelet se prononce aussi dans ce sens (§§67-80 de ses conclusions), Concl. Av. gén., M. WATHELET, 11 avril 2013, sous C.J.U.E., 19 septembre 2013 (Marc Betriu Montull c. Instituto Nacional de la Seguridad Social), C-5/12, ECLI: ECLI:EU:C:2013:230.

structure de raisonnement pour le premier principe est respectée si ce n'est l'absence de contrôle de la proportionnalité de la mesure nationale.

Même si les deux premières étapes du raisonnement sont inversées⁸⁶, la Cour constate la comparabilité des situations au regard de la nécessité des père et mère quant au soin à apporter à leur enfant (§ 24), ce qui induit déjà une conception plus contemporaine et requise de l'égalité répartition des fonctions parentales.⁸⁷ Ensuite, la différence de traitement fondée sur le sexe (motif prohibé aux articles 2, § 1^{er} et 5, §1^{er}, dir. 76/207) est établie car les hommes et les femmes, travailleurs salariés, ne bénéficient pas du congé d'allaitement au même titre : de manière dérivée, pour les premiers et à titre originaire, pour les secondes. Le fait d'être parent ne suffit pas (§ 23). Or, dans l'examen de la justification objective (cf. *supra* : examen détaillé dans la question 2.1.), c'est justement le rapprochement du congé en cause du rôle parental⁸⁸ qui va permettre à la Cour de conclure à la contrariété de la mesure espagnole avec la directive 79/207 et le but d'égalité substantielle vis-à-vis des femmes (§ 26-39).

2.3. Dans Betriu, la Cour refuse d'examiner la discrimination alléguée entre père biologique et père adoptif au motif que cette discrimination n'est pas prohibée par le droit de l'Union. Êtes-vous d'accord avec cette affirmation? Expliquez votre réponse.

Pour rappel, le principe de non-discrimination est un principe écrit. Dès lors, en cas d'absence de mention expresse du motif prohibé, ce principe ne peut être violé. En raison de la date de la survenance des faits dans cette affaire, il est vrai comme l'affirment la Cour (§§ 71-73) ainsi que l'avocat général WATHELET en ses conclusions (§§ 82-86), qu'aucun texte ne peut être invoqué pour protéger le père biologique, victime d'une différence de traitement à l'égard du père adoptif, quant au congé de maternité.⁸⁹ S'agissant de la directive 2000/78, elle ne comprend pas ce type de discrimination parmi celles qu'elle vise (art. 1^{er}). Quant à la directive 92/85, elle mentionne dans son article 1^{er} les travailleuses enceintes, accouchées et

⁸⁶ Il convient d'abord d'examiner la comparabilité des situations avant de se prononcer sur la différence de traitement.

⁸⁷ Ainsi, les femmes peuvent se consacrer au même titre que les hommes à leur carrière professionnelle (§§37-38 de l'arrêt et §§ 47 et s. des conclusions de l'avocat général J. KOKOTT).

⁸⁸ Comme l'affirme K. ALIDADI, le congé d'allaitement en droit espagnol est en réalité un "congé parental déguisé" pouvant être pris par chacun des deux parents alors que dans d'autres Etats membres de l'Union, le congé d'allaitement est reconnu uniquement pour les travailleuses qui allaitent leur enfant. (K. ALIDADI, "Borstevoedingspauzes ...", *op. cit.*, p. 4).

⁸⁹ A titre informatif, précisons qu'il n'existe pour l'heure aucun droit au congé de paternité en droit de l'Union européenne. C. BOULANGER, *Les congés dans les secteurs public et privé au regard du droit européen*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 127-128.

allaitantes ; ce qui exclut *de facto* les travailleurs masculins.⁹⁰ La directive 76/207, certes, vise les deux genres, toutefois, la discrimination invoquée existe entre des hommes actifs professionnellement.

Si la juridiction de renvoi avait fourni davantage de précisions quant au contenu du droit espagnol en matière de congé parental, la Cour aurait pu retenir l'application de la directive 96/34.⁹¹ Notons que le congé parental se distingue du congé de maternité. Toutefois, dans une approche fonctionnelle, ces deux types de congé peuvent se recouper.

Cette réglementation (dir. 96/34) prescrit en sa clause n°2, § 1^{er} qu' « [...] **un droit individuel à un congé parental est accordé aux travailleurs, hommes et femmes, en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, pour pouvoir s'occuper de cet enfant pendant au moins trois mois jusqu'à un âge déterminé pouvant aller jusqu'à huit ans, à définir par les États membres et/ou les partenaires sociaux** [Nous soulignons] ». Le principe de non-discrimination est, selon nous, exprimé en quelque sorte de manière affirmative. Ainsi, tant le travailleur, père biologique (premier groupe) que le travailleur, père adoptif (second groupe) disposent, de manière égale, d'un droit individuel originaire, au congé parental. Aussi, le § 3 de cette clause accorde aux Etats membres la faculté de déterminer les conditions d'accès et les modalités d'application du congé parental, sous réserve du respect des prescriptions minimales de la directive. Dès lors qu'ils sont traités différemment par la réglementation nationale⁹² alors qu'ils sont tous deux dans des situations comparables⁹³, sans justification objective⁹⁴ et que les moyens pour atteindre le but poursuivi ne sont pas appropriés et nécessaires⁹⁵, le père biologique est victime d'une discrimination. De fait, la réglementation

⁹⁰ Ils ne constituent par ailleurs pas un groupe à risque en raison de leur vulnérabilité, au sens des considérants 8 et 14 de la directive 92/85.

⁹¹ C. BOULANGER, *op. cit.*, pp. 139-144.

⁹² En droit espagnol, le père adoptif, travailleur salarié, est titulaire d'un droit originaire au congé de maternité alors que le père biologique, travailleur salarié, ne détient qu'un droit, au même congé, dérivé de celui de la mère de son enfant. Ainsi, si la mère n'est pas une travailleuse salariée et n'est pas affiliée au régime public de sécurité sociale, le père biologique salarié ne peut bénéficier dudit congé.

⁹³ Ils sont tous deux travailleurs salariés et en vertu des circonstances de l'espèce, la mère de leur enfant serait une travailleuse indépendante non affiliée au régime public de sécurité sociale.

⁹⁴ Dans cet arrêt, c'est la condition biologique de la mère de l'enfant qui justifie la différence de traitement entre les père et mère (cf. *supra*, *a contrario* le raisonnement tenu par la Cour dans l'arrêt Roca Alvarez). Toutefois, nous ne voyons pas de raison objective justifiant cette différence de traitement entre ces deux "types" de pères. En effet, les pères, qu'ils soient biologiques ou adoptifs, remplissent la même fonction auprès de leur enfant, c'est-à-dire veiller sur lui, quitte à réduire leur temps de travail quotidien si nécessaire.

⁹⁵ Si la Cour n'évoque pas le test de proportionnalité, nous pouvons affirmer que si toutefois, la Cour retenait une quelconque justification objective, la mesure pourrait éventuellement passer le test d'aptitude mais échouerait à celui de la nécessité (une autre mesure moins attentatoire et tout aussi efficace pourrait être trouvée).

espagnole, telle qu'applicable *rationae temporis* au cas d'espèce⁹⁶, va au-delà de ce qui est prescrit au § 3 de la clause n°2 et est contraire au principe de non-discrimination entre le père biologique et le père adoptif.

2.4. Pensez-vous que l'allégation formulée aurait pu être examinée sous l'angle d'une violation du principe d'égalité de traitement? Ou du principe d'égalité? Expliquez votre réponse.

A défaut de texte au niveau de l'Union européenne – le sexe ne pouvant être retenu comme motif prohibé dans cette hypothèse –, le principe de l'égalité de traitement permet toutefois de protéger la victime d'une différence de traitement car ce principe est non écrit. Au sein du groupe composé de pères, les pères biologiques sont traités différemment, quant au congé de maternité, par rapport aux pères adoptifs alors qu'ils sont placés dans une situation comparable (cf. *supra*). Il nous semble qu'aucun motif légitime, pour cette différence de traitement, ne puisse être retenu et même, si tel était le cas, la mesure nationale ne pourrait, à notre estime, pas être considérée proportionnée.⁹⁷

Si le principe de l'égalité⁹⁸ était amené à s'appliquer, il pourrait intervenir dans la mesure où l'article 14 de la Constitution espagnole le consacre.⁹⁹ Ainsi, chacun des deux groupes de travailleurs masculins se distinguant par le caractère de la parenté (biologique ou adoptive) doit être traité de la même manière en situation comparable. Or, tel n'est pas le cas ici (cf. *supra*). Précisons que n'importe quel motif ou caractéristique personnelle peut être pris en considération, l'interdiction de discriminer étant générale.

⁹⁶ En effet, la disposition litigieuse du statut des travailleurs a été modifiée afin de garantir l'égalité substantielle entre les hommes et les femmes.

⁹⁷ L'Institut national de sécurité sociale retient l'argument suivant, mentionné au § 39 des conclusions de l'avocat général M. WATHELET : « [...] la différence de traitement entre les pères salariés, selon qu'ils sont pères adoptifs ou biologiques, **est parfaitement justifiée** étant donné que, dans le cas d'une **parenté biologique**, il est raisonnable que le droit soit **exclusivement prévu pour la mère qui doit pouvoir se rétablir de la grossesse et de l'accouchement**, alors que la suspension du contrat pour cause d'**adoption** ou d'accueil aurait pour finalité de faciliter l'intégration harmonieuse du nouvel enfant dans la cellule familiale, ce qui concerne **indistinctement le père ou la mère**. [Nous soulignons] ». Quant au gouvernement espagnol, il invoque la clause n°2, § 3, c) de la directive 96/34 qui laisse une marge de manœuvre aux Etats membres quant aux conditions d'accès et d'application du congé parental en cas d'adoption (§41 des concl. de l'Av. gén.).

⁹⁸ Cf. *supra* : introduction pour sa définition. D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination ...*, op. cit., pp. 562-563.

⁹⁹ « **Les Espagnols sont égaux devant la loi, sans aucune discrimination fondée sur la naissance, la race, le sexe, la religion, l'opinion ou sur tout autre situation ou circonstance personnelle ou sociale.** [Nous soulignons] ». La Charte de l'Union européenne (Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, J.O.U.E., C 326, du 26 octobre 2012, p. 391), même si elle consacre textuellement ce principe à l'article 20, vis en réalité le principe de l'égalité de traitement. (D. MARTIN, "Sur la discrimination et la hiérarchie ...", op. cit., pp. 19-21).

CHAPITRE 4. Z. / A GOVERNMENT DEPARTMENT AND THE BOARD OF MANAGEMENT OF A COMMUNITY SCHOOL, C-363/12 ET C. D. / S.T., C-167/12¹⁰⁰

Section 1. Analyse générale des arrêts

§ 1.Z. / A Government Department and the Board of Management of a Community School, C-363/12¹⁰¹

1.1. Faits pertinents¹⁰²

En vertu d'une convention de gestation pour autrui (ci-après GPA), non réglementée mais acceptée en Irlande, une mère commanditaire, Madame Z., présentant un lien génétique avec l'enfant, n'ayant pas d'utérus (et n'ayant donc pu être enceinte) et n'ayant pas allaité l'enfant,¹⁰³ est en litige avec son employeur au sujet de l'octroi d'un congé payé équivalent à un congé de maternité ou d'adoption après la naissance de l'enfant. Au final, la mère d'intention n'a eu droit ni à l'un ni à l'autre, même si son employeur était prêt à lui accorder un congé parental. Cette femme se plaignait de discrimination en raison du sexe, du statut

¹⁰⁰ A. BOUJEKA, "La gestation pour autrui et le handicap confrontés au principe de non-discrimination en droit de l'Union", *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 1811-1815, M. COUSINS, "Surrogacy leave and EU law", *21 MJ* 2, 2014, pp. 476-486, J. HAUSER, « Gestation pour autrui : le droit social est-il finalement plus important que le droit civil ou dis-moi qui est ta mère ? », *R.T.D. Civ.*, 2013, pp. 828 et s., L. MARKEY, *op. cit.*, pp. 156-169, F. MONÉGER, "Gestation pour autrui, congé de maternité et handicap", *R.D.S.S.*, 2014, pp. 478 et s., S. ROBIN-OLIVIER, "Congé parental, congé de maternité, congé d'adoption : le droit social européen de la famille est en construction", *R.T.D. Eur.*, 2014, pp. 513 et s., D. SIMON, "Droits fondamentaux. Gestation pour autrui, Commentaire n° 187", note sous C.J.U.E., 18 mars 2014 (Z. c. A Government Department and the Board of Management of a community school), C-363/12, *Europe – revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, 2014, pp. 14-15, S. VAN DAMME, Commentaire sous C.J.U.E., 18 mars 2014 (C.D. c. S.T.), C-167/12 et C.J.U.E., 18 mars 2014 (Z. c. A Government Department and the Board of Management of a community school), C-363/12, *R. W.*, 2014-2015, pp. 796-797, I. VAN HIEL, « Moederschapsverlof vereist zwangerschap en bevalling », *Juristenkrant*, 2014, pp. 4-5.

¹⁰¹ C.J.U.E., 18 mars 2014 (Z. c. A Government Department and the Board of Management of a community school), C-363/12, ECLI:EU:C:2014:159, concl. Av. gén. N. WAHL. P. GOSSERIES, "Discrimination suite au refus d'accorder un congé payé à une mère commanditaire ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse?", note sous C.J.U.E., 18 mars 2014 (Z. c. A Government Department and the Board of Management of a community school), C-363/12, *J.T.T.*, 2014, pp. 219-220, S. VAN DAMME et D. CUYPERS, "Rechten van wensmoeders", *S.E.W.*, 2015, pp. 47-51.

¹⁰² Les faits de l'affaire sont détaillés en raison de leur importance pratique dans la détermination des directives applicables.

¹⁰³ Cette mère commanditaire présente un lien génétique avec l'enfant. En effet, la mère commanditaire a subi un traitement de fécondation *in vitro* en Irlande. Le transfert des ovules, fécondés par les gamètes du mari, a ensuite été effectué dans l'utérus de la mère porteuse en Californie. A cause d'une affection rare, elle n'a pas d'utérus. Par ailleurs, par sa jurisprudence Mayr (C.J.U.E., 26 février 2008 (Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG), C-506/06, *Rec. C.J.U.E.*, 2008, I, p. 1017), la C.J.U.E. affirme que la grossesse doit avoir débuté pour bénéficier de la protection de la directive 92/85. L'état de grossesse, au sens de cette réglementation, est définie comme correspondant au « moment à partir duquel l'ovocyte fécondé s'est implanté dans l'utérus de la femme. » Ainsi, c'est « la nidation qui est le point de départ de la période de protection et non la fécondation de l'ovocyte et ce, par sécurité juridique. » Même si la directive 92/85 n'est pas applicable, la directive 2006/54 peut être invoquée afin de tenter de protéger la mère commanditaire. (C. BOULANGER, *op. cit.*, p. 114, L. MARKEY, *op. cit.*, pp. 156-169).

familial et du handicap¹⁰⁴ et d'absence d'aménagement raisonnable par son employeur. Les parents commanditaires détiennent l'autorité parentale par l'acte de naissance californien et ont la garde de l'enfant.

1.2. Questions juridiques

Au regard de la directive 2006/54, et de ses articles 4, 14 et 16, le refus par un employeur d'accorder un congé payé équivalent à un congé de maternité (art. 4 et 14) ou d'adoption (art. 16) à une mère commanditaire, travailleuse, est-il constitutif d'une discrimination fondée sur le sexe ? Si tel n'est pas le cas, cette réglementation européenne est-elle compatible avec certaines dispositions du droit primaire ?¹⁰⁵

1.3. Raisonement juridique de la Cour

Au regard de la directive 2006/54, la Cour examine d'une part, le congé de maternité et d'autre part, le congé d'adoption. S'agissant du premier (art. 4 et 14 lus en combinaison de l'article 2, § 1^{er}, a) et b) et, § 2, c)), il n'existe pas de discrimination directe entre les mères commanditaires et les pères d'intention, chacun d'eux étant travailleurs.¹⁰⁶ Aussi, les mères d'intention, travailleuses, ne sont pas non plus victimes d'une discrimination indirecte. En effet, elles ne sont pas désavantagées particulièrement par rapport aux travailleurs par le refus de l'employeur (d'accorder ledit congé).¹⁰⁷ Par ailleurs, les mères commanditaires ne sont pas traitées de manière moins favorable quant à leur grossesse et à la prise d'un congé de maternité du fait respectivement, qu'elles n'ont jamais été enceintes et que les Etats membres ne sont pas obligés d'accorder ce type de congé.¹⁰⁸ Dès lors, les mères commanditaires ne sont pas victimes de discrimination en raison du sexe.

Concernant le congé d'adoption, l'article 16 et le considérant 27 prescrivent que les Etats membres sont libres de prévoir ou non un tel congé et ses conditions d'application, dans le cadre d'un licenciement ou de la reprise du travail.¹⁰⁹ Or, l'octroi de ce congé à une mère

¹⁰⁴ Nous n'examinons pas la discrimination fondée sur le handicap car elle ne fait pas l'objet de ce mémoire.

¹⁰⁵ A savoir, les articles 3, TUE, 8 et 157 TFUE et 21, 23, 33 et 34 de la Charte de l'UE.

¹⁰⁶ De fait, ils sont traités de la même manière dans une situation comparable : aucun d'eux n'a droit à un congé payé de maternité ou à un équivalent. (art. 14 et art. 2, § 1^{er}, a)) En ce sens, § 63 des concl. Av. gén. N. WAHL, 26 septembre 2013, sous C.J.U.E., 18 mars 2014 (Z. c. A Government Department and the Board of Management of a community school), C-363/12, ECLI:EU:C:2013:604.

¹⁰⁷ Art. 14 et art. 2, § 1^{er}, b). Aucun élément du dossier ne permet de démontrer le contraire. Par ailleurs, cela ne change rien que la mère d'intention veille aux besoins de l'enfant depuis sa naissance.

¹⁰⁸ Art. 14 et art. 2, § 2, c) de la dir. 2006/54 renvoyant à la directive 92/85. La directive 92/85 étant d'harmonisation minimale, les Etats de l'Union peuvent toutefois offrir une protection plus favorable, notamment à l'égard des mères commanditaires.

¹⁰⁹ Seule la protection du licenciement et de la reprise de travail est visée par cette disposition.

commanditaire ne relève pas du champ d'application de la directive. Au vu de ces réponses, la Cour n'examine pas la validité de cette réglementation.

Notons que la Cour, dans son analyse de la directive 2006/54, n'a nullement vérifié la justification objective et la proportionnalité de la mesure nationale comme elle a conclu à l'absence de discrimination d'un côté, et de la non application des dispositions de la directive relatives au congé d'adoption, de l'autre.

§ 2.C. D. / S.T., C-167/12¹¹⁰

1.1.Faits pertinents

A la suite de la conclusion d'une convention de GPA, réglementée par le droit britannique, une mère commanditaire, Madame D., n'ayant aucun lien génétique avec l'enfant¹¹¹, n'ayant jamais été enceinte, mais l'allaitant, se trouve en litige avec son employeur à propos de l'octroi d'un congé payé après la naissance de l'enfant. Elle a finalement obtenu un congé payé d'adoption, mais pas de maternité. Les parents commanditaires sont titulaires de l'autorité parentale à la suite d'une décision judiciaire.

