

Les principes de non discrimination et d'égalité dans le discours du juge constitutionnel allemand

Laurent Dechâtre, docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas, collaborateur parlementaire

1. La Loi fondamentale est marquée par l'histoire du pays. L'expérience de la République de Weimar et le contrôle des Alliés ont influencé la partie institutionnelle et la répartition des compétences entre les niveaux fédéral et fédéré. L'expérience nazie a quant à elle conduit à l'énonciation des droits fondamentaux dans ses 19 premiers articles, à l'imposition de limites au pouvoir de révision de la Constitution (art.79 al.3 de la Loi fondamentale (LF)) et à la création d'une juridiction constitutionnelle à qui de très larges pouvoirs ont été conférés. En tant que gardienne des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle joue notamment un rôle cardinal dans le contrôle du respect des principes d'égalité et de non discrimination inclus dans la Loi fondamentale.

L'art.3 al.1 LF pose tout d'abord un principe général d'égalité, il dispose que "*tous les êtres humains sont égaux devant la loi*". L'art.3 alinéas 2 LF ajoute un principe d'égalité entre les hommes et les femmes, et, depuis 1994, comporte une disposition permettant l'adoption de mesures de discrimination positive en la matière¹. Enfin, l'art.3 al.3 LF pose une interdiction de discrimination concernant une liste fermée de critères. Il énonce dans sa première phrase que "*nul ne doit être discriminé ni privilégié en raison de son sexe, de son ascendance, de sa race, de sa langue, de sa patrie et de son origine, de sa croyance, de ses opinions religieuses ou politiques*". Une seconde phrase a été ajoutée en 1994 qui dispose que "*nul ne doit être discriminé en raison de son handicap*". D'autres dispositions posent des versions particulières du principe d'égalité², concernant les enfants légitimes et naturels (art.6 al.5)³, l'accès à la fonction publique (art.33 al.2)⁴, les droits et obligations civiques (art.33 al.1)⁵, le droit de vote (art.28 al.1 et art.38 al.1)⁶. Enfin, la Cour déduit de l'art.6 al.1 LF⁷ une interdiction de bien moins traiter le mariage et la famille par rapport à d'autres formes de vie commune.

La présente contribution ne permettant pas de faire une étude des principes de non discrimination et d'égalité dans le discours des différents juges allemands, nous nous concentrerons sur le juge constitutionnel et adapterons en conséquence le cadre de réflexion posé par les coordinateurs du rapport. La place centrale occupée par la Cour constitutionnelle dans l'ordre constitutionnel allemand, et, même si elle n'est pas une "*instance de « super-révision »*"⁸, son rôle d'unification de la jurisprudence (1), expliquent ce choix.

En dehors du droit constitutionnel, qui s'adresse pour l'essentiel aux personnes publiques, il n'existait pas de cadre général d'interdiction des discriminations en droit civil et en droit du travail jusqu'à l'adoption en 2006

¹ Art.3 al.2 LF : "*Hommes et femmes sont égaux en droits. L'Etat promeut la réalisation effective de l'égalité en droits des femmes et des hommes et agit en vue de l'élimination des désavantages existants*".

² On laissera de côté l'art.107 LF sur la péréquation financière dont l'alinéa 2 prévoit une compensation appropriée des inégalités de capacité financière entre les Länder.

³ Art.6 al.5 LF : "*La législation doit assurer aux enfants naturels les mêmes conditions qu'aux enfants légitimes en ce qui concerne leur développement physique et moral et leur statut social*". On notera notamment que, dans un arrêt de 1969, la Cour rejette le caractère simplement programmatique de l'art.6 al.5 LF, jugeant notamment une telle interprétation comme "*incompatible avec le lien étroit de cette disposition avec les valeurs centrales de l'ordre constitutionnel*" (BVerfGE 25, 167 (1^{er} sénat 29 janvier 1969 *Nichtehelichkeit*) (p.181, pt.37)).

⁴ Art.33 al.2 LF : "*Tous les Allemands ont un droit d'accès égal à toutes fonctions publiques, selon leurs aptitudes, leurs qualifications et leurs capacités professionnelles*". En outre, l'alinéa 3 dispose : "*La jouissance des droits civils et civiques, l'admission aux fonctions publiques ainsi que les droits acquis dans la fonction publique sont indépendants de la croyance religieuse. Personne ne doit subir de préjudice en raison de son adhésion ou de sa non-adhésion à une croyance religieuse et philosophique*".

⁵ Art.33 al.1 LF : "*Tous les Allemands ont dans chaque Land les mêmes droits et obligations civiques*".

⁶ La 2^e phrase de l'art.28 al. LF dispose que "*dans les Länder, les arrondissements et les communes, le peuple doit avoir une représentation issue d'élections au suffrage universel direct, libre, égal et secret*". L'art.38 al.1 LF énonce que "*les députés du Bundestag allemand sont élus au suffrage universel, direct, libre, égal et secret*".

⁷ Art.6 al.1 LF : "*Le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'Etat*". Voir pour un exemple l'arrêt du 2^e sénat du 10 novembre 1998 : BVerfGE 99, 216.

⁸ BVerfGE 7, 198 (1^{er} sénat 15 janvier 1958 *Lüth*) (207, pt.31).

de la loi générale sur l'égalité de traitement (LGE) (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*)⁹, qui a transposé quatre directives¹⁰ en matière de lutte contre les discriminations¹¹, et dont il convient ici de faire une rapide présentation, ce texte et ses implications pour l'ordre juridique allemand n'étant plus qu'évoqués sporadiquement dans la suite des développements (2).

1) Le rôle central du juge constitutionnel dans la protection des droits fondamentaux en Allemagne

a) La construction juridique des droits fondamentaux en droit allemand

2. Comme le souligne Olivier Jouanjan dans sa thèse, "*la construction juridique des droits fondamentaux [...] donne un tour particulier aux méthodes juridictionnelles allemandes*" et "*permet aussi, dans une certaine mesure de comprendre certaines différences existant entre les méthodes d'application du principe d'égalité devant la loi entre le juge allemand et le juge français*"¹². Certes, les droits fondamentaux sont dans les deux cas des droits publics subjectifs qui "*sont destinés en première ligne à préserver la sphère de liberté de l'individu contre le pouvoir étatique*"¹³, selon l'approche négative de protection face à l'Etat, et qui impliquent un droit à prestation envers l'Etat, selon le versant positif¹⁴. Mais, première particularité par rapport à l'ordre juridique français, le principe de dignité humaine posé par l'art.1 al.1 LF¹⁵ bénéficie de la protection de l'art.79 al.3 LF, et les droits fondamentaux constitutionnels font l'objet d'une protection globale sur la base de l'art.1 al.3 LF qui énonce qu'ils "*lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable*". En outre, au-delà des versants négatifs et positifs susvisés, les droits et valeurs servent d'orientation au juge constitutionnel qui peut ainsi "*légitimer certaines de ses méthodes d'interprétation, et, notamment, l'interprétation systématique*"¹⁶. Selon une jurisprudence constante, la Cour affirme ainsi qu' "*une disposition constitutionnelle ne peut être interprétée de façon isolée, [mais qu'] elle doit être interprétée à l'aune du contexte de la Constitution*"¹⁷. Ainsi, si un conflit juridique entre personnes privées au sujet de règles de droit civil reste au plan matériel et procédural un conflit de droit civil¹⁸, "*le juge a l'obligation constitutionnelle de contrôler si les droits fondamentaux ont un effet sur les dispositions matérielles de droit civil qu'il doit appliquer*", car "*tel est le sens de la soumission aux droits fondamentaux qui vise aussi le juge civil (art.1 al.3 LF)*"¹⁹.

La Cour impose par ce biais à l'administration et au juge de "*tenir compte des droits fondamentaux dans leur activité d'interprétation et de mise en œuvre des règles de droit*"²⁰. Cette dimension objective a un "*effet d'irradiation des droits fondamentaux*" sur les autres branches du droit²¹. Le "*traitement objectif des droits*

⁹ BGBl., 2006, p.I-1897. Voir : SCHMIDT (Thomas A.), *Von "Mangold" bis "Maruko": Die Judikatur des EuGH zur Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie und ihr Einfluss auf die deutsche Rechtsordnung*, BWV Berliner-Wissenschaft, 2014, pp.190 et s.

¹⁰ Directives n°2000/43 (race et origine ethnique), n°2002/73 (égalité homme/femme accès et conditions emploi), n°2000/78 (portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail), n°2004/113 (femmes et hommes accès et fourniture biens et services).

¹¹ Pour une présentation générale de cette loi : SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, p.176 et p.186. L'auteur souligne qu'en droit du travail une protection existait mais qu'elle comportait des lacunes, et qu'en droit civil la question restait très largement inconnue (Voir pour des développements sur l'évolution du droit à cet égard : *Ibid.*, p.186 et s.). Voir aussi : FUCHS (Maximilian), *Elemente der Antidiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht*, ZESAR, 2006, n°5, p.379 ; DÄUBLER (Wolfgang), *Einleitung*, in : DÄUBLER (Wolfgang), BERTZBACH (Martin) (dir.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar*, Nomos, 3^e éd., 2013, pp.61 et s. Sur les implications importantes pour l'ordre juridique allemand de ces directives, voir : BAUER (Jobst-Hubertus), *Europäische Antidiskriminierungsrichtlinien und ihr Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht*, NJW, 2001, pp.2672 et s. ; LEUCHTEN (Alexius), *Der Einfluss der EG-Richtlinien zur Gleichbehandlung auf das deutsche Arbeitsrecht*, NZA, 2002, vol.19, pp.1254 et s. ; SCHIEK (Dagmar), *Gleichbehandlungsrichtlinien der EU - Umsetzung in das deutsche Arbeitsrecht*, NZA, 2004, vol.21, n°16, pp.877 et s. ; WINKLER (Gottfried), *Die neuen europäischen Gleichbehandlungsregeln*, ZAS, 2004, pp.55 et s.

¹² JOUANJAN (Olivier), *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, 1992, pp.163-164.

¹³ BVerfGE 7, 198 (1^{er} sénat 15 janvier 1958 *Lüth* : p.204, pt.25).

¹⁴ AUTEXIER (Christian), *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, pt.110.

¹⁵ Art.1§1 LF : "*La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger*".

¹⁶ JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 12, pp.173 et s.

¹⁷ BVerfGE 39, 334 (2^e sénat 22 mai 1975 *Extremistenbeschluss*) (pt.96).

¹⁸ BVerfGE 7, 198 *Lüth* (p.205, pt.28) : "*La portée juridique du droit fondamental en tant que norme objective se déploie en droit privé par l'intermédiaire des dispositions qui s'imposent directement dans ce domaine*".

¹⁹ *Ibid.*, (p.206, pt.130).

²⁰ AUTEXIER (Christian), *op.cit.* note 14, pt.111.

²¹ BVerfGE 7, 198 *Lüth* (207, pt.31).

subjectifs" permet aussi "dans une mesure relative, de faire jouer un rôle aux droits fondamentaux dans les relations entre personnes privées", sans que la Cour reconnaisse une opposabilité directe de ces droits dans les relations entre personnes privées, un "effet horizontal (Drittwirkung)"²².

A la base de cette jurisprudence se trouvent trois principes qui constituent le socle des valeurs de l'ordre constitutionnel allemand : la dignité, qui, par sa nature intangible, occupe la place principale, le libre développement personnel, et l'égalité devant la loi qui universalise les deux premiers en reconnaissant à tous la même dignité et la même liberté²³. Ainsi, la Cour énonce que la dignité implique "de se déterminer et se développer soi-même en toute liberté" et qu' "au sein de la société, chaque individu doit, par principe, être reconnu comme un membre égal en droits ayant sa valeur propre"²⁴. Ce système de valeurs a une fonction d'intégration dans le sens utilisé par Rudolf Smend dont la théorie a inspiré la jurisprudence constitutionnelle²⁵. Selon cette théorie, les citoyens doivent partager des buts et des valeurs pour qu'une intégration matérielle soit possible, sachant que ces buts et valeurs doivent être intrinsèques à la communauté qui les réalise, et non imposés de l'extérieur. Dans ce contexte, la fonction de l'Etat réside dans leur mise en œuvre, la Constitution ne faisant que les positiver²⁶.

A cet égard, la Cour constitutionnelle souligne que la Loi fondamentale "ne veut pas être un ordre neutre", mais a au contraire "érigé dans sa section relative aux droits fondamentaux un ordre objectif de valeurs" qui "s'impose comme choix constitutionnel fondamental à toutes les branches du droit"²⁷. Dans cette perspective, les partis politiques sont notamment vus comme "des éléments intégrateurs de l'organisation et de la vie politique mise en place par le droit constitutionnel"²⁸; mais dans le même temps l'art.21 al.2 LF permet de dissoudre un parti portant atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique²⁹. En effet, la Loi fondamentale ne se contente pas d'énoncer des droits et valeurs, elle les inscrit dans le cadre d'une "démocratie militante" (*Streitbare Demokratie*), expression signifiant notamment que les droits fondamentaux ne peuvent être invoqués afin de remettre en cause l'ordre libéral et démocratique de la Constitution³⁰. Ainsi, dans une décision de 1975, la Cour affirme qu' "il est exclu que cette Constitution qui, à partir de l'expérience amère du destin de la démocratie de Weimar, a fondé la République fédérale d'Allemagne en tant que démocratie militante capable de se défendre, soit obligée de livrer cet Etat à ses ennemis à l'aide de l'art.3 al.3 LF"³¹.

b) Les pouvoirs de contrôle étendus du juge constitutionnel allemand

3. La Cour constitutionnelle est subdivisée en deux sénats, sachant que le premier est compétent pour rendre les décisions lorsque l'objet du recours concerne essentiellement le domaine des droits fondamentaux³². Même si

²² JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 12, pp.173-174. Thomas SCHMIDT interprète les termes mêmes de l'art.1 al.3 LF comme impliquant une exclusion de l'effet direct horizontal. Pour lui, ces droits "lient uniquement" ces pouvoirs (*op.cit.* note 9, p.183).

²³ JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 12, p.170. Dans le même sens, voir : KIRCHHOF (Paul), *Der allgemeine Gleichheitssatz*, in: ISENSEE (Josef), KIRCHHOF (Paul), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, 1992, §124, pts.194 et s. L'auteur souligne que "ce qui sous-tend ce contrôle renforcé des violations du principe d'égalité dans le champ d'application d'une liberté fondamentale est l'idée de statut d'égalité de tous les Hommes qui s'enracine dans la dignité humaine et les droits de la personnalité en tant que normes centrales de protection des droits fondamentaux". Voir aussi : WALTER (Christian), *Gleichheit und Rationalität: Umfang und Grenzen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebers anhand des Gleichheitssatzes*, in: WOLFRUM (Rudiger), (dir.), *Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz*, Springer, 2003, p.258.

²⁴ BVerfGE 45, 187 (1^{er} sénat 21 juin 1977 *Lebenslange Freiheitsstrafe*) (p.257, pt.144).

²⁵ En ce sens : BADURA (Peter), *Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre. Zum Tode von Rudolf Smend*, *Der Staat*, 1977, n°16, pp.305-306. L'auteur y cite les décisions concernées par cette influence.

²⁶ SMEND (Rudolf), *Verfassung und verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, 1928, rééd. in : réédité in : *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze von Rudolf Smend*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, p.215.

²⁷ BVerfGE 7, 198 *Lüth* (p.205, pt.27)

²⁸ BVerfGE 1, 208 (2^e sénat 5 avril 1952 *7,5%-Sperrklausel*) (p.225, pt.56). Les dispositions constitutionnelles fondant le recours en l'espèce relevaient de la compétence des deux sénats, et finalement l'affaire a été confiée au 2^e sénat par l'assemblée plénière.

²⁹ Deux partis ont été interdits jusqu'à présent sur la base de la Loi fondamentale : le "Sozialistische Reichspartei" (SRP) un parti néonazi, en 1952 (BVerfGE 2, 1 (1^{er} sénat, 23 octobre 1952 *SRP-Verbot*) et le "Kommunistische Partei Deutschland" (KPD), en 1956 (BVerfGE 5, 85 (1^{er} sénat, 17 août 1956 *KPD-Verbot*). Après avoir échoué au début des années 2000, une procédure d'interdiction est actuellement en cours contre le parti d'extrême droite "Nationaldemokratische Partei Deutschlands" (NPD).

³⁰ BVerfGE 30, 1 (2^e sénat, 15 décembre 1970 *Abhörurteil*) (p.19, pt.90).

³¹ BVerfGE 39, 334 (*Extremistenbeschluss*) (pt.96).

³² Certaines des décisions citées ci-dessous ont été rendues par la seconde chambre car, même si les passages cités concernent les droits fondamentaux, leur centre de gravité a conduit à écarter la compétence de la première chambre.

elle a pu subir des attaques, les pouvoirs et l'autorité de la Cour au sein de la société allemande vont bien au-delà de celle du Conseil constitutionnel français.

Une première raison réside dans ses conditions de saisine. En effet, le recours prévu à l'art.93 al.4a. LF est ouvert à toute personne qui estime avoir été lésée par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par les articles 20, al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104, là où le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité pose le double filtre du juge saisi au fond et de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat. Ce recours permet de contester une décision de justice, une mesure administrative, ainsi qu'indirectement un texte réglementaire ou législatif, que l'autorité soit fédérale ou celle d'un Land.

L'autre raison principale du poids de la Cour constitutionnelle dans l'ordre juridique allemand est que seulement deux ans seulement après son entrée en fonction, elle s'est reconnue, dans une décision *Gleichberechtigung* du 18 décembre 1953, un pouvoir de contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelle³³ par le biais d'une lecture systémique et téléologique des dispositions de la Loi fondamentale³⁴. Au-delà, la Cour accepte dans cet arrêt d'examiner la constitutionnalité d'un article déjà inclus dans la Constitution, l'art.117 qui prévoit une règle transitoire dérogatoire au principe d'égalité entre les hommes et les femmes posé à l'art.3 al.2³⁵. Elle estime en effet que "*la validité absolue du principe selon lequel le pouvoir constituant originaire peut tout ordonner selon sa volonté signifierait un retour à l'état d'esprit d'un positivisme dépourvu de valeur, tel qu'il a été dépassé dans science juridique et la pratique depuis longtemps*" et justifie sa compétence en arguant qu'il ne s'agit que de respecter la volonté du pouvoir constituant³⁶, ce dernier ne pouvant avoir voulu violé des principes qu'il a choisi de déclarer intangibles³⁷. Cette jurisprudence semblait abandonnée, mais elle a été de nouveau réaffirmée dans une décision de 1991 concernant les expropriations en RDA³⁸. On relativisera néanmoins sa portée en soulignant que les deux affaires concernaient des règles et des décisions adoptées respectivement sous les régimes nazi et communiste (RDA) dont l'éventuelle validité dépendait de la conformité à l'ordre juridique établi par la Loi fondamentale.

Les deux seules limites aux pouvoirs de la Cour constitutionnelle sont l'absence de pouvoir d'auto-saisine et la possibilité pour le recours au pouvoir constituant, de révision ou originaire selon les cas, de revenir sur une jurisprudence. Même si jusqu'à présent aucune loi constitutionnelle n'a été déclarée contraire à l'art.79 al.3 LF, la Cour subit des critiques importantes, notamment à cause de sa jurisprudence concernant les limites à l'intégration européenne³⁹. Au-delà, si elle prend soin de rappeler que "*le contrôle est dans sa fonction défensive quelque chose d'essentiellement distinct de la fonction de poser le droit du législateur*"⁴⁰, elle impose parfois au législateur récalcitrant des adaptations textuelles⁴¹.

4. Parmi les autres procédures de saisine de la Cour constitutionnelle, deux peuvent être utilisées pour contester la violation de l'art.3 LF⁴². L'art.93 al.2 LF tout d'abord, qui ouvre au gouvernement fédéral, au

³³ BVerfGE 3, 225 (1^{er} Sénat, 18 décembre 1953, *Gleichberechtigung*), p. 231.

³⁴ Sur le raisonnement suivi par la Cour pour le justifier, voir : DECHATRE (Laurent), L'identité constitutionnelle comme limite à l'ouverture au droit international et européen en Allemagne et en France, in : LAGRANGE (E.), HAMMAN (A.), SOREL (J.-M.), *Si proche, si loin, la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Société de législation comparée, 2012, pp.63 et s.

³⁵ L'art.117§1 LF précise que "*toute règle contraire à l'article 3, al. 2 reste en vigueur jusqu'à ce qu'elle ait été mise en conformité avec cette disposition de la Loi fondamentale, mais pas au-delà du 31 mars 1953*". Ayant à statuer dans le cadre d'une procédure de divorce, le tribunal supérieur de Francfort, auteur du renvoi préjudiciel, estimait qu'il était contraire aux principes supérieurs de sécurité juridique et de séparation des pouvoirs en tant qu'il prévoyait que des pans entiers du droit de la famille étaient abrogés avant l'adoption d'une loi d'adaptation à la Loi fondamentale. La Cour conclut à une exception temporaire à l'art.1 al.3 LF.

³⁶ BVerfGE 3, 225, *Gleichberechtigung*, (p. 234-235, pt.26).

³⁷ *Ibid.* (p.233, pt. 21). Elle ajoute toutefois, pour relativiser le pouvoir qu'elle se confère ici, que l'hypothèse où "*les limites ultimes de la justice s[eraient] dépassées*" par un pouvoir constituant démocratique libéral est tellement improbable que "*la possibilité théorique d'une « norme constitutionnelle inconstitutionnelles » s'apparente presque à une impossibilité pratique*" (*Ibid.*).

³⁸ BVerfGE 84, 90 (1^{er} Sénat, 23 avril 1991 *Bodenreform*) (p. 121, pt.131). En l'espèce, était contesté le principe, prévu dans l'accord RFA/RDA, selon lequel ces expropriations ne pouvaient être annulées, a été intégré dans la Loi fondamentale au sein d'un art.143 al.3 dont la constitutionnalité était contestée par les requérants. La Cour rejette les recours en arguant que cette dérogation au droit de propriété était justifiée en tant qu'elle était une des conditions de la réunification (*Ibid.*, p. 127).

³⁹ Voir : DECHATRE (Laurent), La décision de Karlsruhe sur le mécanisme européen de stabilité financière : une validation sous condition et une mise en garde sibylline pour l'avenir, *Cahiers de droit européen*, 2011, n°1, pp.319 et s.

⁴⁰ BVerfGE 3, 225, *Gleichberechtigung*, p. 235-236, pt. 27.

⁴¹ Voir *infra* la critique de son interprétation extensive de la portée du contrôle sur la base de l'art.3 LF : en matière de discrimination indirecte (I. B., §23), en matière de contrôle de proportionnalité (II. B. 2) b) §59).

⁴² Art.93 LF :

"(1) La Cour constitutionnelle fédérale statue : (...)

gouvernement d'un Land, ou à un tiers des membres du Bundestag un droit de recours en appréciation de constitutionnalité du droit fédéral au regard de la Loi fondamentale, et du droit fédéré avec une règle du droit fédéral. Par ailleurs, une question préjudicielle de constitutionnalité peut être posée par un juge dans le cadre d'un litige sur la base de l'art.100 al.1 LF⁴³, le juge constitutionnel doit être saisi par tout juge qui doute de la constitutionnalité d'une loi au regard de la Loi fondamentale ou lorsqu'un doute existe sur l'appartenance au droit fédéral d'une règle de droit international ou sur la création de droits et obligations directs par cette règle⁴⁴. En pratique, la grande majorité des contrôles de constitutionnalité concernant les principes d'égalité et de non discrimination relèvent des procédures de l'art.93 al.4 et de l'art.100 al.1 LF.

2) Eléments sur la loi sur l'égalité de traitement de 2006

5. Le cadre juridique européen posé par les quatre directives susvisées prévoit des règles ayant respectivement pour objet de lutter contre les discriminations en raison de l'orientation sexuelle, du handicap, de l'âge, de la religion et des convictions relevant du champ d'application du droit du travail (directive 2000/78), contre les discriminations sexuelles relevant du droit du travail ou du domaine des contrats de droit civil constituant des transactions de masse de la vie quotidienne concernant des biens et services (directive 2004/113 en plus de la directive 2006/54), et contre les discriminations raciales ou ethniques rattachables tant au droit du travail qu'au droit des contrats de droit civil concernant les biens et les services, y compris le logement (directive 2000/43). La loi allemande sur l'égalité de traitement de 2006 dépasse le cadre de protection prévu par ces directives. Sans aller jusqu'à étendre le domaine de protection le plus large prévu par la directive 2000/43 aux autres critères, elle reprend dans son §2 le champ d'application *ratione materiae* appliqué par les directives concernant le critère du sexe pour les critères visés dans la directive 2000/78⁴⁵. Ainsi, là où le droit de l'UE ne serait pas applicable, la loi pourrait prendre le relai.

En dehors du critère racial, seules les transactions de masse quotidiennes sont donc incluses, par opposition notamment à la location de logements (§19)⁴⁶. Outre, les discriminations directes et indirectes, la loi vise à lutter contre le harcèlement sexuel et moral (§3). Les §§8 à 10 présentent les différences de traitement qui peuvent être acceptées dans le domaine du travail, et le §20 celles dans le domaine des transactions de masse. Relèvent notamment de ce dernier cas les réductions limitées à certains groupes de personnes (enfants, élèves, étudiants, et personnes âgées), ainsi que les mesures destinées à prévenir un danger ou à garantir l'intimité⁴⁷. Lorsqu'une différence de traitement constitue au contraire une discrimination, la personne concernée a un droit à ce qu'il soit mis fin à la discrimination, et, le cas échéant, à des dommages et intérêts (§15 et §21). Enfin, la loi impose aux employeurs un certain nombre d'obligations en matière d'organisation visant à protéger les employés contre les discriminations (§12). Ils doivent les informer au sujet du contenu de la loi sur l'égalité de traitement et leur indiquer le service compétent pour traiter des plaintes sur ce fondement au sein de l'entreprise, par exemple par le biais de séminaires. Ils doivent prendre les mesures appropriées afin de mettre fin à la discrimination exercée à l'encontre d'un de leurs employés par un autre employé ou par un tiers (client,...). L'employé a un droit de se

2. en cas de divergences d'opinion ou de doutes sur la compatibilité formelle et matérielle, soit du droit fédéral ou du droit d'un Land avec la présente Loi fondamentale, soit du droit d'un Land avec toute autre règle du droit fédéral, sur demande du gouvernement fédéral, d'un gouvernement de Land, ou d'un tiers des membres du Bundestag ; (...)"

⁴³ Art.100 LF :

"(1) Si un tribunal estime qu'une loi dont la validité conditionne sa décision est inconstitutionnelle, il doit surseoir à statuer et soumettre la question à la décision du tribunal compétent pour les litiges constitutionnels du Land s'il s'agit de la violation de la constitution d'un Land, à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale s'il s'agit de la violation de la présente Loi fondamentale. Il en est de même s'il s'agit de la violation de la présente Loi fondamentale par le droit d'un Land ou de l'incompatibilité d'une loi de Land avec une loi fédérale.

(2) Si, au cours d'un litige, il y a doute sur le point de savoir si une règle de droit international public fait partie intégrante du droit fédéral et si elle crée directement des droits et obligations pour les individus (article 25), le tribunal doit soumettre la question à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale."

⁴⁴ Les conditions posées sont beaucoup plus souples que celles de la question prioritaire de constitutionnalité dans le cadre français puisqu'il n'y a pas le filtre de la juridiction suprême compétente et que la question n'est pas limitée aux droits fondamentaux constitutionnels.

⁴⁵ ANTIDISKRIMINIERUNGSSTELLE DES BUNDES, *AGG-Wegweiser*, juillet 2015, pp.10 et s. Voir aussi pour une présentation du cadre juridique général de protection contre les discriminations : KLOSE (Alexander), BERGHAHN (Sabine), LEWALTER (Sandra), LIEBSCHER (Doris), SPANGENBERG (Ulrike), WERSIG (Maria), *Handbuch « rechtlicher Diskriminierungsschutz »*, Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Nomos, juillet 2014, 42 p.

⁴⁶ Seul relève de son champ d'application le propriétaire qui loue alors qu'il possède plus de 50 logements (*AGG-Wegweiser*, *Ibid.*, pp.22-23).

⁴⁷ Ce serait par exemple le cas d'une interdiction opposée à des personnes handicapées d'accéder à certaines attractions ou leur imposant d'être accompagnées, ou d'une décision prévoyant des horaires d'ouverture distincts pour les hommes et les femmes dans des saunas (*Ibid.*, p.24).

plaindre d'une discrimination auprès du service compétent au sein de l'entreprise (§13) et peut arrêter son travail sans perte de salaire si son employeur n'a pas pris les mesures adéquates pour mettre fin à la discrimination (14).

Un droit de recours est ouvert dans un délai de deux mois à compter des faits ou du moment où cette personne a connaissance des faits de discrimination (§15 et §21). Concernant la charge de la preuve, il suffit au requérant de présenter des indices laissant supposer une différence de traitement, la partie défenderesse étant alors obligée de prouver qu'elle n'a pas commis de discrimination (§22).

Enfin, il convient de relever que la loi sur l'égalité de traitement a créé une agence de lutte contre les discriminations (*Antidiskriminierungsstelle*)⁴⁸ chargée d'informer sur les droits et procédures juridiques existant, de jouer le rôle d'intermédiaire avec d'autres structures ou personnes pouvant prodiguer des conseils juridiques, et d'initier à leur demande une médiation entre les parties (§27). De plus, elle effectue des enquêtes sur les discriminations et rédige tous les quatre ans un rapport dans lequel elle émet des recommandations visant à prévenir et à lutter contre ces discriminations. Par ailleurs, un conseil, composé de représentants de groupes et organisations de luttes contre les discriminations et d'expert en la matière, se réunit en son sein afin de conseiller l'agence lors de la préparation de ses rapports et recommandations (§30). Enfin, il est à noter que le site de l'agence comprend une liste de résumés d'arrêts, s'étendant, au moment de sa consultation, de l'entrée en vigueur de la loi sur l'égalité de traitement jusqu'au 31 décembre 2015, classée par type de discriminations et droit du travail ou droit civil⁴⁹, qui permet aux victimes de discriminations et à leurs conseillers juridiques d'avoir connaissance de l'interprétation que les juges font de ce texte.

6. Cette loi a fait l'objet, au sein de la doctrine, de vives critiques suscitées pour une part par la crainte d'une remise en cause de l'autonomie de la volonté⁵⁰, et pour une autre par des défauts intrinsèques. Ainsi, certaines dispositions de la loi AGG ont été immédiatement considérées comme potentiellement incompatibles avec le droit de l'UE⁵¹, et la loi dans son ensemble a été jugée constituer une "*construction bancaire juxtaposant des principes généraux dont la portée pratique est difficile à évaluer*"⁵². La simple reprise de passages des directives, alors que ceux-ci appelaient des précisions, et l'ajout de dispositions traduisant des compromis politiques, mais ne tenant pas compte de la logique globale du texte, ont notamment été critiqués, tout comme l'absence d'adaptation d'autres textes de lois⁵³.

7. Une étude empirique publiée en 2011⁵⁴ permet, si ce n'est d'avoir une image de la situation actuelle, du moins de voir quels étaient les problèmes par la loi lors de ses premières années d'application.

Le sondage effectué par ses auteurs auprès des juridictions montre que les affaires se concentraient essentiellement dans le domaine du droit du travail (90% des cas), presque 90% des tribunaux civils interrogés

⁴⁸ <http://www.antidiskriminierungsstelle.de/>. Son siège se trouve au Ministère fédéral de la famille auquel elle est rattachée au plan de l'organisation administrative et de la gestion du personnel, mais son indépendance est garantie par l'absence de dépendance hiérarchique par rapport à ce Ministre.

⁴⁹ http://www.antidiskriminierungsstelle.de/DE/Beratung/Rechtsprechung/rechtsprechung_node.html (dernière consultation le 21 juin 2016).

⁵⁰ Voir par exemple : PICKER (Eduard), Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie ?, *JZ*, 2002, pp.880-882 ; SÄCKER (Franz-Jürgen), "Vernunft statt Freiheit" : die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2002, n°35, pp.286-290. Sur ces critiques voir : SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, pp.168 et s. et pp.200-201. A cet égard, l'auteur présente un ensemble d'arguments démontant ces craintes et soulignant que cette loi, même si elle a entraîné de nombreux bouleversements, s'inscrit dans une longue tradition d'interdiction des discriminations. Voir dans le même sens : DÄUBLER (Wolfgang), *op.cit.* note 9, pt.68.

⁵¹ En ce sens : BAUER (Jobst-Hubertus), Einleitung, in : ID., GÖPFERT (Burkard), KRIEGER (Steffen), *AGG*, Beck, 2011, 3^e éd., pt.43. PREIS (Ulrich), Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht, *NZA*, 2006, p.406 ; BRORS (Christiane), §10, in : DÄUBLER (Wolfgang), BERTZBACH (Martin) (dir.), *op.cit.* note 11, pts.2 et s. ; HAHN (Oliver), REICHHOLD (Hermann), HEINRICH (Martin), Neuer Anlauf zur Umsetzung der Antidiskriminierungs-Richtlinien: Plädoyer für ein Artikelgesetz, *NZA*, 2005, p.1275. SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, pp.200-201.

⁵² RICHARDI (Reinhard), Neues und Altes – Ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, *NZA*, 2006, p.882.

⁵³ BAUER (Jobst-Hubertus), THÜSING (Gregor), SCHUNDER (Achim), Kommentar - Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz -- Alter Wein in neuen Schläuchen ?, *NZA*, 2006, p.775 : les auteurs parlent de "*législation au niveau d'Iked*".

⁵⁴ Après avoir fait un point sur l'état de la recherche en la matière, les auteurs ont fait un sondage sur Internet, effectué une analyse des médias, interrogé des organisations non gouvernementales et associations luttant contre les discriminations, diverses autorités étatiques compétentes en la matière, des représentants des partis politiques, et des avocats, et enfin effectué un sondage auprès des juridictions allemandes. ROTTLEUTHNER (Hubert), MAHLMANN (Matthias), *Diskriminierung in Deutschland*, Nomos, 2011, 474 p. Pour la présentation par critère des cas de discrimination évoqués par les avocats, voir *Ibid.*, pp.352-380. Pour une liste des arrêts utilisés par les auteurs, voir *Ibid.*, pp.231-280.

ayant répondu qu'ils ne traitaient pas de cas où cette loi était invoquée⁵⁵. Même devant les tribunaux du travail, les recours sur ce fondement répertoriés jusqu'en 2010 restaient très peu nombreux. Concernant la répartition des recours, 3/4 portaient sur des discriminations directes contre 1/5^e seulement sur des discriminations indirectes, et les critères de l'âge, du sexe et du handicap représentaient chacun 30% des cas recensés⁵⁶.

