

# TABLE DES MATIÈRES

|   |           |
|---|-----------|
| Introduction.....   | 5         |
| <b>L'enjeu de l'étude : La question de la conformité au droit communautaire.....</b>  | <b>5</b>  |
| <b>Le défi de l'étude : La question de la pertinence d'une approche comparée entre la jurisprudence des deux Hautes juridictions.....</b> | <b>8</b>  |
| Des systèmes différents.....  | 8         |
| La pertinence de la comparaison.....  | 9         |
| L'application indifférente du droit communautaire aux employeurs privés et publics.....   | 9         |
| Le rapprochement du droit du travail et du droit de la fonction publique.....   | 9         |
| Des juges face à la même difficulté de saisir la discrimination.....  | 10        |
| <b>Les partis pris de l'étude.....</b>  | <b>10</b> |
| La méthode.....   | 10        |
| La construction.....  | 11        |
| CHAPITRE I  |           |
| <b>Les signes de résistance à l'incorporation du droit des discriminations.....</b>   | <b>13</b> |
| <b>Les écueils liés à une lecture universaliste du principe d'égalité.....</b>  | <b>13</b> |
| Les difficultés méthodologiques et analytiques du Conseil d'État.....   | 14        |
| La signification actuelle du principe d'égalité.....  | 15        |
| L'imbrication des principes d'égalité et de non-discrimination.....   | 16        |
| Les limites du principe d'égalité.....  | 18        |
| Les difficultés rencontrées par la Cour de cassation dans l'application des deux principes.....   | 20        |
| Comparaison sur les apports et les limites du principe d'égalité.....   | 25        |
| <b>Des contraintes structurelles et systémiques.....</b>  | <b>27</b> |
| Des contraintes structurelles.....  | 27        |
| La difficulté d'appréhender un comportement discriminatoire dans le cadre du recours pour excès de pouvoir.....                           | 27        |
| Les potentialités du recours de pleine juridiction.....   | 28        |
| Les réticences face à une discrimination systémique : les obstacles temporels.....  | 29        |
| Comparaison sur la nature et le degré des réticences.....   | 30        |
| <b>La difficile appréhension des discriminations indirectes.....</b>  | <b>30</b> |
| Le contexte européen.....   | 31        |

|   |    |
|---|----|
| Les avancées du droit communautaire .....   | 31 |
| Le droit conventionnel .....  | 32 |
| La transposition interne .....  | 32 |
| La difficulté d'appréhender la discrimination indirecte au niveau juridictionnel ..                 | 33 |
| La jurisprudence embryonnaire du juge judiciaire .....  | 33 |
| Les réticences du juge administratif .....  | 37 |
| L'absence de contrôle des justifications du défendeur en présence d'une discrimination indirecte .. | 39 |
| Comparaison sur l'appréhension des discriminations indirectes .....                                 | 39 |

## CHAPITRE II

### **Les modalités d'assimilation progressive du droit des discriminations**..... 41

#### **Les avancées tenant à certains critères discriminatoires**..... 41

|  |    |
|--|----|
| Le rôle central du droit communautaire .....   | 41 |
| Les discriminations en fonction du sexe : des exemples de contrôle plus approfondi du juge interne .....   | 50 |
| Le contrôle de la Cour de cassation : une application minutieuse du droit européen sur les conditions de retour de congé maternité et de congé parental et une confrontation timide aux questions de genre ..... | 50 |
| Le contrôle du juge administratif sur les discriminations en fonction du sexe .....  | 53 |
| Le contrôle des justifications des différences de traitement fondées sur l'âge : une appréhension indirecte de la discrimination .....   | 54 |
| Le contrôle du juge judiciaire .....   | 54 |
| Le contrôle du juge administratif .....  | 56 |
| La discrimination fondée sur le handicap ou l'état de santé : invitation à un contrôle particulier .....   | 58 |
| Le contrôle du juge administratif .....  | 60 |
| Le contrôle du juge judiciaire .....   | 63 |
| La spécificité du contentieux relatif à la discrimination syndicale .....  | 65 |
| Les avancées tenant à l'émergence du contrôle du harcèlement discriminatoire ..  | 67 |

#### **Les avancées relatives à la preuve** ..... 69 |

|   |    |
|---|----|
| Les avancées relatives à la charge de la preuve .....   | 69 |
| Le droit communautaire .....  | 69 |
| Le droit de la Convention européenne des droits de l'homme .....  | 70 |
| La transposition en droit interne .....   | 71 |
| Les évolutions de la jurisprudence judiciaire .....   | 71 |
| L'innovation dans le contentieux administratif .....  | 73 |
| Les avancées relatives à l'accès à la preuve .....  | 77 |
| L'activation de l'instruction du juge judiciaire face à l'inégalité des armes en matière de preuve de la discrimination ..... | 77 |
| L'activation des pouvoirs d'instruction du juge administratif .....   | 79 |
| Comparaison sur les avancées en matière d'accès à la preuve .....   | 81 |

#### **Les avancées relatives aux modes d'analyse des éléments de preuve par le juge**..... 81

|   |    |
|---|----|
| Appréciation des allégations du demandeur .....                             | 82 |
| Appréciation des allégations du demandeur par le juge judiciaire .....      | 82 |
| La nature et l'étendue des éléments de fait produits par le demandeur ..... | 84 |

|   |     |
|---|-----|
| Appréciation des allégations du demandeur par le juge administratif .....             | 87  |
| Appréciation des justifications du défendeur .....                                    | 89  |
| Appréciation des justifications du défendeur par le juge judiciaire .....             | 90  |
| Appréciation des justifications du défendeur par le juge administratif .....          | 93  |
| Comparaison des avancées relatives aux modes d'analyse des éléments<br>de preuve..... | 98  |
| <br>  |     |
| Conclusion.....   | 101 |
| Bibliographie.....  | 105 |