1.2.Questions juridiques

Tout d'abord, au regard de la directive 92/85, une mère commanditaire peut-elle se voir accorder un congé de maternité (art. 8) lorsqu'elle est susceptible d'allaiter l'enfant après sa naissance ou quand elle l'allaité réellement ?

Ensuite, sous l'angle de la directive 2006/54 (art. 14 joint à l'art. 2, §1^{er}, a) et b) et § 2, c)), le refus par l'employeur d'octroyer un congé de maternité à une mère commanditaire est-il constitutif d'une discrimination en raison du sexe ?

Enfin, d'une part, en cas de réponse affirmative à la deuxième question, le statut de mère commanditaire est-il suffisant pour l'obtention d'un congé de maternité en vertu de la relation qu'elle entretient avec la mère porteuse ? D'autre part, si la réponse aux deux premières

¹¹⁰ C.J.U.E., 18 mars 2014 (C.D. c. S.T.), C-167/12, *J.O.U.E.*, C 142, du 12 mai 2014, p. 6, concl. Av. gén. J. KOKOTT. Les faits de l'affaire sont détaillés en raison de leur importance pratique dans la détermination des directives applicables. O. LENAERTS, « Surrogaatmoeders en rechtvaardigheid », *Juristenkrant*, 2014, p. 13, H. ROBERGE, « Gestation pour autrui : une convention de mère porteuse n'ouvre pas le droit au congé de maternité à la mère commanditaire », *A.J. Famille*, 2014, pp. 310 et s..

¹¹¹ Toutefois, le père commanditaire a fourni ses propres gamètes. Notons que l'exécution de la convention de GPA a eu lieu au Royaume-Uni (la mère porteuse se trouvant dans cet Etat), contrairement à la première affaire où les mères d'intention et porteuse se trouvaient dans des Etats différents.

questions est positive, les directives 92/85 et 2006/54, dans les dispositions en cause, sont-elles d'effet direct ?

1.3. Raisonement juridique de la Cour¹¹²

En premier lieu, sous l'angle de la directive 92/85¹¹³, la Cour rappelle les objectifs de cette réglementation.¹¹⁴ Selon la C.J.U.E., une mère commanditaire, n'ayant jamais été enceinte et n'ayant pas accouché, ne se trouve pas dans le champ d'application de l'article 8¹¹⁵ et ce, même en cas d'allaitement potentiel ou effectif de l'enfant par cette femme. D'ailleurs, cette disposition n'oblige nullement les Etats membres à lui octroyer ce congé. Cette directive étant d'harmonisation minimale, les Etats de l'Union peuvent toutefois offrir une protection plus favorable, notamment à l'égard des mères commanditaires (§§28-43).

En second lieu, au regard de la directive 2006/54, nous renvoyons au développement rendu à ce sujet à propos du congé de maternité dans l'arrêt C-363/12. La Cour a en effet tenu le même raisonnement (§44-55).

Section 2. Analyse approfondie des arrêts

§ 1.Z. / A Government Department and the Board of Management of a Community School, C-363/12

2.1. Etes-vous d'accord avec la conclusion de la Cour sur l'absence d'un droit au congé de maternité? Si oui, quel argument vous semble le plus convaincant? Si non, détaillez l'argument ou les arguments qui, selon vous, justifieraient qu'un droit au congé de maternité soit reconnu. Et dans ce cas, selon vous le droit au congé de maternité découlerait plutôt de la DIR 92/85 ou de la DIR 2006/54 ?

Dans cet arrêt, la Cour se fonde sur la directive 2006/54 pour conclure à l'absence d'un droit au congé de maternité dans le chef de la mère commanditaire. Cette réglementation a pour objet de garantir la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail (art. 1^{er}). Aussi, le motif prohibé retenu est celui du sexe. Dès lors, la mère commanditaire ne peut, selon

¹¹² La Cour n'examine pas la troisième question au vu des réponses données aux deux premières.

¹¹³ Art. 1^{er} de la directive et article 8 qui fait référence de manière expresse à l'accouchement (§ 35).

¹¹⁴ Cette réglementation vise à protéger en droit social, par le biais du congé de maternité, la condition biologique de la femme (au cours de et après sa grossesse) ainsi que les rapports particuliers entre la femme et son enfant postérieurement à la grossesse et à l'accouchement.

¹¹⁵ L'article 8 présuppose que la travailleuse ait été enceinte et ait accouché.

nous, invoquer cette directive pour obtenir un quelconque congé de maternité.¹¹⁶ En raison de l'objectif même de cette réglementation, il va de soi qu'il convient de comparer les mères commanditaires avec les pères d'intention, chacun d'eux étant des travailleurs et ayant recouru à une convention de GPA. Nous partageons l'avis de la Cour quant à l'absence de discrimination fondée sur le sexe au regard de l'article 2, § 1^{er}, a) et b) et § 2 ; c) joint aux articles 4 et 14 (cf. *supra* : raisonnement de la Cour exprimé au §§ 51-60).

Toutefois, si un congé de maternité pouvait être accordé à une mère commanditaire, il pourrait l'être en vertu de la directive 92/85.¹¹⁷ En effet, la finalité de cette réglementation consiste à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (art. 1^{er}). Une mère commanditaire pourrait être intégrée dans le champ d'application *rationae personae* pour autant qu'elle allaite l'enfant (art. 2, spéc. c)). Tel est le cas de M^{me} D. dans l'arrêt C-167/12, mais pas de M^{me} Z., dans l'affaire C-363/12 présentement examinée, même si elle présente un lien génétique avec l'enfant, si on s'en tient à une interprétation littérale de l'article 2 de la directive susmentionnée. Cependant, il nous semble un peu problématique et paradoxal d'effectuer une différence de traitement entre des mères commanditaires en fonction de l'allaitement ou non de l'enfant surtout lorsqu'un lien génétique avec ce dernier existe (cas de M^{me} Z.). En effet, si un tel lien est présent, un congé de maternité ne peut toutefois être accordé si la mère commanditaire n'allait pas l'enfant alors que même si ce lien est absent mais, que la mère commanditaire allaite l'enfant, elle peut bénéficier de ce congé (cas de M^{me} D.). Comment justifier une telle différence de traitement ? Difficile, selon nous, surtout lorsqu'un lien génétique avec l'enfant existe. Une piste est peut-être celle avancée par J. KOKOTT dans ses conclusions¹¹⁸ rendues dans l'affaire C-167/12 (cf. *infra*).

2.2. Compte tenu de l'objectif du congé de maternité tel que reconnu par la jurisprudence de la Cour, serait-il envisageable, selon vous, que le congé de maternité soit, en pareil cas, divisé entre la mère porteuse et la mère biologique? Expliquez votre réponse.

Pour rappel, le congé de maternité a pour finalité de protéger la condition biologique de la femme (au cours de et après sa grossesse) ainsi que les rapports particuliers entre la femme et

¹¹⁶ Notre opinion va donc dans le même sens que celles rendues par les avocats généraux : N. WAHL dans l'arrêt C-363/12 (§§54-64) et J. KOKOTT dans l'arrêt C-167/12 (§§83-88) et de la Cour (§§ 47-60).

¹¹⁷ Nous abordons plus en détails cette question dans la deuxième question.

¹¹⁸ Concl. Av. gén. J. KOKOTT, 26 septembre 2013, sous C.J.U.E., 18 mars 2014 (C.D. c. S.T.), C-167/12, ECLI:EU:C:2013:600.

son enfant postérieurement à la grossesse et à l'accouchement.¹¹⁹ Au vu de ces objectifs, il nous semble concevable par le biais d'une interprétation fonctionnelle¹²⁰ que ce congé puisse être réparti entre la mère porteuse et la mère biologique¹²¹ (en effet, ici la mère commanditaire a un lien génétique avec l'enfant)¹²². Par ailleurs, un partage du congé de maternité existe déjà entre la mère biologique et le père biologique si la mère y consent¹²³ ; ce congé peut éventuellement être accordé à la mère adoptive¹²⁴. Notre position se situe entre l'approche « progressiste » et fonctionnelle de l'Avocat général J. KOKOTT (C-167/12) et celle plus « classique » et systématique de l'avocat général N. WALH (C-363/12).

En effet, tout comme N. WAHL (§§ 120-121)¹²⁵, nous estimons qu'il convient de respecter la répartition des rôles entre le législateur et le juge au vu des enjeux sensibles de la GPA et l'absence de consensus des Etats membres sur cette problématique.¹²⁶ Il revient aux Etats membres et/ou au législateur européen d'adopter une réglementation pour accorder un congé de maternité ou d'adoption ou bien encore, un congé spécifique à la mère commanditaire, voire éventuellement aux parents d'intention.¹²⁷ La piste avancée par J. KOKOTT sur le

¹¹⁹ Comme cette jurisprudence n'est pas mentionnée dans l'arrêt C-363/12, nous avons consulté les §§ 28-43 de l'arrêt C-167/12 relatifs à l'analyse de la directive 92/85.

¹²⁰ Une telle approche a d'ailleurs été suivie par la Cour dans l'arrêt Roca Alvarez (C-104/09), §§36-39, où elle a conclu qu'un père biologique, travailleur salarié, doit pouvoir bénéficier d'un droit originaire quant à l'octroi d'un congé d'allaitement. Remarquons que l'Avocat général dans cette affaire n'est autre que J. KOKOTT, qui encourageait une telle conception au §§ 47 et s de l'arrêt précité.

¹²¹ Avant la naissance, en raison de la protection "biologique", pour la mère porteuse et après la naissance, en raison de la protection "relationnelle", pour la mère commanditaire.

¹²² La maternité biologique suppose un lien génétique avec l'enfant, dès lors, M^{me} D n'en présentant pas ne pourrait pas bénéficier d'une partie de ce congé de maternité. Pourquoi, dès lors, ne pas plutôt répartir ce congé entre la mère commanditaire et la mère porteuse, comme le propose l'Avocat général J. KOKOTT?

¹²³ Arrêts Betriu Montull (C-5/12) et Roca Alvarez (C-104/09), cf. *supra*.

¹²⁴ Cour eur. D.H., arrêt Topčić-Rosenberg c. Croatie, du 14 novembre 2013, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 19 avril 2015), cf. *infra*.

¹²⁵ Par ailleurs, la directive 92/85 est d'harmonisation minimale. Donc, les Etats membres peuvent établir des mesures législatives spécifiques en matière de GPA.

¹²⁶ En ce sens, D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination ...*, op. cit., not. pp. 528-529, D. MARTIN, "Sur la discrimination et la hiérarchie ...", op. cit., pp. 22-32.

¹²⁷ Ce serait alors une évolution du congé de maternité vers un congé parental au vu de leur finalité commune (accorder du temps et des soins à l'enfant), qui relève de la directive 2010/18 du 8 mars 2010, qui abroge la directive 96/34. La clause n°2 énonce ceci en son § 1er : "*En vertu du présent accord, un droit individuel à un congé parental est accordé aux travailleurs, hommes ou femmes, en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, de manière à leur permettre de prendre soin de cet enfant jusqu'à ce qu'il atteigne un âge déterminé pouvant aller jusqu'à huit ans, à définir par les Etats membres et/ou les partenaires sociaux.* [Nous soulignons] » Seuls les parents biologiques ou adoptifs sont concernés par cette directive. Quid des parents commanditaires ? Si un lien génétique existe avec l'enfant, comme c'est le cas des pères commanditaires dans les arrêts C-167/12 et 363/12 et/ou de la mère commanditaire dans l'affaire irlandaise, ils pourraient bénéficier d'un tel congé. Toutefois, la mère commanditaire britannique n'y aurait pas droit. Au regard de la finalité de cette réglementation, à savoir la protection de l'enfant, ce congé parental pourrait éventuellement être accordé aux personnes présentant un lien affectif avec l'enfant. Précisons que l'article 24, § 3 de la Charte de l'Union protège d'ailleurs cet aspect. Il reste à voir le choix que les Etats membres opéreront dans cette problématique juridique au vu du degré d'harmonisation minimale de la directive 2010/18. (C. BOULANGER, op. cit., pp. 139-144.)

démembrement du congé de maternité entre la mère porteuse et la mère biologique peut être retenue par les législateurs nationaux et/ou européen.

J. KOKOTT tient la proposition suivante : « *Dans une situation comme celle de la procédure au principal, **une mère commanditaire, qui a obtenu un enfant dans le cadre d'une convention de gestation pour autrui, a droit, à tout le moins, à un congé de maternité, après la naissance de l'enfant conformément aux articles 2 et 8 de la directive 92/85/CEE [...], si elle prend la garde de l'enfant après sa naissance, si la gestation pour autrui est légale dans l'État membre en cause et si les conditions de cet État sont remplies, même si la mère commanditaire n'allait pas dans les faits l'enfant après la naissance.*** [...] [Nous soulignons] » (§ 76).

Nous émettons quelques commentaires sur cette suggestion. Les deuxième et troisième conditions¹²⁸ pour l'octroi d'un congé de maternité à la mère commanditaire sont primordiales selon nous. Ainsi, dans le cas britannique (C-167/12), réglementant la GPA, nous sommes d'avis que la législation de cet Etat doit prévoir un congé payé, quel qu'il soit, pour la mère commanditaire¹²⁹ alors que dans l'arrêt irlandais (C-363/12), n'ayant pas de législation sur cette pratique, même si elle y est acceptée, cet Etat ne doit pas être tenu par la même obligation.¹³⁰

Concernant l'allaitement par la mère commanditaire, J. KOKOTT ne l'exige pas comme condition pour l'application de la directive 92/85 en raison du caractère secondaire que représente ce fait biologique (§ 61).¹³¹ L'essentiel du congé de maternité, pour cet Avocat général, consiste ainsi à protéger les rapports particuliers entre la mère et l'enfant au cours de la période suivant la naissance.¹³² Cette affirmation nous semble correcte dans la mesure où elle correspond à la réalité de notre société contemporaine marquée par les progrès de la

¹²⁸ « [...] *si la gestation pour autrui est légale dans l'État membre en cause et si les conditions de cet État sont remplies* [...] ».

¹²⁹ Et ainsi, ne pas laisser l'employeur décider discrétionnairement au risque de créer de l'insécurité et de l'imprévisibilité juridiques outre, une différence de traitement entre les citoyens placés dans une situation comparable (comme c'était le cas ici, § 23).

¹³⁰ En ce sens, § 63 des conclusions de J. KOKOTT : « [...] *Si un État membre reconnaît la gestation pour autrui et ainsi la répartition fonctionnelle du rôle de mère entre deux femmes, il doit en tirer les conséquences qui s'imposent et reconnaître à la mère commanditaire les droits qui y correspondent en ce qui concerne le congé de maternité.* » Le § 67 exprime la même idée.

¹³¹ Dans certains Etats membres, comme l'Espagne, le congé d'allaitement n'est même plus réservé uniquement à la mère, le père peut même en bénéficier si la mère y consent (cf. *infra* : arrêt Roca Alvarez). Dès lors, c'est la qualité de parent qui semble être privilégiée par rapport à la réalité biologique.

¹³² Une fois que la naissance a eu lieu, la mère porteuse a rempli son rôle, et doit être protégée dans sa condition biologique, c'est alors à la mère commanditaire de prendre le relais et d'avoir la possibilité de tisser des liens avec l'enfant, ce qu'un congé de maternité lui permet.

médecine.¹³³ Ceci appelle à privilégier une approche fonctionnelle et non plus systématique de la directive 92/85. Son contexte d'adoption, où il convenait de protéger la maternité biologique – moniste¹³⁴, ne coïncide plus exactement à celui d'aujourd'hui, où la maternité et même la paternité peuvent s'avérer multiples. Aussi, le bien-être de l'enfant et les droits qui lui sont conférés par l'article 24 de la Charte doivent être un paramètre à prendre en considération dans le choix à effectuer.¹³⁵

Nous le rappelons, c'est aux législateurs nationaux et/ou européen, et non au juge, qu'il incombe de choisir la voie à emprunter en matière de GPA. Cependant, comme le souligne à juste titre N. WAHL (§§ 47-48), si la portée de la directive 92/85, et plus spécifiquement son article 8, était étendue, il conviendrait d'inclure non pas uniquement les mères commanditaires, mais également les pères d'intention ou les parents adoptifs, au risque autrement de créer d'autres différences de traitement (injustifiées) ...

2.3. Eu égard à l'affirmation de l'AG au §62 de ses conclusions, pensez-vous que Mme Z. aurait pu alléguer une violation du principe d'égalité de traitement? Ou une violation du principe d'égalité?

Comme évoqué plus haut (cf. première question), il ne peut y avoir de discrimination fondée sur le sexe au sens de la directive 2006/54.¹³⁶ L'avocat général avance également la comparaison de la situation de la mère commanditaire d'une part, vis-à-vis de la femme ayant accouché et d'autre part, à l'égard de la mère adoptive. Selon nous, M^{me} Z. aurait pu invoquer le principe de l'égalité de traitement dans la seconde situation mais pas dans la première.

S'agissant de la comparaison avec la femme ayant mis au monde l'enfant, la mère commanditaire ne se trouve pas dans une situation comparable à celle de la femme accouchée étant donné qu'elle n'a pas enduré les contraintes physiques et morales de la grossesse et n'a pas accouché. De fait, il n'y a pas lieu d'examiner une quelconque différence de traitement entre ces deux « types » de mère.

Concernant la comparaison avec la mère adoptive, au sein du groupe comprenant les mères n'ayant pas accouché, les mères commanditaires, et titulaires de l'autorité parentale, se

¹³³ En ce sens, § 48, des conclusions de J. KOKOTT.

¹³⁴ D'ailleurs, l'article 8 de cette directive vise la protection de la femme après l'accouchement.

¹³⁵ En ce sens, §§ 45 et 52 des conclusions de J. KOKOTT.

¹³⁶ Cette directive vise à mettre en œuvre dans le secteur professionnel les principes de l'égalité de traitement et de non-discrimination en raison du sexe. Or, en l'espèce, les mère et père commanditaires ne peuvent bénéficier d'un congé de maternité ou d'adoption ou d'un équivalent. Dès lors, il ne peut y avoir de discrimination fondée sur le sexe.

trouvent dans une situation comparable, quant à l'octroi d'un congé payé de maternité ou d'adoption, que les mères adoptives.¹³⁷ Toutefois, si ces dernières bénéficient dudit congé, alors que les secondes n'y ont pas droit, en vertu de la législation nationale, les mères d'intention sont donc victimes d'une différence de traitement. Il convient dès lors pour l'Etat d'avancer une justification objective. *A priori*, nous n'en voyons pas, car la finalité de ce type de congé payé¹³⁸ est de protéger la relation mère-enfant et de leur permettre de créer des liens postérieurement à la naissance. Si toutefois, un motif légitime était retenu, il nous semble que les moyens pour l'atteindre, s'ils s'avéraient appropriés, ne seraient pas nécessaires (une autre mesure pourrait lui être substituée).

Au sujet du principe de l'égalité, il est inscrit à l'article 40, § 1^{er}, alinéa 1^{er} de la Constitution irlandaise.¹³⁹ Ce principe ne s'appliquerait que dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire dans le cadre de la comparaison de la situation des mères commanditaires (premier groupe) avec celle des mères adoptives (second groupe) au vu de leur caractère semblable. Tout critère de distinction entre ces deux groupes est valable. Ainsi, le fait de discriminer en raison du type de parenté (d'intention/adoptive) pourrait être retenu et interdit. Le raisonnement sur la justification objective et la proportionnalité serait identique à celui que nous avons exposé dans le cadre du principe de l'égalité de traitement (cf. précédent paragraphe).