Plusieurs facteurs peuvent expliquer le faible nombre de recours en la matière. En dehors des craintes liées au coût de la procédure et à sa durée, de sanction de leur employeur voire de ne pas retrouver un poste dans une autre entreprise, les personnes victimes de discrimination évoquaient le délai de recours très court ainsi que les faibles chances de succès⁵⁷. En effet, même si les appréciations des avocats des défendeurs et des requérants interrogés divergeaient quant à la pratique des juridictions, ils s'accordaient pour dire que ces dernières interprétaient cette loi avec beaucoup de prudence et en faisaient une application limitée en ce qui concerne l'appréciation des preuves et le montant des dommages et intérêts ; compte tenu de ce contexte, les avocats des requérants indiquaient pousser à ce que des questions préjudicielles soient posées à la CJUE, jugée plus progressive en matière de jurisprudence sur le principe de non discrimination⁵⁸. Ils mettaient en doute l'effectivité de l'allègement de la charge de la preuve et la possibilité même d'application de ce mécanisme étant donné que la présentation d'indices était déjà extrêmement difficile, et que le niveau d'indices exigé par les tribunaux était très élevé⁵⁹.

Des critiques avaient mis en garde contre le risque d'usage abusif de la loi, consistant par exemple en des recours de personnes ayant présenté une candidature dont il savait qu'elle allait être rejetée, pour un poste qui ne les intéressait pas, dans le seul but de bénéficier de dommages et intérêts. Or, non seulement ce phénomène s'est révélé marginal⁶⁰, mais encore c'est plutôt le problème inverse de conscience de ce qui peut constituer une discrimination qui se pose. Ainsi, dans la moitié des cas relevant de la loi sur l'égalité de traitement traités par les avocats interrogés, ces derniers ont été saisis dans un cadre plus général par leur mandant avant qu'un examen approfondi du problème ne révèle une discrimination⁶¹. En outre, il ressortait des échanges que les recours dans ce domaine ne faisaient pas l'objet de la même aide que d'autres domaines du droit du travail. Les organismes de représentation des employés et les syndicats, pourtant obligés par le §18 de la loi d'aider les employés victimes de discrimination, étaient en effet présentés par les avocats, dans le meilleur des cas comme ne jouant aucun rôle de soutien dans les recours en matière de discrimination, en raison conséquences éventuellement négatives au plan collectif (absence d'augmentation des salaires notamment) en cas de dommages et intérêts versés à un employé, et dans le pire des cas comme connaissant un conflit d'intérêts, lorsqu'un de leurs membres est l'auteur de la discrimination⁶².

Concernant l'issue des procédures, beaucoup se concluent dans le domaine du droit du travail par des arrangements entre les parties afin d'éviter un procès, usage globalement répandu d'une façon générale dans la matière, mais qui a le désavantage en cas de discrimination de ne pas jouer de rôle dissuasif⁶³.

Enfin, il convient de relever que, dans un certain nombre de cas, la loi a eu pour effet de masquer les discriminations. Ainsi les employeurs ne donnent plus le motif du rejet d'une candidature, par crainte d'un recours, et les annonces d'emploi écartent les formulations pouvant poser problème, notamment concernant le critère de l'âge, sans que la pratique ait évolué sensiblement dans le sens d'un recul des discriminations⁶⁴.

8. Les développements qui suivent étant centrés sur le discours du juge constitutionnel et ne faisant que des références sporadiques à la loi sur l'égalité de traitement et aux décisions d'autres juridictions allemandes, la place accordée par le juge à l'intention et la charge de la preuve ne seront pas examinés en tant que tels⁶⁵. Les contours de la notion de discrimination par rapport au principe d'égalité, et la place des discriminations indirectes dans le discours du juge allemand (I), précéderont l'examen de l'étendue du contrôle du juge sur les différences de traitement pratiquées (II). Nous verrons enfin que l'interprétation effectuée par la Cour constitutionnelle dans le cadre de ce contrôle évolue de manière constante sous l'influence du droit européen, Lothar Michael parlant

⁵⁵ *Ibid.*, p.385 et p.391.

⁵⁶ *Ibid.*, pp.395, p.396 et p.400. Les cas de harcèlement sexuel et moral représentaient chacun moins d'1/30^e des cas répertoriés.

⁵⁷ *Ibid.*, p.35, p.334 et pp.338-340.

⁵⁸ *Ibid.*, pp.335-337. Sur l'influence de la jurisprudence de la CJUE sur la Cour constitutionnelle, voir *infra* III.

⁵⁹ *Ibid.*, pp.343-344.

⁶⁰ *Ibid.*, pp.340-343.

⁶¹ *Ibid.*, pp.332-333.

⁶² *Ibid.*, pp.349-351.

⁶³ *Ibid.*, pp.346-349.

⁶⁴ *Ibid.*, pp.351 et s. Les expressions du type "recherche collaborateur pour travailler avec notre équipe jeune et dynamique" ont disparu.

⁶⁵ Nous verrons toutefois que l'intention a joué un rôle dans la jurisprudence constitutionnelle jusqu'au début des années 1990 (voir *infra* : I.B. §§21-22).

même à cet égard de "*mutation des droits fondamentaux sous l'influence de l'intégration européenne*"⁶⁶ (III). A cet égard, l'impact se manifeste non pas sur le recours au principe de non discrimination, mais sur l'appréhension faite par le juge constitutionnel de certains critères de discrimination.

I. Définition des principes d'égalité et de non discrimination dans le contexte allemand

9. Quant à la terminologie employée, il convient en liminaire de relever que la version française de l'art.3 al.3 LF peut tromper le lecteur. En effet, dans la version allemande, le terme utilisé n'est pas "*diskriminiert*", mais "*benachteiligt*" qui, traduit littéralement, signifie défavorisé / lésé. Ces adjectifs et les expressions non discrimination ou "*Benachteiligung*", qui se traduit par tort / préjudice, sont utilisés sans qu'il y soit attaché de différence de signification, ou *a fortiori* de portée juridique. On relèvera qu' "*inégalité de traitement*" est également fréquemment utilisée comme synonyme par le juge. On trouve aussi, plus rarement, l'expression "*subir un préjudice*" ("*ein Nachteil erwachsen*") utilisée à l'art.33 al.3 LF. Pour des raisons pratiques, nous ferons, au sein de l'étude et dans la liste en annexe récapitulant les arrêts cités, uniquement référence à l'utilisation du terme "Diskriminierung" et de ses variantes (adjectifs, verbes) par le juge ou le législateur, et non par les requérants.

10. Dès un arrêt de 1953, la Cour parle de "*discrimination interdite (verbotene Diskriminierung) par l'art.3 al.3 LF*"⁶⁷. De même, concernant l'art.6 al.5 LF, elle affirme dans un arrêt de 1969 que la réforme du droit des enfants naturels "*est tout autant une exigence de justice matérielle que l'égalité entre les hommes et les femmes*", et que "*la discrimination (Diskriminierung) qui frappe encore un groupe de personnes [...] uniquement à cause d'une « souillure de naissance », n'est pas compatible avec les droits fondamentaux que sont l'égalité et le libre épanouissement de la personnalité*"⁶⁸.

Souvent, un même arrêt comprend plusieurs des expressions mentionnées. Le juge recourt ainsi par exemple dans l'arrêt de 1969 susvisé aux expressions discrimination et "*benachteiligt*", par trois fois dans chacun des cas⁶⁹. De même, dans son arrêt de 1992 sur l'interdiction de travail de nuit des femmes, la Cour a, par quatre fois, recours à l'expression d' "*interdiction de discrimination*" (*Diskriminierungsverbot*) posée par l'art.3 al.3 LF et à ses dérivés, et emploie parallèlement à cinq reprises "*benachteiligt*" et "*Benachteiligung*"⁷⁰.

Aucune évolution concernant les expressions employées par le juge ne peut être mise en évidence, et aucune constance ne peut être soulignée dans le recours à une expression plutôt qu'une autre. Dans un arrêt de 2010 concernant les droits de succession distincts pour les couples mariés et les couples ayant un conclu un partenariat⁷¹, l'expression discrimination n'est ainsi pas utilisée en dehors du renvoi à la loi sur l'égalité de traitement de 2006, et la Cour a recours à cinq reprises à l'expression "*Benachteiligung*".

A contrario, même dans des arrêts ne concernant pas un critère textuel ou jurisprudentiel⁷² suspect, on trouve parfois une utilisation de l'expression discrimination ou d'une de ses variantes. Ainsi, dans un arrêt de 1990 concernant une loi qui posait des délais de préavis de licenciement distincts aux ouvriers et aux employés, la Cour affirme qu'elle "*doit se limiter à déclarer la disposition discriminatoire (diskriminierende) contraire à la Constitution*"⁷³.

11. Pour ce qui est du législateur, on relèvera que, dans la majorité des cas, il préfère utiliser égalité plutôt que non discrimination dans l'intitulé de la loi afin de lui donner une portée plus large. Ainsi en est-il de la grande loi

⁶⁶ MICHAEL (Lothar), *Lebenspartnerschaften unter dem besonderen Schutze einer (über-)staatlichen Ordnung – Legitimation und Grenzen eines Grundrechtswandels kraft europäischer Integration*, *NJW*, 2010, p.3540.

⁶⁷ BVerfGE 2, 266 (7 mai 1953 *Notaufnahme*) (p.286, pt.54).

⁶⁸ BVerfGE 25, 167 (1^{er} sénat 29 janvier 1969 *Nichtehelichkeit*) (p.179, pt.35). La Cour ajoute plus loin que "*le pouvoir constituant veut mettre fin à cette situation et contribuer dans le même temps par les moyens du droit, et dans la mesure du possible, à l'éradication de la discrimination (Diskriminierung) au sein de la société*" (p.183, pt.42) et que "*l'enfant doit souffrir le moins possible [...] d'une discrimination (Diskriminierung) au sein de la société*" (p.196, pt.66).

⁶⁹ BVerfGE 25, 167 (*Nichtehelichkeit*) (pts.42, 57, 66). En outre, la Cour emploie l'expression *Benachteiligung* dans un autre passage (pt.64).

⁷⁰ BVerfGE 85, 191 (1^{er} sénat, 28 janvier 1992 *Nachtarbeitsverbot*) : La Cour emploie l'expression "*interdiction de discrimination*" de manière générale (p.207, pt.54), puis en lien avec le critère du sexe (p.209, pt.62). Voir pour un autre exemple, un arrêt de de 1976 qui contient une occurrence à l'expression discrimination et quatre de *benachteiligen/ Benachteiligung* (BVerfGE 44, 1 (1^{er} sénat 8 décembre 1976 *Nichtehelichen-Erbrecht*)).

⁷¹ BVerfGE 126, 400 (1^{er} sénat 21 juillet 2010 *Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften*).

⁷² Nous verrons que la Cour a en effet dégagé des critères suspects liés à la personne : cf. notamment *infra* I. B. §23.

⁷³ BVerfGE 82 126 (1^{er} sénat 30 mai 1990 *Kündigungsfristen für Arbeiter*) (pt.112).

de 1953 sur l'égalité entre les hommes et les femmes dans le domaine du droit civil⁷⁴. Une loi de 1969 a, quant à elle, recours à une expression plus neutre puisqu'elle s'intitule "loi sur la position juridique de l'enfant naturel"⁷⁵. On notera certes que la loi de 2001 sur le partenariat de vie entre personnes de même sexe est également intitulée "loi visant à mettre fin à la discrimination (*Diskriminierung*) de communautés de vie homosexuelles"⁷⁶. Cela ne conduit toutefois pas à mettre en évidence une tendance récente du législateur à recourir plutôt à l'expression non discrimination qu'à celle d'égalité, comme l'illustre *a contrario* la loi de 2006 qui s'intitule loi sur l'égalité de traitement⁷⁷, même si l'autorité administrative indépendante qu'elle met en place s'appelle agence de lutte contre les discriminations (*Antidiskriminierungsstelle*).

12. Ces remarques terminologiques faites, il convient de préciser les points de rapprochements et les différences entre les principes d'égalité et de non discrimination (A).

Concernant ce second principe, il importe de relever que l'utilisation de l'art.3 al.3 LF a été longtemps limitée et que la jurisprudence de la Cour est considérée comme obscure par une partie de la doctrine⁷⁸. Une première explication peut être vue dans le fait que, dans un système constitutionnel démocratique, le processus législatif apporte déjà des garanties, si bien que l'art.3 al.3 LF n'a vocation à jouer que dans des cas limités⁷⁹. Ensuite, en dehors du handicap, aucun nouveau critère n'a été introduit depuis 1949, et l'art.3 al.3 ne suffit pas à tenir compte des changements au sein de la société, comme l'illustrent les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et sur l'âge. Une dernière explication peut être trouvée dans ce que la Cour a, pendant un temps, uniquement vérifié si la discrimination était intentionnelle, et, *a contrario*, l'augmentation du recours à cette disposition ces dernières années peut être rapprochée de l'acceptation par la Cour des discriminations indirectes (B).

Enfin, l'acceptation du principe de non discrimination dans le contexte allemand ne saurait être complète sans une explicitation des critères visés à l'art.3 al.3 LF (C).

A. Egalité et non discrimination : une même idée prise sous deux angles distincts

13. En l'absence de contrôle de constitutionnalité ou de conventionalité des lois, la problématique de l'égalité se limite au niveau de l'application du droit. Cette acception traditionnelle du principe d'égalité a conduit certains auteurs à conclure à une distinction majeure par rapport au principe de non discrimination. Ainsi, Christian Tomuschat écrivait en 1981, relativement au contexte du Pacte international des droits civils et politiques, que le principe d'égalité se limite à l'application du droit, là où les garanties parallèles de non discrimination font uniquement sens si elles lient également le législateur⁸⁰. Mais, dès lors que non discrimination et égalité sont opposables au législateur, il n'existe qu'une différence de degré et non de principe entre eux. Une confirmation de cette conclusion peut être trouvée dans l'art.14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (CESDH) dont il a été souligné qu'en visant une liste non exhaustive de critères de distinction interdits, il "*se transforme en un principe général d'égalité*"⁸¹.

L'examen des textes constitutionnels et conventionnels, ainsi que de la jurisprudence (1), de même que l'étude de la portée négative ou positive des obligations résultant des principes d'égalité et de non discrimination (2), viennent corroborer l'interprétation selon laquelle les expressions du principe de non discrimination apparaissent, dans le contexte constitutionnel allemand, comme des cas particuliers d'application du principe d'égalité.

⁷⁴ *BGBL*.1957 (I, p.609).

⁷⁵ *BGBL*.1969 (I, p.1243).

⁷⁶ *BGBL*.2001, I, p.266.

⁷⁷ A cet égard, Hubert ROTTLEUTHNER et Matthias MAHLMANN relèvent concernant le terme discrimination qu'il lui est parfois attaché une connotation émotionnelle inutile que le droit cherche à éviter en ayant recours, comme dans le cas de cette loi, à d'autres expressions (*op.cit.* note 54, p.21).

⁷⁸ HEUN (Werner), *op.cit.* note 103, pt.120 ; EPPING (Volker), *Grundrechte*, Springer, 5^e éd., 2015, pt.835 ; BOYSEN (Sigrid), Art.3 GG, KUNIG (Philip), MÜNCH (Ingo von), *Grundgesetz-Kommentar, Band I*, Beck, 2012, pt.129.

⁷⁹ En ce sens : KRIEGER (Heike), Artikel 3, in : HOFFMANN (Hans), HENNEKE (Hans-Günter), *Kommentar zum Grundgesetz*, 13e éd., Heymanns Verlag, 2014, pt.53.

⁸⁰ TOMUSCHAT (Christian), Equality and Non-Discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights, in : MÜNCH (Ingo von) (éd.), *Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht - Festschrift Für Hans-Jürgen Schlochauer*, 1981, pp.691 et s.

⁸¹ NOLTE (Georg), Gleichheit und Nichtdiskriminierung, in : WOLFRUM (Rudiger), (dir.), *op.cit.* note 23, p.239. C'est le point de départ d'une réflexion dans laquelle l'auteur se demande, avant de conclure par la négative, si la distinction entre "égalité et non discrimination" est essentielle.

1) Une distinction dérivant de leur place au sein des textes et de la jurisprudence ?

14. Au niveau des conventions internationales, les interdictions explicites de discrimination présentent l'avantage d'éviter les divergences de conception existant entre les Etats relativement aux motifs légitimes de différenciation. Au-delà, la nette tendance en faveur de l'affirmation de la non discrimination au détriment de l'égalité s'explique par la considération qu'elles n'ont pas pour objet de fonder une communauté politique et que le problème de la discrimination raciale est au cœur de la constitution de la communauté internationale d'après guerre⁸².

Au-delà de son caractère défensif de protection de la personne ou du groupe, ce rôle symbolique de participation à la constitution de la société⁸³ trouve une traduction dans l'inclusion par plus de la moitié des Etats membres de l'OSCE, dont la France⁸⁴, de l'égalité parmi les principes structurels de l'Etat. Cette fonction n'est pas mise en avant dans la Loi fondamentale où l'égalité est placée volontairement au sein de la liste des droits fondamentaux et après la garantie générale des libertés fondamentales. Cela paraît en contradiction avec l'idée selon laquelle l'intégration par les valeurs a joué un rôle essentiel en Allemagne après la Seconde Guerre mondiale à travers ce qui a été qualifié de "patriotisme constitutionnel"⁸⁵, fondement d'une identité commune du peuple allemand. Le paradoxe n'est qu'apparent puisque, comme nous l'avons vu, les droits fondamentaux servent d'orientation au juge. C'est en particulier vrai pour l'art.3 al.3 LF qui est à la fois un droit subjectif défensif et un élément objectif de l'ordre de valeur objectif de la Loi fondamentale⁸⁶.

Au sein des constitutions des Etats membres de l'OSCE, une tendance en faveur du développement du principe de non discrimination peut être constatée, même si, comme le relève Georg Nolte, ce mouvement ne doit pas être exagéré⁸⁷. Les constitutions les plus anciennes incluent seulement un principe général d'égalité, là où les constitutions plus récentes, comme en Allemagne, ajoutent pour la plupart à ce dernier des interdictions de discrimination particulières. En outre, même s'il s'agit d'exemples isolés, certaines constitutions présentent d'abord des critères de discrimination et uniquement dans un second temps le principe général d'égalité (Croatie, Slovénie par exemple), et d'autres renoncent même à évoquer un tel principe général d'égalité (Hongrie, Suède).

Outre l'avantage, pour ce qui est des critères énoncés, d'éviter des conflits d'interprétation, l'inclusion d'une liste ouverte de critères de discriminations interdits offre une flexibilité qui permet une adaptation à l'évolution de la société⁸⁸ et évite les interrogations sur la nécessité d'extension de la liste⁸⁹, voire de différenciation en son sein, une liste trop longue risquant à l'inverse d'avoir un effet négatif en matière de lutte contre les discriminations⁹⁰ et soulevant alors la question d'une hiérarchisation des interdictions de discrimination⁹¹.

15. Les différences textuelles au sein des constitutions et des conventions ne suffisent pas à expliquer les divergences importantes au niveau de la pratique juridictionnelle. A cet égard, une comparaison proposée par Georg Nollte entre les pratiques américaine et allemande⁹² permet de mieux comprendre le discours du juge constitutionnel de Karlsruhe car les principes de non discrimination et d'égalité y sont bien plus distincts que ce n'est le cas en Allemagne. Aux EU, seule l'égalité de protection des lois est visée par la Constitution, mais la Cour suprême a développé à partir de la décision *The Slaughterhouse cases* une interdiction de discrimination raciale qui joue un rôle fondamental dans sa jurisprudence, là où l'obligation de fondement raisonnable à une différence de traitement est complètement occultée. A l'inverse, en Allemagne, les interdictions de discrimination jouent, à l'exception de celle concernant le sexe, un rôle secondaire. Bien entendu, la discrimination raciale joue un tout

⁸² *Ibid.*, p.250.

⁸³ Voir : KIRCHHOF (Paul), *op.cit.* note 23, pp.855 et s et NOLTE (Georg), *Ibid.*, p.241.

⁸⁴ Art.1 de la Constitution de 1958 : La France "assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion".

⁸⁵ Voir sur le concept de patriotisme constitutionnel : DECHATRE (Laurent), *Le pacte fédératif européen*, thèse, 2012, pts.370 et s. STERNBERGER (Dolf), *Verfassungspatriotismus*, Insel, 1990, 389 p.

⁸⁶ En ce sens, KRIEGER (Heike), *op.cit.* note 79, p.246, pt.54.

⁸⁷ NOLTE (Georg), *op.cit.* note 81, pp.239-240.

⁸⁸ Voir par exemple : MICHAEL (Lothar), *op.cit.* note 66, p.3538. SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, p.180. Ce dernier critique notamment l'absence des critères de l'âge et de l'orientation sexuelle dont l'inclusion a échoué à plusieurs reprises (sur ce point voir : OSTERLOH (Lerke), *op.cit.* note 148, pt.228) et qui sont le cœur de son étude.

⁸⁹ Au soutien de l'absence de liste fermée voir notamment : PETERS (Anne), *Diskriminierungsverbotes*, in : MERTERN (Detlev), PAPIER (Hans-Jürgen), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2*, 2007, §211 pt.1.

⁹⁰ Voir en ce sens : ARNAULT (Andreas von), *Zur Erforderlichkeit der Ausdifferenzierung des Diskriminierungsverbotes*, in : KLEIN (Eckart), MENKE (Christoph)(dir.), *Universalität - Schutzmechanismen- Diskriminierungsverbote*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2008, p.406. L'auteur développe dans le reste de son article les avantages et inconvénients de la différenciation au sein du principe de non discrimination.

⁹¹ Sur cette question, voir : BAER (Susanne), *Ungleichheit der Gleichheiten ? Zur Hierarchisierung von Diskriminierungsverboten*, in : KLEIN (Eckart), MENKE (Christoph)(dir.), *Ibid.*, pp.421-450.

⁹² NOLTE (Georg), *op.cit.* note 81, pp.243-246.

autre rôle aux EU qu'en Allemagne, mais la raison principale se trouve dans la compréhension qu'a le juge de son pouvoir de contrôle par rapport au législateur. Ainsi, aux EU, l'intensité du contrôle a reculé suite à la crise entre le Président et la Cour suprême dans le cadre du contrôle des textes du New Deal⁹³, et la concentration de la Cour sur la protection du droit des minorités a eu des conséquences sur l'interprétation du principe d'égalité. En effet, les juges de la Cour suprême affirment désormais que "*si une loi n'entrave pas un droit fondamental ni ne vise un groupe suspect, [ils] soutiendront[t] la classification législative aussi longtemps qu'elle présente un lien raisonnable avec un but légitime quelconque*"⁹⁴. A l'inverse, les juges de Karlsruhe ont affirmé un contrôle strict des empiètements sur ce principe pouvant aller de l'arbitraire au strict respect du principe de proportionnalité, et, en dépit de critiques, ses décisions ont jusqu'à présent bénéficié d'un large soutien au sein de la société allemande.

Les critères visés par l'interdiction de discrimination à l'art.3 al.3 LF bénéficient en théorie d'une protection renforcée par rapport au principe d'égalité de l'art.3 al.1 LF. Quand l'Etat a recours à un critère douteux, l'inégalité de traitement est présumée illégale, "*l'incidence pratique de cette distinction découl[ant] de la différence de degré d'exigence en matière de justification d'une inégalité de traitement*"⁹⁵. Comme nous le verrons, l'opposition n'est pas si stricte car le principe d'égalité est renforcé par le recours au principe de proportionnalité en cas de besoin, et des critères suspects de différenciation peuvent être déduits d'autres droits fondamentaux, relativisant la spécificité du régime juridique des interdictions de discrimination posées à l'art.3 al.3 LF. La Cour constitutionnelle affirme ainsi que "*l'art.3 al.3 renforce le principe général d'égalité issu de l'art.3 al.1 LF en ce qu'il fixe des frontières plus étroites à la marge de manœuvre qui est accordée au législateur*"⁹⁶. De surcroît, elle a énoncé à plusieurs reprises que "*l'art.6 al.5 garantit un droit fondamental qui doit être vu comme une expression particulière du principe général d'égalité*"⁹⁷. De même, elle a parlé de "*concrétisations du principe d'égalité par la Constitution elle-même, telles que, à côté de l'art.3 al.2 et 3, par exemple aussi dans l'art.6 al.5, l'art.9 al.3, l'art.28 al.1*"⁹⁸, ou encore précisé qu' "*en vertu de l'art.3 al.3 LF [...], le principe d'égalité de l'art.3 al.1 LF est formalisé et les opinions politiques en tant que critère fondant une discrimination ou un privilège sont interdites*"⁹⁹.

Ainsi, il est possible de parler au sujet des deux principes d'expressions particulières d'une même idée, point de vue partagé par la majorité de la doctrine. Georg Nolte l'évoque par exemple avec l'expression "*principe d'égalité unitaire qui comprend des différenciations plus ou moins suspectes conformément à une échelle mouvante*"¹⁰⁰. Quant à Olivier Jouanjan, il résume cette idée en regroupant au sein du principe général d'égalité ce qu'il qualifie de principes spéciaux objectifs, "*qui spécifient le principe d'égalité à l'égard d'un certain objet, dans un certain domaine d'application*" (égalité de suffrage,...) et les principes spéciaux subjectifs, qui correspondent aux principes de non discrimination, qui "*prohibe[nt] l'utilisation par les autorités publiques dans les motifs de leur décisions la prise en considération de certaines qualités subjectives propres aux destinataires de la mesure (le sexe, la religion, la race, ect.)*"¹⁰¹.

Les obligations déduites des principes d'égalité et de non discrimination, dont la nature pourrait de prime abord servir de critère de différenciation, confirment au contraire le constat selon lequel ces deux principes sont deux expressions d'une même idée.

2) Les obligations découlant des deux principes, élément de différenciation ?

16. Les alinéas 1 et 3 de l'art.3 LF sont opposables à tout dépositaire de prérogatives de puissance publique. Ils peuvent être invoqués par toute personne physique. Dans le cas des personnes morales par contre, l'usage est limité dans le cas du principe de non discrimination. En effet, si l'art.19 al.3 LF dispose ainsi que "*les droits fondamentaux s'appliquent également aux personnes morales nationales lorsque leur nature le permet*", elles ne peuvent en principe invoquer l'art.3 al.3 LF qu'en cas de discrimination en raison d'opinions religieuses ou politiques, les autres critères renvoyant à des éléments personnels¹⁰².

⁹³ Voir pour des détails sur ce point : DECHATRE (Laurent), *op.cit.* note 85, pts.694 et s.

⁹⁴ *Romer v. Evans* 517 US 620 1996, 9.

⁹⁵ NOLTE (Georg), *op.cit.* note 81, p.236.

⁹⁶ BVerfGE 85, 191 (*Nacharbeitsverbot*) (p.206, pt.53).

⁹⁷ BVerfGE 25, 167 (*Nichtehelichkeit*) (p.173, pt.20); BVerfGE 44, 1 (*Nichtehelichen-Erbrecht*) (p.18, pt.64).

⁹⁸ BVerfGE 3, 225 (*Gleichberechtigung*) (p.240, pt.39).

⁹⁹ BVerfGE 39, 334 (*Extremistenbeschluss*) (p.368, pt.93).

¹⁰⁰ NOLTE (Georg), *op.cit.* note 81, p.245. L'auteur cite des références d'auteurs rejoignant cette position.

¹⁰¹ JOUANJAN (Olivier), Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, *Etudes et documents - Conseil d'Etat*, 1996, n°48, p.412.

¹⁰² JARASS (Hans), Art.3, in : JARASS (Hans), PIEROT (Bodo), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 14^e éd., 2016, pt.117 ; KRIEGER (Heike), *op.cit.* note 79, pt.54, p.246.

L'effet direct horizontal (Drittwirkung) des principes de non discrimination et d'égalité est rejeté. Dans le cas du principe d'égalité, il est notamment souligné que l'extension de son application qu'il impliquerait conduirait à anéantir les autres droits fondamentaux¹⁰³, son contenu étant "*trop abstrait pour en déduire des obligations à l'égard de personnes privées*"¹⁰⁴. Certes, l'art.3 al.1 LF confère un droit public subjectif à l'égalité de traitement et il découle de ce principe des droits créances, des droits d'accès et des droits aux prestations existantes dont ont bénéficié d'autres personnes se trouvant dans une situation comparable¹⁰⁵. Mais dans le cas de ces droits dérivés, l'obligation d'égalité doit être lue en combinaison avec d'autres normes constitutionnelles, à la différence de l'interdiction de discrimination de l'art.3 al.3 LF. Au-delà, la majorité de la doctrine estime qu'aucune obligation générale de protection, de réalisation concrète de la part de l'Etat (obligation positive), ne découle du principe général d'égalité posé à l'art.3 al.1 LF, là encore parce qu'il n'inclut pas de domaine matériel à protéger¹⁰⁶.

17. Dans le cas du principe d'égalité, il existe toutefois des obligations de protection particulières. Ainsi, si les parties à une convention collective ne sont pas directement liées par les droits fondamentaux, une obligation de protection oblige les juridictions compétentes en matière de droit du travail à refuser tout caractère contraignant à des accords collectifs qui conduiraient à des différenciations contraires au principe d'égalité¹⁰⁷, même si le juge constitutionnel allemand ne va toutefois pas jusqu'à déduire de la compétence de réglementation le même type d'obligations que le juge européen¹⁰⁸. En outre, l'Etat a l'obligation d'assurer que les garanties fondamentales sont effectives. Les normes adoptées par le législateur en droit privé doivent notamment assurer une égalité convenable entre les positions juridiques des personnes, et la portée objective des droits fondamentaux implique que le juge fasse une interprétation conforme de la loi au regard du principe d'égalité¹⁰⁹. La Cour affirme ainsi que "*l'autonomie de la volonté n'existe que dans le cadre des lois en vigueur et [que] ces dernières sont elles-mêmes soumises aux droits fondamentaux*", car "*la Loi fondamentale ne veut pas être un ordre neutre du point de vue des valeurs, mais traduit dans sa section sur les droits fondamentaux des décisions de base qui valent pour toutes les branches du droit, et donc aussi en droit civil*"¹¹⁰. Concernant le législateur, la Constitution ne dit pas quand des inégalités sont telles que la liberté contractuelle doit être limitée ou complétée, et il dispose donc d'une large marge d'appréciation ; néanmoins il doit tenir compte de façon équilibrée des droits en présence¹¹¹. Quant au juge, la Cour affirme que "*la mission de protection de la Constitution s'adresse [à lui] qui a, au moyen du droit civil, à assurer l'effectivité des décisions de base concernant les droits fondamentaux dans les cas où la parité contractuelle est défectueuse*"¹¹². Un exemple d'application de cette jurisprudence se trouve dans une décision concernant le §611a du BGB, la Cour constitutionnelle a déduit une obligation de protection du législateur et du juge à partir des §2 et 3 de l'art.3 LF. Il s'agissait en l'espèce d'une discrimination en raison du sexe en matière de recherche d'emploi. La Cour énonce que l'obligation de protection est violée

¹⁰³ SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, p.183 ; HEUN (Werner), Art.3, in : DREIER (Horst), *Grundgesetz-Kommentar Band I*, 3^e éd., Mohr Siebeck, 2013, pt.70.

¹⁰⁴ KRIEGER (Heike), *op.cit.* note 79, p.233. Voir aussi en ce sens : EPPING (Volker), *op.cit.* note 78, pt.19 et pt.773. Voir aussi : DIETLEIN (Johannes), *Die Lehre von den Grundrechtlichen Schutzpflichten*, Duncker & Humblot, 1992, p.84. HEUN (Werner), *op.cit.* note 103, pts.70 et 114 ; HERZOG (Roman), Art.3 Abs.1, in : MAUNZ (Theodor), DÜRIG (Günter), HERZOG (dir.), *Grundgesetz. Loseblatt-Kommentar*, Beck, 2009, pts.505 et s.

¹⁰⁵ Voir en ce sens : BVerfGE 115, 81 (1^{er} sénat 17 janvier 2006 *Rechtsschutz gegen Verordnungen*) (p.95) ; BVerfGE 116, 1 (2^e sénat 22 novembre 2005 *Einbürgerung*) (p.13).

¹⁰⁶ Voir : KRIEGER (Heike), *op.cit.* note 79, p.232 ; EPPING (Volker), *op.cit.* note 106, pt.19 et pt.770.

¹⁰⁷ Voir par exemple : BAG, arrêt du 21 février 2013 – 6AZR539/11 – juris, pt.34. Voir : NUSSBERGER (Angelika), *Altersgrenzen als Problem des Verfassungsrechts*, JZ, 2002, p.529. Sur les obligations pesant sur les partenaires sociaux en matière de non discrimination et d'égalité, voir aussi : SCHLACHTER (Monika), *Gutachten. Das Verbot der Altersdiskriminierung und der Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien*, Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union, février 2014, pp.51 et s.

¹⁰⁸ Voir les arrêts *Viking* et *Laval* dans lesquels le juge européen affirme l'opposabilité des libertés de circulation à des syndicats en raison de leur pouvoir de négociation collective combiné à leur pouvoir d'organiser une grève pour faire pression dans le cadre de ces négociations : CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, Aff.C-438/05, Rec.2007 p.I-10779, pt.65 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, aff.C-341/05, Rec.2007 p.I-11767, pt.98.

¹⁰⁹ Voir sur ce point : STERN (Klaus), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1: Die einzelnen Grundrechte*, Beck, 2006, pp.1565 et s. ; HEUN (Werner), *op.cit.* note 103, pts.66 et s., 70 et 114 ; SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, pp.183-184.

¹¹⁰ BVerfGE 81, 242 (1^{er} sénat 7 février 1990 *Handelsvertreter*) (p.254, pt.46). Elle ajoute que "*de telles limites sont incontournables car l'autonomie de la volonté repose sur le principe d'autodétermination et suppose donc que les conditions d'une libre volonté soient effectivement réunies*" (p.255, pt.47).

¹¹¹ *Ibid.* (p.255, pt.48).

¹¹² *Ibid.* (p.256, pt.49). Voir pour un autre exemple : BVerfGE 103, 89 (1^{er} sénat, 6 février 2001, *Unterhaltsverzichtvertrag*) (p.100, pts.29 et s.).

lorsque "l'interprétation et l'application manquent fondamentalement le but de protection dessiné par le droit fondamental"¹¹³. Cet article du code civil allemand imposait aux employeurs des règles en matière d'égalité entre les hommes et les femmes, règles qui sont désormais incluses dans la loi sur l'égalité de traitement de 2006, et la Cour en déduit qu'il sert les buts visés à l'art.3 al.2 LF et "étend l'interdiction de discrimination (Diskriminierungsverbot) aux relations de travail du secteur privé"¹¹⁴.

Au-delà, il découle d'une lecture combinée des articles 3 al.1, 12 al.1 LF et du principe d'Etat social visé à l'art.20 al.1¹¹⁵ LF un droit à une participation équitable aux places existantes pour les étudiants qui implique notamment une procédure de choix et de répartition des places basées sur des critères objectifs laissant à chacun une chance et tenant compte de la volonté individuelle exprimée quant au lieu de formation¹¹⁶.

Enfin, toujours en lien avec le principe d'égalité, le principe d'Etat social impose des obligations positives d'action visant à favoriser une égalité matérielle (mesures soutenant certaines catégories de personnes) et pose des limites à la diminution des prestations sociales. Ainsi, la Cour affirme que "le droit à la garantie d'un minimum vital décent découle de l'art.1 al.1 LF lu en combinaison avec l'art.20 al.1 LF". Elle poursuit que "l'art.1 al.1 LF fonde ce droit", "le principe d'Etat social de l'art.20 al.1 LF donne au législateur pour mission d'assurer à chacun un minimum vital décent", mais lui accorde une marge de manœuvre quant à l'évaluation du niveau auquel il doit être fixé¹¹⁷.