¹³⁷ Nous ne retenons pas l'argument avancé par J. KOKOTT, au § 49 de ses conclusions, qui exclut la comparabilité de la situation d'une mère commanditaire avec celle d'une mère adoptive car cette dernière n'est pas liée à l'enfant avant la naissance de celui-ci. A cet égard, à titre d'information, dans le cadre d'une adoption internationale, les parents adoptifs ne peuvent avoir de lien avec l'enfant adopté, sauf s'il s'agit d'une adoption intra-familiale (art. 29, Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, signée à La Haye le 29 mai 1993). Or, ici, la mère d'intention irlandaise avait bel et bien des contacts avec la mère porteuse américaine quant à la naissance de l'enfant.

¹³⁸ Congé de maternité ou d'adoption.

¹³⁹ « Article 40. 1. *All citizens shall, as human persons, be held equal before the law.* [...] » (disponible sur <http://www.irishstatutebook.ie/en/constitution/>, consulté le 13 avril 2015).

§ 2. C. D. / S.T., C-167/12

2.1. *Quelle différence y a-t-il entre cette affaire et l'affaire 363/12?*

Les conclusions rendues par les avocats généraux illustrent la différence majeure existant entre ces deux affaires. Leurs opinions divergent en raison partiellement des contextes factuels quelque peu différents¹⁴⁰ et des approches qu'ils privilégient.

Sur l'applicabilité de la directive 92/85 aux mères commanditaires, J. KOKOTT (dans l'arrêt C-167/12) y est favorable pour les mères d'intention et ce, qu'elles allaitent ou non.¹⁴¹ N. WAHL (dans l'affaire C-363/12) examine cette réglementation au vu de son importance dans la compréhension des tenants et aboutissants du congé de maternité dans le droit de l'Union, même si cette directive n'a pas été évoquée par la juridiction de renvoi et n'a pas à s'appliquer dans le cas d'espèce.

S'agissant des points de convergence, les deux avocats généraux s'accordent sur le motif de la protection spécifique accordée aux femmes visées à l'art. 2 de la directive dans le secteur professionnel, à savoir leur vulnérabilité particulière.¹⁴² En outre, cette réglementation européenne a été adoptée dans un contexte (historique) emprunt d'une logique biologique et moniste de la maternité. Ainsi, seules les femmes accouchées peuvent bénéficier du congé prescrit à l'article 8 de la directive.¹⁴³ La GPA ne peut avoir été *de facto* envisagée à l'époque.

Quant aux aspects contradictoires, nous nous cantonnons à une analyse synthétique. De par son approche systématique de la directive 92/85, l'avocat général WAHL refuse l'octroi

¹⁴⁰ L'affaire C-363/12 concerne une convention de GPA exécutée partiellement en Irlande, qui ne régit pas cette pratique mais qui l'accepte (la fécondation *in vitro* avec l'ovule de la mère commanditaire y a été effectuée) et en Californie (le transfert des ovules dans l'utérus de la mère porteuse y a été opéré). Au contraire, l'arrêt C-176/12 porte sur un contrat de GPA exécuté au Royaume-Uni (les mères porteuse et commanditaire se trouvent dans le même Etat), qui dispose d'une législation sur cette pratique. Dans l'affaire irlandaise, la mère commanditaire présente ainsi un lien génétique avec l'enfant mais n'a pu le porter en raison de l'absence d'utérus résultant d'une affection rare (cet élément va d'ailleurs faire l'objet d'un examen par la Cour d'une éventuelle discrimination en raison du handicap) et ne l'a pas allaité. En revanche, dans le cas britannique, la mère d'intention ne possédait aucunement un tel lien avec l'enfant, mais elle l'a allaité après sa naissance. C'est d'ailleurs cet élément qui a permis à la juridiction de renvoi d'invoquer la directive 92/85. Quant à l'arrêt irlandais, la directive 2006/54 a toutefois pu être invoquée pour examiner si la mère commanditaire était victime d'une discrimination en raison du sexe. Une particularité de cet arrêt consiste en ce que la validité de la directive 2006/54 au regard de certaines dispositions du droit primaire a été vérifiée. Au final, la Cour estimera qu'au vu de la non applicabilité de cette réglementation au cas d'espèce, il n'y avait pas lieu d'examiner sa conformité. (§§ 64-67). Une autre différence repose sur le fait que M^{me} Z. n'a pu bénéficier d'un congé de maternité ou d'adoption alors que M^{me} D. s'est vue finalement octroyer un congé d'adoption.

¹⁴¹ Pour les mères commanditaires non allaitantes, voy. les §§ 60-67 pour les raisons justifiant leur inclusion dans le champ d'application de la directive 92/85.

¹⁴² §§ 44-45, N. WAHL et § 42, J. KOKOTT.

¹⁴³ §§ 44-53, N. WAHL et § 38, J. KOKOTT.

d'un congé de maternité à la mère commanditaire. Il estime qu'il ne faut pas étendre la portée de la directive : seule la maternité biologique est visée ; autrement d'autres inégalités ou discriminations pourraient apparaître.¹⁴⁴ Par ailleurs, il rappelle l'importance de respecter les rôles respectifs du législateur et du juge (cf. *supra*).¹⁴⁵ A l'opposé, J. KOKOTT privilégie un examen fonctionnel de cette directive, ce qui la pousse à élargir le cercle des personnes visées par celle-ci et à envisager une répartition du congé de maternité entre la mère porteuse et la mère commanditaire¹⁴⁶.¹⁴⁷ En effet, l'objectif de protéger la maternité doit être interprété de sorte à correspondre à la réalité contemporaine où la parenté peut être multiple, à la suite des avancées scientifiques et médicales (cf. *supra*).¹⁴⁸ Sa position moins « réservée » n'est toutefois pas suivie par la Cour.¹⁴⁹

2.2. Que pensez-vous du raisonnement de la Cour sur la notion de discrimination indirecte aux §§49-50? Expliquez.

Dans ces paragraphes, la Cour examine la notion de discrimination indirecte dans le cadre de la directive 2006/54 (art. 2, § 1^{er}, b)).¹⁵⁰ La Cour énonce au § 48 sa propre définition de cette notion, formulée quelque peu différemment de la définition mentionnée dans la réglementation précitée (absence de référence à la justification objective et au contrôle de proportionnalité) mais présentant une similitude : l'approche quantitative de la discrimination indirecte qui requiert une analyse *in concreto* de la cause. Sur les différences entre ces deux définitions, nous renvoyons à nos remarques exprimées *supra* à la première question dans l'arrêt Brachner. La juridiction de renvoi britannique, contrairement à ce qu'avait réalisé la juridiction interne dans l'arrêt Brachner (C-123/10)¹⁵¹, n'a pas fourni d'éléments quantitatifs.

¹⁴⁴ §§47-48, 51.

¹⁴⁵ La C.J.U.E. ne peut se substituer à ce premier acteur (aux niveaux interne et/ou européen) en prenant position sur un sujet présentant des enjeux aussi importants (§§120-121).

¹⁴⁶ Les mères commanditaires doivent elles aussi être protégées dans leur relation avec leur enfant, afin qu'elles puissent tisser des liens avec lui et l'intégrer dans sa famille (§46).

¹⁴⁷ Nous n'examinons pas le congé de maternité au regard de la directive 2006/54 car les deux avocats généraux estiment qu'il n'y a pas de discrimination fondée sur le sexe quant au refus d'octroyer ce congé (§§54-68, AG WAHL et §§ 79-88, AG J. KOKOTT). La raison majeure, retenue par chacun d'eux, repose sur le fait que les pères commanditaires ne peuvent bénéficier d'un quelconque congé payé équivalent à un congé de maternité ou d'adoption, tout comme les mères d'intention. Quant au congé d'adoption, étant donné qu'il n'a pas été traité dans chacune des deux affaires, nous ne l'abordons pas non plus.

¹⁴⁸ §§ 46-52.

¹⁴⁹ Elle lui suggère de prendre la place du législateur, selon nous.

¹⁵⁰ « b) «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, 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; »

¹⁵¹ Dans cette affaire, la juridiction de renvoi avait apporté moult pourcentages démontrant qu'un nombre considérablement plus élevé de femmes étaient défavorisées par rapport aux hommes au regard de la mesure nationale litigieuse.

Par ailleurs, nous estimons que la Cour est allée un peu vite en besogne en tenant un raisonnement très court sur la discrimination indirecte (trois paragraphes uniquement). En effet, la C.J.U.E. n'a pas procédé, alors qu'elle aurait du le faire, à l'examen de la comparabilité des situations¹⁵² ; de l'absence de traitement différent entre les mère et père commanditaires (dans le cas d'espèce) ; du motif prohibé (même si implicitement, elle reconnaît qu'il s'agit du sexe - § 49) ; de la justification objective ; et enfin, du contrôle de proportionnalité.

¹⁵² Certes, elle l'avait effectué pour la discrimination directe, au § 47, mais au lieu de rester silencieuse, elle aurait pu y faire référence si elle parvenait au même constat.

TITRE 2. JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

CHAPITRE 1. AFFAIRE CUSAN ET FAZZO C. ITALIE¹⁵³

Section 1. Analyse générale de l'arrêt

1.1. Faits pertinents

Deux époux italiens se sont vus refuser par l'officier de l'état civil italien leur choix commun de transmettre le nom de famille de la mère à leur enfant. Les différentes juridictions nationales se sont opposées au changement du nom patronymique. Au final, le nom maternel a pu être adjoint à celui du père.

1.2. Questions juridiques

L'impossibilité de laisser aux parents le soin de choisir le nom de leur enfant constitue-elle une violation de l'article 8, seul ou combiné à l'article 14, ainsi qu'à l'article 5, du Protocole n°7, lu seul ou en conjonction de l'article 14, C.E.D.H.¹⁵⁴ ?

1.3. Raisonement juridique de la Cour

Une fois qu'elle a admis la recevabilité de la requête¹⁵⁵, la Cour se penche sur le fond en examinant uniquement le grief des requérants sous l'angle de l'article 8, lu en combinaison de l'article 14, CEDH, après en avoir retenu l'applicabilité¹⁵⁶. Les principes généraux rappelés, elle prend bien soin de distinguer d'une part, la détermination du nom à la naissance et d'autre part, la faculté de changer de nom au cours de son existence pour conclure au traitement différent des parents dans l'attribution du nom de famille de l'enfant (la mère ne

¹⁵³ Cour eur. D.H., arrêt Cusan et Fazzo c. Italie, du 7 janvier 2014, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 19 avril 2015). C. DOUBLEIN, "Vers une consécration de l'autonomie de la volonté dans la détermination du nom?", *A.J. Famille*, 2014, pp. 126 et s., F. GRANET-LAMBRECHTS, "Droit de la filiation : mai 2013-avril 2014", *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 1171 et s., J. HAUSER, "Nom-prénom – Choix du nom et changement de nom : le nom est à nous, pas à eux et le Conseil d'Etat a du coeur !", *R.T.D. Civ.*, 2014, pp. 332 et s., F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} janvier-30 juin 2014) », *J.T.*, 2014, pp. 669-677, spéc. pp. 676-677, C. LE DOUARON, « L'égalité des sexes impose de laisser le choix du nom de famille aux parents », *Dalloz Actualité*, 31 janvier 2014, disponible sur <http://www.dalloz-actualite.fr> (consulté le 13 avril 2015), J.-P. MARGUÉNAUX, « Le droit d'attribuer exclusivement le nom de sa mère à l'enfant », *R.T.D. Civ. – Revue trimestrielle de droit civil*, 2014, pp. 305 et s., I. RADACIC, « The European Court of Human Rights' Approach to Sex Discrimination », *European Gender Equality Law review*, 2012, pp. 13-22, spéc. 17.

¹⁵⁴ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.

¹⁵⁵ Même si le juge Popovic, dans son opinion dissidente, estime que la requête est irrecevable pour défaut de préjudice important et de perte de la qualité de victime pour les motifs invoqués par le gouvernement italien respectivement aux paragraphes 34 et s. et 29 et s. de l'arrêt.

¹⁵⁶ En effet, le nom de famille et son choix entrent dans le champ de la protection de la vie privée et familiale des individus (§§55-57).

peut transmettre son nom) (§§62-63). Quant à la justification objective et raisonnable – seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à admettre la différence de traitement fondée sur le sexe – (§§64-69), elle commence par retracer sa jurisprudence en matière de nom. S'appuyant sur les arrêts rendus, en l'espèce, par les cours suprêmes italiennes, est rejetée une conception patriarcale de la famille et des pouvoirs du mari jugée contraire aux principes d'égalité et de non-discrimination entre les sexes. Par ailleurs, sous l'angle de la proportionnalité, si l'attribution du nom patronymique peut s'avérer nécessaire, l'absence d'exception à cette règle est « *excessivement rigide et discriminatoire* » à l'égard des femmes. La Cour conclut ainsi à la violation des dispositions susmentionnées.

Section 2. Analyse approfondie de l'arrêt

2.1. Comparez la notion de discrimination retenue par la CEDH et celle figurant dans la DIR 2006/54. Peut-on dire que c'est la même définition (pour discrimination directe et discrimination indirecte)? Si non, expliquez les différences.¹⁵⁷

La notion de discrimination retenue par la C.E.D.H. présente des similitudes et des divergences avec celle contenue dans la directive 2006/54.

La Cour E.D.H. a défini le concept de discrimination¹⁵⁸ dont l'interdiction est mentionnée et non explicitée à l'article 14 de la Convention.¹⁵⁹ 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 analogues* » ou bien, « *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* ». Aussi, la Cour précise

¹⁵⁷ O. M. ARNARDÓTTIR, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on human Rights*, coll. International Studies in Human Rights, vol. 74, The Hague/London/New York, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, O.M ARNARDÓTTIR, « Multidimensional equality from within. Themes from the European Convention on Human Rights », in *European Union Non-Discrimination Law : Comparative perspectives on multidimensional equality law (sous la dir. de D. Schiek and V. Chege)*, London/New York, Routledge-Cavendish, 2009, pp. 53-72, F. EDEL, *L'interdiction de discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Dossiers sur les droits de l'homme n°22, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2010, E. ELLIS and P. WATSON, *op. cit.*, pp. 104-112, C. GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights – Commentary*, München, C.H. Beck-Hart-Nomos-Helbing Lichtenhahn verlag, 2014, pp. 340-363 (art. 14, CEDH), 443-445 (Protocole n°12, CEDH), R. HERNU, *op. cit.*, pp. 288-293, 427-442, C. NIKOLAIDIS, *The Right to Equality in European Rights Law : the quest for substance in the jurisprudence of the European Courts*, coll. Routledge research in human rights law, Abingdon, Routledge, 2015, pp. 50-100.

¹⁵⁸ Cour eur. D.H, arrêt « relatif à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique, du 23 juillet 1968, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 19 avril 2015). Notons qu'en ce qui concerne le rôle et la portée du principe de non-discrimination, dans le Conseil de l'Europe, l'article 14 est un complément des autres dispositions de la Convention EDH et n'a dès lors pas d'existence indépendante même s'il connaît une portée autonome. Ainsi, les faits litigieux doivent être compris dans le champ d'application de la Convention. En droit de l'Union européenne, ce principe ne s'applique également que dans les domaines couverts par le traité.

¹⁵⁹ D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination ...*, *op. cit.*, pp 226-229.

que la Convention n'exige pas qu'un traitement plus favorable soit accordé à un groupe ou à un individu (§§ 58-60 de l'arrêt examiné).

Concernant la directive 2006/54, elle vise spécifiquement le principe de non-discrimination entre les hommes et les femmes et définit, en son article 2, §1^{er}, la discrimination directe¹⁶⁰ (a)) et la discrimination indirecte¹⁶¹ (b)). Cette distinction n'existe pas dans les sources juridiques du Conseil de l'Europe. Comme nous le verrons, le caractère direct ou indirect de la discrimination fondée sur le sexe a une incidence au stade de la justification dans l'Union, contrairement à la C.E.D.H. où les discriminations sont toutes justifiables.¹⁶²

S'agissant de la **discrimination directe**, quant à la comparabilité des situations et au traitement différent, les termes de la directive sont exprimés de manière identique dans la jurisprudence de la C.E.D.H. avec toutefois quelques précisions à apporter.¹⁶³ Concernant le critère de différenciation, ce dernier, le sexe, est mentionné directement dans le texte de la directive alors qu'il convient d'examiner l'article 14 de la Convention pour disposer de la liste indicative et non exhaustive des motifs prohibés.¹⁶⁴ Pour la justification objective et le contrôle de proportionnalité, ils ne figurent nullement dans la définition de la directive alors qu'ils sont présents dans celle adoptée par la jurisprudence de la C.E.D.H. (« *justification objective et raisonnable* »).¹⁶⁵ S'agissant du sexe, une discrimination directe ne peut être justifiée selon la C.J.U.E.¹⁶⁶, sous réserve de certaines dérogations expresses (cf. *supra* : deuxième question de l'arrêt X., C-318/13).

La **discrimination indirecte**, quant à elle, sous l'angle de la comparabilité des situations, est exprimée de manière dissemblable par rapport à la définition de la C.E.D.H.. La situation,

¹⁶⁰ Elle s'entend de « *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* ».

¹⁶¹ Il s'agit de « *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, [nous soulignons] 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* ».

¹⁶² E. DUBOUT, *op. cit.*, pp. 499-567, E. ELLIS and P. WATSON, *op. cit.*, pp. 171-174, D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination ...*, *op. cit.*, pp. 284-285, 556-558, C. TOBLER, *op. cit.*, pp. 69-75.

¹⁶³ De manière identique, les deux textes évoquent « *dans une situation comparable* » et parfois en plus, « *ou analogue* », ajoute selon le cas la Cour E.D.H.. Pour le traitement différent, les termes varient : parfois, la C.E.D.H. parle de « *traiter de manière différente* » alors que dans d'autres cas, elle évoque « *des personnes [qui] jouissent d'un traitement préférentiel* », cette dernière expression se rapprochant davantage de la formule de la directive (« *est traitée de manière moins favorable* »).

¹⁶⁴ D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination ...*, *op. cit.* pp. 225, 519.

¹⁶⁵ *Ibid.*, pp. 284-285, 556-558.

¹⁶⁶ C.J.C.E., 17 avril 1997 (Dimossia Epicheirissi Ilektrismou (DEI) c. Efthimios Evrenopoulos), C-147/95, *Rec. C.J.C.E.*, 1997, I, p. 2057.

retenue par la directive dans le cadre de la discrimination indirecte, doit comprendre une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre qui constitue la cause de la différence de traitement. Cet élément de neutralité est absent dans la définition de la Cour E.D.H.. Aucune mention de « situation comparable » (contrairement, à la discrimination directe) ne se retrouve dans la réglementation européenne. Aussi, si des personnes (terme identique dans les deux textes) doivent être traitées de manière différente, la directive adopte une approche plutôt quantitative (« désavantagerait particulièrement ») alors que la C.E.D.H. semble accepter les deux types d'analyse, qualitative et quantitative.¹⁶⁷ Le critère de différenciation appelle les mêmes commentaires que ceux évoqués plus haut pour la discrimination directe.