18. Pour ce qui concerne le principe de non discrimination, si la déduction d'obligations de protection de l'art.3 al.3 LF fait l'objet de débats¹¹⁸, une lecture combinée des articles 2 al.1 LF¹¹⁹ et 1 al.1 LF¹²⁰, de l'art.4 LF¹²¹ dans le cas de discrimination en raison d'opinions religieuses ou politiques, et l'art.12 al.1 LF¹²² en cas de discrimination fondée sur l'âge¹²³, peuvent servir de fondement. On notera en outre que, dans le cas du droit du travail, le Tribunal fédéral du travail part du principe de l'obligation d'égalité de traitement de l'employé par l'employeur en se fondant sur un principe général qui a pris son autonomie par rapport à ses racines constitutionnelles¹²⁴.

19. En dehors de ces obligations ponctuelles, seul l'art.3 al.2 LF impose une obligation générale de protection de la part de l'Etat, limitée aux inégalités de traitement entre les hommes et les femmes dans le cadre de relations horizontales. Selon la Cour, cette disposition va au-delà de l'interdiction de discrimination posée par l'art.3 al.3 LF en ce qu'elle "pose une obligation d'égalité" et que cette obligation "s'étend aussi à la réalité au sein de la société sociale"¹²⁵. Elle impose "non seulement de supprimer les normes juridiques qui lient des avantages et désavantages à des caractéristiques sexuelles, mais a aussi pour but d'harmoniser les conditions de vie des

¹¹³ BVerfGE 89, 276 (§611a du BGB) (p.286, pt.40) (p.206, pt.53).

¹¹⁴ *Ibid.*, (p.285, pt.39)

¹¹⁵ Art.20§1 LF : "La République fédérale d'Allemagne est un Etat fédéral démocratique et social".

¹¹⁶ BVerfGE 33, 303 (1^{er} sénat 18 juillet 1972 *Numerus clausus I*) (p.333).

¹¹⁷ BVerfGE 125, 175 (1^{er} sénat 9 février 2010 *Hartz IV*) (pt.133). La garantie fournie par ce minimum vital inclut "tant l'existence physique de la personne, à savoir nourriture, vêtements, logement, chauffage, hygiène et santé, que la possibilité de poursuivre des relations sociales ainsi qu'une participation à un minimum à la vie sociale, culturelle et politique car l'Homme existe en tant que personne à travers ses relations sociales" (pt.135).

¹¹⁸ En faveur de telles obligations : DIETLEIN (Johannes), *op.cit.* note 78, p.84. Contre : KRINGS (Günter), *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche*, 2003, pp.186 et s.

¹¹⁹ Art.2§1 LF : "Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale".

¹²⁰ Souligné par : EPPING (Volker), *op.cit.* note 78, pt.19. Pour des développements sur l'art.2§1 LF, souvent lu en lien avec l'art.1§1 LF, voir *Ibid.*, pts.623-711. La Cour constitutionnelle distingue entre la sphère intime, qui ne peut faire l'objet d'aucun empiètement, et la sphère sociale, qui peut faire l'objet d'empiètements sous réserve d'un strict respect du principe de proportionnalité : on parle en droit allemand de "Schränken-Schränken" (littéralement limites aux limites) (*Ibid.* pt.648).

¹²¹ art.4 LF : "(1) La liberté de croyance et de conscience et la liberté de professer des croyances religieuses et philosophiques sont inviolables.

(2) Le libre exercice du culte est garanti.

(3) Nul ne doit être astreint contre sa conscience au service armé en temps de guerre. Les modalités sont réglées par une loi fédérale."

¹²² Art.12§1 LF : "Tous les Allemands ont le droit de choisir librement leur profession, leur emploi et leur établissement de formation. L'exercice de la profession peut être réglementé par la loi ou en vertu d'une loi".

¹²³ Voir par exemple : BVerfGE 1, 264 (1^{er} sénat 30 avril 1952 *Bezirksschornsteinfeger*) (pp.274 et s.) ; BVerfGE 9, 338 (1^{er} sénat 16 juillet 1959 *Hebammenaltersgrenze*) (pp.345 et s.). (voir *infra* III A 3) §78 pour des précisions sur ces arrêts).

¹²⁴ EPPING (Volker), *op.cit.* note 78, pt.773.

¹²⁵ BVerfGE 85, 191 (*Nachtarbeitsverbot*) (p.207, pt.54). La formule est notamment reprise dans : BVerfGE 89, 276 (1^{er} sénat 16 novembre 1993 §611a du BGB) (p.285, pt.38).

hommes et des femmes"¹²⁶. Remettre en cause sa portée juridique, en la reléguant à une simple disposition programmatrice, reviendrait ainsi à "*méconnaître [son] importance [...] en tant que concrétisation du principe général d'égalité (art.3 al.1 LF)*"¹²⁷.

20. Au-delà de l'existence d'obligations positives, la portée du principe de non discrimination dépend des conditions posées par le juge pour conclure à l'existence d'une discrimination, et notamment de celles concernant la reconnaissance de discriminations indirectes.

B. La reconnaissance jurisprudentielle des discriminations indirectes

21. Dans un premier temps, la Cour constitutionnelle a posé l'existence d'un caractère intentionnel de la part de son auteur comme condition à la qualification de discrimination, conduisant à un rejet concomitant des discriminations indirectes. Dans une affaire de 1969 concernant l'imposition de dividendes dont il était reproché le caractère discriminatoire en raison de la distinction opérée sur la base de la résidence du créancier, la Cour affirme ainsi que les "*créanciers étrangers ne sont pas traités différemment en raison de (wegen) leur Heimat*"^{128,129}. En effet, la différence de traitement est motivée par le fait que, dans le contexte d'économies nationales séparées, la possession de valeurs mobilières nationales par des étrangers a une autre implication économique que leur possession par des nationaux.

Dans un arrêt de 1975, la Cour formule encore plus nettement l'exigence de caractère intentionnel. Elle y affirme que "*l'art.3 al.3 LF (« en raison de ») interdit uniquement la discrimination ou le privilège intentionnel (bezweckte), mais pas un avantage ou un désavantage résultant d'une réglementation visant un tout autre but*"¹³⁰.

Cette jurisprudence culmine dans un arrêt 1986 concernant une aide aux écoles privées reconnues par l'Etat, même si cet arrêt laisse déjà entrevoir ses limites. Après avoir expliqué de manière détaillée la limitation de l'applicabilité de l'art.3 al.3 LF aux discriminations intentionnelles¹³¹, la Cour se lance dans une justification alambiquée de l'absence de discrimination en l'espèce. Selon elle, il y a certes un lien avec le "*fait d'avoir une croyance ou une opinion religieuse*" puisque le montant de l'aide prévue par la loi est beaucoup plus élevé pour les écoles confessionnelles que pour les autres écoles privées reconnues par l'Etat, "*mais il n'y a aucun indice permettant de supposer que la règle [...] a été justement élaborée*", littéralement, "*en raison (wegen) des convictions idéologiques et religieuses*", *id est* afin de privilégier les écoles confessionnelles¹³². Elle déclare néanmoins la différence de niveau d'aide financière inconstitutionnelle, mais sur la base de l'art.7 al.4 LF, qui garantit le droit de fonder une école privée, lu en combinaison avec l'art.3 al.1 LF¹³³.

22. La Cour a abandonné cette référence à l'intention de l'auteur de la réglementation dans sa décision sur l'interdiction du travail de nuit des femmes de 1992. Elle y affirme que "*le sexe – tout comme les autres critères énumérés à l'alinéa 3 – ne peut être utilisé comme fondement à une inégalité de traitement*" et que "*ceci est aussi valable lorsqu'une règle ne vise pas une inégalité de traitement interdite en vertu de l'art.3 al.3 LF mais poursuit principalement d'autres buts*", ajoutant qu'elle fait ici une "*mise au point*" par rapport à son arrêt de 1986¹³⁴.

En matière de discrimination sexuelle indirecte, la Cour affirme en particulier, qu' "*une réglementation qui n'utilise ni le critère du sexe, ni d'autres critères qui toucheraient uniquement les femmes ou les hommes, mais qui [...] pénalise (benachteiligt) les femmes par rapport aux hommes du fait de la grossesse, est soumise en vertu de l'art.3 al.3 première phrase aux mêmes conditions strictes en matière de justification*"¹³⁵.

¹²⁶ BVerfGE 104, 373 (1^{er} sénat 30 janvier 2002 *Ausschluß vom Doppelnamen*) (p.393, pt.70)

¹²⁷ BVerfGE 3, 225, *Gleichberechtigung*, (pp.239-240, pt.39).

¹²⁸ Sur le sens de ce critère présent à l'art.3 al.3 LF et les raisons pour lesquelles nous préférons utiliser le terme allemand plutôt que "patrie", sa traduction dans la version française de la Loi fondamentale, cf. *infra* I. C. §29.

¹²⁹ BVerfGE 19, 119 (1^{er} sénat 24 septembre 1965 *Couponsteuer*) (p.126, pt.57). Le critère du "*Heimat ne constitue ainsi pas en tant que tel l'élément qui motive cette réglementation*" (*Ibid.*).

¹³⁰ BVerfGE 39, 334 (*Extremistenbeschluss*) (p.368, pt.95).

¹³¹ "*Il y a violation de l'art.3 al.3 LF uniquement lorsqu'un traitement spécial trouve son origine dans l'un des critères visés par ce droit fondamental*". Et de poursuivre que "*l'interdiction issue de l'art.3 al.3 LF ne vaut donc pas de façon absolue ; comme il ressort de son libellé ('en raison de'), il interdit uniquement la discrimination et le privilège intentionnel (bezweckte), mais pas un avantage ou un désavantage résultant d'une réglementation visant un tout autre but*" (BVerfGE 75, 40 (1^{er} sénat 22 octobre 1986 *Privatschulfinanzierung I*) (p.70, pt.105)).

¹³² *Ibid.* (p.70, pt.106).

¹³³ *Ibid.* (p.71, pt.112 et pt.114).

¹³⁴ BVerfGE 85, 191 (*Nachtarbeitsverbot*) (p.206, pt.53).

¹³⁵ Voir par exemple : BVerfGE 132, 72 (1^{er} sénat 10 juillet 2012) (pt.74).

23. En dehors de la discrimination sexuelle, le second sénat de la Cour énonce explicitement dans un arrêt du 19 juin 2012, puis dans un arrêt du 7 mai 2013, que l'inégalité de traitement entre les partenaires (*Lebenspartner*) et les époux constitue une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle¹³⁶. En effet, la conclusion d'un partenariat ou d'un mariage est inséparable de l'orientation sexuelle, les dispositions réglementant le partenariat touchant uniquement les homosexuels et celles réglementant le mariage concernant seulement les hétérosexuels¹³⁷. Dans ses autres arrêts en la matière, la Cour ne dit pas s'il s'agit de discrimination directe ou indirecte, mais, comme le souligne Thomas Schmidt¹³⁸, la qualification précise importe peu dès lors qu'elle applique également un contrôle poussé dans le cas d'une discrimination indirecte touchant le cœur des droits personnels de l'individu (*persönlichkeitskern*)¹³⁹. En effet, la Cour énonce que "*l'encadrement est d'autant plus strict que les caractéristiques personnelles se rapprochent de celles énoncées à l'art.3 al.3 LF*" en raison du risque que "*l'inégalité de traitement qui en découle conduise à la discrimination d'une minorité*". Elle poursuit que ce contrôle renforcé "*vaut également lorsque le traitement inégal de situations a pour effet indirect une inégalité de traitement entre des groupes de personnes*"¹⁴⁰. Comme le résume Heike Krieger, on peut déduire "*qu'à côté des interdictions de discriminations inscrites à l'art.3 al.3 LF, d'autres interdictions peuvent s'ajouter par la voie des développements jurisprudentiels*", et que ces "*« quasi interdictions de discrimination » qui trouvent formellement leur fondement dans le principe général d'égalité, équivalent au plan structurel à de véritables interdictions de discrimination au sein de la jurisprudence*"¹⁴¹.

Cette pratique est doublement critiquée par une large partie de la doctrine. Elle considère tout d'abord que la Cour contourne la volonté du constituant en traitant de la même façon des caractéristiques liées au cœur des droits personnels de l'individu et les critères de discrimination interdits par l'art.3 al.3 LF¹⁴². La Cour a explicitement répondu à cette critique dans le cas de sa jurisprudence concernant l'orientation sexuelle en indiquant qu'aucune volonté contraire de la part du constituant ne pouvait être mise en évidence¹⁴³. Elle précise ainsi que l'introduction du critère de l'orientation sexuelle au sein de l'art.3 al.3 LF a été rejetée par la majorité du Bundestag en arguant qu'au regard de la jurisprudence constitutionnelle, une telle extension serait purement symbolique. Concernant le fondement de discriminations indirectes sur l'art.3 al.3 LF ensuite, les voix critiques estiment qu'elles ne devraient pas bénéficier de l'encadrement strict de cette disposition, mais être examinées sur la base du principe général d'égalité posé à l'art.3 al.1 LF¹⁴⁴. Si leur jugement concernant le cas particulier du sexe est modéré¹⁴⁵, leurs reproches sont au contraire particulièrement vifs concernant l'orientation sexuelle, étant donné qu'il ne s'agit pas d'un des critères visés à l'art.3 al.3 LF.

La justification d'une acceptation large des discriminations indirectes se trouve, tout comme en droit de l'UE, dans la recherche d'efficacité dans la lutte contre les discriminations. Afin de limiter les risques d'une jurisprudence trop extensive, certains auteurs ont proposé de n'accepter que les discriminations indirectes reposant sur des statistiques scientifiques avérées¹⁴⁶, et de limiter les déclarations d'inconstitutionnalité aux seuls cas où les conséquences sont particulièrement lourdes¹⁴⁷. Au-delà, une large partie de la doctrine considère que

¹³⁶ BVerfGE 131, 239 (2^e sénat, 19 juin 2012, *Lebenspartnerschaft von Beamten*) (pt.62) ; BVerfGE 133, 377 (2^e sénat, 7 mai 2013 *Ehegattensplitting*) (pts.78 et s.).

¹³⁷ *Ibid.* (pt.79).

¹³⁸ SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, p.430. L'auteur estime, au regard de son raisonnement dans ses décisions en matière d'inégalité de traitement des partenaires, que le 1^{er} sénat considère, par application de la jurisprudence *Maruko* (CJCE (Grande chambre), 1^{er} avril 2008, *Maruko*, aff.C-267/06, *Rec.*2008 p.I-1757), qu'il s'agit d'une discrimination directe en raison de l'orientation sexuelle (*Ibid.*, p.438). Sur cette affaire et son influence en droit allemand, voir *infra* III B.

¹³⁹ Voir aussi en ce sens : KISCHEL (Uwe), art.3 GG, in : *Beck'scher Online-Kommentar VerFR*, 2016, pt.45.

¹⁴⁰ BVerfGE 133, 377 (*Ehegattensplitting*) (p.96, pt.35).

¹⁴¹ KRIEGER (Heike), *op.cit.* note 79, p. 240. Voir dans le même sens : KISCHEL (Uwe), *Ibid.*, pts.129 et s.

¹⁴² En ce sens : HILLGRUBER (Christian), Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 7. Juli 2009 — 1 BvR 1164/07, BVerfGE 124, 199, *JZ*, 2010, p.43) ; KISCHEL (Uwe), *Ibid.*, pt.129 ; KRINGS (Günter), Der besondere Eheschutz zwischen Verfassung und Verfassungsgericht – Der Wandel der Auslegung des Art. 6 Abs. 1 GG in der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG, in : HÖFLING (Wolfram), *Festgabe für Karl Heinrich Friauf zum 80. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, 2011, p.273.

¹⁴³ BVerfGE 131, 239 (2^e sénat, 19 juin 2012, *Lebenspartnerschaft von Beamten*) (p.257, pt.59). Comme le souligne Heike KRIEGER, il ne saurait être ici reproché à la Cour de formuler un souhait politico-juridique (*op.cit.* note 79, p.240).

¹⁴⁴ BOYSEN (Sigrid), *op.cit.* note 78, pt.144.

¹⁴⁵ KISCHEL (Uwe), *op.cit.* note 139, pt.215 ; EPPING (Volker), *op.cit.* note 78, pt.837 ; JARASS (Hans), *op.cit.* note 102, pt.119.

¹⁴⁶ Voir par exemple : TISCHBIREK (alexander), WIEHL (Tim), Verfassungswidrigkeit des „Racial Profiling“: Zugleich ein Beitrag zur Systematik des Art. 3 GG, *JZ*, 2013, vol.68 n°25, p.223. KRIEGER (Heike), *op.cit.* note 79, p.248, pt.60.

¹⁴⁷ Voir en ce sens : HEUN (Werner), *op.cit.* note 103, pt.109.

les discriminations indirectes sont plus facilement justifiables que les discriminations directes¹⁴⁸. Heike Krieger souligne ainsi par exemple qu'il est possible de voir dans le renvoi à l'exigence d'un fondement objectif visé dans l'arrêt *Kindererziehungszeiten* de 2005 une confirmation de cette position, tout en mettant à part le cas des discriminations indirectes en raison du sexe dont elle souligne qu'elles sont au contraire soumises à un contrôle strict¹⁴⁹. Néanmoins, en l'absence de frontière hermétique entre l'art.3 al.1 LF et l'art.3 al.3 LF, il est aussi possible de considérer qu'il n'y a pas de justification à soumettre les discriminations indirectes à un contrôle plus souple que les discriminations directes¹⁵⁰.

24. Un dernier exemple de discrimination indirecte, qui n'a pas encore fait l'objet d'application par le juge constitutionnel, concerne le critère racial et ethnique. Un premier problème soulevé concerne l'utilisation de critères tels que la couleur de la peau dans le cas de mesures de polices (dans le cadre d'une enquête ou de recoupement de données informatiques (*Rasterfahndung*)). La Cour constitutionnelle a ainsi déclaré inconstitutionnelle une loi prévoyant un tel recoupement de données informatiques dans un but préventif, précisant que seule l'existence d'un danger concret pour la sécurité publique pouvait le justifier¹⁵¹. Elle s'est toutefois fondée sur l'art.2 LF pour aboutir à cette conclusion, et a indiqué laisser ouverte la question de la violation des alinéas 1 et 3 de l'art.3 LF.

Un second problème a été mis en exergue par la doctrine mais le juge constitutionnel ne s'est pas prononcé sur la question, il concerne le §22 al.1a de la loi sur la police fédérale (*Bundespolizeigesetz*) qui habilite cette dernière, à des fins de contrôle migratoire, à contrôler des personnes dans les gares, trains et aéroports sans soupçon ou raison concrète¹⁵². Hendrik Cremer a, avec d'autres, argué dans différents articles que, si la police effectue, sans raison concrète, des contrôles pour lesquels l'apparence physique d'une personne comme la couleur de la peau est utilisé comme critère de distinction, on se trouve dans un cas où, conformément à la jurisprudence constitutionnelle, bien qu'elle ait l'apparence de la neutralité, la réglementation conduit en pratique à des discriminations raciales¹⁵³. Il estime que, peu importe que d'autres critères que l'apparence physiques soient prépondérants¹⁵⁴, et cite au soutien de sa position la réaction du président du syndicat de police à un arrêt du tribunal administratif supérieur de Rhénanie Palatinat du 29 octobre 2012 qui rappelait que les contrôles fondés sur la couleur de la peau des personnes étaient interdits. Il estime que l' "*on voit encore une fois, que les tribunaux [...] ne s'orientent pas à l'aune de la pratique*" mais rendent des décisions se fondant sur un droit idéal. Par ailleurs, Hendrik Cremer renvoie à des rapports et plaintes, et cite une décision du Comité des droits de l'Homme de l'ONU qui considère qu'un contrôle de titre de séjour dans une gare espagnols se fondant sur des critères physiques, ethniques, "*contribue à répandre des comportements xénophobes au sein de la population*"¹⁵⁵. Pour ces différentes raisons, il recommande aux personnes s'estimant victimes de discrimination raciale, suite à un contrôle sur la base du §22 al.1a susvisé, d'invoquer une violation de l'art.3 al.3 LF. Si des articles publiés par d'autres auteurs vont dans le même sens, il convient également de relever qu'une étude de constitutionnalité de cette disposition effectuée par les services de recherche du Bundestag a conclu à sa constitutionnalité¹⁵⁶.

¹⁴⁸ KISCHEL (Uwe), *op.cit.* note 139, pt.218 ; OSTERLOH (Lerke), Art.3 GG, in : SACHS (Michael), *Grundgesetz-Kommentar*, 7^e éd., Beck, 2014, pt.256.

¹⁴⁹ KRIEGER (Heike), *op.cit.* note 79, p.248, pt.62. L'auteur relativise toutefois son propre jugement en indiquant que l'interprétation contraire fondée sur l'absence frontière hermétique entre les alinéas 1 et 3 de l'art.3 LF est possible (p.249, pt.62).

¹⁵⁰ En ce sens : TISCHBIREK (alexander), WIEHL (Tim), *op.cit.* note 146, p.223.

¹⁵¹ BVerfGE 115, 320 (1^{er} sénat 4 avril 2006 *Rasterfahndung II*).

¹⁵² §22 al.1a *Bundespolizeigesetz* : "*Afin de prévenir ou empêcher l'entrée irrégulière d'immigrés sur le territoire fédéral, la police fédérale peut, dans les trains ou dans des installations relevant des chemins de fer fédéraux (§3), de même que dans les installations servant au transport aérien ou les bâtiments d'un aéroport international (§4), à fins de contrôle, arrêter brièvement toute personne, l'interroger et exiger qu'elle présente les papiers d'identité ou documents autorisant un franchissement de frontière qu'elle a sur elle, ainsi qu'examiner les objets qu'elle transporte dans la mesure où, sur la base d'informations concernant le contexte ou de l'expérience de la police des frontières, ces derniers peuvent être utilisés dans un but d'entrée irrégulière*".

¹⁵³ CREMER (Hendrik), *Das Verbot rassistischer Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 3 GG, Anwaltspraxis*, 2013, n°12, p.896. Voir aussi du même auteur, "*Racial Profiling*" – *Menschenrechtswidrige Personenkontrollen nach § 22 Abs. 1 a Bundespolizeigesetz. Empfehlungen an den Gesetzgeber*, Gerichte und Polizei, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2013, 31 p. Voir aussi sur ce thème : TISCHBIREK (alexander), WIEHL (Tim), *op.cit.* note 146, pp.219-224.

¹⁵⁴ Voir la position contraire du gouvernement fédéral en réponse à une question de députés du groupe des Linke : BT-Drs. 17/11971 du 20 décembre 2012, pp.2 et s. et p.7.

¹⁵⁵ Human Rights Committee, 27 juillet 2009, *Williams Lecraft v. Spain*, UN-document CCPR/C/96/D/1493/2006, pt.7.2.

¹⁵⁶ BUNDESTAG, *Verdachtsunabhängige Maßnahmen nach § 22 Abs. 1a BPolG und „Racial Profiling“*, Wissenschaftliche Dienste 3 - 3000 - 020/15, mars 2015, 32 p.

25. Au-delà des discriminations indirectes, les "*discriminations de fait*", selon l'expression de la Cour constitutionnelle, sont rattachables à l'art.3 al.3 LF dès lors qu'elles ont un lien avec l'un des critères qui y est visé. Ainsi dans un arrêt de 1997, la Cour affirme qu'une réglementation est rattachable à l'interdiction de discrimination sexuelle posée à l'art.3 al.3 LF "*lorsqu'une réglementation formulée de façon neutre quant au genre frappe principalement les femmes et que cela est dû à des différences naturelles ou sociales entre les sexes*"¹⁵⁷. Dans une décision de 2008, elle précise certes qu'en principe, lorsque le critère de différenciation n'est pas inclus dans l'art.3 al.3, la règle est à examiner au regard du principe d'égalité. Mais elle poursuit qu' "*il en va autrement lorsque le critère choisi par le législateur n'est pas interdit par l'art.3 al.3 LF [mais] concerne en réalité quasiment seulement un groupe de personnes dont la discrimination (Ungleichbehandlung) est strictement interdite par l'art.3 al.3 LF, ou lorsque la réglementation implique une différence de traitement ayant en pratique des effets préjudiciables (faktischen Benachteiligung) limités pour l'essentiel à un tel groupe de personnes*"¹⁵⁸. Il convient toutefois de relever que ces arrêts se fondent uniquement sur le critère du sexe et, pour certains d'entre eux, sur l'art.3 al.2 LF, à l'instar de l'arrêt de 2005 précité concernant les statuts d'un organisme de retraite des avocats ; dans cet arrêt, la Cour conclut, en utilisant ce fondement, qu'en ne permettant pas à ses membres d'être exemptés de cotisations dans le cas où ils sont sans revenu parce qu'ils ont fait le choix d'élever leur enfant jusqu'à ses trois ans, l'organisme discrimine de fait (*faktische Benachteiligung*) les femmes¹⁵⁹. Il résulte de constat qu'il n'est pas possible de déduire une tendance de la jurisprudence vers ce qui se rapprocherait du critère de l'entrave appliqué par la CJUE pour les libertés de circulation. Il n'y a en effet pas de droit à une égalité de fait sur la base de l'art.3 al.3 LF¹⁶⁰.

26. Même si la Cour s'en est pour une part libérée par le biais d'une acceptation large des cas de discriminations indirectes et par sa jurisprudence en matière d'atteinte au cœur des droits personnels des individus, il demeure que la liste des critères énoncés par la Constitution comme fondant des discriminations est fermée. L'art.3 al.3 LF se distingue ainsi de l'art.14 de la CESDH et de l'art.21 de la Charte des droits fondamentaux du droit de l'UE qui, en indiquant qu'est interdite toute discrimination "*fondée notamment*" avant d'énoncer une liste de critères prohibés, soulignent le caractère non exhaustif des critères mentionnés.

C. Explicitation des critères visés par le principe de non discrimination

27. Les critères visés à l'art.3 al.3 LF sont, pour une part, une réaction aux persécutions nazies, mais également à la problématique des populations allemandes chassées des pays voisins¹⁶¹. Alors que la France se place dans le cadre du principe d'égalité et d'indivisibilité de la République, l'Allemagne, par le biais des critères du *Heimat*, de l'origine et de la langue, porte une grande attention au droit des minorités nationales et ethniques qui s'explique notamment par la volonté de protéger les minorités nationales allemandes en Europe centrale et orientale. A cet égard, Thierry Rambaud rappelle que, lors des discussions sur le projet de traité constitutionnel, la délégation allemande soutenait l'extension de l'interdiction de discrimination à l'origine ethnique et à l'appartenance à une minorité nationale¹⁶².

28. Concernant le critère de la Langue, si l'allemand est la seule langue officielle¹⁶³, les dialectes, et les langues minoritaires (danois, frise, sorbe) font l'objet d'une protection sur la base de l'art.3 al.3 LF. De plus, il est

¹⁵⁷ BVerfGE 97, 35 (1er sénat 27 novembre 1997, *Hamburger Ruhegeldgesetz*) (p.43, pt.36). Cette formule est notamment reprise dans les arrêts suivants : BVerfGE 113, 1 (1^{er} sénat 5 avril 2005 *Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung*) (p.15, pt.52) ; BVerfGE 104, 373 (*Ausschluß vom Doppelnamen*) (p.393, pt.70).

¹⁵⁸ BVerfGE 121, 241 (2^e sénat 18 juin 2008) (pp.254 et s., pt.49).

¹⁵⁹ BVerfGE 113, 1 (*Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung*) (p.20, pt.68) : "*Même une discrimination indirecte (Benachteiligung), pour laquelle le sexe peut être vu comme critère de rattachement à une inégalité de traitement, peut être justifiée dans des cas exceptionnels. Il n'en va pas autrement pour les discriminations de fait qui ne peuvent être rattachés au sexe, mais où la discrimination résulte des effets concrets d'une norme*" (*Ibid.*) (p.20, pt.69).

¹⁶⁰ Souligné par : SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, p.181; HEUN (Werner), *op.cit.* note 103, pt.117.

¹⁶¹ STARCK (Christian), art.3 GG, in : MANGOLDT (Hermann von) KLEIN (Friedrich), STARCK (Christian) (dir.), *Das Bonner Grundgesetz, Band 1*, 4e éd., 1999, pt.367 ; KRIEGER (Heike), *op.cit.* note 79, p.246, pt.53

¹⁶² RAMBAUD (Thierry), Le principe de non discrimination en droit allemand à l'épreuve du droit communautaire, in : POTVIN-SOLIS (Laurence) (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans L'Union européenne, Annales de la faculté de droit de Metz*, Bruylant, 2007, p.170

¹⁶³ Aucun multilinguisme n'est en effet posé par la Constitution comme le souligne Uwe KISCHEL (*op.cit.* note 139, pt.229).

interdit de discriminer des personnes étrangères sur la base de leur langue¹⁶⁴. Langue est en effet à comprendre ici dans le sens de la langue maternelle¹⁶⁵.

29. "*Heimat*"¹⁶⁶ est difficilement traduisible. En effet, le terme "patrie" ne permet pas de faire ressortir le lien émotionnel présent dans le mot allemand, l'idée de racine, de lieu où l'on se sent chez soi. C'est la raison pour laquelle nous utilisons le terme non traduit dans la présente étude. Dans un arrêt de 1953, la Cour a tout d'abord dit laisser ouverte l'interprétation de "*Heimat*" comme "*appartenance au territoire d'un Land ou [comme] origine géographique*"¹⁶⁷, alors que le gouvernement estimait qu'il devait être uniquement compris comme "*appartenance à un territoire d'un Land*" et que cela excluait la zone d'occupation soviétique¹⁶⁸. En l'espèce, le refus de lui reconnaître la qualité de réfugié était contesté par un allemand parti de la zone occupée par les soviétiques car il ne remplissait pas les critères¹⁶⁹. Néanmoins, par la suite la Cour a précisé qu' "*Heimat*" vise "*l'origine géographique (örtliche Herkunft) de naissance ou de domiciliation d'une personne au sens de la relation émotionnelle à un espace géographique délimité qui contribue à façonner l'individu*"¹⁷⁰. Et dans une opinion dissidente, plusieurs juges ont rappelé que ce concept "*a été introduit dans la Loi fondamentale pour empêcher la discrimination des réfugiés et des déplacés*"¹⁷¹. Ce sens historique est rappelé dans une autre affaire pour écarter l'utilisation de ce critère concernant une loi qui excluait d'un avantage salarial bénéficiant aux fonctionnaires les juges qui n'avaient pas fait l'ensemble de leur formation sur l'ancien territoire de la RFA, pénalisant ainsi les fonctionnaires de l'ex Allemagne de l'est. Dans son arrêt, la Cour affirme que le "*lieu de la formation peut être tout au plus vu comme une distinction indirecte en fonction de l'origine géographique des juges, fonctionnaires, soldats concernés*" et que "*même à l'aune d'un tel effet indirect*", ce critère "*qui vise à l'origine en particulier la protection des personnes chassées et des réfugiés après la Seconde Guerre mondiale*" ne peut être opposé au législateur au regard de son sens et de son but, et compte tenu des difficultés à gérer les adaptations nécessaires suite à la réunification¹⁷². Elle ajoute qu'il s'agit non pas d'une différenciation douteuse relevant de l'art.3 al.3 LF, mais d'un problème éventuel de durée relevant du principe général d'égalité et pour lequel le législateur a une large marge de manœuvre en matière d'encadrement de la rémunération des fonctionnaires¹⁷³.

Concernant la nationalité, la Cour relève, dans une affaire dans laquelle il était notamment reproché à la législation de privilégier les étrangers relativement à la réception de programmes radio, qu'elle n'est pas incluse parmi les critères visés à l'art.3 al.3 LF, et ajoute que cette disposition inclut uniquement *Heimat*, sous-tendant que ce dernier ne peut servir de fondement à une discrimination en raison de la nationalité¹⁷⁴. Si les différences de traitement en raison de la nationalité sont acceptées, l'influence du droit européen et la conception du principe d'égalité comme droit humain ont conduit à renforcer le contrôle de la justification à une différence de traitement sur ce fondement¹⁷⁵. La Cour constitutionnelle a ainsi déclaré inconstitutionnelle une loi bavaroise en matière

¹⁶⁴ STARCK (Christian), *op.cit.* note 161, pt.389.

¹⁶⁵ Souligné par : EPPING (Volker), *op.cit.* note 78, pt.832 ; JARASS (Hans), *op.cit.* note 102, pt.124.

¹⁶⁶ Voir pour d'autres arrêts sur le critère de *Heimat* que ceux cités dans la suite du paragraphe : BVerfGE 59, 128 (1er sénat 16 décembre 1981 *Bekanntnis zum deutschen Volkstum*) ; BVerfGE 19, 119 (*Couponsteuer*).

¹⁶⁷ BVerfGE 2, 266 (*Notaufnahme*) (pt.53).

¹⁶⁸ *Ibid.* (p.286, pt.11).

¹⁶⁹ La liberté de circulation des allemands au sein du territoire de la RFA, y compris des allemands de la zone occupée soviétique est certes rappelée par la Cour (*Ibid.*, p.273, pt.22), mais elle ajoute qu'il est possible sur la base de l'art.11 al.2 LF, de limiter ce droit dans certaines zones en situation d'urgence. En l'espèce, elle considère qu' "*étant donné qu'était à craindre et reste à craindre une menace pour la situation économique et sociale au sein de la République fédérale, précisément en raison de la forte immigration provenant de la zone occupée par les soviétiques, la mention expresse des habitants de la zone occupée soviétique dans l'énoncé de la loi constitue simplement une sorte de formulation abrégée*" (*Ibid.* (p.286, pt.54)).

¹⁷⁰ BVerfGE 102, 41 (1^{er} sénat 14 mars 2000 *Kriegsbeschädigtengrundrente*) (pp.53-54, pt.40).

¹⁷¹ BVerfGE 102, 41 (*Kriegsbeschädigtengrundrente*), opinion dissidente des juges Kühling, Jaeger et Hohmann-Dennhardt annexé à l'arrêt (pp.64 et s., pt.70). En l'espèce, la loi contestée prévoyait une pension de mutilé de guerre plus faible pour les allemands qui étaient domiciliés en RDA avant la réunification.

¹⁷² BVerfGE 107, 257 (2^e sénat 12 février 2003 *Beamtenbesoldung Ost II*) (pt.47). La Cour relève notamment que "*ni le but d'harmonisation des niveaux de vie à l'est et à l'ouest, ni en particulier le but de construction le plus rapide possible d'une justice et d'une administration respectant l'Etat de droit ne pouvait être poursuivi dans les nouveaux Länder sans des effets directs et indirects touchant spécifiquement les citoyens qui en étaient originaires*" (*Ibid.*).

¹⁷³ BVerfGE 2, 266 (*Notaufnahme*)(pp.284-285, pt.50).

¹⁷⁴ BVerfGE 90, 27 (1^{er} sénat 9 février 1994 *Parabolantenne I*)(p.37, pt.29).

¹⁷⁵ KRIEGER (Heike), *op.cit.* note 79, pt.43. Voir pour une appréciation critique : KISCHEL (Uwe), *op.cit.* note 139, pts.132 et s.

d'allocations d'éducation en ce qu'elle en excluait du bénéfice des personnes sur le seul fondement de leur nationalité¹⁷⁶.