Quant à la justification objective, la directive requiert que la mesure litigieuse soit « *objectivement justifiée par un but légitime* ». Cette formulation nous semble redondante car les deux segments de phrase « *objectivement justifiée* » et « *par un but légitime* » comportent la même signification. S'agissant du critère du sexe, les discriminations indirectes peuvent être justifiées.¹⁶⁸

Au regard de la définition retenue par la C.E.D.H.¹⁶⁹, la justification est semblable à celle de la directive, si ce n'est qu'elle est plus concise (« justification objective »). La Cour E.D.H. exige pour certains motifs, tel le sexe, des « considérations très fortes » pour justifier la différence de traitement, manifestant un contrôle strict exercé par la juridiction européenne de la marge de manœuvre laissée aux Etats.¹⁷⁰ La Cour a relativisé cette exigence et assoupli son contrôle lorsque des hommes sont victimes de discrimination. Cette attitude contraste

¹⁶⁷ Notons que la C.E.D.H. dans le cadre de l'article 14 n'estime pas que l'apport d'une preuve statistique soit déterminante pour démontrer l'existence d'une discrimination. (D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination* ..., *op. cit.*, p. 289).

¹⁶⁸ Arrêt Jenkins (C.J.C.E., 31 mars 1981 (J.P. Jenkins c. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.), C-96/80, *Rec. C.J.C.E.*, 1981, I, p. 911) : « *justifiées par des circonstances objectives non liées au sexe* » (§§ 11-15). Notons, que cette différence entre les concepts tend à s'amoindrir eu égard à certaines dispositions de la directive 2004/113 admettant des justifications (sous réserve de certaines conditions) pour des différences de traitement directement fondées sur le sexe (not. art. 4, § 5). D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination* ..., *op. cit.*, pp. 561-562. C. TOBLER, *op. cit.*, pp. 141-146, 190-196.

¹⁶⁹ Dans l'examen de la justification objective et raisonnable, la Cour E.D.H. s'appuie sur les buts et effets de la mesure nationale, sur les principes prévalant communément au sein des sociétés démocratiques et sur les circonstances factuelles, tout en recherchant à ménager, par un juste équilibre, les intérêts publics et ceux protégés par la Convention. D. MARTIN, « Strasbourg, Luxembourg ... », *op. cit.*, pp. 111-112.

¹⁷⁰ S'agissant du sexe, dans l'arrêt Abdulaziz (Cour eur. D.H., arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, du 28 mai 1985, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 19 avril 2015)), qui est à l'origine de la prise en compte de considérations très fortes, la Cour tient les propos suivants : « (...) *on peut relever que la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des États membres du Conseil de l'Europe. Partant, seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe.* » D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination* ..., *op. cit.*, p. 272.

terriblement avec la posture paternaliste qu'elle adopte à l'égard des femmes et permet d'illustrer la subjectivité de la Cour dans son raisonnement.¹⁷¹

Pour le contrôle de proportionnalité, la directive prescrit « *que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires* ». Ce contrôle se subdivise en deux sous-tests, à savoir celui d'aptitude (« les moyens pour parvenir au but doivent être *appropriés* ») et celui d'interchangeabilité ou de nécessité (« les moyens doivent être *nécessaires* »).¹⁷² La Cour E.D.H., quant à elle, requiert une justification « raisonnable » et dès lors un examen plus souple. Les Etats du Conseil de l'Europe bénéficient en effet d'une plus large marge d'appréciation, variant selon les circonstances, en comparaison des Etats membres de l'Union européenne, dans l'évaluation du caractère proportionné des moyens utilisés. La Cour E.D.H. sanctionne uniquement l'emploi arbitraire de la marge de manœuvre accordée aux Etats.¹⁷³

2.2. *Que pensez-vous du raisonnement mené par la C.E.D.H. sur la question de la comparabilité entre le père et la mère de l'enfant (§62 et 63)? Cet examen était-il réellement nécessaire selon vous en l'espèce? Expliquez votre réponse.*

La Cour E.D.H. commence par distinguer l'attribution du nom à la naissance de la faculté de changer de nom de famille au cours de la vie, ce que nous approuvons. Elle procède ensuite à la comparabilité de la situation des parents pour conclure à leur traitement différent selon le droit italien. En effet, les mères, contrairement aux pères, ne peuvent transmettre leur nom de famille à leur enfant. Au sein du § 62, la Cour renvoie au § 32. Dans ce dernier, la Cour a admis la recevabilité de la requête des parents étant donné qu'au final, en l'espèce, la simple adjonction du nom de la mère a été réalisée, leur volonté initiale de transmettre le nom maternel n'ayant pas été respectée strictement.

D'un point de vue général, il est important, voire nécessaire, de procéder à la comparabilité des situations, car si cette condition n'est pas satisfaite, il est inutile de poursuivre l'examen des principes d'égalité et/ou de non-discrimination.¹⁷⁴ Par ailleurs, la Cour ne se livre pas à un examen très étendu (lacunaire ?) sur ce point dans l'arrêt étudié. Il nous semble que la juridiction européenne souhaitait faire droit à la demande des parents italiens. Dès lors, par une démarche emprunte de subjectivité, elle a réduit la marge de

¹⁷¹ Arrêts Asnar (Cour eur. D.H., arrêt Asnar c. France, du 17 juin 2003, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 19 avril 2015)) et Rasmussen (Cour eur. D.H., arrêt Rasmussen c. Danemark, du 28 novembre 1984, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 19 avril 2015)). D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination* ..., *op. cit.*, pp. 270-276, 524-525, D. MARTIN, "La discrimination fondée sur le sexe ...", *op. cit.*, pp. 197-200.

¹⁷² R. HERNU, *op. cit.*, pp. 482-485.

¹⁷³ D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination* ..., *op. cit.*, pp. 243-250, 269-270.

¹⁷⁴ En ce sens, C. TOBLER, *op. cit.*, pp. 43-49.

manœuvre de l'Italie, quant à la détermination de l'état civil de ses citoyens et a fait peser la balance en faveur de l'autonomie de la volonté individuelle.

2.3. Que pensez-vous de l'opinion du juge dissident?

Le juge dissident réfute la recevabilité de l'action en application de l'article 35, C.E.D.H. et exprime deux points de désaccord qu'il entretient avec la majorité. Premièrement, il estime que les requérants n'ont supporté aucun préjudice important et que même si cela avait été le cas, ils auraient perdu leur qualité de victime. Ces éléments sont en principe laissés à l'appréciation des Etats.

Nous ne partageons pas son opinion étant donné que les parents n'ont pu obtenir satisfaction de leur volonté initiale. En effet, par le biais d'une procédure administrative, le nom maternel a simplement été ajouté à celui du père, et ne lui a pas été substitué. Ils conservent ainsi leur qualité de victimes. En outre, la majorité retient l'importance subjective que revêt le litige pour les requérants (leur persévérance durant la quinzaine d'années de procédure), ce qui permet de retenir l'existence d'un préjudice important.¹⁷⁵

Deuxièmement, le juge Popovic considère que la Cour E.D.H. fait droit à une *actio popularis*,¹⁷⁶ sur laquelle elle ne peut pourtant se prononcer.¹⁷⁷ En outre, la juridiction se départit de sa mission primaire consistant à protéger les droits de l'homme, et s'immisce dans la sphère réservée, la marge d'appréciation des Etats. Elle se prononce sur les traditions propres à chaque ordre juridique national.¹⁷⁸ Partant, elle risque d'exercer une forme d'harmonisation européenne dans le domaine du nom, qui ne ressort pourtant pas de sa compétence.

Selon nous, sur ce point, la Cour semble accorder dans cette affaire plus d'importance à l'autonomie de la volonté individuelle qu'à la liberté de chaque Etat de déterminer l'état civil de ses citoyens (cf. *supra*). Si la démarche est louable au vu des circonstances de l'espèce, où

¹⁷⁵ Il n'est en effet pas nécessaire qu'il soit de nature financière.

¹⁷⁶ « Les termes « *actio popularis* » sont empruntés au droit romain. Dans sa conception actuelle on dit d'une action qu'elle est « populaire » lorsque celui qui l'intente est dispensé de se prévaloir d'un intérêt qui lui est spécifique; en d'autres mots, il s'agit de l'intérêt que tout citoyen possède à une application correcte de la loi. » (<http://www.juradmin.eu/colloquia/1982/belgium.pdf>, consulté le 14 avril 2015).

¹⁷⁷ Cour eur. D.H, arrêt Aksu c. Turquie, du 15 mars 2012, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 19 avril 2015), § 50 ; Cour eur. D.H, arrêt Burden c. Royaume-Uni, du 29 avril 2008, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 19 avril 2015), § 33. X, *Guide pratique sur la recevabilité*, Strasbourg, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2014, p. 16, disponible sur <http://www.echr.coe.int/> (consulté le 15 avril 2015).

¹⁷⁸ Nous remarquons qu'au § 39 de l'arrêt, la Cour estime devoir se prononcer car c'est la première fois qu'un tel cas d'espèce se présente devant elle impliquant l'Italie et qui pourrait avoir un impact sur les décisions nationales à prendre dans ce domaine.

cependant, placer la limite de l'intervention de la Cour ? En effet, elle se doit de respecter effectivement la marge de manœuvre qu'elle reconnaît aux Etats¹⁷⁹ et de tenir une ligne de conduite semblable pour chaque domaine envisagé.

Force est de constater pourtant, que la Cour manque d'objectivité, ce qui constitue une source d'insécurité et d'imprévisibilité juridiques. En effet, selon le motif, comme le sexe, la Cour exige des considérations très fortes pour justifier la discrimination fondée sur ce critère.¹⁸⁰ Nous partageons ce point de vue. Toutefois, nous n'y adhérons pas dans la mesure où la Cour réserve une attitude divergente selon le genre (cf. *supra* : première question) (n'est-ce pas là une forme de discrimination ?).¹⁸¹

Par ailleurs, la Cour, au § 81 de l'arrêt, estime qu'au vu d'une défaillance du système juridique italien en cause, « *des réformes dans la législation et/ou la pratique italiennes devraient être adoptées afin de rendre cette législation et cette pratique compatibles avec les conclusions auxquelles elle est parvenue dans cet arrêt.* »¹⁸² Ce faisant, la Cour, dans l'examen de l'article 46 de la Convention relatif à l'exécution des arrêts, nous semble prendre une latitude quelque peu « audacieuse » par rapport à l'autonomie de l'Etat condamné.

¹⁷⁹ Pour rappel, cette marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte (§61 de l'arrêt étudié).

¹⁸⁰ Ainsi, elle rejette une conception patriarcale de la famille et des pouvoirs du mari, contraire à la conception partagée actuellement par les Etats contractants de la Convention.¹⁸⁰ Elle souligne en outre « *l'importance d'une progression vers l'égalité des sexes et de l'élimination de toute discrimination fondée sur le sexe dans le choix du nom de famille* » (§66 de l'arrêt), qui requiert dès lors un strict contrôle de proportionnalité (« des considérations très fortes »). La Cour doit prendre en compte cette conception des Etats (§ 61, dernière phrase). La Cour s'inscrit ainsi dans la lignée de son arrêt Konstantin Markin c. Russie (Cour eur. D.H, arrêt Konstantin Markin c. Russie, du 22 mars 2012, disponible sur <http://www.echr.coe.int/> (consulté le 19 avril 2015)), § 127 : « [...] *En particulier, des références aux traditions, présumées d'ordre général ou attitudes sociales majoritaires ayant cours dans un pays donné ne suffisent pas à justifier une différence de traitement fondée sur le sexe. Par exemple, les Etats ne peuvent imposer des traditions qui trouvent leur origine dans l'idée que l'homme joue un rôle primordial et la femme un rôle secondaire dans la famille (Ünal Tekeli, précité, § 63)* »

¹⁸¹ D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination ...*, op. cit., pp. 270-276, 524-525.

¹⁸² Notons que les juridictions italiennes (Cour constitutionnelle) avaient souligné, avant l'intervention de la CEDH, qu'il incombait au législateur de procéder à une telle réforme (§§ 13, 19).

Section 1. Analyse générale de l'arrêt

1.1. Faits pertinents

Une mère adoptive d'un enfant de trois ans, entrepreneuse indépendante, s'estime victime d'une discrimination dans son droit à un congé de maternité payé, qui ne peut lui être accordé en raison de son statut par la législation croate.

1.2. Questions juridiques

La législation croate, applicable temporellement au cas d'espèce, en ce qu'elle n'octroie pas de congé de maternité payé à une mère adoptive d'un enfant âgé de plus d'un an et entrepreneuse indépendante viole-t-elle les articles 8 et 14 de la C.E.D.H. combinés ?¹⁸⁴

1.3. Raisonnablement juridique de la Cour¹⁸⁵

Après avoir rappelé les principes généraux sur l'article 14 de la Convention, la Cour E.D.H. affirme qu'une adoption légitime et véritable ainsi que le congé parental et les allocations y afférentes entrent dans le domaine d'application de l'article 8. Si des Etats choisissent d'accorder un congé parental ou de maternité, ils doivent le faire en conformité avec l'article 14. Or, en l'espèce, le statut de mère adoptive constitue la source de la différence de traitement appliquée à la requérante entrepreneuse indépendante dans l'octroi d'un congé de maternité payé (§§ 38-40).

La C.E.D.H. émet deux considérations à propos de la pratique nationale, visant à placer les mères adoptive et biologique sur un pied d'égalité en leur accordant un congé de maternité jusqu'à ce que leur enfant ait l'âge d'un an. Ses propos portent sur la comparabilité des situations. La Cour considère à cet égard que la mère adoptive se trouve dans une situation comparable en raison du but du congé parental ou de maternité¹⁸⁶, que l'Etat doit par ailleurs encourager (§§ 41-42).

¹⁸³ Cour eur. D.H., arrêt Topčić-Rosenberg c. Croatie, du 14 novembre 2013, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 19 avril 2015). J. JACQMAIN, « Egalité entre travailleurs féminins et masculins ... », *op. cit.*, 2014, pp. 391-398, spéc. p. 395.

¹⁸⁴ L'autre question juridique portant sur la violation de l'article 6 n'est pas évoquée car elle n'a pas été retenue par la Cour et ne porte pas sur notre propos.

¹⁸⁵ A titre liminaire, la Cour estime que la déclaration unilatérale tenue par le Gouvernement croate ne peut être retenue, malgré sa reconnaissance de la violation du principe de non-discrimination dans le chef de la requérante, car le montant des dommages et intérêts n'est pas suffisant (selon la faible majorité des juges).

¹⁸⁶ Il s'agit de l'intégration de l'enfant dans sa famille adoptive.

Quant à la justification objective et raisonnable¹⁸⁷, la Cour estime qu'elle est absente en l'espèce car l'interprétation de la *lex specialis*¹⁸⁸, applicable (en priorité) à l'affaire en cause, donnée par les autorités nationales ne respecte pas le but poursuivi par la *lex generalis*¹⁸⁹. En effet, cette interprétation est excessivement formelle et rigide et ne permet pas d'assurer l'égalité réelle des mères adoptives (immédiatement après l'adoption) vis-à-vis des mères biologiques (lors de la naissance).¹⁹⁰ Aussi, la Cour souligne que la juridiction nationale suprême aurait du prendre en compte dans son analyse la législation ultérieure, abrogeant la *lex specialis* précitée, conforme au principe de non-discrimination de l'article 14, même si elle ne s'appliquait pas directement en l'espèce (§§43-48). Dès lors, il y a violation de l'article 14 combiné à l'article 8 (par une faible majorité : quatre voix contre trois).

Section 2. Analyse approfondie de l'arrêt

2.1. Quel était, selon vous, le grief ("la caractéristique personnelle") prohibé de discrimination dans cette affaire? Celle-ci n'aurait-elle pas pu/dû être examiné sous l'angle du principe d'égalité de traitement? Ou du principe d'égalité?

Grief ("la caractéristique personnelle") prohibé de discrimination - La caractéristique personnelle en cause *in casu* correspond au *statut de mère adoptive* (hypothèse n°1) (§ 40). Il n'y a pas lieu d'examiner une quelconque discrimination fondée sur le sexe (qui est pourtant l'objet de ce mémoire).¹⁹¹ La Cour E.D.H. a une interprétation assez extensive des critères protégés par le principe de non-discrimination inscrit à l'art. 14, C.E.D.H.¹⁹² La Cour procède à la comparaison des mères adoptives avec les mères biologiques, dans l'octroi d'un congé payé de maternité (application du *Maternity Leave Act*, acte retenu par les autorités nationales), placées dans une situation comparable : elles sont entrepreneuses indépendantes et peuvent bénéficier dudit congé jusqu'à ce que leur enfant soit âgé d'un an. Or, la législation spéciale ne permet pas d'assurer l'égalité entre les mères adoptives et biologiques, ce qui est pourtant l'objectif de la loi générale, car elle ne donne aucune précision sur la

¹⁸⁷ La justification objective et le contrôle de proportionnalité sont examinés ensemble par la Cour.

¹⁸⁸ *Maternity Leave Act*.

¹⁸⁹ *Labour Act* (§43).

¹⁹⁰ La section 6 du *Maternal Leave Act* assure l'égalité de traitement entre les mères adoptives et les mères biologiques, mais ne prévoit pas la manière d'atteindre cet objectif lorsque l'enfant a été adopté après sa première année d'existence (§45).

¹⁹¹ Eventuellement, il aurait pu y avoir une discrimination en raison du sexe entre la mère biologique, salariée ou indépendante, qui elle seule peut bénéficier du congé de maternité alors qu'un congé de maternité peut être accordé au parent adoptif, salarié ou indépendant, quel que soit son sexe. Cette discrimination n'existe plus désormais depuis la nouvelle législation croate (§§ 18-19).

¹⁹² "La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur [...] **toute autre situation** [Nous soulignons] ». J. JACQMAIN J., note sous Cour eur. D.H., arrêt Weller c. Hongrie, du 31 mars 2009, *Chr. D.S.*, 2010, p. 49.

situation des mères adoptives dont l'enfant a été adopté après son premier anniversaire. Dès lors, ces deux groupes ne sont pas traités de la même manière (les mères adoptives sont ainsi victimes d'une interprétation restrictive de la part des juridictions nationales sur cette législation). Sans justification objective et raisonnable, la mesure nationale est considérée comme discriminatoire (§47).

Par ailleurs, la requérante a fait l'objet d'une autre discrimination fondée sur son *statut d'entrepreneuse indépendante* (hypothèse n°2), qui n'a pas fait l'objet d'un examen par la C.E.D.H.. Dans ce cas de figure, les mères entrepreneuses indépendantes (application du *Maternity Leave Act*) sont traitées différemment que les mères salariées (application du *Labour Act*) alors qu'elles se trouvent dans une situation comparable, à savoir qu'elles sont mères adoptives d'un enfant âgé de plus d'un an.¹⁹³ Cette inégalité est demeurée formelle jusqu'à l'entrée en vigueur du *Maternity and Parental Benefits Act*, non applicable en l'espèce (§§18-19).

Principe de l'égalité de traitement et principe d'égalité - En premier lieu, en vertu du *principe non écrit de l'égalité de traitement*, nous émettons des doutes sur sa mise en œuvre dans cette affaire. En effet, grâce à l'interprétation extensive de l'article 14 de la C.E.D.H. et de ses motifs prohibés, peu de situations peuvent se voir exclues de son champ d'application et dès lors ne pas bénéficier de sa protection. Toutefois, si ce principe devait être invoqué, il aurait fallu comparer les personnes comprises dans un seul groupe, à savoir les mères entrepreneuses indépendantes (hypothèse n°1)/les mères adoptives (hypothèse n°2). Au sein de ce groupe, les mères adoptives/les mères indépendantes ne sont pas traitées de la même manière que les mères biologiques/les mères salariées (cf. *supra* : examen du grief prohibé dans cette affaire).

En second lieu, selon *le principe de l'égalité*, il est inscrit au Protocole n°12 de la Convention E.D.H., qui a été ratifié et est entré en vigueur en Croatie.¹⁹⁴ Aussi, ce principe est érigé à l'article 14, alinéa 2 de la Constitution croate.¹⁹⁵ Le raisonnement tenu dans le cadre du principe de non-discrimination vaut également pour le principe de l'égalité ; si ce n'est que pour ce dernier, tous les motifs sont prohibés. Ainsi, il est notamment interdit de

¹⁹³ Les mères adoptives entrepreneuses indépendantes d'un enfant de plus d'un an, comme l'est la requérante, ne peuvent bénéficier d'un congé de maternité payé alors que les mères adoptives employées d'un enfant âgé entre un an et douze ans y ont droit.

¹⁹⁴ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=&DF=&CL=FRE> (consulté le 15 avril 2015). Sur ce Protocole, C. GRABENWARTER, *op. cit.*, pp. 443-445.

¹⁹⁵ "All shall be equal before the law".

discriminer en raison du statut de mère adoptive ou de mère travailleuse indépendante. Le principe d'égalité aurait pu être appliqué, même si son intervention aurait été quelque peu superflue. En outre, en raison de la non ratification du Protocole n°12 par tous les Etats du Conseil de l'Europe (bien qu'*a priori* les 28 Etats membres de l'Union – également parties au Conseil de l'Europe – doivent l'avoir expressément inscrit dans leur constitution nationale), le principe de non-discrimination garde toute son utilité et son importance à l'heure actuelle.

2.2. Que pensez-vous de la conclusion de la CEDH concernant l'existence d'une discrimination? Partagez-vous cette conclusion ? Si oui, quel est, selon vous, l'argument soutenant cette conclusion? Si non, quel argument aurait justifié une solution contraire?

A titre liminaire, nous précisons que notre analyse prend en compte le droit applicable temporellement au cas d'espèce. Nous partageons l'avis de la Cour quant à l'existence d'une discrimination, sous réserve du fait qu'elle aurait pu, au surplus, examiner la mesure nationale au regard du statut de mère, travailleuse indépendante et non pas, uniquement sous l'angle du statut de mère adoptive (cf. *supra* : première question).

L'argument le plus convaincant est celui qui repose sur le but poursuivi par le *Labour Act*. En effet, l'objectif d'égalité doit prévaloir tant pour les mères biologiques que les mères adoptives. Aussi, le système juridique interne prévoyait des amendements à cette législation pour se conformer à cette finalité. Par ailleurs, la *lex specialis*, si son application est prioritaire sur la *lex generalis*, doit toutefois lui être compatible en raison de la hiérarchie des normes, ce que le législateur croate n'a pas manqué de faire ultérieurement avec le *Maternity and Parental Benefits Act*.

TITRE 3. JURISPRUDENCE DE JURIDICTIONS NATIONALES (SUR L'ACCES AUX BIENS ET SERVICES)

CHAPITRE 1. JURISPRUDENCE BELGE : FITNESS – ACCÈS RÉSERVÉ UNIQUEMENT AUX FEMMES¹⁹⁶

Section 1. Analyse générale de l'arrêt

1.1.Faits pertinents

Un homme, client, d'un club sportif se plaint d'être victime d'une discrimination fondée sur le sexe à la suite de l'exclusion des membres masculins de l'établissement. Il demande la cessation de cette interdiction d'accès à la salle de sport et le paiement de dommages et intérêts moraux.

1.2.Questions juridiques

En première instance, le client du club sportif invite la juridiction à se prononcer sur la question de savoir si l'exclusivité d'accès réservée aux femmes dans son établissement sportif constitue ou non une discrimination (directe) fondée sur le sexe en violation de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les hommes et les femmes.¹⁹⁷

En appel, les deux établissements sportifs contestent la décision de première instance les condamnant à cesser cette interdiction d'accès aux membres masculins, au vu de l'existence d'une discrimination directe et à verser des dommages et intérêts moraux au client. Par ailleurs, ils dénoncent la législation appliquée devant le Tribunal. En effet, les règles répartitrices de compétence n'ont pas été respectées¹⁹⁸ : le décret communautaire était applicable et non, la loi fédérale.

1.3.Raisonnement juridique de la Cour

a) Décision du Président du Tribunal de première instance de Liège, du 23 janvier 2014¹⁹⁹

A titre liminaire, nous précisons que le Président du tribunal a appliqué la loi du 10 mai 2007 précitée.

¹⁹⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, "Fitness "Ladies Only" et répartition des compétences dans la lutte contre la discrimination. Vérité à Liège, erreur à Bruxelles?", obs. sous Liège (12^e ch. civ.), 4 novembre 2014, *J.T.*, 2015, pp. 43-46.

¹⁹⁷ L. du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, éd. 2, p. 29031.

¹⁹⁸ Art. 4, 9°, L. spéc. du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *M.B.*, 15 août 1980, p. 9434.

¹⁹⁹ Trib. Liège, 23 janvier 2014, R.G. n° 13/4948/A.

Sous l'angle de la recevabilité, le Président a conclu que l'action basée sur cette loi fédérale est recevable car elle n'est pas de nature contractuelle. Dès lors, elle peut être introduite à l'encontre de la société gérant la salle de sport avec laquelle il n'existe pas de relation contractuelle à l'égard du requérant.

Sur le fond, après avoir rappelé l'article 9, § 1^{er} de la loi du 10 mai 2007²⁰⁰, le tribunal passe directement à un examen sommaire de la justification et de la proportionnalité, en évoquant simplement le critère prohibé du sexe.²⁰¹ Il rejette les motifs économiques avancés par les défenderesses et estime que le moyen (l'exclusion des clients masculins) pour parvenir au but poursuivi (à savoir, la relance de l'activité de l'établissement sportif), n'était pas nécessaire ou approprié.²⁰² Le Président conclut à l'existence d'une discrimination directe et ordonne *de facto* la cessation de la mesure litigieuse et le versement de dommages et intérêts moraux au requérant.

b) Arrêt de la Cour d'appel de Liège, du 4 novembre 2014²⁰³

En guise de remarque introductive, nous signalons que la Cour d'appel, contrairement au Tribunal de première instance, a appliqué le décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination.²⁰⁴

Sur le plan de la recevabilité, la Cour précise que la législation devant être appliquée au cas d'espèce est le décret susmentionné car en vertu des règles répartitrices de compétences, le sport est une compétence communautaire.²⁰⁵

²⁰⁰ « Art. 8. Dans le domaine visé à l'article 6, § 1^{er}, 1^o, toute distinction directe fondée sur le sexe constitue une discrimination directe, sauf dans les hypothèses visées aux articles 9, 10, 16, 17 et 18. », « Art. 9. § 1^{er}. Par dérogation à l'article 8, une distinction directe fondée sur le sexe peut être faite si la fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires. » N.B. : le Président du tribunal ne mentionne pas le terme « directe » caractérisant pourtant la discrimination en cause.

²⁰¹ Le magistrat ne procède pas à une étude détaillée des différentes étapes du raisonnement pratiqué dans le domaine de la non-discrimination et de l'égalité. Il n'examine pas la comparabilité des situations et le traitement différencié de manière explicite (cf. *infra*).

²⁰² Notons que le Président a inversé les termes du prescrit légal et ne semble pas tenir compte de leur caractère cumulatif (« ou » au lieu de « et »). Dans le texte légal, les deux sous-tests de proportionnalité sont exprimés ainsi : « les moyens pour réaliser ce but sont appropriés et nécessaires [Nous soulignons] » (cf. *infra*).

²⁰³ Liège (12^e ch.), 4 novembre 2014, *J.T.*, 2015, p. 42.

²⁰⁴ Décr. Comm. fr. du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 13 janvier 2009, éd. 2, p. 974.

²⁰⁵ Art. 4, 9^o de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980. Par ailleurs, l'art. 6, § 1^{er} de la loi du 10 mai 2007 exclut de son champ d'application le domaine du sport et l'art. 4, al. 1^{er}, 6^o du décret du 12 décembre 2008 précise que l'accès aux biens et services qui sont à la disposition du public, ainsi que leur fourniture se voit appliquer ce décret.

Quant au fond, la juridiction retient l'article 35 dudit décret et, en raison de l'absence d'arrêt de gouvernement pris en exécution de cette disposition, doit apprécier au cas par cas la justification et la proportionnalité d'une discrimination directe visée à l'alinéa 1^{er}. Dès lors, elle procède à cette analyse conformément au droit de l'Union européenne, et à la directive 2004/113²⁰⁶, en prenant notamment en compte ses considérants.²⁰⁷ Estimant que les hommes et les femmes, clients du club sportif, ne se trouvent pas dans une situation comparable en raison de leurs différences de morphologie, la Cour considère que les hommes ne sont donc pas discriminés. Néanmoins, la Cour poursuit son analyse. Quant à la justification objective, elle admet le motif des requérantes de faciliter l'accès aux femmes rétives à la fréquentation d'un club de sport mixte.²⁰⁸ Concernant le caractère approprié et nécessaire de la mesure litigieuse, la juridiction la tient pour satisfaite tout en ne développant que le test de nécessité.²⁰⁹ Elle s'appuie également sur des éléments factuels (tels la proximité équivalente, pour le requérant par rapport à son domicile, avec l'autre salle de sport, que les membres masculins doivent désormais fréquenter). En conclusion, la Cour d'appel constate l'absence d'une discrimination directe pratiquée par les établissements sportifs.

Section 2. Analyse approfondie de l'arrêt

2.4. Comparez le raisonnement du Tribunal de première instance et celui de la Cour d'appel sur l'existence d'une discrimination. Lequel vous semble le plus conforme à la DIR 2004/113? Expliquez.

Il nous semble incontestable que l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Liège est le plus conforme à la directive 2004/113. En effet, cette juridiction a respecté, contrairement à

²⁰⁶ Dir. (CE) n°2004/113 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.U.E.*, L 373, du 21 décembre 2004, p. 37.

²⁰⁷ Cela respecte la jurisprudence de la C.J.U.E., notamment précisée dans son arrêt *Seda Küçükdevici* (C.J.U.E., 19 janvier 2010 (*Seda Küçükdevici c. Swedex GmbH & Co. KG*), C-555/07, *Rec. C.J.U.E.*, 2010, I, p. 365), au § 48 : « Il s'ensuit que, en appliquant le droit national, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte ainsi que de la finalité de cette directive pour atteindre le résultat fixé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 288, troisième alinéa, TFUE (voir, en ce sens, arrêts précités *von Colson et Kamann*, point 26; *Marleasing*, point 8; *Faccini Dori*, point 26, ainsi que *Pfeiffer e.a.*, point 113). L'exigence d'une interprétation conforme du droit national est inhérente au système du traité en ce qu'elle permet à la juridiction nationale d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la pleine efficacité du droit de l'Union lorsqu'elle tranche le litige dont elle est saisie (voir, en ce sens, arrêt *Pfeiffer e.a.*, précité, point 114. » Son raisonnement s'articule en cinq temps coïncidant avec les étapes de l'examen pratiqué en matière d'égalité et de non-discrimination.

²⁰⁸ Pour ce faire, la Cour s'appuie entre autres sur les ressentis personnels des femmes concordants à l'état actuel des mœurs et présentant un caractère réel, des statistiques démontrant la hausse de fréquentation du club depuis l'entrée en vigueur de la mesure litigieuse et sur les spécificités du genre féminin requérant des activités sportives adaptées.

²⁰⁹ Il nous semble que la Cour pourrait avoir considéré implicitement que la mesure était apte, appropriée pour atteindre le but poursuivi et ne l'aurait donc pas analysée expressément.

l'analyse succincte et incomplète du Tribunal de première instance²¹⁰, la structure du raisonnement prévalant en matière de non-discrimination et d'égalité. A cet égard, la Cour commence par préciser qu'elle va analyser la disposition décrétole au regard du droit de l'Union européenne et de la directive susmentionnée. Notons que l'article 35 du décret (cet article est spécifique à la fourniture de biens et de services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe) vise la discrimination directe alors que la réglementation européenne vaut pour les discriminations directes et indirectes (dans le texte, « les différences de traitement ») en matière d'accès aux biens et services (art. 1^{er}, art. 2, a) et b), art. 4, §1^{er} et § 5).

En premier lieu, sous l'angle de la comparabilité des situations et du traitement différent²¹¹, la Cour s'appuie sur le considérant n°12 de la directive pour constater que les hommes et les femmes ne sont pas placés dans une situation comparable en raison de leurs différences morphologiques. Les premiers ne font dès lors pas l'objet d'une discrimination directe.²¹²

En deuxième lieu, s'agissant du motif prohibé, même s'il ne fait pas l'objet d'un examen distinct à proprement parler, il est clair qu'il s'agit du sexe, du genre, comme la Cour le mentionne à divers endroits de son analyse, notamment dans le cadre des deux étapes précédentes.

En troisième lieu, la justification objective appelle l'invocation des considérants 16 et 17 de la directive – et, nous ajoutons, l'article 4, §5 – qui ont été repris dans les travaux préparatoires du décret communautaire ainsi qu'à son article 35, alinéa 1^{er}. La Cour examine en profondeur et en toute objectivité²¹³ cette condition pour conclure à la légitimité du but poursuivi par les clubs sportifs (la facilitation d'accès aux femmes rétives à la fréquentation des clubs sportifs, notamment, au regard des motifs évoqués dans les considérants : la liberté d'association et l'organisation d'activités sportives et le fait que les installations sportives ne doivent pas toujours être partagées entre les deux sexes sous certaines réserves) (cf. *supra*).

²¹⁰ Il analyse principalement, voire exclusivement la justification objective et la proportionnalité de la mesure litigieuse en inversant l'ordre des sous-tests : le caractère nécessaire est examiné avant le côté approprié de la mesure et, en les présentant comme une alternative ("ou").

²¹¹ Les deux premières étapes du raisonnement, à savoir l'existence de situations comparables et celle d'un traitement différent, sont analysées simultanément.

²¹² C'est de discrimination directe dont il est question, étant donné que c'est le texte communautaire qui s'applique en l'espèce, même s'il est analysé à la lumière de la directive.

²¹³ La Cour ne souhaite pas donner sa propre interprétation des relations humaines. C'est pourquoi elle prend entre autres en considération les ressentis personnels des femmes qui correspondent toutefois à une réalité concrète et des données statistiques.

En revanche, le Tribunal de première instance avait rejeté les raisons économiques arguées par les établissements sportifs.²¹⁴

En quatrième lieu, la Cour se penche sur la proportionnalité et ses deux sous-tests cumulatifs : le caractère approprié et la nécessité.²¹⁵ Sur ce point, l'examen est plus concis et se limite à développer le caractère nécessaire de la mesure litigieuse, en se fondant notamment sur des éléments factuels (cf. *supra*). La juridiction estime que le moyen remplit ce critère, car elle n'en imagine pas un autre qui pourrait s'y substituer. Nous considérons que dans cette étude, la Cour a manqué de précision car la directive 2004/113, ainsi que le décret communautaire requièrent la démonstration de l'aspect approprié de la mesure, ce que la Cour n'a pas effectué.

²¹⁴ Il s'agissait apparemment, à la lecture de la décision, des seuls arguments avancés devant cette juridiction. Dès lors, nous comprenons que le Tribunal ait rejeté ces justifications. C. TOBLER, *op. cit.*, pp. 248-250.

²¹⁵ Quant au Tribunal, il a évoqué les deux sous-tests de proportionnalité mais en les inversant, même si nous avons l'impression que c'est davantage l'absence de nécessité qui a été prise en considération par le Président.

CHAPITRE 2. JURISPRUDENCE IRLANDAISE : GOLF – ACCÈS (ÊTRE MEMBRE) RÉSERVÉ UNIQUEMENT AUX HOMMES²¹⁶

Section 1. Analyse générale de l'arrêt

1.1. Faits pertinents

« Portmarnock » est un club de golf irlandais, titulaire d'un certificat d'enregistrement autorisant le service de boissons alcoolisées dans son établissement (ci-après, le(s) club(s) enregistré(s)), dont les membres sont exclusivement masculins. Cela n'empêche pas les femmes non membres d'utiliser les infrastructures du club.²¹⁷ L'*Equality Authority*²¹⁸ a introduit une action contre le club l'estimant discriminatoire (au sens de l'article 8, (3) de l'*Equal Status Act 2000*)²¹⁹ et devant dès lors voir suspendu son certificat d'enregistrement pour une période limitée (art. 8, (7), de la même loi).

1.2. Questions juridiques

Au regard de l'*Equal Status Act 2000*, la question est de savoir si le club « Portmarnock » peut bénéficier de l'exemption prévue par l'article 9 qui permet à un club enregistré - pourtant considéré comme discriminatoire sous l'angle de l'article 8²²⁰ - de ne pas être qualifié de la sorte. Pour ce faire, le club doit en l'espèce respecter les conditions suivantes : « *if its principal purpose is to cater only for the needs of – (i) persons of a particular gender, [...], it refuses membership to other persons* ». Tout l'enjeu du litige vise ainsi à connaître la signification de chaque terme introductif de cette phrase.²²¹

²¹⁶ *Equality Authority v. Portmarnock Golf Club* [2010] 1 IR 671. M. ENRIGHT, "The Supreme Court, Equality, Golfing and 'Need'", *Human Rights in Ireland*, 2009, disponible sur <http://humanrights.ie/> (consulté le 19 février 2015), D. FENNELLY, *Selected Issues in Irish Equality Case Law 2008–2011*, Dublin, The Equality Authority Ed., 2012, pp. 71-72, 96-102, disponible sur <http://www.equality.ie> (consulté le 16 avril 2015), D. O'CONNELL, "No 'ladies' need apply – Equality Authority v. Portmarnock Golf Club", *Village Magazine*, 2009, disponible sur <http://www.donnchaoconnell.ie/download/file/6/> (consulté le 15 avril 2015).

²¹⁷ Tout comme les hommes membres et non-membres.

²¹⁸ Il s'agit d'un organisme indépendant chargé d'assurer la défense et la promotion de l'égalité dans le cadre de l'*Employment Equality Act, 1998* and the *Equal Status Act, 2000*. Cette dernière législation vise à exclure la discrimination, fondée sur le sexe notamment, dans l'accès aux biens et aux services parmi d'autres secteurs. (<http://www.equality.ie/en/About-Us/>, consulté le 29 mars 2015).

²¹⁹ *Equal Status Act 2000*, disponible sur <http://www.irishstatutebook.ie> (consulté le 16 avril 2015). Sur cette législation, X, *Your Equal Status Rights Explained. Guide to the Equal Status Act 2000-208*, disponible sur <http://www.equality.ie/> (consulté le 5 avril 2015).

²²⁰ « [...] (2) (a) a club shall be considered to be a discriminating club if—(i) it has any rule, policy or practice which discriminates against a member or an applicant for membership, or [...]

(b) without prejudice to the generality of paragraph (a), any of the following acts, if done by a club or a person involved in its management on any of the discriminatory grounds, is evidence that the club is a discriminating club: (i) refusing to admit a person to membership; [...] ».

²²¹ « *if its principal purpose is to cater only for the needs of [...]* »

1.3. Raisonement juridique de la Cour²²²

A titre liminaire, précisons que la majorité des juges de la Cour suprême irlandaise (trois sur cinq²²³) ont rejeté l'appel de *l'Equality Authority* estimant que le club de golf *Portmarnock* n'était pas discriminatoire car il répondait aux exigences de l'article 9 de *l'Equal Status Act 2000*. Notre analyse se centrera uniquement sur la discussion autour de cette disposition.