30. La définition et la distinction entre les critères de l'origine et de l'ascendance par rapport au critère du *Heimat* ont été précisées par la jurisprudence. L'objectif visé par le critère de l'origine (*Herkunft*) est de lutter contre la société de classes, il est à comprendre au sens d' "*origine sociale*"¹⁷⁷. Dans un arrêt de 1959, la Cour précise ainsi que "*les concepts d'ascendance, Heimat et origine, pris dans leur acception courante, se recourent et se complètent, mais « ascendance » désigne avant tout la relation biologique naturelle d'une personne à ses ancêtres, « Heimat » le lien avec un environnement spatial, et « origine » l'enracinement social*"¹⁷⁸.

31. Concernant le critère des opinions religieuses, il convient de souligner en liminaire que l'Allemagne a une approche de la religion qui est très différente du contexte français. Toute personne doit payer un impôt à l'Eglise à laquelle elle est déclarée comme rattachée (*Kirchensteuer*) ou demander une sortie de l'Eglise pour pouvoir en être dispensée. Les Eglises jouent un rôle particulier en matière sociale, et elles bénéficient de certaines règles dérogatoires au droit général du travail. Même si le contrôle du juge s'est renforcé, il demeure que des employés des établissements catholiques (hôpitaux, centre d'aide aux adolescents en difficulté,...) peuvent par exemple rencontrer des problèmes s'ils divorcent ou souhaitent sortir de l'Eglise à laquelle ils sont rattachés. Au-delà, comme le souligne Thierry Rambaud, "*le droit allemand des collectivités religieuses s'est formé selon des concepts et des techniques juridiques particulièrement adaptés aux grandes religions chrétiennes*" et "*rare sont les voix qui s'élèvent pour demander une révision du modèle allemand de séparation*"¹⁷⁹.

Un pas dans le sens du renforcement de l'affirmation de la neutralité pouvait être vu dans une décision de 1995 par laquelle la Cour constitutionnelle a déclaré l'obligation, prévue dans la législation bavaroise, d'accrocher une croix dans chaque salle de classe¹⁸⁰. Elle y relève que la croix est symbole d'une croyance et pas uniquement l'expression de la culture occidentale marquée par le christianisme¹⁸¹, et estime que la présence d'un tel objet dans une salle de classe peut avoir une influence sur les élèves ; en effet, même si aucune obligation d'identification n'est imposée, elle rappelle que l'école est destinée à soutenir le développement de la personnalité des enfants et influe sur leur comportement¹⁸². Si la neutralité à l'égard des religions n'empêche pas une transmission par la culture de convictions concernant des valeurs, et que la résolution des tensions entre la liberté positive et négative de croyance et de conviction relève de la compétence de chaque Land, la législation doit assurer que les écoles ne jouent pas un rôle de missionnaire. La Cour conclut en l'espèce qu'en prévoyant la présence de croix dans les salles de classe, le législateur du Land de Bavière dépasse cette limite¹⁸³. La liberté positive de croyance et de conviction des parents et élèves chrétiens ne permet pas de le justifier car l'art.4 al.1 LF¹⁸⁴ vise notamment à protéger les minorités, et parce que les élèves qui ne sont pas chrétiens n'ont pas de possibilité de s'y soustraire. En effet, les écoles doivent, relativement à la religion (cours de religion, prières,...) ouvrir des "*possibilités non discriminatoires d'y échapper*"¹⁸⁵.

Toutefois, cette décision a été contournée par le législateur bavarois qui a modifié la motivation de sa loi, énonçant qu'une croix serait accrochée dans chaque salle de classe compte tenu du contexte historique et culturel marquant la Bavière, et prévu une exception formelle, à savoir que, si pour des raisons sérieuses fondées sur les croyances ou convictions, des parents s'y opposaient, une solution devrait être recherchée par la direction de l'école qui soit respectueuse de la liberté de croyance et de conviction de l'ensemble des élèves. Or, la Cour a rejeté un recours visant cette nouvelle version en faisant une interprétation extrêmement restrictive de sa décision de 1995 concernant les obligations s'imposant au législateur en matière de neutralité¹⁸⁶. Elle affirme en effet ne

¹⁷⁶ BVerfGE 130, 240 (1^{er} sénat 7 février 2012 *Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz*)(pp.254 et s.). Voir aussi : BVerfGE 111, 160 (1^{er} sénat 6 juillet 2004, *Kindergeld an Ausländer*) (pp.171 et s., pt.43). BVerfGE 111, 176 (1^{er} sénat 6 juillet 2004, *Erziehungsgeld an Ausländer*)(pp.185 et s., pts.31 et s.).

¹⁷⁷ BVerfGE 48, 281 (30 mai 1978) (pp.287 et s.).

¹⁷⁸ BVerfGE 9, 124 (1^{er} sénat 22 janvier 1959 *Armenrecht*) (p.128, pt.18)

¹⁷⁹ RAMBAUD (Thierry), *op.cit.* note 162, p.170. Voir pour une étude détaillée de la question par le même auteur : *Le principe de séparation des cultes et de l'Etat en droit public comparé : analyse comparative des régimes français et allemand*, LGDJ, 2004, 480 p.

¹⁸⁰ BVerfGE 93, 1 (1^{er} sénat, 16 mai 1995, *Kruzifix*).

¹⁸¹ *Ibid.* (pts.42 et s.).

¹⁸² *Ibid.* (pts.45-46).

¹⁸³ *Ibid.* (pt.56).

¹⁸⁴ Art.4 al.1 LF : "*La liberté de croyance et de conscience et la liberté de professer des croyances religieuses et philosophiques sont inviolables*".

¹⁸⁵ *Ibid.* (pt.57).

¹⁸⁶ BVerfGE, 1 BvR 1604/97 (1^{er} sénat, 27 Octobre 1997) (pt.14).

pas avoir formulé, dans cet arrêt, un principe général d'inconstitutionnalité de la présence de croix dans les salles de classe, et ajoute que la nouvelle règle n'implique pas, contrairement à la version précédente de la loi, de contrainte et prévoit une exception.

Un autre arrêt de 2015 illustre le décalage existant avec la France au regard du principe de neutralité puisqu'il aboutit à une solution inverse sur la question du port du voile dans les écoles¹⁸⁷. Le recours contestait en l'espèce une sanction prononcée à l'encontre d'enseignantes d'écoles ayant refusé de retirer leur voile, sur la base d'une loi de Rhénanie-Nord Westphalie, et confirmée par le Tribunal social fédéral. La Cour constitutionnelle indique que si les buts de neutralité de l'Etat et de garantie de l'ordre public¹⁸⁸ au sein des écoles sont légitimes, la nécessité d'une interdiction générale du voile à cette fin fait défaut car la liberté de croyance et de conviction impose de faire une interprétation stricte de normes d'interdiction chargées de garantir la neutralité et l'ordre public au sein des écoles¹⁸⁹. Si le port de signes religieux par les membres du corps enseignant peut porter atteinte à liberté négative de croyance des élèves et au droit des parents d'éduquer leurs enfants, et, en raison des conflits pouvant en résulter, causer un trouble de l'ordre public, le poids de ce risque n'est pas tel qu'il permette de justifier une limitation de la liberté de croyance, dans la mesure où les enseignants concernés ne font pas preuve de prosélytisme¹⁹⁰. La Cour ajoute que les parents n'ont pas un droit à ce que leurs enfants soient dispensés de confrontation avec les vêtements à connotation religieuse des enseignants. Mais surtout, elle énonce que la "*neutralité de l'Etat au regard des croyances et des convictions n'est pas à comprendre comme une distanciation au sens d'une séparation stricte de l'Eglise et de l'Etat, mais comme une attitude ouverte et globale soutenant de la même façon la liberté de croyance pour toutes les confessions*"¹⁹¹. Elle indique également, ce qui apparaît contradictoire avec le rejet du recours susvisé concernant la version modifiée de la loi bavaroise, qu' "*à la différence d'une croix dans une salle de classe (voir BVerfGE 93, 1 (pp.15 et s.)), le port d'un voile par une enseignante ne constitue pas une identification de l'Etat avec une croyance particulière*"¹⁹². Un danger concret pour l'ordre public doit exister pour justifier une telle interdiction de port d'un voile¹⁹³. Le raisonnement suivi rejoint celui appliqué par le Conseil d'Etat relativement aux interdictions générales motivées par la protection de l'ordre public, mais le principe constitutionnel de laïcité conduit le juge administratif français à appliquer une interprétation différente concernant les enseignants dans son avis du 27 novembre 1989¹⁹⁴ et dans son avis contentieux du 3 mai 2000 *Mademoiselle Marteaux*¹⁹⁵.

Dans leur arrêt de 2013, les juges de Karlsruhe se sont aussi prononcés sur l'exclusion de l'interdiction de port de vêtements religieux par les enseignants posée par la loi dans le cas des habits de religieuses et des kippas. Ils concluent qu'elle constitue un traitement discriminatoire fondée sur les croyances et les convictions religieuses¹⁹⁶, estimant qu'une telle interdiction ne pourrait, dans l'absolu, être constitutionnelle que si elle s'appliquait de manière indifférenciée.

32. Concernant les opinions politiques, la Loi fondamentale prévoit, comme nous l'avons déjà évoqué, une procédure permettant à la Cour constitutionnelle d'interdire certains partis politiques, conformément à la "*démocratie militante*". Cela permet de limiter la portée de ce critère de non discrimination, comme l'illustre une affaire de 1975¹⁹⁷. Dans l'espèce ayant donné lieu au renvoi préjudiciel, un étudiant s'était vu refuser un stage dans le cadre de sa préparation du second examen d'Etat en droit sur la base d'une loi sur la fonction publique du Land qui prévoit que seules peuvent effectuer un tel stage les personnes qui présentent des garanties de respect de l'ordre démocratique et libéral posé par la Loi fondamentale, au motif qu'il avait participé à des réunions d'un groupe d'extrême gauche poursuivant des buts visant à combattre cet ordre constitutionnel. La Cour écarte la violation de l'art.3 al.3 LF. Concernant les justifications, elle précise que cette disposition ne pose pas un principe d'interdiction absolue et donne un ensemble d'exemples de cas où une discrimination peut être justifiée. Elle affirme ainsi qu' "*il devrait évident qu'il peut être autorisé de se fonder sur sa confession dans le cas de l'emploi d'un enseignant au sein d'une école confessionnelle, ou de donner la priorité à une directrice féminine dans le cas de la nomination à la direction d'une école de jeunes filles ou de ne pas embaucher un allemand parce qu'il a*

¹⁸⁷ BVerfGE, 1 BvR 471/10, 1181/10 (1^{er} sénat 27 janvier 2015 *Kopftuch NRW*).

¹⁸⁸ Nous traduisons par l'expression bien connue du droit français d'ordre public même si l'expression allemande *Schulfrieden* devrait être traduite par "*paix au sein de l'école*".

¹⁸⁹ BVerfGE, 1 BvR 471/10, 1181/10 (pts.99-101).

¹⁹⁰ *Ibid.* (pts.103 et s.).

¹⁹¹ *Ibid.* (pt.110).

¹⁹² *Ibid.* (pt.112).

¹⁹³ *Ibid.* (pts.114 et s.).

¹⁹⁴ Conseil d'Etat, section de l'intérieur, 27 novembre 1989, n°346893, Avis "Port du foulard islamique".

¹⁹⁵ Conseil d'Etat, 3 mai 2000, n°217017, avis 4 / 6 SSR.

¹⁹⁶ BVerfGE, 1 BvR 471/10, 1181/10 (pts.123 et 128 et s.).

¹⁹⁷ BVerfGE 39, 334 (*Extremistenbeschluss*) (p.368).

grandi à l'étranger et n'a pas de connaissance suffisante de la langue allemande"¹⁹⁸. Même si les pensionnats de jeunes filles sont plus rares, et que les particularités en droit du travail applicables aux écoles confessionnelles ont été un peu assouplies, ces exemples restent des justifications opposables au principe d'égalité¹⁹⁹.

33. Le critère de la race a donné lieu à une jurisprudence constitutionnelle limitée, et le recours aux termes "race" et "racial" pour décrire des discriminations fait l'objet de débat. Un des rares exemples d'application de l'art.3 al.3 LF en lien avec ce critère, et d'utilisation par la Cour de l'adjectif "racial", est fourni par un arrêt de 1968. En l'espèce, le requérant reprochait à un tribunal d'avoir fait une interprétation erronée de l'art.116 al.2 LF²⁰⁰. Ce dernier avait refusé de lui délivrer un certificat d'héritier au motif que le défunt ayant perdu la nationalité allemande par application d'une législation de 1941, le droit allemand était inapplicable. La Cour constitutionnelle reçoit l'argumentation du requérant. Elle estime que le constituant est parti du principe de la nullité *ab initio* de cette législation dans la formulation de l'art.116 LF, et en déduit qu'elle est à interpréter comme posant le principe que les personnes déchues de leur nationalité dans les conditions et la période indiquée sont considérées comme ne l'ayant jamais perdue²⁰¹. Elle parle ici d' "*exclusion discriminatoire (diskriminierend) de la communauté allemande*", de "*rattache[ment] unique à un critère racial (rassisches)*"²⁰², et de "*discrimination (Diskriminierung) consistant à la déchéance de nationalité unilatérale et arbitraire de concitoyens juifs*"²⁰³.

34. Pour ce qui est du critère du sexe, évoqué dans divers développements de l'étude, nous nous contenterons ici de deux brèves remarques. L'existence d'une éventuelle inégalité de traitement directe le concernant fait l'objet d'un contrôle juridictionnel particulièrement poussé, là où une inégalité de traitement indirecte est soumise à un contrôle allégé, sauf dans des cas comme la maternité. Par ailleurs, toute justification fondée sur les stéréotypes est rejetée, seule une justification strictement biologique ou une autre disposition constitutionnelle (art.6 al.4 LF protection de la mère) pouvant servir de fondement.

35. Enfin, l'interdiction des discriminations en raison d'un handicap a été ajoutée à l'alinéa 3 de l'art.3 LF lors de la révision constitutionnelle de 1994 précitée. Une telle référence avait été exclue en 1949 par crainte de l'impossibilité de justifier des mesures d'aides aux handicapés, et elle n'a été adoptée en 1994 qu'après d'âpres discussions pour cette même raison et parce que certains opposants arguaient que le premier alinéa visait déjà une interdiction générale de discrimination²⁰⁴.

36. Les précisions terminologiques effectuées, il convient d'examiner le contrôle effectué par le juge sur la base des principes d'égalité et de non discrimination.

II. L'encadrement imposé par le juge

37. Le juge constitutionnel allemand déduit du principe d'égalité une obligation de cohérence au sein de la réglementation et de la pratique de l'administration qui implique une limitation du pouvoir discrétionnaire des autorités publiques (A). Au-delà, deux cas de figures sont à distinguer concernant le contrôle effectué par la Cour. Dans le cas du traitement distinct de situation semblables, l'intensité de son contrôle varie de ce qui est comparable à un contrôle de l'erreur manifeste, l'absence d'arbitraire, à un respect strict du principe de proportionnalité (B). Le contrôle est par contre globalement plus limité dans le cas du traitement identique de situations distinctes, justifiant son examen dans un développement séparé (C).

¹⁹⁸ *Ibid.* (p.368, pt.95).

¹⁹⁹ Voir en ce sens : *AGG-Wegweiser*, *op.cit.* note 45, p.21.

²⁰⁰ Art.116 al.2 LF : "*Les anciens nationaux allemands déchus de leur nationalité entre le 30 janvier 1933 et le 8 mai 1945 pour des raisons politiques, raciales ou religieuses ainsi que leurs descendants doivent être réintégrés à leur demande dans la nationalité allemande. Ils sont considérés comme n'ayant pas été déchus de leur nationalité s'ils ont fixé leur domicile en Allemagne après le 8 mai 1945 et s'ils n'ont pas exprimé une volonté contraire*".

²⁰¹ BVerfGE 23, 98 (2^e Sénat, 14 Février 1968, *Ausbürgerung*) (pt.108). La Cour considère que c'est uniquement dans le cas où des éléments attestent que les personnes concernées n'auraient pas voulu faire usage de cette possibilité, qu'il est possible de supposer qu'elles ont renoncé à leur nationalité allemande (*Ibid.*, pt.112).

²⁰² *Ibid.* (pts.24 et 26).

²⁰³ *Ibid.* (pt.34).

²⁰⁴ KRIEGER (Heike), *op.cit.* note 79, p.230.

A. Obligation de cohérence et autolimitation

38. L'expression d'autolimitation ou autoliasion (*Selbstbindung*), utilisée par Jellinek pour concilier la souveraineté de l'Etat et sa soumission au droit international²⁰⁵, a été reprise par la doctrine en lien avec le pouvoir de l'administration (2). Dans le cas du législateur, c'est plutôt l'obligation de cohérence qui est évoquée (1).

1) L'obligation de cohérence imposée au législateur

a) Condition préalable à l'obligation de cohérence et d'autolimitation, l'identité d'auteur

39. Le pouvoir d'auto-liaison présuppose une identité des autorités car, comme l'expression autolimitation le suggère, la limitation ne peut être exogène. Une inégalité de traitement a une portée juridique uniquement lorsqu'elle trouve son origine dans l'exercice de ses compétences par le même détenteur de prérogatives de puissance publique (*hoheitsträger*)²⁰⁶. La Cour a en effet affirmé dès une décision de 1951 que l'existence de différences d'interprétation d'une même règle de droit entre des autorités distinctes ne constitue pas en elle-même une violation de l'égalité de traitement²⁰⁷.

Il convient de souligner une application particulière de cette règle dans le contexte allemand où le fédéralisme impose comme limite au principe d'égalité le respect de l'autonomie législative des Länder. Le législateur d'un Land peut ainsi adopter des lois très différentes de celles des autres Länder. En effet, selon la Cour, le principe d'égalité n'est opposable au législateur d'un Land que dans son domaine territorial de compétence, *id est* relativement aux rapports juridiques interne à ce Land²⁰⁸. De même, elle juge par exemple dans un arrêt de 1963 que, "*comme il s'agit d'une question de compatibilité de la réglementation d'un Land avec le principe d'égalité et qu'au sein de l'Etat fédéral les Länder ne doivent pas nécessairement régler de façon uniforme les matières qui relèvent de leurs compétences, il n'est pas possible de déduire une violation du principe d'égalité du fait qu'en dehors du Land de Rhénanie-Palatinat l'institution d'avocat-notaire existe encore dans quelques parties de la République fédérale allemande*". Et la Cour de poursuivre que "*seule une comparaison entre deux règles (Vergleichspaare) de la Rhénanie-Palatinat est appropriée pour prouver une violation du principe d'égalité*"²⁰⁹.

40. Par exception, le domaine de l'enseignement supérieur impose des limites à son pouvoir. Dans une décision du 18 juillet 1972 concernant les conditions d'accès aux établissements d'enseignement supérieur pour les étudiants de chaque Land, la Cour a ainsi précisé que tel était le cas lorsque "*dans une matière tombant dans le domaine de compétence des législateurs des Länder, il s'agit d'une situation concrète qui, par nature, dépasse les frontières d'un Land et touche une position juridique garantie de la même manière au sein des Länder à tous les citoyens de la République fédérale*"²¹⁰. En effet, "*favoriser unilatéralement les habitants d'un Land peut avoir pour effet une inégalité de traitement des autres citoyens*"²¹¹. Les avantages conférés par le législateur d'un Land à ses citoyens ne sont admis que dans des conditions particulièrement strictes, et les exigences en matière de justification sont renforcées²¹². De surcroît, les capacités de formation doivent pouvoir être utilisées sur l'ensemble du territoire allemand.

En outre, la Cour a précisé dès 1958 que "*lorsqu'il s'agit de la protection des droits fondamentaux le législateur fédéral et les législateurs des Länder doivent être traités comme une unité*"²¹³. En effet, comme elle l'énonce dans un arrêt de 1980, les autorités fédérales et les Länder ont l'obligation commune de garantir et créer un ordre conforme à la Loi fondamentale dans toutes les parties et à tous les niveaux de l'Etat²¹⁴. Dès lors que les autorités fédérales sont tributaires de la participation des Länder, il découle du principe de fidélité fédérale une obligation pour ces derniers d'assurer la même protection des droits fondamentaux, obligation pouvant conduire, le cas échéant, à une limitation de leur autonomie législative. De plus, l'autonomie des Länder se voit encadrée

²⁰⁵ Voir pour des précisions sur ce point : DECHATRE (Laurent), *op. cit.* note 85, pts.45 et s.

²⁰⁶ BVerfGE 21,54 (21 décembre 1968) (p.68) ; BVerfGE 42, 20 (1er sénat, 10 mars 1976, *Öffentliches Wegeeigentum*) (p.27).

²⁰⁷ BVerfGE 1, 85 (27 novembre 1951). Voir pour des développements sur ce point : JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 101, p.422.

²⁰⁸ BVerfGE 10, 354 (1^{er} sénat, 25 février 1960 *Bayerische Ärzteversorgung*) (pp.371, pt.60).

²⁰⁹ BVerfGE 16,6 (2e sénat, 24 avril 1963 *Verkündungszeitpunkt*) p.24, pt.47

²¹⁰ BVerfGE 33, 303 (1^{er} sénat, 18 juillet 1972 *Numerus clausus I*) (p.352, pt.102).

²¹¹ *Ibid.*

²¹² BVerfGE 134, 1 (1^{er} sénat, 8 mai 2013, *Studiengebühren Bremen*).

²¹³ BVerfGE 7, 377 (1^{er} sénat, 11 juin 1958 *Apotheken-Urteil*) (p.443, pt.166).

²¹⁴ BVerfGE 56, 298 (2^e sénat, 7 octobre 1980 *Flugplatz Memmingen*) (p.322).

en matière d'exécution des lois fédérales par l'exigence d'uniformité d'application du droit fédéral, seules des "différences limitées" étant acceptables²¹⁵.

b) L'équilibre entre impératifs de cohérence et d'adaptation

41. La Cour constitutionnelle n'impose pas un *statu quo*, l'autorité est toujours libre de revenir sur le système qu'elle a posé ou de le modifier. Si le système doit demeurer cohérent (*Systemgerechtigkeit*), les politiques peuvent évoluer. Une limite est toutefois posée par le juge, dans le cas de "réglementations de circonstances [...] destinées à régler un problème momentané touchant un groupe limité de personnes". La Cour a ainsi affirmé que des "législations qui visaient à liquider certaines situations découlant de la dictature nazie (procédures de dénazification de la fonction publique²¹⁶, indemnisation des victimes du régime²¹⁷)" ne pouvaient "être modifiées dans leurs principes [étant donné qu'elles étaient] en cours d'application"²¹⁸.

Par ailleurs, le législateur peut également adapter le système posé afin de corriger d'éventuelles inégalités qu'elles pourraient produire, mais il ne saurait "sous prétexte de compléter a posteriori une loi, [e]ntreprendre en réalité une modification de cette loi destinée à régler de façon différente les cas encore en suspens"²¹⁹.

42. Il est par ailleurs possible de poser une dérogation au système dès lors qu'elle peut être justifiée. Ainsi, l'exclusion dans les années 1950 des produits stérilisés du bénéfice d'avantages accordés au secteur laitier pouvait être justifiée par le fait que, peu de ménages possédant un réfrigérateur, ils avaient une durée de conservation plus longue²²⁰. *A contrario*, autoriser des techniciens dentaires à effectuer des soins mais leur refuser le bénéfice du remboursement constitue une incohérence qui ne peut être justifié par un motif de santé publique²²¹.

2) L'autolimitation de l'administration

43. Appliquée par la Cour administrative fédérale dès 1958²²², l'autolimitation ou autoliasion (*selbstbindung*) de l'administration signifie que celle-ci est liée par ses propres actes, c'est-à-dire qu'elle ne peut déroger à sa pratique ou aux directives qu'elle s'est fixées sans raison objective.

Il convient de distinguer deux notions auxquelles s'applique l'autolimitation. Le "pouvoir d'appréciation" (*Ermessen*) de l'administration tout d'abord, qui se limite, selon la doctrine majoritaire, au "choix de la conséquence juridique [...] du dispositif de la décision", par opposition à "la qualification juridique des faits dans l'application des conditions posées par la loi" qui fait l'objet d'un contrôle normal de la part du juge²²³. La "latitude de jugement" (*Beurteilungsspielraum*) ensuite, qui renvoie à la "marge d'incertitude" qui demeure lors de l'acte d'interprétation, puis lors de "l'application d'un concept indéterminé à une situation concrète", lors de la qualification juridique des faits²²⁴. Contrairement au pouvoir d'appréciation, elle n'est admise que dans des cas limités telles que les décisions à caractère technique, et le juge ne se contente pas d'un contrôle de l'erreur manifeste, comme le juge administratif français, mais vérifie si l'administration "a vraiment pris une décision rationnelle"²²⁵.

Par ailleurs, l'autolimitation peut provenir de deux types de sources qui appellent une présentation distincte, la pratique de l'administration et les prescriptions administratives (*Verwaltungsvorschriften*) qu'elle se fixe.

²¹⁵ BVerfGE 76, 1 (2^e sénat, 12 mai 1987, *Familiennachzug*) (pp.1 et s.).

²¹⁶ BVerfGE 4, 219 (1^{er} sénat, 21 juillet 1955, *Junktimklausel*) (pp.219 et s.).

²¹⁷ BVerfGE 13, 46 (27 juin 1961) (pp.31 et s.).

²¹⁸ JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 101, p.417.

²¹⁹ BVerfGE 7, 129 (1^{er} sénat, 16 octobre 1957, *lex Schörner*) (p.152, pt.55).

²²⁰ BVerfGE 18, 315 (1^{er} sénat, 27 janvier 1965) (pp.331 et s.) (exemple cité par JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 101, p.418).

²²¹ BVerfGE 25, 236 (25 février 1969) (pp.251 et s.) (exemple cité par JOUANJAN (Olivier), *Ibid.*).

²²² BVerfGE 8, 4 (28 mai 1958) (p.10).

²²³ JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 12, pp.335-336. Concernant le pouvoir d'appréciation, le juge contrôle sa conformité aux droits fondamentaux, l'existence d'un usage excessif (*id est* le choix d'un effet illégal), d'un détournement de son but par l'administration, ou d'un non-usage (l'administration se croyant à tort liée). Il n'existe pas de pouvoir autonome, il y a toujours une base légale à l'action de l'administration, et celle-ci s'exerce toujours sous le contrôle du juge.

²²⁴ *Ibid.*, p.340.

²²⁵ *Ibid.*, pp.342-344.

44. Volker Epping résume l'autolimitation issue de la pratique comme suit²²⁶ : "si pendant une longue période l'administration s'est prononcée en faveur de conséquences juridiques précises, elle doit à l'avenir appliquer aux cas identiques (= comparables) les mêmes (=identiques) conséquences juridiques", sauf si elle peut justifier la différence de traitement²²⁷. Il convient de relever qu'une telle inclusion de la durée de la pratique comme condition de l'autolimitation n'est pas unanimement admise. Ainsi, Olivier Jouanjan l'écarte, estimant que sinon "il suffirait à l'administration de ne pas laisser s'établir une pratique par accumulation de décisions contradictoires pour éviter le piège de l'autoliasion" et que dès sa première décision, elle se lie par les "critères généraux qu'elle choisit"²²⁸, par les "critères de décisions ou de comparaison, c'est-à-dire le point de vue général qui fournit l'unité servant à évaluer les situations concrètes"²²⁹ ; il cite au soutien de cette interprétation une décision de la Cour administrative fédérale datant de 1981 dans laquelle celle-ci ne vise pas de condition de durée et se contente d'énoncer qu' "afin de préserver le principe d'égalité, l'autorité administrative est habilitée et même obligée d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour des groupes de cas précis d'après des points de vue généraux"²³⁰.

L'autolimitation n'empêche pas l'administration de déroger à ce cadre dès lors qu'elle le justifie. En outre, l'existence d'un tel cadre ne signifie pas une application automatique, tout cas concret nécessitant une appréciation individuelle. L'administration peut également modifier sa pratique au profit d'une autre, dès lors que des motifs objectifs, tels qu'un changement de circonstances de fait ou de droit²³¹ ou l'adaptation aux problèmes rencontrés lors de sa mise en œuvre sous-tendent ce changement et que ce dernier " prend aussitôt effet à l'égard de toutes les personnes désormais concernées"²³².

45. Le second fondement de l'autolimitation est constitué par les prescriptions administratives qui sont des instructions internes à l'administration²³³, qui pourraient être rapprochées des circulaires ou des directives²³⁴. Tout comme ces dernières, elles n'ont pas de caractère juridiquement contraignant et ne peuvent pas être, en principe, invoquées par des tiers devant le juge. Elles codifient une pratique antérieure ou fixe une pratique à suivre pour l'avenir et "ne peuvent produire d'effets à l'extérieur de l'administration que dans la mesure où celle-ci est obligée de garantir le principe d'égalité"²³⁵. Tout comme l'autolimitation issue de la pratique, des dérogations liées au contexte de l'espèce²³⁶ et une modification des prescriptions fondée sur des raisons objectives²³⁷ sont possible. Mais, au-delà, en cas de décalage entre les instructions et la pratique de l'administration, c'est cette dernière qui prime²³⁸, et la violation de ces instructions "ne serait que l'indice d'une atteinte au principe de l'autoliasion"²³⁹.

46. Enfin, il convient d'évoquer un problème relatif à l'autolimitation de l'administration dans le cas du bénéfice d'une pratique administrative illégale. Comme le souligne Olivier Jouanjan, "le risque de l'annulation de la décision de refus du bénéfice illégal est évidemment que le juge viendrait confirmer la pratique illégale et interdire à l'administration de retrouver le droit chemin de l'application correcte de la loi"²⁴⁰. La Cour a, pour cette raison, affirmé que le principe d'égalité ne peut être opposé dans le cas d'une pratique administrative illégale²⁴¹. Cette jurisprudence est critiquée²⁴², notamment parce qu'elle devrait être complétée par l'obligation pour l'administration d'apporter des garanties que "l'application correcte de la loi faite au requérant ne restera

²²⁶ Voir pour des développements sur ce point : WALLERATH (Maximilian), *Die Selbstbindung der Verwaltung: Freiheit und Gebundenheit durch den Gleichheitssatz*, Duncker & Humblot, 1968, 148 p. ; SACHS (Michael), §40, in : ID., STELKENS (Paul), BONK (Heinz J.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Beck, 2004, pts.103 et s.

²²⁷ EPPING (Volker), *op.cit.* note 78, pt.791.

²²⁸ JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 12, pp.358 et 361.

²²⁹ *Ibid.*, p.364.

²³⁰ BVerwGE 13 février 1981, Buchholz 431.1 n°7 citée par JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 12, p.360.

²³¹ BVerwGE, 7 novembre 1962, Buchholz 232 §32 n°6.

²³² *Ibid.* Voir sur ces deux points JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 12, pp.365 et s.

²³³ IPSEN (Jörn), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vahlen, 9e éd., 2015, pts.142 et s.

²³⁴ Voir sur ces éléments : JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 12, p.373 et s.

²³⁵ BVerwGE, 22 juin 1984, Buchholz 402.24 §2 n°56.

²³⁶ BVerwGE 19, 49 (25 juin 1964) (p.55).

²³⁷ BVerwGE 70, 127 (18 septembre 1984) (p.136).

²³⁸ BVerwGE 34, 278 (10 décembre 1969).

²³⁹ JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 12, p.375.

²⁴⁰ JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 101, pp.425-426. Voir aussi sur cette question : JESTAEDT (Mathias), §11, in : ERICHSENS (Hans-Uwe), EHLERS (Dirk), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, De Gruyter, 14^e éd., 2010, pt.65.

²⁴¹ BVerfGE 50, 142 (1^{er} sénat, 17 janvier 1979 *Unterhaltsverpflichtung*) (p.166).

²⁴² Voir pour les critiques : JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 12, pp.391 et s.

*pas comme un îlot de légalité au milieu d'un océan d'illégalités, mais qu'elle marque bien, au contraire, un véritable changement de pratique et l'abandon définitif de la pratique illégale*²⁴³.

47. Au-delà des questions de cohérence et d'autolimitation, la Cour "détermine au moyen d'une évaluation à l'aune du principe de proportionnalité si et dans quelle mesure la similitude ou la différence a une portée juridique"²⁴⁴ afin de vérifier si l'interdiction de traitement distinct de situations semblables a été violée.

B. L'interdiction de traiter différemment des situations semblables²⁴⁵

48. Le contrôle effectué par la Cour a évolué, d'une limitation originelle à l'erreur manifeste, il peut désormais aller jusqu'à une application stricte du principe de proportionnalité (1). Même si des différences demeurent, le modèle suivi actuellement par la Cour constitutionnelle est proche de celui de la Cour de justice de l'UE (CJUE) ou de la CEDH. Elle vérifie dans un premier temps si la discrimination invoquée a une portée juridique, Dans un second temps, elle recherche l'existence d'une justification à la différence de traitement et examine le cas échéant la proportionnalité (2).

1) D'un contrôle de l'arbitraire à un examen à l'intensité graduelle

a) Une limitation originelle au contrôle de l'arbitraire

49. Dans un premier temps, la Cour a énoncé que les principes d'égalité et de non discrimination étaient à interpréter par le législateur, et que la seule limite qui lui était opposable était l'interdiction de l'arbitraire²⁴⁶, sachant qu'elle définit l'arbitraire comme "*l'inadéquation objective et manifeste de la mesure légale à la situation de fait qu'elle doit maîtriser*"²⁴⁷. La notion est objective, ce qui explique qu'elle ne contrôle pas "*les conditions dans lesquelles est né l'acte, mais exclusivement son contenu matériel*"²⁴⁸. On peut rapprocher le contrôle de l'arbitraire du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation effectué par le juge administratif français²⁴⁹.

Dès 1951, la Cour constitutionnelle affirme que "*le principe d'égalité est violé lorsqu'on ne peut trouver de justification raisonnable résultant de la nature des choses ou un autre motif objectivement plausible à une différence ou à une égalité de traitement, bref lorsque la disposition doit être considérée comme arbitraire*"²⁵⁰. Elle ajoute que "*toutes les différences concrètes ne doivent pas conduire à une différence de traitement au plan juridique, que seules les inégalités réelles auxquelles il est accordé une importance spécifique pour des considérations de justice et d'opportunité le doivent*"²⁵¹. En l'espèce le recours visait une loi procédurale encadrant la décision ayant abouti à la création du Land de Bade-Wurtemberg. La Cour précise que l'art.118 LF exige que le redécoupage soit opéré par le législateur fédéral en coopération avec la population du territoire concerné et que la consultation de la population doit avoir un effet contraignant pour le législateur fédéral, ce qui était le cas en l'espèce²⁵². La Cour indique qu'elle conclurait à une violation du principe d'égalité uniquement s'il était prouvé que la procédure électorale fixée visait à remplacer la consultation populaire par un simulacre de vote dont le résultat serait connu à l'avance. Elle écarte ici une telle violation, estimant que le législateur n'a pas choisi un mode de votation discriminant une partie des électeurs ou assurant d'un résultat favorable à la formation du nouveau Land²⁵³.

²⁴³ *Ibid.*, pp.425-426. L'auteur présente dans sa thèse les difficultés présentées par cette solution qui est appliquée en Suisse (*op.cit.* note 12, p.392).

²⁴⁴ BVerfGE 101, 275 (2^e sénat 7 décembre 1999 *Fahnenflucht*) (p.209 et s., pt.107).