D'une manière générale, les magistrats ont recouru à une interprétation littérale de ces termes, même si les juges GEOGHEGAN (§31) et DENHAM (§§36, 59) ont évoqué et développé, concernant cette dernière, une interprétation contextuelle et téléologique. Leur analyse et leur dispositif sont influencés par la liberté qu'ils entendent davantage protéger. Ainsi, les juges de la majorité tendent vers une interprétation favorable à la liberté d'association (visée par l'art. 9 (1) (a)) alors que les juges dissidents protègent plutôt les principes d'égalité et de non-discrimination (couverts par l'art. 8).

Plus précisément, les juges majoritaires²²⁴ opèrent une distinction entre la question de la discrimination au sein de l'organisation interne des clubs enregistrés et les services prestés au public afin de respecter la liberté d'association. Ainsi, il convient de différencier d'une part, le but du club, qui relève de sa sphère privée et de sa gestion interne et d'autre part, l'activité du club, qui est incluse dans la sphère publique. Si le club peut discriminer en interne, en réservant la qualité de membres aux hommes (art. 5(2) (b) et art. 8 et art. 9, (1), (a)), il ne peut en revanche se départir de ses obligations légales, prescrites à l'article 5(1). Il doit en conséquence proposer ses infrastructures, sans discrimination, aux femmes et aux hommes non membres. Brièvement, le but principal²²⁵ du club consiste à répondre²²⁶ uniquement²²⁷ aux besoins²²⁸ des hommes et l'activité du golf, quant à elle, correspond à la pratique de ce sport.

²²² Pour référencer les quatre jugements de l'arrêt, nous préciserons le numéro du paragraphe pertinent et le nom du juge auquel il se rapporte.

²²³ Les trois juges de la majorité sont les suivants : J. HARDIMAN, J. GEOGHEGAN et J. MACKEN (qui se rallie à l'opinion de ces juges). Les deux juges dissidents sont donc, J. DENHAM et J. FENNELLY.

²²⁴ §§ 126-149, J. HARDIMAN et §§ 8-9, 27-31, J. GEOGHEGAN.

²²⁵ §§ 138-140, J. HARDIMAN : D'autres objectifs peuvent être poursuivis par le club. § 21, J. GEOGHEGAN.

²²⁶ § 141, J. HARDIMAN : S'occuper des besoins des membres du club constitue l'objectif principal du club. § 21, J. GEOGHEGAN.

²²⁷ §§ 138-141, J. HARDIMAN : Cet adverbe se réfère aux membres. § 27, J. GEOGHEGAN.

²²⁸ §§ 28-36, 83-88, 106-129, 155-160, 165, 169-173, J. HARDIMAN et §§ 18, 21-26, J. GEOGHEGAN : L'interprétation des termes introductifs de l'article 9 par *l'Equality Authority* a pour effet de priver cette disposition de sa substance et est contraire à la liberté d'association, qu'elle sous-tend (*Railwaymen v. Sullivan* [1947] IR 77). S'agissant de l'existence du lien logique devant exister, selon *l'Equality Authority*, entre les

Selon les juges de l'opposition, l'interprétation de l'article 9 effectuée par la majorité vide l'article 8 de sa substance et de son effectivité. Ainsi, ces magistrats considèrent que le but principal du club vise la pratique du golf.²²⁹ Comme le club met ses infrastructures à disposition des femmes et des hommes, *Portmarnock* ne satisfait pas en réalité uniquement aux besoins²³⁰ (qui se rapportent au but principal poursuivi par le club, à savoir la pratique de golf) de ses membres masculins.²³¹ Il s'avère toutefois que le club s'occupe distinctement des genres masculine et féminine, seule la première pouvant accéder au *membership*.²³² Par le biais d'une approche téléologique de l'*Equal Status Act 2000*, les exceptions aux principes d'égalité et de non-discrimination (art. 9) doivent être interprétées strictement.²³³ Quel que soit le type d'interprétation choisi, le résultat est identique : *Portmarnock* est un club discriminatoire et ne satisfait pas aux conditions de l'article 9.

Section 2. Analyse approfondie de l'arrêt

2.5. *Que pensez-vous du raisonnement de la cour suprême irlandaise, rendu en 2009, dans l'affaire Equal Authority v. Portmarnock Golf club au regard de la DIR 2004/113?*

objectifs poursuivis par le club et les catégories de personnes aux besoins desquelles le club répond, cet organisme n'a pu donner qu'un exemple de club théorique remplissant cette condition (être un club sans exercer d'activité) et pouvant donc bénéficier de l'exception. Or, selon les juges HARDIMAN et GEOGHEGAN, l'article 9 vise des situations concrètes, des clubs réels et existants en Irlande et la protection de la liberté d'association qu'il vise doit être assurée. Par ailleurs, il est quelque peu absurde et irréaliste de constituer un club sans activité. Quant au contenu du terme « needs », il recouvre en réalité les aspects physiques, mais aussi psychologiques, culturels et sportifs, comme le confirme le dictionnaire, contrairement à l'*Equality Authority* qui ne retient que les seuls besoins au sens de "nécessités absolue/impérieuses". Enfin, si une activité peut constituer un besoin pour un certain nombre de femmes ou d'hommes, toutes les personnes du genre considéré peuvent ne pas éprouver le même.

²²⁹ Ils retiennent l'exigence de l'existence d'un lien logique entre le but poursuivi par le club de golf et les personnes pour lesquelles il cherche à répondre aux besoins (§56, J. DENHAM). Selon le juge DENHAM, tous les clubs n'ont pas nécessairement un but, d'ailleurs, l'article 9 ne contient pas une telle présomption (§§ 43, 45-51 (les règles du club de golf l'attestent), 68, J. DENHAM). Le juge FENNELLY ne voit pas quel autre objectif que celui de la pratique du golf pourrait poursuivre un club de golf (§§49, 72). Un autre argument de ces deux juges (§ 64, J. DENHAM et § 56, J. FENNELLY) est le suivant : une disposition d'une législation fiscale exempte d'une taxe les clubs, comme *Portmarnock*, dont la promotion d'activités sportives constitue la seule et unique finalité du club.

²³⁰ Le terme "needs" est interprété restrictivement par le juge DENHAM qui l'entend au sens de nécessité (§55), alors que le juge FENNELLY se rapproche de l'opinion de la majorité considérant que le concept doit aussi s'étendre aux exigences personnelles sur les plans culturel ou social (§§ 62-63, 65).

²³¹ Le juge FENNELLY ajoute que les joueurs de golf masculins ne constituent pas un genre et n'appartiennent pas au genre masculin en tant que tel (§ 61).

²³² §54, J. DENHAM et §§ 66-76, J. FENNELLY.

²³³ Une telle analyse a été avancée par le juge DENHAM au §§59-64. L'objectif poursuivi par l'*Equal Status Act 2000* est de promouvoir l'égalité et de proscrire certains types de discrimination. Cette finalité est exprimée dans l'article 8, mais rencontre certaines exceptions mentionnées à l'article 9. Ces dernières, selon le juge, doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive.

A titre liminaire, depuis le 20 juillet 2008, la directive 2004/113 est transposée dans l'ordre juridique irlandais.²³⁴ Cette réglementation n'est pas appelée à s'appliquer en l'espèce au vu de la date des faits.²³⁵ Toutefois, elle peut s'avérer utile dans l'interprétation des articles 8 et 9 de *l'Equal Status Act 2000*, comme l'a précisé le juge HARDIMAN (§§ 150-154) (*a contrario*, le juge DENHAM a rejeté cette approche au § 30.2, al. 3 et 4).

Globalement, le raisonnement tenu par la Cour dans cette affaire ainsi que *l'Equal Status Act 2000*, dans ses dispositions pertinentes à l'accès aux biens et aux services et spécifiquement aux clubs,²³⁶ ne sont pas conformes en tous points avec la directive 2004/113. Le principe de non-discrimination intervient dans cette affaire. Le fait qu'il recouvre des réalités quelque peu différentes dans l'ordre juridique irlandais par rapport à celui de l'Union a un impact sur le raisonnement de la Cour.

Concernant l'application du principe de non-discrimination au secteur de l'accès aux biens et services, l'article 4 de la directive peut être retenu. Tout en rappelant le principe (§1), il permet une exception en son § 5, auquel les considérants 16 et 17 sont consacrés.²³⁷ *L'Equal Status Act 2000* prévoit le même système respectivement aux articles 5(1) et (2)²³⁸ et 8²³⁹, d'un côté, et à l'article 9 (1) (a), de l'autre²⁴⁰. Notons que les articles 8 et 9 sont spécifiques aux clubs.²⁴¹

²³⁴ *Civil Law (Miscellaneous Provisions) Act 2008*, disponible sur <http://www.irishstatutebook.ie> (consulté le 16 avril 2015) ; F. MEENAN, "Ireland", in *Gender Equality Law in 30 European Countries – 2009 update* (sous la dir. de S. Prechal and S. Burri, European Network of legal experts in the field of gender equality), European Commission, 2009, pp. 76-82, spec. p. 80.

²³⁵ *L'Equality Authority* a introduit une requête devant la *District Court* en 2003, qui a rendu sa décision en 2004. Une deuxième décision a été rendue en 2005 par la *High Court* qui a donné lieu à un appel devant la Cour suprême d'Irlande en 2009. Sur la décision rendue par la *High Court*, D. SCHIEK, L. WADDINGTON and M. BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, coll. Commune casebooks for the Common Law of Europe, Oxford, Hart, 2007, pp. 293-294, E. SONG, « No Women (and Dogs) Allowed : A comparative Analysis of Discriminating Private Golf Clubs in the United States, Ireland, and England », *Washington University Global Studies Law Review*, 2007, pp. 181-203.

²³⁶ L'article 2, (1), alinéa 18, (c) porte plus particulièrement sur le service presté par un club. Comme nous le verrons ci-après, l'article 5, (1) de *l'Equal Status Act* impose de respecter le principe de non-discrimination dans la sphère publique alors que l'article 9, vise la sphère privée, la gestion interne du club, notamment vis-à-vis de son *membership* et permet ainsi de discriminer dans ce cadre sous réserve de certaines conditions. Cette idée se retrouve dans la directive européenne, respectivement aux art. 3, § 1 et 4, § 5.

²³⁷ Y est entre autres mentionnée comme justification objective : la liberté d'association (dans le cadre de l'affiliation à des clubs privés unisexes). S. BOURKE, « Equal Treatment between men and women in the access to and supply of goods and services », *Academy of European Law - ERA*, 2015, disponible sur <https://www.era.int> (consulté le 1^{er} avril 2015).

²³⁸ Il s'agit d'une disposition générale.

²³⁹ C'est une disposition spécifique aux clubs discriminatoires enregistrés.

²⁴⁰ L'article 9 constitue une disposition particulière pour les clubs considérés comme non-discriminatoires et dont la structure est « unique », c'est-à-dire, *in casu*, les clubs privés unisexes. Le considérant 16 de la directive 2004/113 (relatif à l'article 4, § 5) prévoit comme motif pouvant justifier une discrimination, la liberté

S'agissant de la comparabilité des situations et du traitement différencié, la législation irlandaise n'évoque pas le premier élément dans la définition générale de la discrimination, seul le second étant mentionné (art. 3 (1) (a)).²⁴² Cependant, le juge HARDIMAN estime qu'au regard de l'article 9 (1) (a) de *l'Equal Status Act*, les femmes sont traitées de manière identique que les hommes lorsqu'elles sont placées dans une situation comparable. De fait, rien n'empêche des femmes de créer des clubs de golf unisexes avec les mêmes règles que celles prévalant à *Portmarnock*.²⁴³ Le critère de différenciation retenu est le sexe/le genre pour établir les deux groupes.²⁴⁴ Dans le cadre de l'accès aux biens et services, ce motif n'est pas prohibé (art. 4, § 5 et considérant n°12, dir. et art. 9 (1) (a), loi irlandaise).

Notre analyse pourrait s'arrêter ici dans la mesure où il n'y a pas de discrimination envers les femmes au vu des considérations susmentionnées. Nous poursuivons néanmoins notre examen de la conformité du raisonnement de la Cour au regard de la justification objective et de la proportionnalité.

Sur le plan de la justification objective, la Cour irlandaise évoque la liberté d'association, qui est constitutionnellement protégée. Le juge HARDIMAN, dans les considérants qu'il invoque, reprend le considérant n°3 qui requiert d'opérer une balance lorsque diverses libertés fondamentales, dont l'interdiction de discrimination, sont en jeu. Le treizième considérant²⁴⁵ permet de renforcer l'argument de la majorité quant à la distinction à effectuer entre la sphère privée, la gestion interne du club où les discriminations seraient admises et la sphère publique, dans laquelle le principe de non-discrimination doit, au contraire, être respecté.²⁴⁶ Le considérant n°16, renvoyant au §5 de l'article 4, admet comme motif justificatif, la liberté d'association (dans le cadre de l'affiliation à des clubs privés unisexes). Cette dimension est d'ailleurs protégée par l'article 9, (1), (a) de la loi irlandaise.

d'association dans le cadre de l'affiliation à des clubs privés unisexes. Nous observons ainsi un parallélisme entre ces dispositions.

²⁴¹ Contrairement au caractère général de l'article européen.

²⁴² Le concept de discrimination est défini plus précisément dans la directive (qui distingue la discrimination directe et indirecte) (art. 2, a) et b)) que dans la législation nationale en cause (art. 2 (1), alinéa 5 renvoyant not. à l'article 3 (1) (a)).

²⁴³ Nous partageons ainsi l'avis du juge HARDIMAN sur ce point (§§ 79, 83, J. HARDIMAN).

²⁴⁴ Quant au critère de distinction, seul le sexe fait l'objet de la directive (art. 1 et art. 2, a) et b)), contrairement à l'*Equal Status Act* qui en mentionne neuf, dont le genre (art. 3 (2), spéc. (a)).

²⁴⁵ « ***L'interdiction de la discrimination devrait s'appliquer aux personnes fournissant des biens et services qui sont à la disposition du public et offerts en dehors de la sphère de la vie privée et familiale ainsi que des transactions qui se déroulent dans ce cadre. Elle ne devrait pas s'appliquer au contenu des médias ou de la publicité, ni à l'éducation publique ou privée.*** [Nous soulignons] ».

²⁴⁶ La majorité de la Cour suprême estime que l'article 5, (1) de *l'Equal Status Act* concerne la sphère publique alors que l'article 9 porte sur la sphère privée.

Il est toutefois intéressant de noter que dans le contexte juridique irlandais, existe un dilemme dans la protection des principes d'égalité et de non-discrimination d'une part, et la liberté d'association, d'autre part. Dans l'arrêt en cause, par le biais de la balance effectuée entre ces deux droits, les juges de la majorité sont plutôt portés vers le second, contrairement aux juges dissidents qui privilégient les premiers. La jurisprudence suit généralement la première tendance.²⁴⁷ Le législateur dans *l'Equal Status Act 2000* a lui-même rencontré des difficultés dans la conciliation de ces principes.²⁴⁸ Il semble même adopter une position plus restrictive qu'en droit européen (tant celui de Strasbourg que celui de Luxembourg).²⁴⁹ Pour ces diverses raisons, certains auteurs²⁵⁰ ainsi que le juge HARDIMAN²⁵¹ émettent des doutes quant à la compatibilité de certaines dispositions de cette loi - et, nous ajoutons, de la jurisprudence y relative - avec la directive 2004/113.

Au sujet de l'examen de proportionnalité, s'il est pourtant exigé à l'article 4, § 5 de la directive, il est absent de *l'Equal Status Act* en son article 9 (1) (a).

Par ailleurs, sous l'angle d'une approche téléologique, la directive 2004/113 vise, tout comme *l'Equal Status Act*, à promouvoir l'égalité et la non-discrimination. Les juges de l'opposition estiment qu'en vertu de ces principes, l'exemption prévue par l'article 9 doit être interprétée restrictivement.²⁵² En outre, la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé le caractère primordial du principe de l'égalité entre les sexes dans le cadre de la directive

²⁴⁷ "... the right of **freedom of association** guaranteed by Article 40 of the Constitution **should not be lightly hampered**; if the enforcement of that right requires a more liberal construction of restrictive legislation, then so be it.[nous soulignons]" (per McCarthy J. in *NUJ v. Sisk* [1992] 2 IR 171). Par ailleurs, ce n'est sans doute pas anodin que cette législation irlandaise ne connaisse pas d'équivalent ailleurs dans le monde. (M. CALLANAN, §§85-86, J. HARDIMAN). Cependant, le fait que les juges définissent le caractère discriminatoire d'un club en fonction de la liberté qu'ils souhaitent protéger davantage, est source d'insécurité et d'imprévisibilité juridiques pour le justiciable, ce qui s'avère problématique.

²⁴⁸ Comme l'explique M. CALLANAN (§§85-86, J. HARDIMAN et §8, J. GEOGHEGAN). Ce texte législatif effectue une mise en balance des principes susmentionnés avec la liberté d'association (constitutionnellement protégée). Ainsi, si les articles 5 (1) et 8 visent à promouvoir la non-discrimination, l'article 9 érige des exceptions à ces principes tendant à protéger la liberté d'association.

²⁴⁹ Opinion du juge HARDIMAN, §§150-154.

²⁵⁰ F. MEENAN, « Ireland », in *Sex-segregated Services* (sous la dir. de S. Burri and A. McColgan, European Network of Legal experts in the field of Gender Equality), European Commission, 2008, pp. 44-47, spec. pp. 46-47 : « However with respect to clubs, **Section 9(1)(a) does not seem to comply with Article 4(5). Section 9(1)(a) provides that a club is not discriminating if its principal purpose is to cater for inter alia persons of a particular gender. Article 4(5) requires that there be a legitimate aim. There is no evidence that the playing of golf, by men only (for example) is a legitimate aim. There may be other groups, for example the Irish Countrywomens' Association, where the aim is for the assistance of women especially women living in rural Ireland, or widows' or widowers' associations.** [Nous soulignons] », X., « Ireland. Case law. The Equality Authority v Portmarnock Golf Club, 10 June 2005 (unreported) », *European Anti-discrimination Law Review*, 2005, disponible sur <http://www.equalitylaw.eu/content/media/LR-2-IE-2.pdf> (consulté le 19 février 2015).

²⁵¹ « It is clear from the foregoing references that EU law protects the position of one-gender private clubs. But it is of course possible that **Irish law** in this regard is more restrictive than European law, **whether or not such restriction would pass muster in Strasbourg or in Luxembourg.** [Nous soulignons] » (§154).

²⁵² Le juge DENHAM, §§ 59-61.

précitée. Elle s'est exprimée, certes dans un contexte différent que celui en cause, mais elle a souligné l'importance de ne pas déroger *indéfiniment* au principe susmentionné.²⁵³ Or, la sanction prévue par la législation irlandaise (la suspension du certificat d'enregistrement) n'empêche nullement de continuer à violer ce principe si un club est jugé discriminatoire.²⁵⁴

En conclusion, nous considérons que le raisonnement tenu par la Cour suprême irlandaise n'est pas conforme au but poursuivi par la directive 2004/113 car il accorde trop d'importance à la liberté d'association, par rapport à l'égalité et à la non-discrimination et ne se penche pas sur le contrôle de proportionnalité.

²⁵³ Au regard de la jurisprudence Test-Achat (C.J.U.E., 1^{er} mars 2011 (Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL et autres c. Conseil des ministres), C-236/09, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, I, p. 773) rendu récemment invalidant l'article 5, § 2 car il est contraire à la finalité de la directive 2004/113, en prévoyant une dérogation indéterminée au principe d'égalité des sexes en matière d'usage de facteurs actuariels fondés sur le sexe. C. NIKOLAIDIS, *op. cit.*, pp. 144-146.

²⁵⁴ Le problème, évoqué par les juges HARDIMAN (§§ 6, 40-41) et GEOGHEGAN (§8), consiste en ce que malgré cette sanction, la discrimination demeure : le club peut poursuivre ses activités. Notons que dans le cadre des relations (commerciales ordinaires) avec le public et non, comme ici dans l'enceinte interne d'un club, les discriminations peuvent être proscrites par un ordre(décision) (judiciaire) (§8, J. GEOGHEGAN) et les voies de recours ordinaires s'appliquent (§ 15, J. GEOGHEGAN).

CONCLUSION

Ce rapide survol des jurisprudences luxembourgeoise et strasbourgeoise nous amène à constater la complexité de définir les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et d'égalité. Quand les Cours européennes s'y attèlent, elles ne partagent pas exactement les mêmes conceptions. Au sein même de l'Union européenne, le législateur et le juge ne parviennent pas à s'accorder, lorsque ce n'est pas le législateur lui-même qui s'emmêle les pinceaux dans ses propres directives. Le manque de cohérence dans l'ordre juridique « communautaire » s'illustre entre autres par la difficulté d'opter pour une approche quantitative et/ou qualitative de la discrimination, et dans ce premier cas, se pose la question de l'attitude à adopter face au rejet par la C.J.U.E. de la généralisation des statistiques (arrêt X, C-318/13).

Les congés parentaux, au sens large, ont été mis à l'examen devant la Cour de Justice. Quelle que soit leur nature, ils nous conduisent à nous interroger sur la prise en considération des réalités sociales contemporaines (parenté multiple, progrès scientifiques et médicaux, importance de la fonction parentale, ...) dans leur confrontation à l'égalité et à la non-discrimination. La multitude des congés complexifie la mise en œuvre d'une égalité substantielle effective entre les sexes, notamment lorsque les Etats disposent de conceptions différentes de notions identiques (comme, le congé d'allaitement en Espagne).

Par ailleurs, les rôles respectifs des acteurs juridiques peuvent être questionnés en matière d'égalité et de non-discrimination. D'un côté, la Cour de Justice peut, dans une même matière, effectuer des volte-faces peu compréhensibles (arrêts Roca Alvarez et Betriu Montull). De l'autre, le respect des attributions du législateur et du juge n'est pas toujours aisé, quand des avocats généraux « avant-gardistes » proposent des solutions inédites pouvant faire progresser l'égalité au sens large. Dans quelle mesure ces derniers peuvent-ils influencer les législateurs et les magistrats européens et nationaux ?

S'agissant de la Cour E.D.H., d'une part, la notion de discrimination est unique, contrairement à la C.J.U.E. où elle est double : directe et indirecte. Cela a une incidence sur la justification de la différence de traitement. Aussi, au vu de l'exhaustivité des motifs de l'article 14 de la Convention, les principes d'égalité de traitement et d'égalité (couvert par le Protocole n°12, non ratifié par l'ensemble des Etats parties), dans une moindre mesure, présentent une importance moins grande dans cet ordre juridique que dans l'Union européenne.

D'autre part, la jurisprudence strasbourgeoise manque d'objectivité surtout lorsqu'il est question du genre. Malgré l'exigence de considérations très fortes pour le sexe, la Cour réserve un examen plus rigoureux au stade de la justification objective et de la proportionnalité, quand des femmes sont victimes d'une différence de traitement, à l'opposé des hommes. La marge de manœuvre accordée aux Etats fluctue en fonction du bon vouloir de la Cour. D'ailleurs, le juge Popovic dans l'arrêt Cusan et Fazzo a critiqué cette attitude de la juridiction en matière du nom. Il semble ainsi que, quelle que soit l'argumentation de l'Etat défendeur, si la Cour E.D.H. a choisi au préalable de faire droit à la demande des requérants, elle fera en sorte que son raisonnement corresponde à sa volonté.

Concernant l'accès aux biens et aux services, nous avons eu l'opportunité de confronter des décisions nationales aboutissant au même résultat, mais procédant toutefois à des raisonnements différents. En toute logique, la Cour belge a tenu une analyse conforme à la directive 2004/113, car elle était applicable au cas d'espèce, contrairement à l'affaire irlandaise. La Cour d'appel de Liège a conclu *a priori* à l'incomparabilité des situations des sportifs masculins et féminins. De son côté, un des juges irlandais, en l'absence de mention expresse dans la définition de la discrimination, a néanmoins constaté, dans la loi, l'égal traitement des deux genres pour la constitution de clubs sportifs unisexes. Quant aux justifications objectives, s'inspirant pourtant des mêmes considérants de la directive susmentionnée, elles ne sont pas semblables dans chacune de ces affaires. Par ailleurs, la Cour suprême s'est prononcée en Irlande, au contraire du cas belge. Dès lors, quelle pourrait être la position des plus hautes juridictions belges en la matière ?

De Strasbourg à Luxembourg, d'un Etat à l'autre, il est temps en 2015 de ne plus se cantonner à proclamer mais bien, à réaliser une véritable égalité substantielle entre les hommes et les femmes ...

ANNEXE 1 . ARRET BRACHNER - NOTION DE DISCRIMINATION INDIRECTE

Jurisprudence de la C.J.U.E.

Arrêt Brachner (C-123/10), § 56 :

- 56 Il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour 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 (voir, notamment, arrêt du 16 juillet 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho, C-537/07, Rec. p. I-6525, point 54 et jurisprudence citée).

Arrêt Evangelina Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07)

§ 54 Il ressort d'une jurisprudence constante 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 (voir notamment arrêts du 27 octobre 1998, Boyle e.a., C-411/96, Rec. p. I-6401, point 76, et du 21 octobre 1999, Lewen, C-333/97, Rec. p. I-7243, point 34).

➤ Boyle : § 76

76 Selon une jurisprudence constante, 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 (voir, notamment, arrêts du 2 octobre 1997, Gerster, C-1/95, Rec. p. I-5253, point 30, et Kording, C-100/95, Rec. p. I-5289, point 16).

- Gerster : 30 *Selon une jurisprudence constante, 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 (voir, en ce sens, arrêts du 14 décembre 1995, Megner et Scheffel, C-444/93, Rec. p. I-4741, point 24, et du 24 février 1994, Roks e.a., C-343/92, Rec. p. I-571, point 33).*
- Kording : 16 *Selon une jurisprudence constante, 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 (voir, en ce sens, arrêts du 14 décembre 1995, Megner et Scheffel, C-444/93, Rec. p. I-4741, point 24, et du 24 février 1994, Roks e.a., C-343/92, Rec. p. I-571, point 33).*
- Megner et Scheffel : 24 *Il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, l'article 4, paragraphe 1, de la directive s'oppose à l'application d'une mesure nationale qui, bien que formulée de façon neutre, désavantage en fait un pourcentage beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que cette mesure ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Tel est le cas si les moyens choisis répondent à un but légitime de la politique sociale de l'État membre dont la législation est en cause, sont aptes à atteindre l'objectif poursuivi par celle-ci et sont nécessaires à cet effet (voir arrêt du 24 février 1994, Roks e.a., C-343/92, Rec. p. I-571, points 33 et 34).*
- Roks : 33 *Pour le surplus, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7 s'oppose à l'application d'une mesure nationale qui, bien que formulée de façon neutre, désavantage en fait un pourcentage beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que cette mesure ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe (voir, notamment, arrêt Commission/Belgique, C 229/89, point 13).*

34 Tel est le cas si les moyens choisis répondent à un but légitime de la politique sociale de l'État membre dont la législation est en cause, sont aptes à atteindre l'

objectif poursuivi par celle-ci et sont nécessaires à cet effet (voir arrêt du 19 novembre 1992, Molenbroek, C-226/91, Rec. p. I-5943, point 13).

❖ Commission/Belgique : 13 A titre liminaire, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, l' article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7, précitée, s' oppose au traitement moins favorable d' un **groupe social** lorsqu' il s' avère qu' il est composé d' un nombre beaucoup plus élevé de **personnes de l' un ou de l' autre sexe**, à moins que la mesure en cause ne soit "justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe" (arrêt du 27 juin 1990, Kowalska, point 16, C-33/89, point 16, Rec . p . I-2591) [Nous soulignons]

✓ Kowalska : 16 Il faut, dès lors, répondre à la première question de la juridiction nationale que l' article 119 du traité CEE doit être interprété en ce sens qu' il s' oppose à l' application d' une disposition d' une convention collective, conclue pour les services publics nationaux, qui permet aux employeurs d' exclure du bénéfice d' une indemnité temporaire en cas de cessation de la relation de travail des travailleurs à temps partiel, lorsqu' il s' avère qu' en fait un pourcentage considérablement plus faible d' hommes que de femmes travaille à temps partiel, à moins que l' employeur n' établisse que ladite disposition est justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe .

❖ Molenbroek : 13 Dans ces conditions, il y a lieu de constater qu' une législation telle que celle en cause, qui fait dépendre l' octroi et le montant d' une majoration de pension au titulaire de cette pension du seul revenu professionnel perçu par le conjoint moins âgé, aboutit, en principe, à une discrimination indirecte des travailleurs féminins par rapport aux travailleurs masculins, qui est contraire à l' article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7, à moins que ladite législation ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Il résulte de la jurisprudence de la Cour que tel est le cas si les moyens choisis répondent à un but légitime de la politique sociale de l' État membre dont la législation est en cause, sont aptes à atteindre l' objectif poursuivi par celle-ci et sont nécessaires à cet effet (voir arrêt du 7 mai 1991, Commission/Belgique, point 19, C-229/89, Rec. p. I-2205).

19 En revanche, si le royaume de Belgique est en mesure d' établir que les moyens choisis répondent à un but nécessaire de sa politique sociale, sont aptes à atteindre l' objectif poursuivi par celle-ci et sont nécessaires à cet effet, la seule circonstance que le système d' allocations favorise un nombre beaucoup plus élevé de travailleurs masculins ne saurait être considérée comme une violation du principe d' égalité de traitement (arrêt du 13 juillet 1989, Rinner-Kuehn, point 14, 171/88, Rec . p . 2743).

✓ Rinner-Kueh : 14 Il convient néanmoins de préciser que ces considérations, en ce qu' elles constituent de simples généralisations concernant certaines catégories de travailleurs, ne permettent pas de dégager des critères objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe . En revanche, si l' État membre est en mesure d' établir que les moyens choisis répondent à un but

nécessaire de sa politique sociale, sont aptes à atteindre l'objectif poursuivi par celle-ci et sont nécessaires à cet effet, la seule circonstance que la disposition législative frappe un nombre beaucoup plus élevé de travailleurs féminins que de travailleurs masculins ne saurait être considérée comme une violation de l'article 119.

➤ **Lewen**

34 Il ressort d'une jurisprudence constante 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 (voir, notamment, arrêt Boyle e.a., précité, point 76).

35 À cet égard, il y a lieu de relever d'abord que, ainsi que l'a indiqué la juridiction de renvoi, les femmes ont bien plus souvent recours au congé d'éducation que les hommes, ce qui est d'ailleurs confirmé par la situation dans l'entreprise du défendeur au principal.

36 Il convient de rappeler ensuite que, selon une jurisprudence constante, une discrimination consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou dans l'application de la même règle à des situations différentes (arrêt Boyle e.a., précité, point 39).

→ C'est toujours la même définition.

BIBLIOGRAPHIE

1. LÉGISLATION

1.1. Législations internationales

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, art. 8, 14 ; Procole n°7, art. 5 et Protocole n° 12.

Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, signée à La Haye le 29 mai 1993, art. 29.

1.2. Législations de l'Union européenne

T.U.E., art. 2, 3.

T.F.U.E., art. 8, 19, 157.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, C 326, du 26 octobre 2012, p. 391, art. 20-24, 33, 34.

Dir. (UE) n°2010/18 du Conseil, du 8 mars 2010, portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE, *J.O.U.E.*, L 68, du 18 mars 2010, p. 13.

Dir. (CE) n°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.U.E.*, L 204, du 26 juillet 2006, p. 23.

Dir. (CE) n°2004/113 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.U.E.*, L 373, du 21 décembre 2004, p. 37.

Dir. (CE) n°2002/73 du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002, modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, *J.O.C.E.*, L 269, du 5 octobre 2002, p. 15.

Dir. (CE) n°2000/78 du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.C.E.*, L 303, du 2 décembre 2000, p. 16.

Dir. (CE) n°2000/43 du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.C.E.*, L 180, du 19 juillet 2000, p. 22.

Dir. (CE) n°96/34 du Conseil, du 3 juin 1996, concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, *J.O.C.E.*, L 145, du 19 juin 1996, p. 4.

Dir. (CEE) n°92/85 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.C.E.*, L 348, du 28 novembre 1992, p. 1.

Dir. (CEE) n°79/7 du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, *J.O.C.E.*, L 6, du 10 janvier 1979, p. 24.

Dir. (CEE) n° 76/207 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.C.E.*, L 039, du 14 février 1976, p. 40.

1.3. Législations nationales

Constitution croate, art. 14.

Constitution espagnole, art. 14, disponible sur <http://www.congreso.es> (consulté le 15 avril 2015).

Constitution irlandaise, art. 40, disponible sur <http://www.irishstatutebook.ie> (consulté le 15 avril 2015).

Belgique

L. spéc. du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *M.B.*, 15 août 1980, p. 9434.

L. du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, éd. 2, p. 29031.

Décr. Comm. fr. du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 13 janvier 2009, éd. 2, p. 974.

Irlande

Civil Law (Miscellaneous Provisions) Act 2008, disponible sur <http://www.irishstatutebook.ie> (consulté le 16 avril 2015).

Equal Status Act 2000, disponible sur <http://www.irishstatutebook.ie> (consulté le 16 avril 2015).

2. JURISPRUDENCE

2.1. Jurisprudence de la Cour européenne des droit de l'homme

Cour eur. D.H., arrêt Cusan et Fazzo c. Italie, du 7 janvier 2014, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 19 avril 2015).

Cour eur. D.H., arrêt Topčić-Rosenberg c. Croatie, du 14 novembre 2013, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 19 avril 2015).

Cour eur. D.H, arrêt Konstantin Markin c. Russie, du 22 mars 2012, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 19 avril 2015).

Cour eur. D.H, arrêt Aksu c. Turquie, du 15 mars 2012, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 19 avril 2015).

Cour eur. D.H, arrêt Burden c. Royaume-Uni, du 29 avril 2008, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 19 avril 2015).

Cour eur. D.H, arrêt Ünal Tekeli, du 16 novembre 2004, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 19 avril 2015).

Cour eur. D.H, arrêt Asnar c. France, du 17 juin 2003, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 19 avril 2015).

Cour eur. D.H, arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, du 28 mai 1985, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 19 avril 2015).

Cour eur. D.H, arrêt Rasmussen c. Danemark, du 28 novembre 1984, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 19 avril 2015).

Cour eur. D.H, arrêt « relatif à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique, du 23 juillet 1968, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 19 avril 2015).

2.2. Jurisprudence de l'Union européenne

C.J.U.E., 3 septembre 2014 (X), C-318/13, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/> (consulté le 20 avril 2015), concl. Av. gén. J. KOKOTT.

C.J.U.E., 18 mars 2014 (Z. c. A Government Department and the Board of Management of a community school), C-363/12, ECLI:EU:C:2014:159, concl. Av. gén. N. WAHL.

C.J.U.E., 18 mars 2014 (C.D. c. S.T.), C-167/12, *J.O.U.E.*, C 142, du 12 mai 2014, p. 6, concl. Av. gén. J. KOKOTT.

C.J.U.E., 19 septembre 2013 (Marc Betriu Montull c. Instituto Nacional de la Seguridad Social), C-5/12, *J.O.U.E.*, C 344, du 23 novembre 2013, p. 19, concl. Av. gén. M. WATHELET.

C.J.U.E., 20 octobre 2011 (Waltraud Brachner c. Pensionsversicherungsanstalt), C-123/10, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, I, p.10003, concl. Av. gén. V. TRSTENJAK.

C.J.U.E., 12 mai 2011 (Grand-Duché de Luxembourg c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne), C-176/09, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, I, p. 3727.

C.J.U.E., 1^{er} mars 2011 (Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL et autres c. Conseil des ministres), C-236/09, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, I, p. 773.

C.J.U.E., 30 septembre 2010 (Pedro Manuel Roca Alvarez c. Sesa Start Espana ETT SA), C-104/09, *Rec. C.J.U.E.*, 2010, I, p. 8661, concl. Av. gén. J. KOKOTT.

C.J.U.E., 19 janvier 2010 (Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG), C-555/07, *Rec. C.J.U.E.*, 2010, I, p. 365.

C.J.U.E., 26 février 2008 (Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG), C-506/06, *Rec. C.J.U.E.*, 2008, I, p. 1017.

C.J.U.E., 19 mars 2002 (H. Lommers c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij), C-476/99, *Rec. C.J.U.E.*, 2002, I, p. 2891.

C.J.U.E., 29 novembre 2001 (Joseph Griesmar c. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation), C-366/99, *Rec. C.J.U.E.*, 2001, I, p. 9383.

C.J.C.E., 7 décembre 2000 (Julia Schnorbus c. Land Hessen), C-79/99, *Rec. C.J.C.E.*, 2000, I, p. 10997.

C.J.C.E., 9 février 1999 (Regina c. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith et Laura Perez), C-167/97, *Rec. C.J.C.E.*, 1999, I, p. 623.

C.J.C.E., 17 avril 1997 (Dimossia Epicheirissi Ilektrismou (DEI) c. Efthimios Evrenopoulos), C-147/95, *Rec. C.J.C.E.*, 1997, I, p. 2057.

C.J.C.E., 23 mai 1996 (John O'Flynn c. Adjudication Officer), C-237/94, *Rec. C.J.C.E.*, 1996, I, p. 2617.

C.J.C.E., 7 mai 1991 (Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique), C-229/89, *Rec. C.J.C.E.*, 1991, I, p. 2205.

C.J.C.E., 31 mars 1981 (J.P. Jenkins c. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.), C-96/80, *Rec. C.J.C.E.*, 1981, I, p. 911.

Concl. Av. gén. J. KOKOTT, 15 mai 2014, sous C.J.U.E., 3 septembre 2014 (X), C-318/13, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/> (consulté le 20 avril 2015).

Concl. Av. gén. N. WAHL, 26 septembre 2013, sous C.J.U.E., 18 mars 2014 (Z. c. A Government Department and the Board of Management of a community school), C-363/12, ECLI:EU:C:2013:604.

Concl. Av. gén. J. KOKOTT, 26 septembre 2013, sous C.J.U.E., 18 mars 2014 (C.D. c. S.T.), C-167/12, ECLI:EU:C:2013:600.

Concl. Av. gén., M. WATHELET, 11 avril 2013, sous C.J.U.E., 19 septembre 2013 (Marc Betriu Montull c. Instituto Nacional de la Seguridad Social), C-5/12, ECLI:EU:C:2013:230.

Concl. Av. gén. V. TRSTENJAK, 16 juin 2011, sous C.J.U.E., 20 octobre 2011 (Waltraud Brachner c. Pensionsversicherungsanstalt), C-123/10, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, I, p.10003.

Concl. Av. gén. J. KOKOTT, 6 mai 2010, sous C.J.U.E., 30 septembre 2010 (Pedro Manuel Roca Alvarez c. Sesa Start Espana ETT SA), C-104/09, *Rec. C.J.U.E.*, 2010, I, p. 8661.