²⁴⁵ Même si les passages cités ci-après ne visent souvent expressément que le principe d'égalité, la jurisprudence évoquée englobe bien les deux.

²⁴⁶ Elle affirme ainsi dans sa décision *Gleichberechtigung* que "*c'est en premier lieu au législateur de décider*", mais ajoute que "*sa marge de manœuvre trouve cependant une limite – et l'art.3 al.1 LF son contenu actuel – dans l'interdiction d'arbitraire et dans les concrétisations du principe d'égalité posés par la Constitution elle-même*" (BVerfGE 3, 225) (p.240, pt.39)).

²⁴⁷ BVerfGE 2, 266 (*Notaufnahme*) (p.281).

²⁴⁸ BVerfGE 4, 7 (1^{er} sénat 20 juillet 1954 *Investitionshilfe*) (p.25).

²⁴⁹ En ce sens : Olivier JOUANJAN qui souligne que l'on doit ici comprendre "*erreur dans l'appréciation des faits et non de leur qualification*" (*op.cit.* note 12, p.136) (voir *supra* §43).

²⁵⁰ BVerfGE 1, 14 (2^e sénat 23 octobre 1951, *Südweststaat*) (p.52, pt.136).

²⁵¹ BVerfGE 3, 225 (*Gleichberechtigung*) (p.240, pt.39).

²⁵² BVerfGE 1, 14 (*Südweststaat*) (p.41, pt.106).

²⁵³ *Ibid.* (p.56, pt.141).

Certes, quand les juges de Karlsruhe affirment que "*ce n'est pas l'affaire d'un tribunal, pas même d'un tribunal constitutionnel, de contrôler la solution choisie par le législateur d'après son opportunité (Zweckmäßigkeit), ou de rechercher si elle représente, du point de vue d'un groupe d'intérêts concerné, la solution la plus juste imaginable*"²⁵⁴, on peut estimer qu'il s'agit d'un simple rejet du contrôle d'opportunité²⁵⁵ que l'on retrouve dans leur jurisprudence ultérieure²⁵⁶, tout comme dans la jurisprudence de juridictions constitutionnelles de nombreux Etats.. Mais ils ne s'en contentent pas. La Cour juge ainsi que "*l'interdiction d'arbitraire, qui fait partie de[s] principes [découlant du précepte de justice], a aujourd'hui trouvé son expression juridique positive dans l'article 3 alinéa 1 et pour une part également dans l'article 3 alinéa 3 LF*"²⁵⁷, et qu'elle "*peut uniquement contrôler le respect des limites extérieures à la liberté d'élaboration des lois*"²⁵⁸, "*si les limites extérieures de sa marge de manœuvre ont été respectées*"²⁵⁹.

50. La Cour a annulé pour la première fois en 1976 une décision de justice pour violation du principe d'égalité en raison de son caractère arbitraire²⁶⁰. Cette décision marque tout à la fois le point culminant de la jurisprudence se limitant à un contrôle de l'arbitraire, et le début de sa remise en cause. Dans une opinion dissidente, le juge Geiger critique en effet la motivation de l'arrêt, le recours au principe d'égalité au soutien du caractère arbitraire de la décision de justice, estimant que c'est le droit au juge qui aurait dû être utilisé. Si sa critique concernant le rapprochement du principe d'égalité de l'idée de justice et de l'interdiction de l'arbitraire a reçu un écho dans la doctrine, la violation de l'égalité entre les époux dans le partage des biens lors d'une procédure de divorce pouvait être invoqué en l'espèce, même si, comme le souligne Olivier Jouanjan, c'est l'art.6 LF qui aurait dû servir de fondement, et non l'art.3 LF conformément à l'adage "*lex specialis generali derogat*"²⁶¹.

Pendant trente ans, la jurisprudence a appliqué le critère de l'interdiction d'arbitraire et validé toute loi qui présentait un fondement raisonnable à la différence de traitement, laissant une très large marge d'appréciation au législateur. Le risque de cette jurisprudence était de transformer le principe d'égalité en une "*rule of reasonableness*", beaucoup plus large et vague, alors qu'il implique de comparer les situations concrètes et les groupes de personnes concernés²⁶². De plus, ces décisions font référence à "*l'idée de justice*"²⁶³, alors que, comme le relève Olivier Jouanjan, cette mention a une "*fonction simplement rhétorique*", son contenu n'étant pas suffisamment concret pour permettre de "*déterminer [...] ce qui est essentiellement semblable et dissemblable*"²⁶⁴.

51. Abandonné par rapport au législateur, un contrôle de l'arbitraire est toujours appliqué en matière juridictionnelle²⁶⁵, c'est à dire lorsque la violation du principe d'égalité trouve son origine non pas dans une règle ou une pratique d'une autorité administrative ou législative, mais dans l'interprétation ou l'application du droit faite par le juge. La Cour affirme que le principe selon lequel "*nul ne doit être soustrait à son juge légal*" posé à l'art.101 al.1 LF peut être violé par une décision juridictionnelle dès lors que celle-ci peut être qualifiée d' "*arbitraire*", tout en précisant que son contrôle est limité car elle n'est pas un "*super tribunal de cassation*" (super

²⁵⁴ BVerfGE 3, 58 (17 décembre 1953 *Beamtenverhältnisse*) (p.135). Voir pour un autre exemple : Le principe d'égalité n'ouvre "*à la Cour constitutionnelle aucune possibilité (...) de contrôler une lois sous l'angle de la justice en général (allgemeiner Gerechtigkeit) et de substituer par ce biais sa propre conception de la justice*" (BVerfGE 3, 162 (1^{er} sénat, 17 décembre 1953, *Angestelltenverhältnisse*)(p.182)).

²⁵⁵ C'est le cas lorsque que la Cour juge par exemple conforme aux articles 6 al.5 et 3 al.1 LF que, dans le cas d'héritages ultérieurs à l'entrée en vigueur de la loi sur les enfants naturels (*Nichtehelichengesetz*), le droit antérieur continue à s'appliquer aux enfants nés avant le 1^{er} juillet 1949, car elle estime qu'elle "*n'a pas à décider si cette solution répond aux préoccupations politico-juridiques*" (BVerfGE 44, 1 (1^{er} sénat 8 décembre 1976 *Nichtehelichen-Erbrecht*) (p.36, pt.102)).

²⁵⁶ BVerfGE 2, 266 (*Notaufnahme*)(pp.284-285, pt.50). La Cour y affirme que, si le contrôle effectué peut être particulièrement poussé, elle s'interdit toujours de "*vérifier si le législateur a choisi la solution la plus juste, la plus appropriée et la plus raisonnable*".

²⁵⁷ BVerfGE 23, 98 (*Ausbürgerung*) (pp.106-107). Voir sur cette affaire *supra* I.C, §32.

²⁵⁸ BVerfGE 32, 157 (2^e sénat 21 octobre 1971 *Stichtagsregelung*) (p.167).

²⁵⁹ BVerfGE 66, 84 (1^{er} sénat 10 janvier 1984, *Unterhalt III*) (p.95).

²⁶⁰ BVerfGE 42, 65 (2^e sénat, 24 mars 1976, *Zwangsversteigerung I*). Entre 1976 et 1987, 15 décisions de justice ont été ainsi annulées en raison de leur caractère arbitraire (repertoriées par : KIRCHBERG (Christian), Willkürschutz statt Grundrechtsschutz ?, *NJW*, 1987, n°40, p.1989).

²⁶¹ JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 101, pp.144-145.

²⁶² Voir en ce sens : JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 12, p.139 et du même auteur : *op.cit.* note 101, p.414.

²⁶³ Dans sa décision *Ausbürgerung* précitée, la Cour affirme ainsi par exemple qu'avec le règlement en cause en l'espèce, "*la contradiction de la justice [...] a atteint un niveau tellement insupportable qu'il doit être considéré comme nul ab initio*" (BVerfGE 23, 98 (p.106)).

²⁶⁴ JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 101, p.142.

²⁶⁵ Sur le contrôle d'arbitraire des décisions juridictionnelles effectué par Karlsruhe, voir : RENNERT (Klaus), Die Verfassungswidrigkeiten "falscher" Gerichtsentscheidungen, *NJW*, 1991, p.12.

Revisionsinstanz)²⁶⁶. Selon elle, "une simple application erronée du droit ne rend [...] pas une décision juridictionnelle arbitraire", "un jugement est objectivement arbitraire lorsqu'il n'est défendable sous aucun aspect envisageable sur le plan juridique", "quand une norme manifestement applicable à l'espèce n'est pas prise en considération, lorsque le contenu d'une norme fait l'objet d'un contresens flagrant, ou n'a pas été appliquée d'une façon compréhensible"²⁶⁷. Il convient de noter que, depuis l'arrêt *Solange II* de 1986, les juges de Karlsruhe considèrent que le renvoi préjudiciel à la Cour de justice imposé par l'art.267 al.3 TFUE constitue une obligation constitutionnelle sur la base de l'art.101 al.1 LF dont la violation peut être sanctionnée²⁶⁸. Ils ont sanctionné sa violation pour la première fois dans une décision de 1987²⁶⁹.

b) Le renforcement du contrôle

52. Dans une décision du 7 octobre 1980, la Cour a développé ce qui a été ensuite qualifié de "nouvelle formule" en vertu de laquelle le principe d'égalité "est avant tout violé quand, parmi les destinataires d'une norme, un groupe est traité différemment d'un autre groupe, bien qu'il n'existe entre les deux groupes aucune différence telle qu'elle pourrait justifier l'inégalité de traitement"²⁷⁰. Toutefois, comme le relève Olivier Jouanjan, un autre passage de cette décision montre que la prohibition de l'arbitraire n'a pas disparu, mais retrouve "le seul rôle – positif – qu'il ait à jouer dans ce cadre, [...] de limitation de l'intensité du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire des autorités législatives, administratives ou juridictionnelles"²⁷¹. La Cour y affirme que "le principe d'égalité ne s'épuise pas dans l'interdiction d'une inégalité de traitement injustifiée entre destinataires de la norme" mais qu'il "exprime en outre une interdiction de l'arbitraire, en tant que principe fondamental du droit, qui pose non seulement à la jurisprudence, mais aussi à la législation certaines limites extrêmes"²⁷². Même si la différence peut paraître limitée dans la pratique juridictionnelle, la conception au fondement des deux types de contrôle est bien distincte, conduisant à une augmentation de l'intensité du contrôle, et donc à une limitation de la marge de manœuvre du législateur²⁷³. Dans le cas de l'interdiction d'arbitraire, le juge effectue uniquement un contrôle négatif, vérifiant qu'il n'existe pas d'arbitraire, qu'aucune justification n'a été apportée à la différence de traitement. Alors que dans le cas de la nouvelle formule, il opère un contrôle positif en ce qu'il vérifie qu'il "existe un rapport approprié entre les justifications de l'empiètement et son intensité"²⁷⁴.

53. Par sa décision de 1993 rendue en matière de transsexualisme, la Cour a finalement fusionné les deux types de contrôle, interdiction de l'arbitraire et "nouvelle formule", et introduit le concept de contrôle à l'intensité graduelle (*abgestufter Kontrolldichte*). Elle y affirme que, "selon l'objet de la réglementation et les critères de différenciation, il découle du principe général d'égalité des limites variables pour le législateur qui vont d'une simple interdiction d'arbitraire à une soumission stricte aux exigences de la proportionnalité"²⁷⁵. La Cour justifie cette évolution ainsi : "étant donné que le principe en vertu duquel tous les Hommes sont égaux devant la loi doit

²⁶⁶ BVerfGE 7, 198 (15 janvier 1958 *Lüth*) (p.207, pt.31).

²⁶⁷ BVerfGE 89, 1 (1^{er} sénat 26 mai 1993 *Besitzrecht des Mieters*) (pp.13 et s.) ; BVerfGE 96, 189 (1^{er} sénat 8 juillet 1997 *Fink*) (p.203). Voir aussi les arrêts suivants : BVerfGE 87, 273 (1^{er} sénat, 3 novembre 1992, *Erörterungsgebühr*) (p.279) ; BVerfGE 42, 20 (*Öffentliches Wegeeigentum*) (p.27) ; BVerfGE 76, 1 (*Familiennachzug*) (p.73) ; BVerfGE 79, 127 (2^e sénat, 23 novembre 1988, *Rastede*) (p.158).

²⁶⁸ BVerfGE 73, 339 (2^e sénat 22 octobre 1986, *Solange II*), pt.75.

²⁶⁹ BVerfGE 75, 223 (2^e sénat, 8 avril 1987, *Kloppenburger*). En l'espèce, Karlsruhe sanctionne une absence de renvoi préjudiciel alors que la Cour fédérale des finances faisait une interprétation contraire à la jurisprudence de la Cour de justice de dispositions de la 6e directive TVA qui jouent un rôle déterminant dans la résolution du litige (*Ibid.*, pt.62). Les cas de violation de l'obligation de renvoi sont les suivants : doute sur l'interprétation d'une disposition du droit de l'UE prépondérante quant à l'issue du litige ; dérogation à la jurisprudence de la Cour de justice ; et lorsque, en présence de plusieurs interprétations possibles des normes européennes applicables, la juridiction ne propose pas une solution raisonnable (BVerfGE 126, 286 (2e sénat 6 juillet 2010 *Honeywell*) (pts.88 et 90). Voir *a contrario* pour un rejet de l'argument tiré d'une telle violation : BVerfGE 45, 142 (8 juin 1977) (p.181, pts.101-102) ; BVerfGE 126, 286 (*Honeywell*) (pts.91-92).

²⁷⁰ BVerfGE 55, 72 (1^{er} sénat 7 octobre 1980, *Präklusion I*) (p.88).

²⁷¹ (JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 12, p.148 et p.151.

²⁷² BVerfGE 55, 72 (*Präklusion I*) (pp.89-90, pt.64).

²⁷³ En ce sens : KRIEGER (Heike), *op.cit.* note 79, p.238.

²⁷⁴ BOYSEN (Sigrid), *op.cit.* note 78, pt.55.

²⁷⁵ BVerfGE 88, 87 (1^{er} sénat, 26 janvier 1993, *Transsexuelle II*) (p.96, Pt.34). Cette formule est reprise dans la jurisprudence ultérieure. Voir par exemple : BVerfGE 129, 49 (1^{er} sénat 21 juin 2011 *Mediziner-BAföG*) (p.68 et s., pt.68) ; BVerfGE 126, 400 (1^{er} sénat 21 juillet 2010 *Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften*) (pt.80).

avant tout empêcher un traitement distinct injustifié de personnes, le législateur est en principe soumis à un encadrement strict en cas d'inégalité de traitement²⁷⁶.

Enfin, quel que soit le niveau de contrôle appliqué, la Cour précise que des "critères plus précis permettant de déterminer sous quelles conditions l'interdiction d'arbitraire ou l'obligation d'une égalité de traitement proportionnée est violée par le législateur ne peuvent être déterminées de façon abstraite et générale, mais uniquement en lien avec la matière et le champ d'application de la réglementation²⁷⁷".

2) Des étapes du contrôle proches de celles de la CEDH et de la CJUE

a) Le préalable d'un cadre de comparaison approprié

54. Les principes d'égalité et de non discrimination supposent une comparaison, et le juge constitutionnel applique une technique d'identification des groupes comparables proche de celle du juge européen. En raison de la nature intrinsèquement relative du principe d'égalité, il est nécessaire de déterminer l'étalon de comparaison approprié permettant de juger la validité d'une réglementation. Le choix d'un groupe de référence le plus possible du comparé est essentiel car, plus les différences entre les deux sont grandes, plus la justification de l'inégalité de traitement est aisée à apporter²⁷⁸. En outre, afin de déterminer les cas dans lesquels les situations sont pour l'essentiel identiques, les deux groupes de personnes comparés doivent pouvoir être regroupés au sein d'un troisième qui sert de référentiel²⁷⁹. Ce *tertium comparationis* doit englober le plus étroitement possible les deux groupes comparés afin de permettre de voir clairement le critère de différenciation, sinon, plusieurs critères et buts de différenciation peuvent entrer en ligne de compte, rendant un contrôle impossible. Enfin, il est nécessaire de trouver une justification matérielle objective à la différence de traitement entre ces deux groupes, une "*differentia specifica*". Le problème est que, d'une part, cela suppose un jugement de valeur, l'interprétation des différenciations effectuées variant en fonction du contexte politique et de l'évolution de la société, et que, d'autre part, la séparation des pouvoirs et le principe démocratique impliquent une obligation de justification "lorsque la justice constitutionnelle remplace la décision du législateur par son propre jugement de valeur"²⁸⁰.

55. Il est possible de rapprocher la comparaison effectuée ici du droit de la concurrence où l'existence d'une position dominante présuppose la détermination du marché pertinent qui implique notamment de rechercher s'il existe des produits substituables. Ainsi, selon la réaction des consommateurs, le marché pertinent de produits pour déterminer l'existence d'un abus de position dominante par Coca-Cola sera par exemple celui des sodas ou celui des boissons à base de cola²⁸¹.

Pour revenir au contexte des principes d'égalité et de non discrimination, nous reprendrons les exemples cités par Volker Epping dans son manuel de droits fondamentaux afin d'illustrer l'importance d'une détermination précise du *tertio comparationis*²⁸². Si le maître d'un chien de combat se plaint d'un impôt plus élevé que le maître d'autres chiens, le *tertio comparationis* sera "maître de chiens" et le critère de différenciation la "dangerosité supposée du chien". Par contre, s'il se plaint de payer un impôt, "maître de chiens" ne peut être le *tertio comparationis* car tous les maîtres de chiens paient un impôt, cela doit être "maître d'un animal domestique", le critère de différenciation est alors le "type d'animal", sachant que les maîtres de lapins, chat, et cochon-dinde ne paient, par exemple, pas d'impôt. Enfin, comparer la possession de chiens de combat et d'autres biens de luxe, telle une villa, n'est pas appropriée en raison du trop grand nombre de différences ; en effet, aucun critère de différenciation ne peut alors être mis en évidence, la comparabilité fait défaut. Dans un arrêt de 2004 concernant une loi d'interdiction d'importer des chiens de combats, la Cour constitutionnelle conclut à sa conformité au regard du principe d'égalité, estimant que le législateur avait pu décider, dans le cadre de sa large marge d'appréciation, que ces chiens étaient dangereux²⁸³.

²⁷⁶ BVerfGE 88, 87 (*Transsexuelle II*) (p.96, pt.35).

²⁷⁷ BVerfGE 126, 400 (*Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften*) (pt.80). La Cour cite ici ses arrêts précédents évoquant ce point.

²⁷⁸ Voir en ce sens : EPPING (Volker), *op.cit.* note 78, pt.782.

²⁷⁹ KRIEGER (Heike), *op.cit.* note 79, p.236.

²⁸⁰ *Ibid.* p.236.

²⁸¹ Voir par exemple la décision n°97/540/CE de la Commission du 22 janvier 1997 déclarant une concentration compatible avec le droit communautaire (Affaire n° IV/M.794 - *Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB*).

²⁸² EPPING (Volker), *op.cit.* note 78, pts.784-788.

²⁸³ BVerfGE 110, 141 (1^{er} sénat, 12 mars 2004 *Kampfhunde*) (p.167, pts.94 et s.). Une partie de la loi est annulée, mais sur le fondement de l'incompétence du législateur fédéral. Pour des détails sur ce point, cf. DECHATRE (Laurent), *op.cit.* note 85, pts.807 et 833.

Un arrêt de 1961 concernant les règles en matière de fermeture des magasins s'appliquant aux officines fournit un autre exemple de l'importance du choix du groupe servant d'étalon de comparaison²⁸⁴. La requérante gérait une pharmacie au sein de la gare de Francfort. Il pouvait être reproché une égalité de traitement de situations essentiellement différentes, à savoir les pharmacies dans les gares et les autres pharmacies, le *tertio comparationis* étant alors les "pharmacies", ou une inégalité de traitement de situation essentiellement identiques (équivalentes), les pharmacies des gares et les autres magasins au sein des gares, le *tertio comparationis* étant alors les "points de vente". La Cour concède qu'une pharmacie au sein d'une gare se rapproche à certains égards des magasins qui s'y trouvent, mais elle ajoute que les éléments propres aux pharmacies sont prépondérants et permettent de justifier que les règles de fermetures prévues pour les officines soient appliquées.

56. Enfin, la comparaison effectuée doit tenir compte de l'ensemble des éléments du contexte, et notamment du cadre procédural prévu par le texte examiné. Ainsi, par exemple dans une affaire de 1991, la réglementation traitait formellement de la même manière les dividendes et les intérêts versés aux contribuables, mais elle reposait sur l'honnêteté de ces derniers, si bien que si un contribuable ne donnait pas le montant exact des revenus qu'il tirait de ses capitaux, il était quasiment impossible d'assurer qu'il paierait effectivement l'impôt dû. La Cour a conclu à une inégalité face aux charges effectivement imposées²⁸⁵ en raison d'un cadre procédural défaillant²⁸⁶.

b) Le contrôle de la justification

57. Concernant la justification, le but poursuivi par la mesure doit être légitime. *A contrario*, la Cour affirme par exemple que, dans le cas d'un organisme de retraite établi par des avocats, "ni le système de financement et la stabilité économique de l'organisme de retraite, ni le fait que l'organisme de retraite ne bénéficie d'aucune subvention fédérale pour le financement des périodes consacrées à l'éducation des enfants – à la différence du régime obligatoire de pension de retraite -, ne peuvent être considérés comme des motifs justificatifs"²⁸⁷.

Même si la Cour ne le dit pas expressément, une distinction entre deux types de buts peut être mise en évidence au sein de la jurisprudence : les premiers, internes, liés aux différences existant entre les groupes de personnes ou les situations concernées, comme c'est le cas pour l'imposition en fonction des revenus, pour lesquels le contrôle de proportionnalité implique de vérifier le degré et le type de différences, et les seconds externes. Dans les décisions où les buts externes sont au premier plan²⁸⁸, la Cour effectue un contrôle des motifs d'intérêt général, là où dans les décisions où des buts internes sont poursuivis²⁸⁹, ce sont le type et le poids des différences existantes qui sont essentiels²⁹⁰.

Christian Walter souligne la nécessité d'opérer cette distinction en donnant comme contre-exemple une décision du Conseil constitutionnel de 2000 concernant l'écotaxe qui visait à renforcer la lutte contre l'effet de serre en incitant les entreprises à maîtriser leur consommation de produits énergétiques²⁹¹. Cette décision inclut selon lui une confusion entre le contrôle au regard du motif interne à la loi de diminution des émissions de gaz à effet de serre et par rapport au but externe de politique économique justifiant l'exclusion de certaines entreprises²⁹². Il estime que le Conseil constitutionnel aurait dû contrôler les motifs externes apportés au soutien de la différence de traitement au regard du motif poursuivi par la loi, et, une fois admis la légitimité du but de politique économique, elle aurait dû contrôler le dispositif au regard du principe de proportionnalité. Pour juger ces remarques, il faut s'entendre tout d'abord sur ce que signifient les termes employés. En réalité, Christian Walter vise la "cohérence" quand il parle de "justification interne". La justification au sens strict concerne uniquement ce qu'il qualifie de "justification externe". De surcroît, il convient d'ajouter qu'une étude de motifs "externes" dépend de l'argumentation présentée par le législateur. Dans la décision susvisée, il n'est pas possible de vérifier dans quelle mesure l'argument de la politique économique a été présenté pour justifier cette exception. Le Conseil constitutionnel conclut que la soumission de la consommation d'électricité à l'écotaxe est contraire au principe d'égalité car l'émission de gaz à effet de serre issue de la production d'électricité en France est faible.

²⁸⁴ BVerfGE 13, 225 (1^{er} sénat, 29 novembre 1961, *Bahnhofsapotheke Frankfurt*).

²⁸⁵ *Belastungserfolg* se traduirait littéralement par les "chances de succès de l'imposition".

²⁸⁶ BVerfGE 84, 239 (2^e sénat, 27 juin 1991, *Kapitalertragsteuer*) (pp.271 et s.).

²⁸⁷ BVerfGE 113, 1 (*Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung*) (p.20, pt.69)

²⁸⁸ Voir par exemple : BVerfGE 88, 87 (*Transsexuelle II*) ; BVerfGE 93, 330 (1^{er} sénat, 14 octobre 1997, *BaföG als Darlehen*), BVerfGE 98, 365 (*Versorgungsanwartschaften*).

²⁸⁹ Voir par exemple : BVerfGE 82 126 (*Kündigungsfristen für Arbeiter*) ; BVerfGE 92, 26 (1^{er} sénat, 10 janvier 1995, *Zweitregister*).

²⁹⁰ Souligné par : EPPING (Volker), *op.cit.* note 78, pt.807 note 62.

²⁹¹ Décision n°2000-441 DC 28 décembre 2000 du Conseil constitutionnel. WALTER (Christian), *op.cit.* note 23, pp.264-265.

²⁹² Le Conseil précise dans son considérant n°38 que "les différences de traitement qui résulteraient de l'application de la loi ne sont pas en rapport avec l'objectif que s'est assigné le législateur".

Nous relèverons que cela revient, en creux, à censurer le traitement égal de situations différentes, alors même que le juge français se contente normalement d'affirmer que les situations différentes "peuvent" être traitées de manière distincte²⁹³. Concernant la conclusion d'inconstitutionnalité, Christian Walter estime que, si le Conseil constitutionnel avait pris comme référence la maîtrise de la consommation de produits énergétiques et non les émissions de gaz à effet de serre, la soumission à l'écotaxe des entreprises pour la consommation d'électricité aurait été validée²⁹⁴. Nous ne partageons pas ce point de vue. Il est en effet uniquement possible de recommander au législateur de faire à l'avenir plus attention à la motivation de ses lois et de recourir à des buts larges. En outre, remplacer la diminution des émissions de gaz à effet de serre par l'objectif de maîtrise de la consommation d'énergie aurait eu un impact sur l'ensemble de la cohérence du texte de loi, et il ne revient pas au juge de substituer des motifs à ceux présentés par le législateur.

58. Une fois la légitimité du but poursuivi constatée, la Cour applique un contrôle de proportionnalité²⁹⁵, pris ici au sens large, qui se découpe en plusieurs niveaux. Elle vérifie tout d'abord le caractère approprié (*Geeignetheit*) de la mesure au but avancé. Il n'est pas ici exigé que la mesure atteigne effectivement ce but (obligation de résultat), mais uniquement qu'elle permette de le poursuivre (obligation de moyen)²⁹⁶. Le critère de la nécessité (*erforderlichkeit*) implique ensuite de rechercher s'il existe un autre moyen plus respectueux du droit fondamental concerné qui permettrait d'atteindre le but recherché avec le même degré d'efficacité. Enfin, le contrôle de proportionnalité au sens strict (*Angemessenheit*) consiste à mettre en balance l'importance de l'empiètement sur le droit fondamental et le but légitime poursuivi. Transposé au contexte du principe d'égalité, il importe de confronter l'importance du but recherché à l'intensité de l'inégalité de traitement. D'une manière générale, comme le souligne Franz Matscher, qui a été juge à la CEDH pendant vingt ans, il convient de relever à ce stade du contrôle de proportionnalité que la question de savoir "*si une différence apparaît objectivement justifiée, ou s'il existe une disproportion manifeste entre le moyen et le but, est un jugement de valeur qui varie selon le temps et les circonstances [et] qui échappe très largement à tout fondement rationnel*"²⁹⁷.

59. Le principe de proportionnalité, considéré comme un des éléments constitutifs de l'Etat de droit, a été développé dans le domaine du droit de la police comme limitation apportée au pouvoir exécutif dans l'exercice de ses compétences en matière d'ordre et de sécurité publique, puis il a été transposé au législateur après la Seconde Guerre mondiale²⁹⁸. Dans le domaine des droits fondamentaux, le principe de proportionnalité joue un rôle de "*(super) limite à la limite*" (*(Super) Schranken-Schranke*) apportée la liberté concernée²⁹⁹. Si une telle exigence ne paraissait pas s'imposer dans le cas du principe d'égalité, la jurisprudence constitutionnelle évoque néanmoins la nécessité qu'une inégalité de traitement soit proportionnelle³⁰⁰. Toutefois, l'applicabilité du principe de proportionnalité dans le contexte de l'égalité est mise en doute par une majorité de la doctrine³⁰¹. Tout au moins, est-il souligné que, même si le contrôle de la justification opéré se rapproche du contrôle de proportionnalité effectué en cas d'empiètement sur une liberté fondamentale, il existe des spécificités³⁰². Michael Kloepfer rejette ainsi l'idée d'un domaine protégé ne pouvant faire l'objet d'empiètement, "*au sens d'une description abstraite du contenu de ce qu'il garantit car son contenu concret [...] n'est pas en soi prescrit par la Constitution*"³⁰³. Il estime que la proportionnalité est uniquement applicable au principe d'égalité dans une forme modifiée³⁰⁴. En outre, une simple transposition de la logique des libertés fondamentales reviendrait à limiter la marge de manœuvre du législateur là où le constituant a voulu lui laisser un large pouvoir de limiter les effets du

²⁹³ Sur ce contrôle dans le contexte allemand, cf. *infra* II. C.

²⁹⁴ WALTER (Christian), *op.cit.* note 23, p.265.

²⁹⁵ Voir aussi sur égalité et proportionnalité : ALBERS (Marion), Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, *JuS*, 2008, pp.965 et s. ; BRÜNING (Christoph), Gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit, *JZ*, 2001, pp.669 et s.

²⁹⁶ KLOEPFER (Michael), *op.cit.* note 298, p.102.

²⁹⁷ MATSCHER (Franz), Betrachtungen über das Diskriminierungsverbot (Art 14 EMRK) nach der neueren Praxis der Strassburger Instanzen, in: *Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit. Festschrift für Hans R. Klecatsky, Bd. 2*, new academic press, 1980, p.637.

²⁹⁸ KLOEPFER (Michael), *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, Beck, 2010, p.100.

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ Voir par exemple : BVerfGE 82, 126 (*Kündigungsfristen für Arbeiter*) (p.146)

³⁰¹ Voir en ce sens : RAUE (Frank), Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein ?, *AöR*, 2006, n°131, p.114 ; PIEROTH (Bodo), SCHLINK (Bernhard), KINGREEN (Thorsten), POSCHER (Ralf), *Grundrechte – Staatsrecht II*, Müller, 24^e éd., 2008, pt.430; STARCK (Christian), *op.cit.* note 161, pts.11 et s.; W; HEUN (Werner), *op.cit.* note 103, pts.24 et s. *A contrario* : KLOEPFER (Michael), *op.cit.* note 298, p.201 ; JARASS (Hans), *op.cit.* note 102, pts.3 et s.

³⁰² EPPING (Volker), *op.cit.* note 78, pts.801 et s.

³⁰³ KLOEPFER (Michael), *op.cit.* note 298, p.102.

³⁰⁴ *Ibid.*

principe d'égalité/ de modeler ce principe. Ces auteurs rejettent une telle transposition à la "nouvelle formule"³⁰⁵ car il s'agit ici d'une "proportionnalité formelle entre la différenciation juridique et les différences concrètes" alors que, dans le cas des libertés fondamentales, il s'agit d'assurer l'adéquation du rapport entre but et moyen³⁰⁶.

De cette critique en découle une autre, selon laquelle le juge impose sa propre rationalité à la place de celle du législateur, alors qu'il devrait se contenter d'un simple contrôle juridictionnel de l'arbitraire. Ainsi, il est souvent souligné que l'obligation de rationalité, que le juge constitutionnel, pris ici dans un sens incluant la CJUE et la CEDH, impose au législateur dans les motifs justifiant une différence de traitement, devrait aussi s'imposer à son propre contrôle de constitutionnalité³⁰⁷.

Nonobstant ces critiques, on constate, en matière de contrôle des justifications apportées à une différence de traitement, un rapprochement de la jurisprudence des juges de Strasbourg et de Karlsruhe dans le sens d'un recours au principe de proportionnalité³⁰⁸. La place du contrôle de proportionnalité n'est certes pas la même au sein de la jurisprudence sur le principe d'égalité des juges de Strasbourg et de Karlsruhe. Dans le premier cas, il est systématique lorsque l'art.14 de la CESDH est invoqué, comme c'est le cas pour les libertés fondamentales, alors que dans le second, ce contrôle n'a pas lieu à chaque fois. On doit toutefois relativiser cette différence, le juge de Karlsruhe précisant, selon une formule déjà citée, que "*selon l'objet de la réglementation et les critères de différenciation, les limites découlant du principe général d'égalité sont variables, elles vont de la simple interdiction d'arbitraire à une soumission stricte aux exigences posées par le principe de proportionnalité*"³⁰⁹. La Cour constitutionnelle effectuant un examen plus poussé lorsque les libertés fondamentales sont en jeu, le contrôle de proportionnalité tend ainsi à être utilisé dans des cas semblables à ceux faisant l'objet d'un contrôle par la CEDH au regard de l'art.14 de la CESDH, sachant que cet article ne peut être utilisé qu'en lien avec une autre disposition de la Convention³¹⁰. De plus, la CEDH a également un moyen d'adapter l'intensité du contrôle qu'elle effectue, même si le schéma général de constat d'une violation du principe d'égalité et d'application du principe de proportionnalité à la justification avancée s'applique toujours. Elle laisse une marge d'appréciation aux Etats, tout en précisant qu'elle peut varier en fonction des circonstances, du domaine concerné et du contexte, sachant que la marge de l'Etat concerné est d'autant plus grande qu'aucune tendance ne peut être dégagée parmi les Etats du Conseil de l'Europe. Or, comme le relève Christian Walter, les critères utilisés pour déterminer cette marge de manœuvre sont très semblables à ceux utilisés par la Cour constitutionnelle pour décider, dans un cas concret, l'intensité de son contrôle³¹¹. Le juge de Strasbourg vérifie s'il existe une tendance digne d'être prise en considération dans un certain nombre d'Etats membres du Conseil de l'Europe, là où le juge de Karlsruhe se réfère plus ou moins explicitement à une évolution au sein de la société allemande et au contexte du droit international et européen³¹².

60. Enfin, concernant les variations de l'intensité du contrôle, la Cour précise que "*les exigences en matière de justification dépendent de la mesure dans laquelle l'inégalité de traitement [...] peut porter atteinte à l'exercice de liberté fondamentales*"³¹³, et de la mesure dans laquelle les personnes concernées sont en mesure d'adapter leur comportement à la différence de traitement afin d'éviter des conséquences dommageables. La marge de manœuvre du législateur est ainsi d'autant plus limitée que l'inégalité de traitement porte atteinte à des libertés garanties par le droit constitutionnel et que la personne concernée ne peut adapter son comportement³¹⁴. Par ailleurs, comme nous l'avons déjà précisé, le contrôle est très étroit lorsque l'inégalité de traitement repose sur des critères personnels ou sur un critère interdit à l'art.3 al.3 LF. A l'inverse, le législateur se voit conféré une très large marge d'appréciation en matière de droit fiscal, dès lors qu'il ne s'écarte pas de l'obligation de cohérence³¹⁵,

³⁰⁵ En ce sens : EPPING (Volker), *op.cit.* note 78, pp.364 et s.

³⁰⁶ HUSTER (Stefan), art.3, in : FRIAUF (Karl-Heinrich), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Beck, 2016, pt.73 et s.

³⁰⁷ WALTER (Christian), *op.cit.* note 23, p.255 et p.253.

³⁰⁸ En ce sens : *Ibid.*, pp.255-256.

³⁰⁹ BVerfGE 99, 367 (1^{er} sénat 2 mars 1999 *Montan Mitbestimmung*) (p.388, pt.66).

³¹⁰ Voir en ce sens : WALTER (Christian), *op.cit.* note 23, pp.257-258.

³¹¹ *Ibid.*, p.259.

³¹² Voir par exemple *infra* III B le cas de l'utilisation de l'arrêt *Maruko* (CJCE (Grande chambre), 1^{er} avril 2008, *Maruko*, aff.C-267/06, *Rec.*2008 p.I-1757) pour justifier sa jurisprudence en matière de non discrimination en raison de l'orientation sexuelle.

³¹³ BVerfGE 126, 400 (*Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften*) (pt.84).

³¹⁴ *Ibid.* Voir aussi : BVerfGE 82, 126 (*Kündigungsfristen für Arbeiter*) (p.146).

³¹⁵ Cela implique au niveau vertical d'imposer plus les hauts revenus que les revenus modestes, et au niveau horizontal d'imposer de la même manière les contribuables dont les revenus sont équivalents (voir par exemple : BVerfGE 132, 179 (1^{er} sénat, 18 juillet 2012, *Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften II*) (p.189). En l'espèce, la Cour déclare contraire à l'art.3 LF l'inégalité de traitement entre les époux et les partenaires en matière de taxe sur les transactions immobilières.

ou lorsqu'il poursuit un objectif social, en lien avec le principe d'Etat social visé à l'art.20 LF, au moyen d'une inégalité de traitement³¹⁶.

c) Les conséquences d'une violation des principes d'égalité et de non discrimination

Afin de respecter la séparation des pouvoirs et la marge de manœuvre du législateur, la Cour déclare souvent les lois comme contraires aux principes d'égalité et de non discrimination, et non comme nulles. Dans un arrêt de 2006, la Cour indique ainsi qu'une déclaration d'inconstitutionnalité conduit en règle générale à une nullité, mais poursuit que, le législateur disposant de nombreuses possibilités pour mettre fin à la situation d'inconstitutionnalité, "*seule une déclaration d'incompatibilité peut être envisagée*"³¹⁷. Dans sa décision de 2013 concernant l'adoption successive par des personnes ayant conclu un partenariat de vie, la Cour conclut ainsi à une déclaration d'incompatibilité car le législateur disposait de plusieurs possibilités, l'extension de l'interdiction aux époux étant théoriquement envisageable en dehors de l'ouverture de l'adoption successive aux partenaires³¹⁸. De même, dans sa décision en matière d'*Ehegattensplitting*, *id est* le calcul de l'impôt en opérant une répartition égale du revenu entre les deux conjoints le législateur a plusieurs options, la Cour énonce qu'une annulation des dispositions en cause ne conduirait pas à étendre le bénéfice fiscal exigé par le requérant³¹⁹. Dans de tels cas, elle laisse un délai au législateur pour mettre fin à l'inconstitutionnalité, mais pose souvent des règles transitoires. Ainsi, dans le cas de l'adoption successive, elle estime qu'au regard des désavantages causés par le droit en vigueur, il convient de ne pas laisser les concernés attendre l'adoption de la nouvelle règle et d'appliquer une règle transitoire en vertu de laquelle l'adoption successive est ouverte aux partenaires³²⁰. De même, dans le cas de l'*Ehegattensplitting*, elle précise que le législateur est obligé d'adopter des règles qui auront un effet rétroactif à partir de l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat de vie, et que les partenaires dont l'imposition n'était pas définitive peuvent demander le bénéfice de cette règle fiscale³²¹.

En règle générale, la Cour ordonne aux juridictions et à l'administration de ne plus appliquer la norme déclarée inconstitutionnelle, mais elle peut aussi déclarer qu'elle continue à produire ses effets jusqu'à l'adoption d'une nouvelle réglementation dans un délai qu'elle fixe. Dans de rares cas, la Cour a même établi des règles à l'issue de la fin du délai qu'elle avait donné au législateur en raison de son inaction³²².

La Cour n'étend le bénéfice d'une règle que lorsque le législateur ne dispose d'aucune marge de manœuvre³²³. Dans son arrêt *Nichtehelichkeit* précité de 1969, elle rappelle ainsi qu'elle peut reconnaître une force dérogatoire par rapport au droit en vigueur à une disposition constitutionnelle dans le cas où le délai fixé par le constituant pour adapter le droit en vigueur est dépassé³²⁴. Elle ajoute en outre que, bien qu'aucun délai n'ait été prévu à l'art.6 al.5 LF, il est permis de considérer qu'au bout de 20 ans un délai raisonnable est dépassé³²⁵. Elle laisse certes jusqu'à la fin de la législature le temps d'adapter le droit, mais ajoute ensuite qu'en l'espèce les juridictions n'ont pas suffisamment tenu compte de l'art.6 al.5 LF dans leur interprétation du droit en vigueur et que, dans l'intervalle, l'art.6 al.5 LF aura une "*valeur dérogatoire par rapport au droit ordinaire contraire en vigueur*"³²⁶. La Cour rétorque aux reproches de dépassement de compétence et de violation du principe de séparation des pouvoirs que "*l'accroissement du rôle de la jurisprudence résultant de l'inaction du législateur n'a qu'une nature subsidiaire*", et que "*le législateur est à tout moment libre de reprendre la réalisation du mandat constitutionnel qui lui était adressé en premier lieu et de le concrétiser à sa convenance*"³²⁷.

³¹⁶ En ce sens : KRIEGER (Heike), *op.cit.* note 79, p.240. Voir aussi sur ces différents cas : EPPING (Volker), *op.cit.* note 78, pt.811.

³¹⁷ BVerfGE 115, 381 (1^{er} sénat, 23 mai 2006 *Dauerpflegschaften*) (pt.33). Elle fixe en l'espèce le 30 juin 2007 comme limite pour adopter une nouvelle législation.

³¹⁸ BVerfGE 133, 59 (1^{er} sénat 19 février 2013, *Sukzessivadoption*) (pt.106).

³¹⁹ BVerfGE 133, 377 (*Ehegattensplitting*) (pt.105).

³²⁰ BVerfGE 133, 59 (*Sukzessivadoption*) (pt.107).

³²¹ *Ibid.*, (pt.107).

³²² Voir par exemple : BVerfGE 99, 216 (2^e sénat 10 novembre 1998 *Familienlastenausgleich II*) (p.244).

³²³ BVerfGE 115, 81 (1^{er} sénat, 17 janvier 2006 *Rechtsschutz gegen Verordnungen*) (p.93).

³²⁴ BVerfGE 25, 167 (*Nichtehelichkeit*) (pt.34 et pts.39 et s.). Dans l'arrêt *Gleichberechtigung* visé ici, elle avait précisé que les règles contraires à l'art.3 LF devaient être écartées à la fin du délai posé art.117 LF pour l'adaptation du droit au regard de l'égalité homme/femme, étant donné que le principe posé dans cette disposition était suffisamment précis et que les principes de sécurité juridique et de séparation des pouvoirs n'étaient pas opposables dans un tel cas (BVerfGE 3, 225 (pts.36 et s.)).

³²⁵ *Ibid.* (pts.44 et s.).

³²⁶ *Ibid.* (pts.49 et s.).

³²⁷ *Ibid.* (p.181, pt.38).

61. Après avoir étudié la première partie de la formule énoncée, à savoir qu'il faut vérifier s'il y a eu traitement identique de situations qui sont pour l'essentiel identiques, il convient maintenant de nous pencher sur la seconde partie, à savoir l'impératif de traitement différent de situations qui sont, pour l'essentiel, différentes³²⁸.

C. L'interdiction de traiter de façon identique des situations différentes

1) Le principe

62. Si dans une décision de 1951, la Cour constitutionnelle énonce que "*le principe d'égalité n'interdit pas que ce qui est essentiellement inégal soit traité conformément à l'inégalité existante*"³²⁹, conduisant à penser à une proximité par rapport à la jurisprudence du Conseil d'Etat, elle a rapidement affirmé qu'il existait une "*obligation immanente au principe d'égalité de traiter différemment ce qui est distinct*"³³⁰. A cet égard, et comme le relève Olivier Jouanjan, la Cour a choisi de ne pas se servir comme outil d'interprétation de ce que l'une des versions préparatoires de la Loi fondamentale prévoyait que "*la loi doit traiter également ce qui est égal et peut traiter ce qui est différent en fonction de sa spécificité*"³³¹. Le législateur dispose certes d'une large marge de manœuvre lui permettant de traiter de façon identique des situations différentes³³². La Cour énonce ainsi que "*le législateur est en principe libre de déterminer celles parmi les situations auxquelles il attache les mêmes conséquences juridiques, et qu'il considère donc comme identiques en droit*". Mais elle encadre ce pouvoir, affirmant qu' "*il doit effectuer correctement le choix des situations qui sont à traiter de façon identique et tenir compte des inégalités de fait dont l'importance au regard de l'idée de justice oblige à une prise en considération*". Elle conclut toutefois que "*le traitement identique de situations différentes nécessite un motif raisonnable et convaincant*"³³³. Le contrôle effectué dans ce cadre se distingue donc de celui de l'interdiction du traitement distinct de situations identiques en ce qu'il n'existe pas d'obligation générale de traitement différencié³³⁴.

63. La Cour constitutionnelle a rendu peu de décisions appliquant l'interdiction de traiter de manière identique des situations différentes. Un exemple de constat de violation de l'art.3 al.1 LF pour traitement identique de situations distinctes est fourni par un arrêt de 2006 rendu en matière de curatelle³³⁵. Il s'agissait en l'espèce d'un recours constitutionnel individuel d'une dame qui s'était occupée de son mari jusqu'à sa mort et en était l'héritière. Un placement sous curatelle de ce dernier avait été ordonné et elle avait été nommée curatrice. En première instance, le tribunal avait, dans un premier temps, imposé à la requérante de payer à l'administration un montant calculé en fonction du patrimoine du défunt ; puis, il avait accepté une révision de ce montant au motif que le cadre législatif applicable énonçait qu'une telle prise en compte du patrimoine n'est pas générale pour le calcul de ce coût mais qu'elle dépend de l'objet de la curatelle et qu'il en résulte que, lorsqu'elle n'inclut pas une gestion des biens, il n'y a pas de justification d'en tenir compte pour le calcul. Le juge d'appel est revenu sur cette interprétation en arguant que la loi applicable ne distinguait pas les curatelles s'étendant seulement à l'aide à la personne de celles incluant la gestion des biens, et cette décision a été confirmée par la juridiction suprême du Land. Le juge constitutionnel a alors été saisi d'un recours individuel sur le fondement de la violation de l'art.3 al.1 LF. Dans sa décision, la Cour juge qu' "*en ce qu'il a traité de façon identique les curatelles incluant uniquement une aide à la personne et celles qui concernent également la gestion des biens le législateur a outrepassé la large marge de manœuvre dont il dispose*"³³⁶. Elle relève certes que, dans le cas d'une curatelle concernant uniquement ou partiellement la gestion des biens, il apparaît justifié d'adapter les frais de justice à payer au montant du patrimoine, car plus le patrimoine est important, plus le travail effectué par le juge en matière de contrôle des mesures de protection est grand et plus la responsabilité de l'Etat augmente³³⁷. Mais, elle

³²⁸ Formule reprise dans tous ses arrêts. Voir par exemple : BVerfGE 98, 365 (1er sénat 15 juillet 1998, *Versorgungsanwartschaften*) (p.385, pt.63).

³²⁹ BVerfGE 1, 14 (*Südweststaat*) (p.52).

³³⁰ BVerfGE 16,6 (2^e sénat, 24 avril 1963 *Verkündungszeitpunkt*) (p.24-25, pt.47).

³³¹ JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 12, p.132 note 16. L'auteur cite Wolfgang ZEIDLER (*Die Aktualität des Gleichheitssatzes nach dem Bonner Grundgesetz, DÖV*, 1952, p.5).

³³² KRIEGER (Heike), *op.cit.* note 79, p.237.

³³³ BVerfGE 98, 365 (1er sénat 15 juillet 1998, *Versorgungsanwartschaften*) (p.385). Voir aussi : BVerfGE 108, 52 (1^{er} sénat, 9 avril 2003, *Kindesunterhalt*) (p.67 et s.) ; BVerfGE 110, 141 (*Kampfhunde*) (p.167) ; BVerfGE 115, 381 (*Dauerpflegschaften*) (p.389) ; BVerfGE 118, 1 (1^{er} sénat, 1^{er} février 2007, *Begrenzung der Rechtsanwaltsvergütung*) (p.28).

³³⁴ BOYSEN (Sigrid), *op.cit.* note 78, pts.64 et s.

³³⁵ BVerfGE 115, 381 (*Dauerpflegschaften*)

³³⁶ *Ibid.*, pt.24.

³³⁷ *Ibid.*, pt.25.

ajoute qu'à la différence des mesures de protection qui concernent la gestion des biens, il manque, dans le cas de la curatelle qui concerne uniquement l'aide à la personne, un lien entre les mesures de protection et le patrimoine de la personne qui doit régler les frais de justice³³⁸. Elle relève que, dans un tel cas, les prestations fournies par l'Etat ne varient pas en fonction du niveau du patrimoine et que le risque de responsabilité en cas de faute n'est pas plus important si ce dernier est élevé³³⁹. Elle précise que le législateur peut certes, en se fondant sur le principe de justice sociale, tenir compte du niveau de patrimoine pour fixer des frais de justice graduels, mais qu'il ne peut prévoir un strict principe de correspondance par rapport à ce dernier et doit prévoir un montant standard maximal qui en est indépendant.

La Cour rejette en l'espèce la possibilité d'une interprétation conforme de la loi en indiquant que cela conduirait à "*contredi[re] la formulation sans équivoque de la norme*" et "*ne trouve[rait] aucun fondement dans l'exposé des motifs de la loi*", ajoutant, au surplus, qu'une interprétation qui aurait pour effet de laisser au juge le soin de déterminer au cas par cas la limitation des frais reviendrait à remettre en cause l'objectif du législateur de mettre en place un système de frais clair et facilement applicable³⁴⁰.

Un autre exemple de condamnation sur cette base se trouve dans un arrêt de 1998 rendu en matière de régime de prévoyance³⁴¹. En l'espèce, une loi prévoyait une pension retraite complémentaire dont le calcul se fondait essentiellement sur le niveau du dernier salaire et la durée de travail au sein de la structure, sans prise en compte du niveau des droits issus du régime de prévoyance. Cela conduisait à une égalité de traitement des salariés au sein de la fonction publique alors que leurs droits, issus de ce régime de prévoyance, étaient très différents, défavorisant ainsi les employés quittant la fonction publique alors qu'ils avaient accumulés des droits importants³⁴². La Cour commence par rappeler que le législateur n'est obligé de traiter de manière distincte les situations différentes que dans le cas où les différences concrètes sont si grandes qu'il ne peut pas, au regard de l'idée de justice, ne pas les prendre en considération³⁴³. Puis, elle ajoute que l'encadrement de phénomènes de masse peut conduire le législateur à adopter des règles générales et standardisées³⁴⁴, mais que les conséquences économiques de ces règles ne peuvent être dans une situation de déséquilibre par rapport aux avantages apportées par la standardisation, à peine de se voir soumises à nouveau à un contrôle strict si elles ont, comme dans l'espèce, des effets sur l'exercice de droits fondamentaux³⁴⁵. Or, le périmètre de garantie apporté par le régime de prévoyance influence les personnes dans le choix d'un emploi, et le nombre important de personnes désavantagées par ce calcul dépassait ici celui des employés ayant quitté la fonction publique pour s'étendre à ceux dont le départ était entravé par la crainte d'une dépréciation de leurs droits issus du régime de prévoyance³⁴⁶. La Cour estime que la standardisation appliquée en l'espèce ne présente pas d'avantage notable et ajoute que le législateur a résolu le problème par d'autres moyens dans des cas comparables à l'espèce³⁴⁷. Enfin, elle rejette l'argument d'une compensation des pertes par l'employeur privé pour lequel la personne quittant la fonction publique va travailler³⁴⁸.

64. Le raisonnement appliqué dans ces affaires est le même que celui de la CEDH dans l'arrêt *Thlimmenos* dans lequel la Cour a condamné la Grèce pour avoir traité le requérant de la même façon qu'autres personnes condamnées pour un crime, alors qu'il se trouvait dans une situation différente³⁴⁹. Ce raisonnement est critiqué

³³⁸ *Ibid.*, pt.27.

³³⁹ *Ibid.*, pt.28.

³⁴⁰ *Ibid.*, pt.31.

³⁴¹ BVerfGE 98, 365 (*Versorgungsanwartschaften*).

³⁴² *Ibid.*, pt.62.

³⁴³ *Ibid.*, pt.63.

³⁴⁴ Sur les possibilités de généralisation et de standardisation, voir *infra* I. C. 2), §§65 et s.

³⁴⁵ BVerfGE 98, 365 (*Versorgungsanwartschaften*) (pts.63-64).

³⁴⁶ *Ibid.*, pt.66. La condition, présentée ci-dessous §65, d'un faible nombre de personnes concernées n'est donc pas remplie. En plus de la violation de l'art.3 al.1 LF, la Cour juge que la règle porte atteinte au libre choix par une personne de son emploi qui est inclus à l'art.12 al.1 LF (pts.89 et s.). Elle estime d'une part que, si l'Etat n'a pas à protéger une personne face aux risques d'un changement d'emploi, cette disposition protège contre les entraves posées par l'Etat qui empêchent ou compliquent fortement du libre choix par une personne de son emploi, et d'autre part que l'Etat doit, en vertu du contenu objectif des droits fondamentaux, prévoir des règles rééquilibrant les rapports contractuels.

³⁴⁷ *Ibid.*, pt.68.

³⁴⁸ *Ibid.*, pt.72.

³⁴⁹ En l'espèce le requérant avait refusé, en tant que témoin de Jehova, de faire son service militaire, ce qui constituait une infraction relevant des crimes pour laquelle il avait été condamné. Plusieurs années plus tard, il se voit pour cette raison refuser l'accès à la profession d'expert-comptable. La Cour considère que le motif religieux qui avait sous-tendu son refus de faire son service militaire permettait de distinguer le requérant d'autres personnes condamnées pour un crime. Elle conclut à la violation de l'art.14 de la CESDH en ce que le législateur grec aurait dû prévoir une différence de traitement pour des

par une partie de la doctrine allemande. Ainsi, Christian Walter considère qu'il conduit à rabaisser "le principe d'égalité à une simple obligation de motivation ou – dans le cas d'un contrôle constitutionnel poussé du principe d'égalité – aboutit à un gouvernement des juges"³⁵⁰. Il estime qu'au regard de l'obligation d'égalité, c'est uniquement le traitement distinct qui doit être justifié, et que, dans le cas où un requérant invoque un droit à un traitement différent, c'est à lui d'apporter une justification à cette différence de traitement. Nous ne partageons pas ce point de vue et rejoignons au contraire Olivier Jouanjan quand il écrit que l'effet discriminatoire se comprend dès lors que "dépassant le point de vue formel qui appréhende seulement les traitements prévus par les textes, on adopte celui, matériel, de l'effet des textes"³⁵¹, et que "l'obligation de traiter différemment les situations essentiellement différentes ne signifie pas « une obligation d'inégalité de traitement »"³⁵². Comme le relève Volker Epping, c'est avec l'emploi par la Cour de l'adverbe "essentiel" qu'on comprend qu'égalité n'est pas à prendre au sens d'identité, mais de "comparabilité" (vergleichbarkeit), sachant que la question de savoir ce qui est comparable ou non suppose de répondre à la question préalable du cadre des valeurs³⁵³. Traiter différemment les situations essentiellement différentes est ainsi une application de l' "égalité par la différenciation"³⁵⁴.

La jurisprudence confirme cette interprétation. La Cour constitutionnelle précise ainsi qu' "une loi dont les dispositions visent à éviter une inégalité de traitement et délimite son champ d'application de façon abstraite et générale, contredit le principe d'égalité lorsqu'il résulte de son effet pratique une inégalité manifeste et que cette inégalité provient précisément de sa forme juridique extérieure" car "ce n'est pas cette forme extérieure qui est décisive, mais la teneur juridique matérielle"³⁵⁵. Cette interprétation peut être rapprochée de celle de la CJUE quand elle énonce qu' "une apparence de discrimination formelle peut [...] correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle" et qu'une discrimination matérielle peut consister "à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes"³⁵⁶.

2) La possibilité de généralisation et de réglementation par type, limitée à l'obligation de traitement différent de situations distinctes³⁵⁷

65. Plus les situations concernées sont générales, plus le législateur dispose d'une large marge de manœuvre pour recourir à des solutions standardisées³⁵⁸. De plus, la Cour relève que "chaque dispositif législatif est obligé de généraliser", et que "le législateur peut s'orienter par rapport au cas général et n'est pas tenu de prendre en compte toutes les spécificités au moyen de dispositions particulières"³⁵⁹. Il dispose notamment, lorsqu'il encadre des phénomènes de masse, d'une marge de manœuvre pour adopter des réglementations qui généralisent et standardisent. Par ailleurs, en cas de difficultés d'application "l'égalité ne saurait aller jusqu'à obliger le législateur à établir des règles inexécutables matériellement par l'administration"³⁶⁰.

Alors que la standardisation (*Typisierung*) implique des simplifications factuelles des différentes situations, la généralisation (*pauschalisierung*) renvoie à une uniformisation au plan des conséquences juridiques, une fixation forfaitaire de prestations.

personnes qui, comme le requérant, se trouvent dans une situation différente par rapport aux autres personnes condamnées pour un crime (Requête n°34369/97, arrêt du 6 avril 2000, pts.47 et s.)

³⁵⁰ WALTER (Christian), *op.cit.* note 23, p.268.

³⁵¹ JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 101, p.414.

³⁵² JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 12, p.130. On doit en effet distinguer égalité et identité, "une non-identité de traitement justifiée ne saurait être qualifiée, rigoureusement d'inégalité de traitement". C'est la raison pour laquelle, afin d'éviter une erreur d'interprétation, l'auteur propose de parler d'obligation découlant du principe d'égalité que "toutes les personnes se trouvant dans une situation essentiellement semblables soient juridiquement traitées de façon identiques et les personnes se trouvant dans des situations essentiellement dissemblables soient traitées de façons différentes" (*Ibid.*, p.132).

³⁵³ EPPING (Volker), *op.cit.* note 78, pts.779-780. En effet, "dès du point de vue logique, il n'existe jamais deux cas concrets objectivement identiques" (*Ibid.*).

³⁵⁴ JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 12, p.132. L'auteur reprend la formule de Jean RIVERO (Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français, in : *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome XIV, 1965, p.351).

³⁵⁵ BVerfGE 8, 51 (2e sénat, 24 juin 1958 *Parteispenden-Urteil*) (p.64).

³⁵⁶ CJCE, 17 juillet 1963, *Italie c/ Commission* (aff.13/63, Rec. 1963 p. 337) (p.360).

³⁵⁷ Voir pour un approfondissement de la question : BRITZ (Gabriele), *Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung. Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung*, Mohr, 2008, 236 p. ; BUTZER (Hermann), HOLLO (Anna-Lena), *Pauschalierung im Sozialrecht – eine verfassungsrechtliche Analyse*, in : HEINE (Peter), *60 Jahre Sozialgerichtsbarkeit Niedersachsen und Bremen*, Boorberg, 2014, pp.213 et s.

³⁵⁸ BVerfGE 96, 1 (2e sénat 10 avril 1997 *Weihnachtsfreibetrag*) (p.6, pt.24) ; BVerfGE 101, 297 (2e sénat 7 décembre 1999 *Häusliches Arbeitszimmer*) (pt.37).

³⁵⁹ BVerfGE 96, 1 (*Weihnachtsfreibetrag*) (p.6, pt.25).

³⁶⁰ JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 101, p.423.

Néanmoins, la Cour impose au législateur un cadre méthodologique, "ces généralisations doivent reposer sur une observation aussi large que possible s'étendant à l'ensemble des groupes et des objets concernés par la réglementation"³⁶¹. La marge de manœuvre du législateur en matière de standardisation est d'autant plus étroite que les règles posées dans d'autres dispositions constitutionnelles que l'art.3 al.1 LF sont précises et elle s'arrête dans tous les cas où un critère à l'art.3 al.3 LF est concerné³⁶². En outre, la Cour pose trois limites³⁶³. La première, quantitative, impose que les inégalités concrètes soient limitées à des groupes restreints de personnes, le législateur devant, dans le cas contraire, tenir compte des effets discriminatoires que peut avoir la loi à leur égard. La seconde, qualitative, implique que, même quand peu de personnes sont concernées, l'inégalité soit d'une faible intensité. La troisième est que la standardisation n'est possible que si les injustices qui en découlent sont difficilement évitables.

66. C'est en matière sociale et fiscale que l'on trouve le plus de réglementations standardisées. En matière fiscale, le législateur a une large marge d'appréciation en matière de simplification et de standardisation, dans le cas de la réglementation de phénomènes de masse, il est autorisé à englober les cas individuels dans un même cadre³⁶⁴. La Cour juge ainsi que "le principe d'égalité n'exige pas de législation toujours plus individuelle et spécialisée qui mettrait au bout du compte en danger son exécution uniforme, mais que le fondement de la charge soit compréhensible pour tous et soit aussi incontournable que possible"³⁶⁵. Le législateur peut se baser sur un cadre de vie typique et les particularités peuvent être en principe négligées, il peut orienter son action au cas général "dans un but de simplification administrative, ne pas tenir compte des particularités permettant une personnalisation"³⁶⁶. La standardisation par les seuils qu'elle implique entraîne nécessairement des inégalités de traitement entre les personnes se trouvant juste en dessous et juste au-dessus du seuil. Mais les avantages de la standardisation doivent être dans un rapport acceptable par rapport aux inégalités en matière de charge fiscale créés³⁶⁷. La Cour estime ainsi qu'un système d'imposition qui prévoit plusieurs types d'allègements fiscaux entre lesquels le contribuable peut choisir, est conforme à l'art.3 al.1 LF dès lors que ces avantages sont, suite à un examen général, à peu près équivalents³⁶⁸.

67. L'interprétation du principe d'égalité se renouvelle de façon continue³⁶⁹. Cette évolution est explicite dans la jurisprudence de la CEDH où il est clairement fait mention à l'existence ou non d'un consensus, d'une direction donnée par un nombre substantiel d'Etat. Dans le cas des juges de Karlsruhe, l'évolution jurisprudentielle peut être implicitement due à la prise en compte de l'évolution de la société allemande, ou elle peut être suscitée par une décision de la CJUE ou de la CEDH.

III. L'impact du droit européen sur la jurisprudence constitutionnelle

68. L'influence entre les ordres nationaux d'une part, et les ordres de l'UE et de la CESDH d'autre part, est mutuelle. Nous pouvons notamment citer la reprise par le droit européen des principes de proportionnalité et de confiance légitime issus du droit allemand³⁷⁰. A l'inverse, il convient de relever que, dans un arrêt *Görgülü* de 2004³⁷¹, les juges de Karlsruhe énoncent que la CESDH et la jurisprudence de la CEDH doivent être utilisées pour interpréter les droits fondamentaux contenus dans la Loi fondamentale ; ils ajoutent que "cette signification

³⁶¹ *Ibid.*, pp.423-424.

³⁶² BVerfGE 133, 377 (*Ehegattensplitting*) (pt.88).

³⁶³ *Ibid.* Voir aussi : BVerfGE 84, 348 (1^{er} sénat 8 octobre 1991, *Zweifamilienhaus*) (p.359, pt.38) ; BVerfGE 87, 234 (1^{er} sénat 17 novembre 1992, *Einkommensanrechnung*) (p.255, pt.78) ; BVerfGE 100, 138 (1^{er} sénat, 28 avril 1999, *Rentenüberleitung IV*) (p.174, pt.139).

³⁶⁴ BVerfGE 133, 377 (2^e sénat, 7 mai 2013 *Ehegattensplitting*) (pt.86).

³⁶⁵ BVerfGE 96, 1 (*Weihnachtsfreibetrag*) (pp.6-7, pt.26).

³⁶⁶ BVerfGE 133, 377 (*Ehegattensplitting*) (pt.87).

³⁶⁷ *Ibid.*, pt.88.

³⁶⁸ BVerfGE 84, 348 (*Zweifamilienhaus*) (pp.360-361, pt.40). Voir aussi : BVerfGE 87, 234 (1^{er} sénat 17 novembre 1992, *Einkommensanrechnung*) (pp.255 et s., pt.78) ; BVerfGE 100, 138 (1^{er} sénat, 28 avril 1999, *Rentenüberleitung IV*) (p.174, pt.139).

³⁶⁹ STOLLEIS (Michael), Historische und ideengeschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes, in : WOLFRUM (Rudiger), (dir.), *op.cit.* note 23, p.22.

³⁷⁰ Sur le principe de proportionnalité, voir : ROMONT (Michel), Le principe de proportionnalité, *AJDA*, 1995, pp.156 et s. ; PHILIPPE (Xavier), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Economica, 1990, 541 p.

³⁷¹ BVerfGE 111, 307 (1^{er} sénat 14 octobre 2004 *Görgülü*).

constitutionnelle d'un traité de droit international public dont le but est une protection régionale des droits de l'homme est l'expression de l'ouverture de la Loi fondamentale au droit international public"³⁷², même s'ils posent une limite, à savoir qu'il n'est pas contraire à cet objectif "qu'exceptionnellement le législateur ne respecte pas le droit international conventionnel, dès lors qu'il s'agit là de la seule manière permettant d'éviter une atteinte à des principes fondamentaux de la Constitution"³⁷³. On relèvera que ce principe d'ouverture est encore plus poussé à l'égard du droit de l'UE³⁷⁴.

69. L'impact du droit européen sur l'évolution du droit allemand en matière de lutte contre les discriminations provient de la transposition de ces règles au niveau interne d'une part, et de leur prise en compte lors de l'interprétation et de l'application du droit national³⁷⁵. La Cour se réfère souvent à la jurisprudence de la CEDH et de la CJUE³⁷⁶. La formation par le juge constitutionnel de critères par analogie s'appuie sur le droit européen³⁷⁷. Au-delà, cette influence se fait relativement à l'interprétation de ce qui constitue une discrimination ou une justification légitime et proportionnée. Ainsi, le contrôle de la justification à une discrimination sur le fondement de la nationalité est devenu plus strict sous l'influence de la jurisprudence européenne³⁷⁸. De même, si l'égalité entre les hommes et les femmes faisait déjà l'objet d'une protection importante dans la Constitution allemande, la jurisprudence européenne et le droit de l'UE ont contribué à la renforcer. L'arrêt *Tanja Kreil* de 2000 a ainsi conduit à une modification de la Loi fondamentale afin de mettre fin à la discrimination consistant à interdire aux femmes d'accomplir un service armé³⁷⁹. De même, l'arrêt *Stoeckel*³⁸⁰, rendu sur renvoi préjudiciel d'une juridiction française, a conduit à un revirement de jurisprudence à Karlsruhe. Dans cet arrêt, la Cour de justice a précisé qu'une interdiction du travail de nuit limitée aux seules femmes était, sauf cas particulier, contraire au principe d'égalité entre les hommes et les femmes. Suite à cet arrêt, la Cour constitutionnelle a affirmé que, compte tenu du nouveau contexte juridique, les juridictions allemandes devaient laisser inappliquée une interdiction de travail de nuit des femmes qui était prévue dans la réglementation applicable dans l'espèce ayant donné lieu au recours³⁸¹.

Nous nous concentrerons dans les développements qui suivent sur deux exemples d'influence du droit européen en matière de discrimination fondée sur l'âge (A) et sur l'orientation sexuelle (B).

A. L'évolution du droit allemand relativement au critère de l'âge

70. La Cour constitutionnelle est restée longtemps très prudente, une partie de la doctrine parlant au sujet du critère de l'âge d'interdiction de discrimination de seconde classe³⁸². Un facteur explicatif peut être trouvé dans le fait que ce critère peut toucher tout le monde³⁸³. Les juges de Karlsruhe ont toutefois fait évoluer leur jurisprudence en la matière. Ils ont commencé par reconnaître la validité de la jurisprudence *Mangold*³⁸⁴ (1),

³⁷² *Ibid.*, pts. 31-32. Les concepts d'*Europarechtsfreundlichkeit* et de *Völkerrechtsfreundlich*, littéralement gentillesse ou amabilité envers le droit européen et le droit international, sont généralement traduits par l'ouverture au droit européen et international.

³⁷³ *Ibid.*, pt.35.

³⁷⁴ Voir par exemple : BVerfGE 123, 267 (2^e sénat 30 juin 2009, *Lisbonne*) (pt.225).

³⁷⁵ ANTIDISKRIMINIERUNGSSTELLE DES BUNDES, *Handbuch « rechtlicher Diskriminierungsschutz »*, Nomos, p.10.

³⁷⁶ BVerfGE 97, 35 (1^{er} sénat 27 novembre 1997 *Hamburger Ruhegeldgesetz*) (p.43, pt.36) : "selon la jurisprudence, un lien avec le sexe peut aussi exister lorsqu'une réglementation formulée de façon neutre quant au genre frappe principalement les femmes et que cela est dû à des différences naturelles ou sociales entre les sexes (voir CJCE, - *Bilka* -; CJCE, *Kowalska* -; CJCE, *Enderby* -)".

³⁷⁷ KRIEGER (Heike), *op.cit.* note 79, pt.41. Voir dans le même sens : MICHAEL (Lothar), *op.cit.* note 66, p.3537.

³⁷⁸ CEDH, 30 septembre 2003, *Poirrez c/ France*, requête n°40892/98. Voir sur ce point : KÖNIG (Doris), PETERS (Anne), *Das Diskriminierungsverbot*, in : DÖRR (Oliver), GROTE (Rainer), MARAUHN (Thilo) (Dir.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Mohr Siebeck, 2^e éd., 2013, pt.175.

³⁷⁹ CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil*, affaire C-285/98, Rec.200 p.I-69. L'art.12 al.4 LF a été modifié.

³⁸⁰ CJCE, 25 juillet 1991, *Stoeckel*, aff. C-345/89, Rec. 1991 p.I-4047.

³⁸¹ BVerfGE 85, 191 (*Nachtarbeitsverbot*) (pt.48). Elle ajoute que la violation du principe de non discrimination en raison du sexe (art.3 al.3 LF) n'est pas justifiée par l'obligation d'égalité posée à l'art.3 al.2 LF (*Ibid.*, (p.209, pt.62)).

³⁸² Voir en ce sens : KÖNIG (Doris), *Das Verbot der Altersdiskriminierung – ein Diskriminierungsverbot zweiter Klasse ?*, in: GAITANIDES (Charlotte), KADELBACH (Stefan), RODRIGUEZ (Iglesias), *Europa und seine Verfassung, Festschrift für Manfred Zuleeg*, Nomos, 2005, pp.341-361.

³⁸³ En ce sens : KRIEGER (Heike), *op.cit.* note 79, p. pt.44 ; KÖNIG (Doris), PETERS (Anne), *op.cit.* note 378, pt.211.