2.3. Jurisprudences nationales

Belgique

Liège (12^e ch.), 4 novembre 2014, *J.T.*, 2015, p. 42.

Trib. Liège, 23 janvier 2014, R.G. n° 13/4948/A.

Irlande

Equality Authority v. Portmarnock Golf Club [2010] 1 IR 671.

McCarthy J. in NUJ v. Sisk [1992] 2 IR 171

Railwaymen v. Sullivan [1947] IR 77.

3. DOCTRINE

ALIDADI K., “Borstvoedingspauzes voor mannen?”, *De Juristenkrant*, 2010, n°218, pp. 4-5.

ALIDADI K., « Oog op de klok, deurknop in de hand : borstvoedingspauzes voor werkende moeders tussen accommodatiegedachte en barrièrevorming », *T.S.R.*, 2012, pp. 34-102.

ALLEN QC R., « Article 13 EC, evolution and current contexts », in *Equality Law in an Enlarged European Union : understanding the Article 13 Directives* (sous la dir. de H. Meenan), Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 38-72.

ARNARDÓTTIR O.M., *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on human Rights*, coll. International Studies in Human Rights, vol. 74, The Hague/London/New York, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

ARNARDÓTTIR O.M., « Multidimensional equality from within. Themes from the European Convention on Human Rights », in *European Union Non-Discrimination Law : Comparative perspectives on multidimensional equality law* (sous la dir. de D. Schiek and V. Chege), London/New York, Routledge-Cavendish, 2009, pp. 53-72.

AUBERT M., BROUSSY E. et CASSAGNABÈRE H., « Chronique de jurisprudence de la C.J.U.E. », *A.J.D.A.*, 2014, pp. 1147 et s.

AUBERT M., BROUSSY E. et DONNAT J., « Chronique de jurisprudence de la C.J.U.E. », *A.J.D.A.*, 2010, p. 2305 et s.

BELL M., *Anti-discrimination law and the European Union*, coll. Oxford studies in European law, Oxford, Oxford University Press, 2002.

BELL M. et WADDINGTON L., « More equal than others : distinguishing European Union Equality Directives », *CML Rev.*, 2001, pp. 593 et 594.

BOUJEKA A., “La gestation pour autrui et le handicap confrontés au principe de non-discrimination en droit de l’Union”, *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 1811-1815.

BOULANGER C., *Les congés dans les secteurs public et privé au regard du droit européen*, Waterloo, Kluwer, 2013.

BOURKE S., « Equal Treatment between men and women in the access to and supply of goods and services », Academy of European Law - ERA, 2015, disponible sur <https://www.era.int> (consulté le 1^{er} avril 2015).

BURRI S. and PRECHAL S., « Comparative approaches to gender equality and non-discrimination within Europe », in *European Union Non-Discrimination Law : Comparative*

perspectives on multidimensional equality law (sous la dir. de D. Schiek and V. Chege), London/New York, Routledge-Cavendish, 2009, pp. 215-247, spéc. pp. 215-221.

BURRI S. and PRECHAL S., *EU Gender Equality Law. Update 2013*, European network of legal experts in the field of gender equality, European Commission, 2014, disponible sur <http://ec.europa.eu> (consulté le 5 mars 2015).

CALVÈS G., « La discrimination statistique devant la Cour de justice de l'Union européenne : première condamnation », note sous C.J.U.E., 1^{er} mars 2011 (Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL et autres c. Conseil des ministres), C-236/09, *R.D.S.S.* – *Revue de droit sanitaire et social*, 2011, pp. 645 et s.

COUSINS M., “Overview of recent cases before the European Court of Human Rights and the European Court of Justice (September-December 2011)”, *European Journal of Social Security*, 2012, pp. 41-51, spéc. pp. 41-44.

COUSINS M., “Surrogacy leave and EU law”, *21 MJ* 2, 2014, pp. 476-486, F. MONÉGER, “Gestation pour autrui, congé de maternité et handicap”, *R.D.S.S.*, 2014, pp. 478 et s.

DEL SOL M., « Retraites supplémentaires professionnelles : l'influence diffuse de l'Union européenne », *Droit social*, 2014, p. 627 et s.

DOUBLEIN C., “Vers une consécration de l'autonomie de la volonté dans la détermination du nom?”, *A.J. Famille*, 2014, pp. 126 et s.

DRIGUEZ L., « Congé de maternité et égalité entre les hommes et les femmes. Commentaire n° 480 », note sous C.J.U.E., 19 septembre 2013 (Marc Betriu Montull c. Instituto Nacional de la Seguridad Social), C-5/12, *Europe – Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, 2013, p. 47.

DRIGUEZ L., « Égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins. Commentaire n° 383 », note sous C.J.U.E., 30 septembre 2010 (Pedro Manuel Roca Alvarez c. Sesa Start Espana ETT SA), C-104/09, *Europe – Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, 2010, pp. 33-34.

DRIGUEZ L., « Politique sociale. Discrimination indirecte à l'égard des pensionnées. Commentaire n°478 », note sous C.J.U.E., 20 octobre 2011 (Waltraud Brachner c. Pensionsversicherungsanstalt), C-123/10, *Europe – Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, 2011, pp. 36-37.

DRIGUEZ L., “Politique sociale. Égalité homme/femme en matière d'assurance. Commentaire n°477”, note sous C.J.U.E., 3 septembre 2014 (X), C-318/13, *Europe– Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, 2014, pp. 44-45.

DUBOUT E., *L'article 13 du traité CE : la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2006.

EDEL F., *L'interdiction de discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Dossiers sur les droits de l'homme n°22, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2010.

ELLIS E., *EC Sex equality Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

ELLIS E. and WATSON P., *EU Anti-Discrimination Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

ENRIGHT M., "The Supreme Court, Equality, Golfing and 'Need'", *Human Rights in Ireland*, 2009, disponible sur <http://humanrights.ie/gender-sexuality-and-the-law/the-supreme-court-equality-and-golfing-as-need/> (consulté le 19 février 2015).

FENNELLY D., *Selected Issues in Irish Equality Case Law 2008–2011*, Dublin, The Equality Authority Ed., 2012, disponible sur <http://www.equality.ie> (consulté le 16 avril 2015).

GOSSERIES P., "Discrimination suite au refus d'accorder un congé payé à une mère commanditaire ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse?", note sous C.J.U.E., 18 mars 2014 (Z. c. A Government Department and the Board of Management of a community school), C-363/12, *J.T.T.*, 2014, pp. 219-220.

GRABENWARTER C., *European Convention on Human Rights – Commentary*, München, C.H. Beck-Hart-Nomos-Helbing Lichtenhahn verlag, 2014.

GRANET-LAMBRECHTS F., "Droit de la filiation : mai 2013-avril 2014", *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 1171 et s.

GRASS E., « Discriminations en fonction du sexe dans les assurances : les contre-pieds de l'arrêt *Test-Achats* », *Droit social*, 2011, pp. 689 et s..

HAUSER J., « Gestation pour autrui : le droit social est-il finalement plus important que le droit civil ou dis-moi qui est ta mère ? », *R.T.D. Civ.*, 2013, pp. 828 et s.

HAUSER J., "Nom-prénom – Choix du nom et changement de nom : le nom est à nous, pas à eux et le Conseil d'Etat a du coeur !", *R.T.D. Civ.*, 2014, pp. 332 et s.

HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, coll. Bibliothèque de droit public, t. 232, Paris, L.G.D.J., 2003.

JACQMAIN J., « Egalité entre travailleurs féminins et masculins – Autres discriminations « article 19 » », *J.D.E.*, 2014, pp. 391-398.

JACQMAIN J., « Egalité entre travailleurs féminins et masculins – Autres discriminations « article 19 » », *J.D.E.*, 2012, pp. 310-314, spéc. p. 312.

JACQMAIN J., « Egalité entre travailleurs féminins et masculins – Autres discriminations « article 19 » », *J.D.E.*, 2011, pp. 299-303, spéc. pp. 300-301.

JACQMAIN J., note sous Cour eur. D.H., arrêt Weller c. Hongrie, du 31 mars 2009, *Chr. D.S.*, 2010, p. 49.

KRENC F. et VAN DROOGHENBROECK S., « « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} janvier-30 juin 2014) », *J.T.*, 2014, pp. 669-677, spéc. pp. 676-677.

LANQUETIN M.-T., « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail », *Droit social*, 2007, pp. 861 et s.

LE DOUARON C., « L'égalité des sexes impose de laisser le choix du nom de famille aux parents », *Dalloz Actualité*, 31 janvier 2014, disponible sur <http://www.dalloz-actualite.fr> (consulté le 13 avril 2015).

LENAERTS O., « Surrogaatmoeders en rechtvaardigheid », *Juristenkrant*, 2014, p. 13.

LEONE C., « Towards a more shared parenthood ? The case of *Roca Alvarez* in context », *European Labour Law journal*, 2010, pp. 513-516

MARGUÉNAUX J.-P., « Le droit d'attribuer exclusivement le nom de sa mère à l'enfant », *R.T.D. Civ. – Revue trimestrielle de droit civil*, 2014, pp. 305 et s.

MARKEY L., « Le principe de non-discrimination en droit communautaire : égalité entre femmes et hommes et autres discriminations », in *Actualités en droit social européen (sous la dir. de C.-E. Clesse et S. Gilson)*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 127-188, spéc. pp. 135-170.

MARTIN D., "La discrimination fondée sur le sexe dans l'octroi de prestations sociales: un peu, beaucoup,... Pas du tout", *Rev. trim. D.H.*, 2012, pp. 177-200.

MARTIN D., "Strasbourg, Luxembourg et la discrimination: influences croisées ou jurisprudences sous influence?", *Rev. trim. D.H.*, 2007, pp. 107-134.

MARTIN D., "Sur la discrimination et la hiérarchie entre les discriminations dans le droit de l'Union : pérégrinations autour d'un concept mystérieux", *Cahiers du CeDIE – Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen*, 2012, pp. 1-32.

MARTIN D., *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire : étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, coll. du Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2006.

MCGRUDDEN C. and KOUNTOUROS H., « Human Rights and European equality law », in *Equality Law in an Enlarged European Union : understanding the Article 13 Directives* (sous la dir. de H. Meenan), Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 73-116.

MEENAN F., “Ireland”, in *Gender Equality Law in 30 European Countries – 2009 update* (sous la dir. de S. Prechal and S. Burri, European Network of legal experts in the field of gender equality), European Commission, 2009, pp. 76-82, spec. p. 80.

MEENAN F., « Ireland », in *Sex-segregated Services* (sous la dir. de S. Burri and A. McColgan, European Network of Legal experts in the field of Gender Equality), European Commission, 2008, pp. 44-47.

MERCAT-BRUNS M., “La personne au prisme des discriminations indirectes”, *Recueil Dalloz*, 2013, pp. 2475 et s.

MERCAT-BRUNS M., “Les discriminations multiples et l’identité au travail au croisement des questions d’égalité et de liberté”, *Revue de droit social*, 2015, pp. 28 et s.

MONÉGER F., “Gestation pour autrui, congé de maternité et handicap”, *R.D.S.S.*, 2014, pp. 478 et s.

NIELSEN R., « Is European Union equality law capable of addressing multiple and intersectional discrimination yet ? Precautions against neglecting intersectional cases », in *European Union Non-Discrimination Law : Comparative perspectives on multidimensional equality law* (sous la dir. de D. Schiek and V. Chege), London/New York, Routledge-Cavendish, 2009, pp. 31-51.

NIKOLAIDIS C., *The Right to Equality in European Rights Law : the quest for substance in the jurisprudence of the European Courts*, coll. Routledge research in human rights law, Abingdon, Routledge, 2015.

NUMHAUSER-HENNING A., « EU sex equality law post Amsterdam », in *Equality Law in an Enlarged European Union : understanding the Article 13 Directives* (sous la dir. de H. Meenan), Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 145-177.

O’CONNELL D., “No ‘ladies’ need apply – Equality Authority v. Portmarnock Golf Club”, *Village Magazine*, 2009, disponible sur <http://www.donnchaoconnell.ie/download/file/6/> (consulté le 15 avril 2015).

PICHERAL C. et SURREL H. e.a., « Droit communautaire et droits fondamentaux. Chronique de jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne (2010) », *Rev. trim. D. H.*, 2011, pp. 595-619, spéc. p. 616.

PICHERAL C. et SURREL H. e.a., « Les juridictions de l'Union européenne et les droits fondamentaux - Chronique de jurisprudence (2011) », *Rev. trim. D. H.*, 2012, pp. 887-917, spéc. pp. 912-914.

RADACIC I., « The European Court of Human Rights' Approach to Sex Discrimination », *European Gender Equality Law review*, 2012, pp. 13-22, spéc. 17.

RIGAUX A., « Politique sociale. Egalité de traitement hommes/femmes en matière d'assurances. Commentaire n° 188 », note sous C.J.U.E., 1^{er} mars 2011 (Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL et autres c. Conseil des ministres), C-236/09, *Europe – Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, 2011, p. 40.

ROBIN-OLIVIER S., « Congé parental, congé de maternité, congé d'adoption : le droit social européen de la famille est en construction », *R.T.D. Eur.*, 2014, pp. 513 et s.

ROBERGE H., « Gestation pour autrui : une convention de mère porteuse n'ouvre pas le droit au congé de maternité à la mère commanditaire », *A.J. Famille*, 2014, pp. 310 et s.

SCHIEK D., WADDINGTON L. and BELL M., *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, coll. Commune casebooks for the Common Law of Europe, Oxford, Hart, 2007.

SCHMITT M., « Droit social européen. Chroniques », *J.D.E.*, 2014, pp. 253-260, spéc. pp. 258-259.

SCHURRER C., « Condamnations de discriminations fondées sur le sexe à propos de congés parentaux », *Dalloz Actualité*, 25 octobre 2010, disponible sur <http://www.dalloz-actualite.fr> (consulté le 12 avril 2015).

SERVAIS J.-M., « Egalité des chances et congé de maternité en droit européen », *J.D.E.*, 2014, pp. 326-333.

SIMON D., « Droits fondamentaux. Gestation pour autrui, Commentaire n° 187 », note sous C.J.U.E., 18 mars 2014 (Z. c. A Government Department and the Board of Management of a community school), C-363/12, *Europe – revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, 2014, pp. 14-15.

SONG E., « No Women (and Dogs) Allowed : A comparative Analysis of Discriminating Private Golf Clubs in the United States, Ireland, and England », *Washington University Global Studies Law Review*, 2007, pp. 181-203.

TIMMER A., « Mensenrechtenhof bindt strijd aan met gender stereotiepen », *De Juristenkrant*, 2012, p. 2.

TOBLER C., *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, coll. Social Europe Series, vol. 10, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005.

VAN DAMME S., Commentaire sous C.J.U.E., 18 mars 2014 (C.D. c. S.T.), C-167/12 et C.J.U.E., 18 mars 2014 (Z. c. A Government Department and the Board of Management of a community school), C-363/12, , *R. W.*, 2014-2015, pp. 796-797.

VAN DAMME S. et CUYPERS D., “Rechten van wensmoeders”, *S.E.W.*, 2015, pp. 47-51.

VAN DER MEI A. P., « Overview of recent cases before the European Union. January-September 2014 », *European Journal of Social security*, 2014, pp. 371-384.

VAN DROOGHENBROECK S., “Fitness “Ladies Only” et répartition des compétences dans la lutte contre la discrimination. Vérité à Liège, erreur à Bruxelles?”, obs. sous Liège (12^e ch. civ.), 4 novembre 2014, *J.T.*, 2015, pp. 43-46.

VAN HIEL I., « Moederschapsverlof vereist zwangerschap en bevalling », *Juristenkrant*, 2014, pp. 4-5.

VAN VYVE V., « A Schaerbeek, les femmes nagent entre elles », *La Libre Belgique*, 22 février 2015, disponible sur <http://www.lalibre.be> (consulté le 18 avril 2015).

WARNIER N., “Les discriminations directes et indirectes dans le domaine de l’égalité homme-femme et de l’égalité nationaux-non nationaux”, *R.D.I.D.C.*, 2007, pp. 225-286.

X, *Guide pratique sur la recevabilité*, Strasbourg, Conseil de l’Europe/Cour européenne des droits de l’homme, 2014, disponible sur <http://www.echr.coe.int/> (consulté le 15 avril 2015).

X., « Ireland. Case law. The Equality Authority v Portmarnock Golf Club, 10 June 2005 (unreported) », *European Anti-discrimination Law Review*, 2005, disponible sur <http://www.equalitylaw.eu/content/media/LR-2-IE-2.pdf> (consulté le 19 février 2015).

X, « Jambes : une piscine réservée aux femmes qui suscite la polémique », *La Libre Belgique*, 1er avril 2015, disponible sur <http://www.lalibre.be> (consulté le 18 avril 2015).

X, *Your Equal Status Rights Explained. Guide to the Equal Status Act 2000-2008*, disponible sur <http://www.equality.ie/en/> (consulté le 5 avril 2015).

Table des matières

Introduction	4
Chapitre liminaire. Définition des principes	5
Titre 1. Jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne	7
Chapitre 1. Waltraud Brachner c. Pensionsversicherungsanstalt, C-123/10	7
Section 1. Analyse générale de l'arrêt.....	7
Section 2. Analyse approfondie de l'arrêt.....	9
Chapitre 2. X., C-318/13	16
Section 1. Analyse générale de l'arrêt.....	16
Section 2. Analyse approfondie de l'arrêt.....	17
Chapitre 3. Marc Betriu Montull c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), C-5/12 et Pedro Manuel Roca Álvarez c. Sesa Start España ETT SA, C-104/09	21
Section 1. Analyse générale des arrêts	21
§ 1. Marc Betriu Montull c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), C-5/12	21
§ 2. Pedro Manuel Roca Álvarez c. Sesa Start España ETT SA, C-104/09.....	23
Section 2. Analyse approfondie des arrêts	25
Chapitre 4. Z. / A Government Department and the Board of Management of a Community School, C-363/12 et C. D. / S.T., C-167/12	30
Section 1. Analyse générale des arrêts	30
§ 1. Z. / A Government Department and the Board of Management of a Community School, C-363/12	30
§ 2. C. D. / S.T., C-167/12	32
Section 2. Analyse approfondie des arrêts	33
§ 1. Z. / A Government Department and the Board of Management of a Community School, C-363/12	33
§ 2. C. D. / S.T., C-167/12	39
Titre 2. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	42
Chapitre 1. Affaire Cusan et Fazzo c. Italie.....	42
Section 1. Analyse générale de l'arrêt.....	42
Section 2. Analyse approfondie de l'arrêt.....	43
Chapitre 2. Affaire Topčić-Rosenberg c. Croatie	49
Section 1. Analyse générale de l'arrêt.....	49
Section 2. Analyse approfondie de l'arrêt.....	50
Titre 3. Jurisprudence de juridictions nationales (sur l'accès aux biens et services) .53	
Chapitre 1. Jurisprudence belge : fitness – accès réservé uniquement aux femme 53	
Section 1. Analyse générale de l'arrêt.....	53
Section 2. Analyse approfondie de l'arrêt.....	55
Chapitre 2. Jurisprudence irlandaise : golf – accès (être membre) réservé uniquement aux hommes.....	58

Section 1. Analyse générale de l'arrêt.....	58
Section 2. Analyse approfondie de l'arrêt.....	60
Conclusion.....	65
Annexe 1 . Arrêt Brachner - Notion de discrimination indirecte	67
Bibliographie	70

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre 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