³⁸⁴ CJCE, 11 novembre 2005, *Mangold*, aff. C-144/04, Rec. p. I-9981.

avant d'amorcer des avancées timides, tandis que, parallèlement, la jurisprudence européenne conduisait à remettre en cause diverses dispositions du droit allemand du travail³⁸⁵ (2).

1) La validation constitutionnelle de la jurisprudence *Mangold* en dépit de fortes critiques

71. L'arrêt *Honeywell* de 2010 permet aux juges de Karlsruhe tout à la fois de préciser les modalités de son contrôle de dépassement des compétences³⁸⁶ et de valider la jurisprudence *Mangold*³⁸⁷.

Dans les affaires *Mangold* et *Honeywell*, était en cause la conformité à la directive n°2000/78 d'une disposition législative en matière de droit du travail qui permettait de limiter sans motivation la durée du contrat de travail de tout employé de plus de 52 ans sans autre fondement que l'âge et sans égard au nombre de prolongations du contrat. Dans son arrêt *Mangold* de 2005, la Cour de justice a répondu que l'intégration dans le monde du travail des chômeurs âgés constituait certes un but légitime permettant de justifier une inégalité de traitement, mais ajouté qu'en dépit de la large marge de manœuvre laissée aux Etats, cette disposition législative ne passait par le test de la proportionnalité car aucun examen de la situation concrète individuelle de l'employé n'était prévu et qu'aucune preuve de la nécessité objective de la disposition pour le soutien à l'emploi des seniors n'était apportée³⁸⁸. L'intérêt de l'arrêt réside dans la réponse à la question de l'opposabilité des règles européennes en matière de non discrimination en raison de l'âge. La Cour rappelle tout d'abord sa jurisprudence *Inter-environnement Wallonie* de 1997 selon laquelle, avant la fin du délai de transposition, les Etats "*doivent s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par cette directive*"³⁸⁹, et en déduit que l'effet utile de l'objectif de lutte contre les discriminations en raison de l'âge visé dans la directive n°2000/78 impose aux Etats membres de ne pas adopter de mesures qui lui soient contraires³⁹⁰. Or, en l'espèce, la loi avait abaissé l'âge de 58 ans à 52 ans. Afin d'éviter le problème d'absence d'effet direct horizontal de la directive, la Cour affirme l'existence d'un principe général du droit européen de non discrimination en raison de l'âge en se contentant de se citer le préambule de la directive qui précisait que les critères de discrimination posés trouvaient leur source dans des traités internationaux et les traditions constitutionnelles des Etats membres³⁹¹.

72. L'arrêt *Mangold* a été largement commenté par les avocats généraux et la doctrine, et a même été considérée comme la décision la plus importante des deux dernières décennies³⁹². Une partie des avocats généraux a rejeté l'idée selon laquelle l'art.13 CE (devenu 19 FUE) ou les articles 1 et 6 de la directive n°2000/78³⁹³ impliquaient l'existence de principe généraux du droit de non discrimination concernant les critères

³⁸⁵ Voir sur cette question : RAZE (Laetitia), *L'âge en droit social : étude en droit européen, français et allemand*, thèse, Université de Rennes I, 2013, 636 p. ; SCHLACHTER (Monika), *Gutachten. Das Verbot der Altersdiskriminierung und der Gestaltungsspielraum der. Tarifvertragsparteien*, Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union, février 2014, 113 p. : http://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fileadmin/user_data_hsi/Veroeffentlichungen/HSI_Schriftenreihe/Schlachter_Altersdiskriminierung.pdf (dernière consultation 21.06.2016).

³⁸⁶ La Cour précise qu'en cas de doute sur le caractère *ultra vires* d'un acte ou d'une action d'une institution européenne, elle doit saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel afin de lui donner la possibilité de jouer son rôle d'interprète du droit de l'UE et de contrôle de la validité des actes des institutions européennes, et examinera sur la base de la décision de la CJUE s'il y a ou non dépassement de compétence (BVerfGE 126, 286 (2e sénat 6 juillet 2010 *Honeywell*), (pt.60). Elle affirme la large marge de manœuvre des juges de Luxembourg en tant qu'interprète du droit de l'UE et énonce que le caractère *ultra vires* d'un acte ou d'une action d'une institution européenne ne peut être constaté que dans les cas où il serait "*manifestement contraire*" à la répartition des compétences entre l'UE et les Etats posée dans les traités, par opposition à de simples contradictions de jurisprudence, ou des erreurs ponctuelles d'interprétation du droit européen, dès l'instant qu'elles n'aboutissent ni un à "*déplacement important dans la structure des compétences*", ni à une atteinte aux droits fondamentaux (pt.66).

³⁸⁷ Pour plus de détails sur cet arrêt et son contexte, voir : DECHATRE (Laurent), Karlsruhe et le contrôle *ultra vires* : une "source de miel" pour adoucir la très acidulée décision Lisbonne, *Revue des affaires européennes*, 2009-2010, n°4, pp.861-873.

³⁸⁸ Arrêt *Mangold*, pt.59 et pt.65.

³⁸⁹ CJCE, 18 décembre 1997, aff. C-129/96, *Rec. p. I-7411*, pt.45 visé aux pts.66-67 de l'arrêt *Mangold*.

³⁹⁰ Arrêt *Mangold*, pts.71-72.

³⁹¹ *Ibid.*, pts.74-75. Elle poursuit en se fondant sur la nécessité de donner à la juridiction l'ayant saisie une réponse complète, ce qui lui permet d'aller au-delà du cadre des questions posées en utilisant le principe général du droit qu'elle a dégagé.

³⁹² SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, p.226.

³⁹³ L'art.1 énonce que la directive "*a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, [le] handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement*".

L'art.6 dispose :

qui y sont énumérés, idée qui signifierait qu'au-delà de la jurisprudence *Mangold* concernant le critère de l'âge, la même logique pourrait être appliquée concernant les autres critères visés³⁹⁴. Ils considéraient qu'une telle interprétation portait notamment atteinte au pouvoir législatif du Conseil³⁹⁵, voire qu'elle était "*nocive pour l'ordre juridique*" européen³⁹⁶.

La jurisprudence *Mangold* a été également vivement critiquée par une large partie de la doctrine allemande. Les auteurs soulignent que l'art.13 CE (devenu 19 FUE) est une base juridique, qu'il ne pose pas de principe général, contrairement à l'art.141 CE (devenu 157 FUE), et que déduire des principes généraux de non discrimination à partir des critères visés dans cet article conduit à rendre inutile cette disposition ainsi que le droit dérivé adopté sur cette base, et à soustraire la politique de lutte contre les discriminations au processus démocratique, d'une façon contraire à la séparation des pouvoirs³⁹⁷. Ils relèvent en outre l'absence d'un tel principe au sein des traités internationaux ou des constitutions des Etats membres³⁹⁸, écartent l'art.21 de la Charte des droits fondamentaux qui ne disposait pas alors de force juridique contraignante³⁹⁹, et estiment que la Cour "*ne fait aucun effort pour convaincre*", qu'"elle impose sa vision à travers son pouvoir en tant que cour compétente"⁴⁰⁰, qu'elle "*invente*"⁴⁰¹. Enfin, ils affirment que la Cour aurait dû laisser une large marge d'appréciation aux Etats membres relativement aux dérogations à l'interdiction de discriminations prévues par la directive 2000/78, et qu'elle a uniquement poursuivi un but de maximisation de la lutte contre les discriminations⁴⁰².

D'autres avocats généraux ont au contraire défendu la jurisprudence *Mangold*. Dans ses conclusions dans l'affaire *Bartsch*, l'avocat général Sharpston estimait qu'en dégagant un principe général de non discrimination en raison de l'âge, la Cour de justice traduisait une évolution de la société ainsi que la volonté des Etats membres⁴⁰³ dont une manifestation se trouve à l'art.13 CE (devenu 19 TFUE). Une partie de la doctrine allemande partage ce point de vue. Ainsi, pour eux, outre la manifestation de volonté traduite dans l'art.19 TFUE, la Cour n'a pas créé un nouveau principe général, mais a simplement fait une interprétation extensive des

"1. Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. Ces différences de traitement peuvent notamment comprendre:

- a) la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection;
- b) la fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi;
- c) la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

2. Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité, y compris la fixation, pour ces régimes, d'âges différents pour des travailleurs ou des groupes ou catégories de travailleurs et l'utilisation, dans le cadre de ces régimes, de critères d'âge dans les calculs actuariels, à condition que cela ne se traduise pas par des discriminations fondées sur le sexe".

³⁹⁴ Conclusions de l'avocat général Mazak dans l'affaire C-411/05 *Palacios*, pt.88, et pts.95-96. Conclusions de l'avocat général Geelhoed dans l'affaire C-13/05 *Chacon Navas*, pt.53.

³⁹⁵ Conclusions de l'avocat général Mazak, *Ibid.*, p.138. Conclusions de l'avocat général Geelhoed *Ibid.*, pts.54-56.

³⁹⁶ Conclusions de l'avocat général Colomer aff. jointes C-55 et 56/07, *Michaeler et Subito*, pts.21-22.

³⁹⁷ En ce sens : GERKEN (Lüder), RIEBLE (Volker), ROTH (Günter H.), STEIN (Torsten), STREINZ (Rudolf), "*Mangold*" als *ausbrechender Rechtsakt*, sellier european law publishers GmbH, 2009, pp.29-30 ; KÖRNER (Marita), *Europäisches Verbot der Altersdiskriminierung*, NZA, 2005, p.1398 ; PREIS (Ulrich), *Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht*, NZA, 2006, p.408.

³⁹⁸ KÖRNER (Marita), *Ibid.*, p.1397 ; WIELAND (Joachim), *Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung*, NJW, 2009, p. 1843 ; PREIS (Ulrich), *Ibid.*, p.406 ; RIESENHUBER (Karl), *Case : ECJ – Mangold*, *European Review of Contract Law*, 2007, Vol.3 n°1, p.66.

³⁹⁹ "*Mangold*" als *ausbrechender Rechtsakt*, op. cit. note 397, p.21.

⁴⁰⁰ KREBBER (Sebastian), *The social rights approach of the European Court of Justice to enforce European employment law*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2006, vol.27 n°3, p.383. Voir aussi en ce sens : PREIS (Ulrich), *op.cit.* note 398, p.402 ;

⁴⁰¹ En ce sens : HANAU (Peter), *Neues vom Alter im Arbeitsverhältnis*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2007, vol.28 n°51-52, p.2383.

⁴⁰² En ce sens, voir aussi : PREIS (Ulrich), *op.cit.* note 398, p.407.

⁴⁰³ Conclusions dans l'affaire C-427/06 *Bartsch*, pts.43-46.

principes généraux d'égalité et de non discrimination⁴⁰⁴, sachant que l'expression de ces principes dans les traités n'inclut pas de liste exhaustive de critères. Pour l'avocat général Sharpston, c'est justement parce qu'un tel principe existe que cette base juridique, qui permet d'adopter des mesures afin d'en assurer l'effectivité, trouve tout son sens⁴⁰⁵. Dans ses conclusions dans l'affaire *Küçükdeveci*, l'avocat général Bo rejoint cette position⁴⁰⁶. Il ajoute que, bien que n'ayant pas alors d'effet juridique contraignant, l'art.21 al.1 de la Charte des droits fondamentaux est une expression supplémentaire de la volonté des Etats de lutter contre une discrimination visée dans les dispositions du droit primaire dont ils sont les auteurs. Le débat sur le recours à cette disposition a été clos par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne incluant la Charte⁴⁰⁷, et celui concernant le caractère *ultra vires* de cette jurisprudence par l'arrêt *Honeywell* de 2010⁴⁰⁸.

73. Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle estime que l'interprétation issue de la jurisprudence *Mangold* ne peut être qualifiée d'*ultra vires*, aucun déplacement de compétence au détriment des Etats membres ne résultant de la consécration du principe général du droit de non discrimination en raison de l'âge ou de la reconnaissance d'un effet anticipé à l'un des objectifs poursuivis par la directive⁴⁰⁹. Elle indique que cette jurisprudence étend seulement les cas d'impact "négatif" des directives, et ne traduit pas en tant que telle une extension des compétences de l'UE⁴¹⁰. Elle considère notamment que l'art.13 CE (devenu 19 TFUE) peut être considéré comme une source du principe général dégagé⁴¹¹.

Dans son opinion dissidente, le juge Landau rejoint au contraire les voix critiques de la doctrine considérant qu'il s'agit d'une atteinte au pouvoir législatif du Conseil, et ajoute que la possibilité de corriger la jurisprudence de la Cour de justice est en pratique impossible en raison de la lourdeur de la procédure de révision des traités⁴¹². Il considère qu'il n'était pas possible de déduire des obligations anticipées à partir de la directive car "les organes démocratiques de la République fédérale n'étaient pas encore soumis aux obligations de la directive à ce moment"⁴¹³. Enfin, il souligne l'absence de source probante justifiant la consécration d'un principe général de non-discrimination en raison de l'âge⁴¹⁴. Il conclut au caractère *ultra vires* de la jurisprudence *Mangold*, estimant qu'il s'agit pour lui notamment d'un contournement de l'absence d'effet horizontal des directives⁴¹⁵.

La volonté de coopération de coopération avec la Cour de justice de l'UE l'a emporté sur les réticences très larges en Allemagne face à cette jurisprudence. C'est une caractéristique qui explique aussi les différentes décisions de validation de décisions des institutions européennes en matière d'union économique et monétaire, et notamment le renvoi préjudiciel dans le cadre du recours contre l'achat par la BCE de dettes d'Etat ainsi que l'arrêt rendu le 21 juin 2016 validant le programme OMT de la BCE en dépit des fortes réticences exprimées par la Cour dans sa décision de renvoi⁴¹⁶.

⁴⁰⁴ SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, p.238. Voir aussi en ce sens : REPASI (René), Die Reichweite des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Richtlinienumsetzung, *EuZW*, 2009, p.757, MÖRSDORF (Oliver), Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, *EuR*, 2009, p.236 ; PÖTTERS (Stephan), TRAUT (Johannes), Eskalation oder Burgfrieden : *Mangold* vor dem BVerfG, *ZESAR*, 2010, p.272.

⁴⁰⁵ Conclusions dans l'affaire *Bartsch*, pt.50.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, pt.77.

⁴⁰⁷ Aussi en ce sens : BAYREUTHER (Frank), Diskriminierung und sachwidrige Ungleichbehandlung: nicht nur eine Frage des Anstands, *NZA-Beilage*, 2011, p.31.

⁴⁰⁸ Cela ne signifie pas que la jurisprudence ultérieure de la Cour de justice n'a pas fait l'objet de critique. Voir par exemple les critiques dans le cas de l'affaire *Küçükdeveci* (CJCE, 19 janvier 2010, aff.C-555/07, Rec.2010 p.I-365). Dans cet arrêt, la Cour de justice confirme que le principe général d'interdiction des discriminations fondées sur l'âge ne trouve pas son fondement dans la directive à transposer, mais dans les traditions constitutionnelles nationales et dans les traités internationaux, et que la directive fournit uniquement un cadre pour lutter contre ces discriminations. En outre, elle se fonde explicitement sur l'art.21 de la Charte des droits fondamentaux (pts. 20, 22 et 50). Certains auteurs allemands ont estimé qu'il était problématique que la Cour ait projeté le contenu de la directive sur le principe général de non discrimination en raison de l'âge (limitation des motifs légitimes de justification et contrôle particulièrement strict du principe de proportionnalité), alors que le délai de transposition n'était pas dépassé (SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, p.250. ; KORTHAUS (Hannah), *Das neue Antidiskriminierungsrecht : Die Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG und die Auswirkungen auf das deutsche Arbeitsrecht*, Mainz Verlag, 2006, p.63).

⁴⁰⁹ BVerfGE 126, 286 (2e sénat 6 juillet 2010 *Honeywell*), pts.68 et 71. Pour un récapitulatif du débat sur l'existence d'un principe général d'interdiction des discriminations fondées sur l'âge : SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, pp.233-241.

⁴¹⁰ BVerfGE 126, 286 *Honeywell*, pt.77.

⁴¹¹ *Ibid.*, pt.79.

⁴¹² *Ibid.*, pt.99.

⁴¹³ *Ibid.*, pt.107.

⁴¹⁴ *Ibid.*, pt.109.

⁴¹⁵ *Ibid.*, pt.111.

⁴¹⁶ BVerfGE, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, 2^e sénat, 21 juin 2016, *OMT-Programm der Europäischen Zentralbank*.

2) Les conséquences de la jurisprudence européenne sur le droit allemand

a) Les conséquences en matière législative et réglementaire

74. Comme le souligne Thomas Schmidt, les problèmes, déjà évoqués⁴¹⁷, de transposition défectueuse des directives effectuée par la loi sur l'égalité de traitement, expliquent les nombreuses questions préjudicielles posées par les juridictions allemandes⁴¹⁸, et permettent de comprendre que l'essentiel des arrêts rendus par la CJUE en matière de principe de non discrimination fondée sur l'âge concernent l'Allemagne. Les précisions apportées par les juges de Luxembourg ont conduit ou devrait conduire à la modification de diverses règles de droit du travail en Allemagne en raison de leur incompatibilité avec ce principe.

75. Un premier exemple concerne la version d'origine de la loi en cause dans l'arrêt *Mangold*, l'absence d'obligation de justification à la limitation de la durée du contrat de travail de tout employé de plus de 58 ans. Dans son arrêt *Kumpu* de 2011, la Cour de justice relève que cette loi ne concerne pas uniquement les personnes âgées de plus de 58 ans qui sont à la recherche d'emploi, et en déduit un risque d'usage abusif, la réglementation pouvant être appliquée à une personne qui est déjà employée par la société en cause⁴¹⁹. Elle ajoute toutefois que la règle exclut la possibilité d'y recourir s'il existe un lien étroit avec un rapport de travail à durée indéterminée avec le même employeur⁴²⁰, comme c'était le cas en l'espèce où la requérante avait poursuivi, sans interruption, les mêmes activités au sein de la même société⁴²¹. Suite à cet arrêt, la loi a été finalement modifiée, le législateur a ajouté à la condition d'âge celle d'une période de chômage d'au moins 4 mois⁴²².

76. Un autre exemple concerne une règle prévoyant une progressivité du niveau des indemnités de licenciement en fonction du nombre d'années de la relation de travail avec l'employeur, sauf dans le cas des personnes ayant atteint l'âge légal leur permettant de demander à bénéficier d'une pension retraite. La majorité de la doctrine allemande estimait que des plans sociaux incluant l'exclusion de personnes ayant un droit à demander une retraite anticipée du bénéfice de la progressivité des indemnités de licenciement était conforme au droit de l'UE⁴²³. Toutefois, dans un arrêt concernant une réglementation danoise prévoyant un tel mécanisme, la Cour de justice a conclu à son incompatibilité avec le principe de non discrimination en raison de l'âge. Elle a certes précisé qu'il n'était pas manifestement inapproprié de vouloir éviter qu'un employeur doive payer en même temps des indemnités de licenciement et une pension retraite⁴²⁴. Mais elle a conclu à l'absence de proportionnalité de cette réglementation en tant qu'elle s'appliquait non seulement aux personnes qui ont demandé à bénéficier de leur pension retraite, mais également à celles qui ont un droit à la demander et ont préféré attendre car le niveau de pension versé aurait été plus bas que si elles continuaient à travailler⁴²⁵.

77. Enfin, il convient de relever que dans l'arrêt *Küçükdeveci* de 2010, la Cour de justice a déclaré contraire au principe de non discrimination en raison de l'âge la règle en vertu de laquelle le calcul du préavis de licenciement posé par une disposition du Code civil allemand (§622 BGB) n'incluait pas la période d'emploi antérieure aux 25 ans d'un employé. Cette partie du §622 BGB n'a pas encore fait l'objet d'une mise en conformité de la part du législateur allemand, mais est écartée par le juge en raison de son incompatibilité avec le droit de l'UE.

b) Une timide ouverture du juge constitutionnel allemand

78. Si l'argument tiré d'une inégalité de traitement fondé sur l'âge a été soulevé très tôt, la jurisprudence constitutionnelle ne l'a longtemps reçu que dans des cas extrêmement limités. Ainsi, dès 1952, dans une affaire concernant une réglementation posant un âge limite pour la profession de ramoneur, la Cour rejette l'argument selon lequel le législateur fédéral aurait dû tenir compte que les conditions d'âge de recrutement des ramoneurs

⁴¹⁷ Voir *supra* §6.

⁴¹⁸ SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, p.463.

⁴¹⁹ CJUE, 10 mars 2011, Lufthansa c./ Kumpan, aff.C-109/09, Rec.2011 p.I-1309, pt.43.

⁴²⁰ *Ibid.*, pt.45.

⁴²¹ *Ibid.*, pt.57.

⁴²² *BGBI*, 2007 I, p.538.

⁴²³ JUNCKER (Abbo), Auswirkungen der neueren EuGH-Rechtsprechung auf das deutsche Arbeitsrecht, *NZA*, 2011, p.957 ; BAYREUTHER (Frank), Altersgrenzen, Altersgruppenbildung und der Ausschluss rentennaher Arbeitnehmer aus Sozialplänen, *NJW*, 2011, pp.22-23.

⁴²⁴ CJUE, 12 octobre 2010, aff.C-499/08, pts.34 et s.

⁴²⁵ *Ibid.*, pts.41 et s.

étaient distinctes selon les Länder, et fixer un âge limite différent pour chaque Land à l'exercice de cette activité ; elle estime en effet que l'argument n'a que peu de poids face au motif de politique sociale justifiant la fixation d'un âge limite commun au niveau fédéral⁴²⁶.

Dans une autre affaire, de 1959, la requérante estimait que la fixation d'un âge limite à l'exercice de la profession de sage-femme constituait une violation de l'art.3 al.1 LF car les médecins ne se voyaient pas imposer ce type de limite alors qu'aucune différence objective ne permettait de justifier une telle différence de traitement⁴²⁷. La Cour rejette le recours en soulignant notamment le principe selon lequel, chaque métier étant essentiellement marqué par un cadre juridique et traditionnel qui lui est propre, le principe d'égalité n'aboutit que rarement à imposer une égalité de traitement avec d'autres métiers⁴²⁸.

79. Une évolution de la jurisprudence constitutionnelle, allant au-delà de la simple validation de la jurisprudence *Mangold*, a été permise par une position mesurée des juges européens. Les craintes de mise en cause de l'autonomie de la volonté énoncées en lien avec l'adoption d'une loi de lutte contre les discriminations, ou suite à la jurisprudence de la Cour de justice en matière de non discrimination fondée sur l'âge, se sont révélées infondées⁴²⁹. En effet, si les juges de Luxembourg ont effectué un contrôle extrêmement poussé dans l'arrêt *Mangold*, c'est parce que la mesure se fondait uniquement sur le critère de l'âge, leur position se révélant beaucoup plus modérée dans le cas où il est complété par d'autres critères tels que la possibilité de demander le bénéfice d'une pension retraite.

Un premier exemple de cet équilibre est fourni par l'arrêt *Rosenblatt* de 2010. En l'espèce, était contestée la conformité à la directive n°2000/78 du §10 al.5 LGE autorisant l'adoption d'accords professionnels prévoyant la fin d'un contrat de travail lorsque les conditions pour bénéficier d'une pension retraite sont remplies, cas explicitement visé comme permettant de justifier une inégalité de traitement fondée sur l'âge⁴³⁰. Dans son arrêt, la Cour estime qu'une réglementation telle que celle en cause au fond peut être justifiée car elle ne se fonde pas uniquement sur l'âge et garantit que la personne bénéficiera d'une pension retraite⁴³¹. Elle précise que des accords, tels que l'accord-cadre concernant la rémunération des agents d'entretien en cause au fond, ne sont possibles que si la réglementation nationale les autorise, ce qui était le cas en l'espèce⁴³². Enfin, elle estime suffisant que les personnes concernées ne soient pas obligées de sortir définitivement du marché de l'emploi, là où, dans l'arrêt *Palacios*, la Cour exigeait également une pension retraite d'un niveau correct⁴³³, ce qui a permis de valider la jurisprudence de la juridiction fédérale du travail allemande qui ne posait pas une telle exigence⁴³⁴.

Un autre exemple est fourni par l'arrêt *Fuchs* de 2011. La Cour de justice considère certes qu'une loi, telle que celle de l'espèce ayant donné lieu au renvoi préjudiciel, qui prévoit la fin du contrat de travail des fonctionnaires de plus de 65 ans, âge permettant de prendre sa retraite à taux plein, constitue une différence de traitement en fonction de l'âge. Mais elle poursuit que le motif de faciliter l'accès des jeunes à l'emploi est légitime et valide la loi au regard du principe de proportionnalité⁴³⁵, relevant notamment qu'elle permet aux fonctionnaires concernés, des procureurs, de travailler jusqu'à l'âge de 68 ans, s'ils le demandent et si l'intérêt du

⁴²⁶ BVerfGE 1, 264 (1^{er} sénat, 30 avril 1952, *Bezirksschornsteinfeger*) (p.275, pts.34-35).

⁴²⁷ BVerfGE 9, 338 (1^{er} sénat 16 juin 1959, *Hebammenaltersgrenze*) (p.340 pt.8). Voir pour un autre exemple d'application de cette jurisprudence : BVerfGE 64, 72 (1^{er} sénat 4 mai 1983, *Prüfingenieur*)(pt.42).

⁴²⁸ *Ibid.*, (p.349, pt.34).

⁴²⁹ SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, p.466 et pp.317-319. Voir aussi *supra* §6 et note 50.

⁴³⁰ *Ibid.*, p.282 et pp.284 et s.

⁴³¹ CJUE, 12 octobre 2010, *Rosenblatt*, aff. C-45/09, *Rec.*2010 p.I-9391, pt.48.

⁴³² *Ibid.*, pt.52.

⁴³³ Il s'agissait en l'espèce d'une loi espagnole prévoyant la fin d'un rapport de travail dès que l'âge de la retraite est , sous réserve qu'il ait cotisé le temps minimum et remplisse donc les critères lui permettant de bénéficier d'une pension retraite. L'enjeu n'était pas celui de la qualification, évidente, de discrimination, mais celle de la justification. La Cour souligne la large marge d'appréciation des Etats et estime que la condition supplémentaire à l'âge pour pouvoir imposer cette fin du rapport de travail permet de justifier la loi au regard du droit de l'UE (CJCE, 16 octobre 2007, *Palacios de la Villa*, aff. C-411/05, *Rec.* p. I-8531, pt.72).

⁴³⁴ Voir pour une position de critique de ce recul : PREIS (Ulrich), *Schlangenlinien in der Rechtsprechung des EuGH zur Altersdiskriminierung*, *NZA*, 2010, p.1325 ; SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, pp.292-293. Ces auteurs relèvent ainsi que la Cour ne répond pas à deux autres points que soulevait la juridiction allemande de renvoi, à savoir que, dans le secteur des agents d'entretien, la pension retraite ne suffit pas pour vivre car de beaucoup d'agents ne travaillent qu'à temps partiel, et sur l'existence d'autres moyens plus souples permettant d'atteindre l'objectif. En outre, la solution de la jurisprudence est paradoxale en ce qu'elle considère d'un côté comme légitime l'atteinte de l'âge de la retraite pour justifier la fin d'une relation de travail et interdit de tenir compte de cette considération dans le cas d'une nouvelle embauche (Voir en ce sens : BAYREUTHER (Frank), *Diskriminierung und sachwidrige Ungleichbehandlung: nicht nur eine Frage des Anstands*, *NZA-Beilage*, 2011, p.29 ; TEMPELMANN (Achim), STENSLIK (Bastian-Peter), *Staffelung von Arbeitgeberleistungen nach dem Lebensalter*, *DStR*, 2011, p.580).

⁴³⁵ CJUE, 21 juillet 2011, *Fuchs*, aff.C-159/10, *Rec.*2011 p.I-6919, pts.67 et s.

service l'exige, et qu'ils pourraient exercer une autre activité professionnelle, telle que celle de conseiller juridique, sans limite d'âge. Elle indique en outre que le droit de l'UE ne s'oppose pas à ce que le choix de l'âge du départ à la retraite des fonctionnaires relève de la compétence des Länder, soulignant par là-même son respect de la structure fédérale allemande⁴³⁶.

80. Cette position équilibrée a permis à la Cour constitutionnelle allemande d'amorcer une évolution vers un contrôle plus strict des différences de traitement sur la base de l'âge.

Dans un arrêt de 2011, la Cour constitutionnel vise ainsi explicitement l'arrêt *Prigge* et conclut à la violation de l'art.101 al.1 LF par la Cour fédérale administrative pour ne pas avoir fait de renvoi préjudiciel alors que les statuts d'une chambre de commerce et d'industrie, en cause dans l'espèce, qui limitaient à 71 ans l'âge des experts, et qu'elle avait déclarés valides⁴³⁷, posaient problème au regard du droit de l'UE⁴³⁸.

Dans l'affaire *Prigge* était en cause une règle issue des conventions collectives allemandes prévoyant que les pilotes devaient quitter leurs fonctions à l'âge de 60 ans. La Cour de justice estime certes que cette limite d'âge, qui vise à éviter des catastrophes aériennes par le biais d'un contrôle des capacités physiques des pilotes est un moyen approprié pour atteindre l'objectif de sécurité, mais elle ajoute qu'elle n'est pas nécessaire, en mettant notamment en parallèle cette réglementation avec les règles internationales qui prévoient uniquement qu'une fois cet âge atteint les pilotes ne peuvent voler que quand ils sont accompagnés de pilotes de moins de 60 ans⁴³⁹. Cette décision a remis en cause la jurisprudence du Tribunal fédéral du travail qui estimait que cette règle ne posait pas problème en dépit de sa divergence avec le droit international, et clarifié l'interprétation du §10 al.1 LGE qui transpose l'art.6 de la directive n°2000/78⁴⁴⁰. Par ailleurs, cet arrêt souligne que la bonne administration de la justice n'est pas un but de politique et que la législation ne poursuit pas le but de favoriser l'accès des jeunes à la profession.

Enfin, il est à relever que, par son arrêt du 1^{er} février 2012,⁴⁴¹ la Cour administrative fédérale a renoncé à l'interprétation défendue dans son arrêt susvisé du 26 janvier 2011.

Un autre exemple est fourni par un arrêt de 2015 dans lequel la Cour constitutionnelle remet en cause une réglementation de la Rhénanie Nord Westphalie qui fixait à 40 ans l'âge limite permettant d'entrer dans la carrière d'enseignant avec la perspective d'être fonctionnarisé⁴⁴². Cette législation avait été adoptée suite à la déclaration d'incompatibilité avec le principe de non discrimination en raison de l'âge de la version précédente de la réglementation qui fixait à 35 ans la limite d'âge⁴⁴³. Dans son arrêt, la Cour constitutionnelle fait expressément référence à la directive n°2000/78, mais surtout à la jurisprudence de la Cour de justice en matière de discrimination fondée sur l'âge (*Mangold, Prigge, Palacios de la Villa, Fuchs*)⁴⁴⁴. Elle rappelle que seuls des objectifs relevant de la politique sociale constituent des justifications valides au regard de cette directive mais qu'une large marge de manœuvre est laissée aux Etats dans la réalisation de cet objectif, dans la limite du respect du principe de proportionnalité. En outre, elle relève ensuite que, dans l'arrêt *Vital Perez*, la Cour de justice a conclu que la fixation à 30 ans de la limite d'âge pour l'entrée dans la police locale était contraire à la directive 2000/78 car ni le caractère opérationnel et le bon fonctionnement du corps des agents de la police locale, ni l'objectif d'assurer une période d'emploi raisonnable avant la retraite n'étaient des buts pour lesquels la limite d'âge fixée était nécessaire et proportionnée⁴⁴⁵. A l'aune de cette jurisprudence, la Cour constitutionnelle conclut que la limite d'âge fixée par la loi en l'espèce constitue une atteinte au droit à l'égal accès aux fonctions publiques prévu à l'art.33 al.2 LF, et au libre choix de sa profession posé à l'art.12 al.1 LF⁴⁴⁶. De surcroît, elle précise, dans un *obiter dictum*, un certain nombre d'éléments d'interprétation en matière d'âge maximal d'entrée dans la fonction publique. Elle considère ainsi que pour les enseignants, l'efficacité physique ne peut être avancée comme argument au soutien de la fixation d'un âge limite de 40 ans, contrairement à ce qui est par exemple le cas pour les forces d'intervention militaires⁴⁴⁷. Elle poursuit qu'une telle limite n'est ni un moyen approprié ni un critère pouvant servir d'aide complémentaire en matière d'entrée dans la fonction publique⁴⁴⁸. Par contre, elle estime que

⁴³⁶ *Ibid.*, pt.55.

⁴³⁷ BVerwG, Az: 8 C 46/09 (26 Janvier 2011).

⁴³⁸ BVerfGE, 1 BvR 1103/11, 24 Octobre 2011, pt.14.

⁴³⁹ CJUE, 13 septembre 2011, *Prigge*, aff.C-447/09. Rec.2011 p.I-8003, pts.58 et 63.

⁴⁴⁰ Souligné par : SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, pp.298-299.

⁴⁴¹ BVerwGE 141, 385 (1^{er} février 2012).

⁴⁴² BVerfGE, 2 BvR 1322/12 et 2 BvR 1989/12, 2^e sénat, 21 avril 2015.

⁴⁴³ BVerwGE 133, 143 (19 février 2009).

⁴⁴⁴ BVerfGE, 2 BvR 1322/12 et 2 BvR 1989/12, (pts.62 et s.).

⁴⁴⁵ CJUE, 13 novembre 2014, *Vital Perez*, aff.C 416/13.

⁴⁴⁶ BVerfGE, 2 BvR 1322/12 et 2 BvR 1989/12, pts.68 et s.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, pt.76.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, pt.77.

le principe selon lequel un fonctionnaire doit bénéficier, pour lui et sa famille, de revenus appropriés après la fin de ses fonctions peut constituer un motif légitime de justification à la fixation d'un âge maximal d'entrée dans la fonction publique⁴⁴⁹. Un tel âge limite doit permettre de trouver un équilibre entre le temps de service et le temps de la retraite, une partie des émoluments du fonctionnaire étant conservés par son employeur à fin de financer ses besoins lors de la retraite ; il vise à assurer la viabilité du financement et du fonctionnement du système de protection sociale des fonctionnaires. Enfin, la Cour donne un certain nombre de lignes directrices à suivre afin de justifier une atteinte à l'art.33 al.2 LF⁴⁵⁰.

81. Si la jurisprudence constitutionnelle allemande en matière de discrimination fondée sur l'âge est prudente, l'évolution des juges de Karlsruhe est beaucoup plus nette concernant le critère de l'orientation sexuelle.

B. Une évolution profonde de l'appréciation des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle

82. La modification de la jurisprudence de Karlsruhe relative à l'orientation sexuelle trouve son origine dans la jurisprudence de la CJUE⁴⁵¹, plus précisément dans l'arrêt *Maruko* du 1^{er} avril 2008⁴⁵², confirmé et précisé dans l'arrêt *Römer* du 10 mai 2011⁴⁵³. Le rôle de la CEDH a quant à lui été plus indirect, l'influence sur la Cour constitutionnelle allemande provenant de son encadrement strict des justifications pouvant être apportées aux discriminations relatives à l'orientation sexuelles⁴⁵⁴.

1) L'interprétation jurisprudentielle antérieure à l'arrêt Maruko

83. Le contexte juridique allemand antérieur à l'arrêt *Maruko* était marqué par un régime juridique du partenariat de vie, établi par la loi du 16 février 2001 et validé par la Cour constitutionnelle⁴⁵⁵, qui avait été modifié en 2004. Cette modification allait certes dans le sens d'un rapprochement du régime matrimonial, notamment en matière de droit des biens et de pension alimentaire, elle avait introduit la possibilité d'adopter l'enfant de son partenaire, et prévu une péréquation des pensions des partenaires ainsi que le bénéfice, pour les partenaires, de la pension de survie issue du régime de retraite obligatoire, mais il restait de nombreux domaines où une inégalité de traitement demeurerait par rapport aux époux⁴⁵⁶.

Si, en présence d'un vide juridique, le Tribunal social fédéral avait, dans un arrêt de 2004⁴⁵⁷, tranché dans le sens d'une extension aux partenaires des règles applicables aux époux dans le domaine du complément familial pour les fonctionnaires fédéraux, les différents tribunaux suprêmes au niveau fédéral, tout comme la Cour constitutionnelle, ont, en présence de règles constituant une inégalité de traitement, conclu à leur validité, y compris au regard de la directive 2000/78⁴⁵⁸.

Dans un arrêt de 2006⁴⁵⁹, concernant une autre règle en matière de complément familial pour les fonctionnaires fédéraux, la Cour administrative fédérale vérifie ainsi l'existence d'une violation de l'art.3 al.1 LF sur le fondement, non pas de l'orientation sexuelle, mais de la situation familiale, et estime que la différence de traitement est justifiée par l'art.6 al.1 LF au nom de la protection du mariage. Outre ce fondement, elle confère une large portée au considérant n°22 de la directive 2000/78 pour conclure à l'absence de violation du droit de l'UE⁴⁶⁰. La Cour constitutionnelle a été saisie d'un recours constitutionnel individuel à l'encontre de cet arrêt⁴⁶¹,

⁴⁴⁹ *Ibid.*, pt.80.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, pts.82 et s.

⁴⁵¹ En ce sens : KRIEGER (Heike), *op.cit.* note 79, p. 242 ; SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, p.218 et pp.350 et s.

⁴⁵² CJCE (Grande chambre), 1^{er} avril 2008, *Maruko*, aff.C-267/06, *Rec.*2008 p.I-1757.

⁴⁵³ CJUE (Grande chambre), 10 mai 2011, *Römer*, aff.C-147/08, *Rec.*2011 p.I-3591.

⁴⁵⁴ Souligné par : SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, p.467.

⁴⁵⁵ BVerfGE 105, 313 (1^{er} sénat, 17 juillet 2002 *Lebenspartnerschaftsgesetz*). Les requérants alléguaient notamment une violation par cette loi de l'obligation étatique de protection de l'institution du mariage posée par l'art.6 al.1 LF. La Cour rejette ce moyen au motif que cette disposition n'oblige pas le législateur à pénaliser d'autres formes de vie commune que le mariage (*Ibid.*, p.348).

⁴⁵⁶ Voir pour des détails sur l'évolution du cadre normatif : SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, pp.390 et s.

⁴⁵⁷ BAG, 29 avril 2004, 6 AZR 101/03 (*NZA*, 2005, p.57).

⁴⁵⁸ Voir pour des précisions sur ces affaires qui sont ici uniquement brièvement évoquée : SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, pp.400 et s.

⁴⁵⁹ BVerwGE 125, 79 (26 janvier 2006).

⁴⁶⁰ Le considérant n°22 de la directive 2000/78 dispose : "*La présente directive est sans préjudice des lois nationales relatives à l'état civil et des prestations qui en dépendent*".

⁴⁶¹ BVerfGE, 2 BvR 855/06 (2e sénat, 20 septembre 2007).

puis, quelques mois plus tard, d'un autre recours concernant une question comparable⁴⁶². Elle a rejeté les deux recours sur la base du même raisonnement. Elle écarte tout d'abord un fondement sur l'art.3 al.3 LF au motif que le critère n'y est pas inclus et que la liste des critères énoncés est fermée⁴⁶³. Puis, elle estime qu'il n'y a pas de violation de l'art.3 al.1 LF, jugeant qu'il découle de l'art.6 al.1 LF une "*obligation de différenciation*" en fonction de la situation familiale qui constitue une règle spéciale par rapport au principe général d'égalité⁴⁶⁴. Enfin, relativement à l'argument d'une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle, elle énonce certes qu'en présence d'un traitement distinct d'un groupe défini de personnes le contrôle est particulièrement strict, mais effectue en réalité un contrôle limité⁴⁶⁵ et conclut que l'art.6 al.1 LF constitue une justification à cette inégalité de traitement⁴⁶⁶. Elle écarte par ailleurs une violation de l'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice dans la mesure où elle estime que les juges administratifs fédéraux ont interprété la directive d'une manière acceptable au regard de sa marge de manœuvre⁴⁶⁷.

En matière de pension de survie versée par des entreprises, la Cour fédérale, instance suprême en matière civile, a rendu en 2007⁴⁶⁸ un arrêt justifiant l'inégalité de traitement en couples mariés et partenaires sur le fondement de l'art.6 al.1 LF et du 22^e considérant de la directive n°2000/78. La même année, la Cour administrative fédérale, dans une affaire similaire, juge, après avoir relevé que les règles en matière de pension de survie issue du régime de retraite obligatoire étaient les mêmes pour époux et les partenaires, que rien ne s'oppose à ce que les règles en matière de pension de survie versée par les entreprises soient étendues aux partenaires, mais exclut l'existence de toute obligation constitutionnelle⁴⁶⁹. Elle rejette une applicabilité du principe de non discrimination issue du droit de l'UE, estimant que la pension de survie ne peut être qualifiée de rémunération au sens de l'art.141 CE (devenu art.157 TFUE), et en faisant au surplus référence au 22^e considérant de la directive n°2000/78.

Il convient de relever que, pour conclure à la conformité du droit de l'UE, les juridictions allemandes se sont, dans les arrêts susvisés, également largement fondées sur l'arrêt *D. et Suède c/ Conseil* de 2001⁴⁷⁰.

2) L'apport de la jurisprudence de la CJUE

84. C'est dans ce contexte qu'intervient l'arrêt *Maruko*. Dans l'espèce ayant donné lieu au renvoi, le requérant s'était vu refuser le bénéfice d'une pension de veuf par la caisse de retraite des théâtres allemands à laquelle son partenaire décédé était affilié. L'art.3 al.3 de la directive précisant qu'elle ne s'applique pas aux prestations versées par les régimes publics ou assimilés de sécurité sociale ou de protection sociale, la question de son applicabilité se posait. Mais la Cour conclut qu'une prestation de survie, telle que celle prévue par la réglementation applicable au fond, a le caractère de rémunération au sens de l'art.141 CE (devenu art.157 TFUE) et relève donc bien du champ d'application de la directive⁴⁷¹. De même, elle rappelle que, selon une jurisprudence constante, lorsqu'un domaine relève de la compétence des Etats membres, ces derniers doivent agir en conformité avec le droit de l'UE, et notamment avec le principe de non discrimination⁴⁷², et juge qu'en dépit du 22^e considérant de la directive, la prestation susvisée relève de son champ d'application. L'apport de l'arrêt vient de ce que la Cour estime que les époux survivants et les partenaires de vie survivants étant dans une situation comparable par rapport à la prestation de survie, la réglementation en cause constitue une "*discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle*"⁴⁷³. Cette conclusion, qui a pour conséquence de limiter les motifs de justifications à ceux énumérés au sein de la directive à l'art.2 al.5⁴⁷⁴ et à l'art.4 al.1⁴⁷⁵, est, comme le relève Thomas Schmidt, conforme à la jurisprudence de la CJUE en vertu de laquelle il y a, en présence d'un critère

⁴⁶² BVerfG, 2 BvR 2334/06 (2^e sénat, 8 novembre 2007).

⁴⁶³ BVerfGE, 2 BvR 855/06, pt.16. BVerfG, 2 BvR 2334/06, pts.15 et s.

⁴⁶⁴ BVerfGE, 2 BvR 855/06, pt.18. BVerfG, 2 BvR 2334/06, pts.17 et s.

⁴⁶⁵ Pour une critique en ce sens : BECK (Volker), Gleichstellung durch Öffnung der Ehe, *FPR*, 2010, p.224 ; SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, p.413.

⁴⁶⁶ BVerfGE, 2 BvR 855/06, pt.22. BVerfG, 2 BvR 2334/06, pts.27 et s.

⁴⁶⁷ BVerfGE, 2 BvR 855/06, pt.33.

⁴⁶⁸ BGH, IV ZR 267/04 (14 février 2007) (*NJW-RR*, 2007, p.1441).

⁴⁶⁹ BVerwGE 129, 129 (25 juillet 2007).

⁴⁷⁰ CJCE, 31 mai 2001, C-122/99 P et C-125/99 P. Souligné par : SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, p.412.

⁴⁷¹ *Maruko*, aff.C-267/06, pts.49 et s.

⁴⁷² *Ibid.*, pt.59.

⁴⁷³ *Ibid.*, pt.72.

⁴⁷⁴ L'art.2§5 autorise les mesures "*nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui*".

⁴⁷⁵ L'art.4§1 autorise une "*différence de traitement [...] lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée*".

formellement neutre, discrimination directe, lorsque le contexte juridique et factuel conduit à limiter l'application de la règle en cause à un groupe particulier de personnes⁴⁷⁶. La Cour rejette ainsi l'interprétation de la directive n°2000/78 défendue par les juridictions suprêmes allemandes et par la doctrine allemande majoritaire.

85. Dans l'arrêt *Römer*, qui concernait une pension de retraite complémentaire pour les anciens salariés d'une collectivité locale et leurs survivants, la Cour précise le concept de comparabilité. Elle énonce qu'il n'est pas nécessaire que les situations soient identiques, qu'il suffit qu'elles soient seulement comparables, et, que "l'examen de ce caractère comparable doit être effectué non pas de manière globale et abstraite, mais de manière spécifique et concrète au regard de la prestation concernée"⁴⁷⁷. Ainsi, en l'espèce, il convient de comparer les droits et obligations des époux et des partenaires de vie qui sont pertinents au regard de l'objet et des conditions d'octroi de la prestation en cause, et non de vérifier si le législateur allemand a effectué une assimilation juridique générale et complète du partenariat de vie au mariage⁴⁷⁸. De plus, tout comme dans l'arrêt *Mangold*, la Cour a indiqué que le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail préexistait à l'entrée en vigueur de la directive 2000/78 et que cette dernière a uniquement fixé un cadre à la lutte contre la discrimination fondée sur divers critères incluant notamment l'orientation sexuelle⁴⁷⁹. Elle ajoute toutefois que le principe de non-discrimination en fonction de l'orientation sexuelle ne s'applique que dans le champ d'application du droit de l'UE, et, dans le cas de l'espèce ayant donné lieu au renvoi, un tel lien n'existait que postérieurement à l'expiration du délai de transposition de la directive, ce qui le rendait ici inapplicable⁴⁸⁰.

3) Les conséquences de la jurisprudence européenne en droit allemand⁴⁸¹

86. Dans un premier temps, la Cour constitutionnelle n'a pas modifié sa jurisprudence. Dans une décision du 6 mai 2008, elle rejette pour irrecevabilité un recours contestant la constitutionnalité de l'absence d'allocations familiales pour les partenaires. Elle considère dans un *obiter dictum* qu'il n'y a pas de discrimination directe au sens de l'art.2 al.2 de la directive n°2000/78, estimant que les époux et les partenaires se trouvent dans une situation distincte⁴⁸². Il convient néanmoins de souligner que cette interprétation n'avait pas de force contraignante puisqu'elle était formulée dans une décision de non recevabilité, et que c'est le second sénat qui l'a rendue, alors que c'est le premier qui est normalement compétent en matière de droits fondamentaux. Cette absence de caractère contraignant de l'arrêt a permis au Tribunal social fédéral de rendre une décision déclarant un système de pension retraite d'entreprise contraire au droit de l'UE, estimant qu'il résultait de l'arrêt *Maruko* une nécessité de traitement identique des époux et des partenaires⁴⁸³. Pour la Cour constitutionnelle, il faut attendre une décision sur les pensions de réversion du 7 juillet 2009, rendue par le premier sénat, pour qu'elle opère un revirement de jurisprudence en matière d'orientation sexuelle. Les juges de Karlsruhe citent les interdictions de discrimination de l'art.13 CE, de l'art.21 de la Charte des droits fondamentaux, ainsi que l'arrêt de la CEDH *Karner* de 2003⁴⁸⁴ d'une part, et l'arrêt *Maruko* d'autre part, au soutien respectivement d'un contrôle strict d'une inégalité de traitement fondée sur l'orientation sexuelle et de la déduction d'une discrimination dans le cas d'une différence de traitement entre le mariage et le partenariat⁴⁸⁵. Le second sénat est également revenu sur son interprétation issue de la décision susvisée de 2008 dans son arrêt de 2013⁴⁸⁶.

Dans le cas de l'arrêt *Römer*, il est cité par les associations homosexuelles qui intervenaient au soutien d'un recours demandant l'application rétroactive des règles en matière d'allocations familiales entre l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat de vie entre personnes de même sexe et l'entrée en vigueur de la loi de 2009 qui avait

⁴⁷⁶ SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, pp.359-360. Voir l'arrêt du 10 mars 2005, *Nikoloudi*, aff.C-196/02, Rec.2005, p.I-1789, pt.36. Comme le souligne Thomas Schmidt, à la différence de la discrimination des travailleurs à temps partiel qui discrimine les femmes en raison du contexte de la répartition du travail au sein d'une entreprise mais qui peut être contournée par un choix de travail à temps plein, privilégier les couples mariés conduit toujours à une discrimination des homosexuels qui ne peuvent, dans le contexte juridique allemand, choisir de se marier (*Ibid.*, p.362).

⁴⁷⁷ *Römer*, aff.C-147/08, pt.42.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, pt.43.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, pt.59.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, pts.60 et s.

⁴⁸¹ Voir aussi pour une présentation d'autres décisions, que celles évoquées ci-dessous, rendues par le Tribunal fédéral du travail et de la Cour fédérale administrative ayant écarté des réglementations pour discrimination des partenaires par rapport aux époux, et les problèmes de conformité au droit de l'UE qu'elles pouvaient comporter : SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, pp.432-437.

⁴⁸² BVerfG, 2^e sénat, 6 mai 2008, *Familienzuschlag für eingetragene Lebenspartner*, 2 BvR 1830/06, *NJW*, 2008 (pp.2325 et s. ; pt.12).

⁴⁸³ BAG, 14 janvier 2009, 3 AZR 20/07, *NZA*, 2009, pp.489 et s.

⁴⁸⁴ CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c/ Autriche*, requête n°40016/98.

⁴⁸⁵ BVerfGE 124, 199 (1^{er} sénat, 7 juillet 2009, *Gleichbehandlung eingetragener Lebensgemeinschaft*) (pts.88 et 93).

⁴⁸⁶ BVerfGE 133, 377 (*Ehegattensplitting*).

adapté le droit au principe d'égalité entre les époux et les partenaires⁴⁸⁷. Si la Cour constitutionnelle ne le vise pas dans son raisonnement, elle reconnaît ses implications et va même au-delà, appliquant la rétroactivité avant la fin du délai de transposition de la directive n°2000/78.

Avant d'examiner les particularités des différents arrêts rendus en la matière par la Cour constitutionnelle, il convient d'évoquer l'argumentation qui leur est commune. La Cour impose tout d'abord, comme nous l'avons indiqué, un contrôle d'égalité strict lorsque le critère de différenciation est en lien avec l'orientation sexuelle car il s'agit d'une caractéristique personnelle qui se rapproche des critères visés à l'art.3 al.3 LF et risque donc de conduire à la discrimination d'une minorité⁴⁸⁸. Concernant le caractère direct ou indirect de la discrimination, le 1^{er} sénat est resté flou, là où le 2nd sénat parle de discrimination indirecte⁴⁸⁹. L'argument opposé à l'existence d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est le même dans les différents cas, il est fondé sur la jurisprudence antérieure de la Cour constitutionnelle affirmant que les situations entre les partenaires et les époux sont différentes, et que l'art.6 al.1 LF qui prévoit que le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'Etat justifie dans tous les cas une telle différence de traitement⁴⁹⁰. Mais, la Cour estime dans ses arrêts qu'il n'existe pas de différences telles entre le partenariat et le mariage qu'elles permettraient de justifier le préjudice important subi par les partenaires⁴⁹¹. Le simple renvoi à l'art.6 al.1 LF ne suffit pas dès lors que les droits et obligations au sein d'un couple marié et d'un partenariat sont comparables et que cette disposition protège des rapports familiaux très diversifiés⁴⁹². La Cour rejette également la justification tirée de l'impossibilité pour des partenaires d'avoir des enfants en commun étant donné que la législation ne prévoit pas de traitement spécifique des époux ayant un enfant commun⁴⁹³.

87. Concernant les droits de succession et d'impôts sur les donations, la Cour avait laissé un délai au législateur pour adopter des nouvelles règles afin de mettre fin à la violation du principe d'égalité pour la période allant de l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat en 2001 à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi en la matière⁴⁹⁴, mais rejeté la demande de délai de transition pendant lequel seraient maintenues les règles antérieures, étant donné que les successions sont des événements ponctuels impliquant des conséquences financières souvent importantes⁴⁹⁵. Le législateur s'est plié à l'arrêt de la Cour par une loi du 8 décembre 2010 qui a rétroactivement posé un principe d'égalité en la matière⁴⁹⁶. Par contre, il avait refusé une telle rétroactivité concernant l'impôt sur les mutations foncières, conduisant à une saisine de la Cour constitutionnelle par renvoi préjudiciel⁴⁹⁷, là où les autres décisions ont été rendues sur recours constitutionnel individuel. La Cour a laissé ici un délai de 5 mois pour adopter une réglementation mettant fin à la discrimination des partenaires.

Concernant la limitation de la possibilité d'adoptions successives, la Cour affirme que, dans le cas de deux personnes ayant conclu un partenariat, le refus, opposé à un des partenaires, d'adopter l'enfant adopté par l'autre viole le droit de cet enfant à une égalité de traitement au sens où il le désavantage par rapport à un enfant biologique, qui peut faire l'objet d'une telle adoption, et par rapport à un enfant adopté par une personne mariée, que le conjoint peut adopter⁴⁹⁸. Il est ici d'autant plus nécessaire d'appliquer un cadre de contrôle particulièrement strict que le refus d'adoption successive concerne des droits de l'enfant essentiels à son épanouissement personnel, et que cela limite la garantie parentale d'aide, compliquant la vie familiale et risquant de "*donner l'impression à l'enfant que sa situation familiale est moins précieuse que la situation familiale d'un autre enfant adopté*"⁴⁹⁹. De plus, l'intérêt de l'enfant n'est pas un argument à l'encontre, mais en faveur, de l'adoption successive pour les partenaires⁵⁰⁰. De surcroît, une telle exclusion est inappropriée par rapport à un éventuel danger avancé concernant le fait pour un enfant de grandir avec des parents de même sexe puisqu'elle n'empêche pas l'adoption

⁴⁸⁷ BVerfGE 131, 239 (2^e sénat, 19 juin 2012, *Lebenspartnerschaft von Beamten*) (pt.40).

⁴⁸⁸ BVerfGE 124, 199 (pts.88 et s.) ; BVerfGE 126, 400 (*Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften*) (pts.80 et s.) ; BVerfGE 131, 239 (2^e sénat, 19 juin 2012, *Lebenspartnerschaft von Beamten*) (pts.55 et s.) ; BVerfGE 133, 59 (*Sukzessivadoption*) (pts.72 et s. et pt.104) ; BVerfGE 133, 377 (*Ehegattensplitting*) (pts.77 et s.).

⁴⁸⁹ BVerfGE 133, 377 (*Ehegattensplitting*) (pts.78 et s.). Voir *supra* I. B. §23 et note 138.

⁴⁹⁰ BVerfGE 124, 199 (pt.64) ; BVerfGE 126, 400 (pt.70) ; BVerfGE 133, 59 (pt.38).

⁴⁹¹ BVerfGE 126, 400 (pt.88) ; BVerfGE 133, 59 (pt.75) ; BVerfGE 133, 377 (pt.84).

⁴⁹² BVerfGE 124, 199 (pt.91 et s.) ; BVerfGE 133, 59 (pts.100 et s.) ; BVerfGE 133, 377 (pt.85 et pt.90) ; BVerfGE 131, 239 (pts.64 et s.).

⁴⁹³ BVerfGE 124, 199 (pts.112 et s.) ; BVerfGE 126, 400 (pt.104 et s.) ; BVerfGE 131, 239 (pts.75-76) ; BVerfGE 133, 377 (pts.97 et s.).

⁴⁹⁴ BVerfGE 126, 400 (pt.117).

⁴⁹⁵ pt.119.

⁴⁹⁶ art.14 de la loi du 8 décembre 2010, *BGBl.*, 2010, p.I-1768.

⁴⁹⁷ BVerfGE 132, 179 (*Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften II*).

⁴⁹⁸ BVerfGE 133, 59 (*Sukzessivadoption*) (pt.71).

⁴⁹⁹ *Ibid.*, (pt.73).

⁵⁰⁰ *Ibid.*, (p.78).

par un homosexuel, et ne prévient pas la vie au sein d'une telle famille, sachant que l'exclusion générale d'homosexuels de la possibilité d'adopter est contraire à la CESDH⁵⁰¹. Par ailleurs, l'adoption successive permet de renforcer le statut juridique de l'enfant en cas de séparation ou de mort en permettant respectivement un droit de garde partagée, en le faisant bénéficier d'une obligation d'entretien et d'une meilleure position en matière de succession⁵⁰². Enfin, il convient de relever que les juges de Karlsruhe font expressément référence à l'arrêt de la CEDH *Schalk et Kopf c/ Autriche* au soutien du bénéfice de la protection familiale au profit des parents homosexuels⁵⁰³.

Concernant la limitation aux couples mariés de l'*Ehegattensplitting*, la Cour rejette la justification tirée du pouvoir de standardisation du législateur⁵⁰⁴. Non seulement la discrimination des partenaires était selon elle aisément évitable pour le législateur et l'administration, mais surtout, la discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle ne saurait être justifiée par des nécessités de standardisation, sinon le législateur disposerait d'une marge de manœuvre que la Constitution lui interdit au nom de la protection de minorités⁵⁰⁵. Au surplus, elle précise que l'application standardisation supposerait au contraire en l'espèce de traiter de la même manière les époux et les partenaires, étant donné qu'ils se trouvent dans une situation équivalente.

88. Un fondement sur la Loi fondamentale permet de sanctionner des inégalités de traitement dans des domaines qui dépasseraient le cadre du droit de l'UE⁵⁰⁶. De plus, une décision de la Cour constitutionnelle présente l'avantage d'être contraignante non seulement quant à son dispositif, mais encore quant à ses motifs, ce qui conduit, à l'aune de cette décision, à soumettre toute inégalité de traitement des partenaires à un contrôle au regard du principe d'égalité⁵⁰⁷.

Conclusion

89. Ce n'est pas tant que le recours au principe d'égalité ou au principe de non discrimination qui importe, que l'intensité du contrôle effectué par le juge car, comme nous l'avons vu, il est des cas où le juge constitutionnel allemand renforce les effets de son contrôle au regard du principe d'égalité au niveau d'intensité appliqué dans le cas du principe de non discrimination. Ce constat permet ainsi de relativiser l'absence d'utilisation, par le juge administratif français, du principe de non discrimination en dehors du champ d'application du droit de l'UE. Il importe bien plus de vérifier dans quelle mesure ce dernier effectue un examen poussé des cas d'inégalité de traitement fondés sur des critères liés à la personne tels que ceux énumérés à l'art.1 de la directive 2000/78.

Un rapprochement de la jurisprudence du Conseil d'Etat de celle du juge constitutionnel allemand ou de la CJUE serait par contre bienvenu concernant les mesures traitant de façon identique des situations différentes. En effet, il serait bon que le juge administratif considère que de telles mesures peuvent tout autant porter atteinte au principe d'égalité que le traitement distinct de situations semblables.

Enfin, la déduction de lignes directrices implicites de l'administration à partir de décisions antérieures, l'obligation pour l'administration d'appliquer des critères qu'elle s'est fixée dans des contextes semblables sont autant d'éléments, affirmés par le juge administratif français⁵⁰⁸, qui vont dans le sens du principe d'autolimitation que les juges de Karlsruhe appliquent en Allemagne. Néanmoins, il convient d'être prudent en matière de prophétie⁵⁰⁹. En effet, les prémices d'un tel rapprochement, présentées par Michel Fromont à l'aune des arrêts *Crédit Foncier de France* et *Union départementale des sociétés mutualistes du Jura*⁵¹⁰, avaient été démenties par les développements jurisprudentiels qui avaient suivi, comme le soulignait Olivier Jouanjan en 1992⁵¹¹.

⁵⁰¹ *Ibid.*, (pt.81) La Cour cite l'arrêt de la CEDH du 22 janvier 2008, E.B. c/ France, requête n°43546/02.

⁵⁰² *Ibid.*, (pt.84-89).

⁵⁰³ *Ibid.*, pt.66. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* (requête n°30141/04)

⁵⁰⁴ BVerfGE 133, 377 (*Ehegattensplitting*) (pt.101 et s.).

⁵⁰⁵ *Ibid.*, (pt.103).

⁵⁰⁶ Voir aussi en ce sens : MICHAEL (Lothar), *op.cit.* note 66, p.3539 ; SCHMIDT (Thomas A.), *op.cit.* note 9, p.431.

⁵⁰⁷ Voir aussi en ce sens : HOPPE (Tilman), *Gleichstellung eingetragener Lebenspartner*, *DVBl*, 2009, p.1517 ;

⁵⁰⁸ Voir CONSEIL D'ETAT, *Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat - Le droit souple*, La documentation française, 2013, p.146. Le rapport y renvoie notamment à CE, Sect., 30 décembre 2010, *Ministre du logement de la ville*, n° 308067.

⁵⁰⁹ Voir ainsi les limites à l'invocabilité des circulaires en matière de droit des étrangers posées dans : CE, Sect., 4 février 2015, *Ministre de l'Intérieur c/ Cortes Ortiz*, requête n°383267.

⁵¹⁰ CE, 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France* (requête n°78880) ; CE, 20 janvier 1971, *Union départementale des sociétés mutualistes du Jura* (requête n°74437) : note Fromont, JCP, 1972, 17232.

⁵¹¹ JOUANJAN (Olivier), *op.cit.* note 12, pp.381-383.

Annexe

Liste des arrêts cités sur le principe de non discrimination

Recours constitutionnel individuel

BVerfGE 3, 58 (1^{er} sénat 17 décembre 1953 *Beamtenverhältnisse*)
BVerfGE 9, 124 (1^{er} sénat 22 janvier 1959 *Armenrecht*)
BVerfGE 19, 119 (1^{er} sénat 24 septembre 1965 *Couponsteuer*)
BVerfGE 23, 98 (2^e Sénat, 14 Février 1968, *Ausbürgerung*)
BVerfGE 25, 167 (1^{er} sénat 29 janvier 1969 *Nichtehelichkeit*)
BVerfGE 44, 1 (1^{er} sénat 8 décembre 1976 *Nichtehelichen-Erbrecht*)
BVerfGE 89, 276 (1^{er} sénat 16 novembre 1993 §611a du BGB)
BVerfGE 90, 27 (1^{er} sénat 9 février 1994 *Parabolantenne I*)
BVerfGE 93, 1 (1^{er} sénat, 16 mai 1995, *Kruzifix*)
BVerfGE 97, 35 (1^{er} sénat 27 novembre 1997 *Hamburger Ruhegeldgesetz*)
BVerfGE 102, 41 (1^{er} sénat 14 mars 2000 *Kriegsbeschädigtengrundrente*)
BVerfGE 107, 257 (2^e sénat 12 février 2003 *Beamtenbesoldung Ost II*)
BVerfGE 113, 1 (1^{er} sénat 5 avril 2005 *Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung*)
BVerfGE 124, 199 (1^{er} sénat, 7 juillet 2009, *Gleichbehandlung eingetragener Lebensgemeinschaft*)
BVerfGE 126, 400 (1^{er} sénat 21 juillet 2010 *Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften*)
BVerfGE 131, 239 (2^e sénat, 19 juin 2012, *Lebenspartnerschaft von Beamten*)
BVerfGE 133, 59 (1^{er} sénat 19 février 2013, *Sukzessivadoption*)
BVerfGE 133, 377 (2^e sénat, 7 mai 2013 *Ehegattensplitting*)
BVerfGE, 1 BvR 471/10, 1181/10 (1^{er} sénat 27 janvier 2015 *Kopftuch NRW*)

Renvoi préjudiciel

BVerfGE 2, 266 (7 mai 1953 *Notaufnahme*)
BVerfGE 3, 225 (1^{er} Sénat, 18 décembre 1953, *Gleichberechtigung*)
BVerfGE 39, 334 (2^e sénat 22 mai 1975 *Extremistenbeschuß*)
BVerfGE 75, 40 (1^{er} sénat 22 octobre 1986 *Privatschulfinanzierung I*)
BVerfGE 82 126 (1^{er} sénat 30 mai 1990 *Kündigungsfristen für Arbeiter*) (affaires jointes : renvois préjudiciels et un recours individuel)
BVerfGE 99, 367 (1^{er} sénat 2 mars 1999 *Montan Mitbestimmung*)
BVerfGE 85, 191 (1^{er} sénat, 28 janvier 1992 *Nachtarbeitsverbot*)
BVerfGE 104, 373 (1^{er} sénat 30 janvier 2002 *Ausschluß vom Doppelnamen*)
BVerfGE 121, 241 (2^e sénat 18 juin 2008)
BVerfGE 130, 240 (1^{er} sénat 7 février 2012 *Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz*)
BVerfGE, 1 BvL 16/11 (1^{er} sénat, 18 juillet 2012, *Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften II*)

Présence du terme "Diskriminierung" ou d'un dérivé dans les arrêts

Seuls sont ici cités les arrêts où le terme se retrouve au sein de l'appréciation de la Cour, par opposition aux cas où il est uniquement évoqué dans l'argumentation des requérants.

BVerfGE 2, 266 (7 mai 1953 *Notaufnahme*)
BVerfGE 3, 58 (17 décembre 1953 *Beamtenverhältnisse*)
BVerfGE 23, 98 (2^e Sénat, 14 Février 1968, *Ausbürgerung*)
BVerfGE 25, 167 (1^{er} sénat 29 janvier 1969 *Nichtehelichkeit*)
BVerfGE 39, 334 (2^e sénat 22 mai 1975 *Extremistenbeschuß*)
BVerfGE 44, 1 (1^{er} sénat 8 décembre 1976 *Nichtehelichen-Erbrecht*)
BVerfGE 75, 40 (1^{er} sénat 22 octobre 1986 *Privatschulfinanzierung I*)
BVerfGE 85, 191 (1^{er} sénat, 28 janvier 1992 *Nachtarbeitsverbot*)
BVerfGE 89, 276 (1^{er} sénat 16 novembre 1993 §611a du BGB)
BVerfGE 93, 1 (1^{er} sénat, 16 mai 1995, *Kruzifix*)
BVerfGE 97, 35 (1^{er} sénat 27 novembre 1997 *Hamburger Ruhegeldgesetz*)
BVerfGE 99, 367 (1^{er} sénat 2 mars 1999 *Montan Mitbestimmung*)
BVerfGE 102, 41 (1^{er} sénat 14 mars 2000 *Kriegsbeschädigtengrundrente*)(seulement dans l'opinion dissidente)
BVerfGE 107, 257 (2^e sénat 12 février 2003 *Beamtenbesoldung Ost II*)
BVerfGE 113, 1 (1^{er} sénat 5 avril 2005 *Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung*)

BVerfGE 121, 241 (2^e sénat 18 juin 2008)
 BVerfGE 124, 199 (1^{er} sénat, 7 juillet 2009, *Gleichbehandlung eingetragener Lebensgemeinschaft*)
 BVerfGE 126, 400 (1^{er} sénat 21 juillet 2010 *Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften*)
 BVerfGE 131, 239 (2^e sénat, 19 juin 2012, *Lebenspartnerschaft von Beamten*)
 BVerfGE, 1^{er} sénat, 18 juillet 2012 (*Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften II*) 1 BvL 16/11
 BVerfGE 133, 59 (1^{er} sénat 19 février 2013, *Sukzessivadoption*)
 BVerfGE 133, 377 (2^e sénat, 7 mai 2013 *Ehegattensplitting*)
 BVerfGE, 1 BvR 471/10, 1181/10 (1^{er} sénat 27 janvier 2015 *Kopftuch NRW*)

Présence de l'expression discrimination dans l'arrêt en l'absence de critère suspect:

BVerfGE 82 126 (1^{er} sénat 30 mai 1990 *Kündigungsfristen für Arbeiter*)

Liste des arrêts évoquant uniquement le principe d'égalité

Egalité/ pas discrimination

BVerfGE 1, 14 (2^{ème} sénat, 23 octobre 1951, *Südweststaat*)
 BVerfGE 1, 208 (2^e sénat 5 avril 1952 *7,5%-Sperrklausel*)
 BVerfGE 3, 162 (1^{er} sénat, 17 décembre 1953, *Angestelltenverhältnisse*)
 BVerfGE 3, 58 (17 décembre 1953 *Beamtenverhältnisse*)
 BVerfGE 4, 7 (1^{er} sénat 20 juillet 1954 *Investitionshilfe*)
 BVerfGE 4, 219 (1^{er} sénat, 21 juillet 1955, *Junktimklausel*)
 BVerfGE 7, 129 (1^{er} sénat, 16 octobre 1957, *lex Schörner*)
 BVerfGE 7, 377 (1^{er} sénat, 11 juin 1958 *Apotheken-Urteil*)
 BVerfGE 8, 51 (2^e sénat, 24 juin 1958 *Parteispenden-Urteil*)
 BVerfGE 9, 338 (1^{er} sénat 16 juin 1959, *Hebammenaltersgrenze*)
 BVerfGE 10, 354 (1^{er} sénat, 25 février 1960 *Bayerische Ärzteversorgung*)
 BVerfGE 13, 225 (1^{er} sénat, 29 novembre 1961, *Bahnhofsapotheke Frankfurt*).
 BVerfGE 16,6 (2^e sénat, 24 avril 1963 *Verkündungszeitpunkt*)
 BVerfGE 18, 315 (1^{er} sénat, 27 janvier 1965)
 BVerfGE 25, 236 (25 février 1969)
 BVerfGE 32, 157 (2^e sénat 21 octobre 1971 *Stichtagsregelung*)
 BVerfGE 33, 303 (1^{er} sénat, 18 juillet 1972 *Numerus clausus I*)
 BVerfGE 42, 20 (1^{er} sénat, 10 mars 1976, *Öffentliches Wegeigentum*)
 BVerfGE 45, 187 (1^{er} sénat 21 juin 1977 *Lebenslange Freiheitsstrafe*)
 BVerfGE 50, 142 (1^{er} sénat 17 janvier 1979 *Unterhaltsverpflichtung*)
 BVerfGE 55, 72 (1^{er} sénat 7 octobre 1980, *Präklusion I*)
 BVerfGE 56, 298 (2^e sénat, 7 octobre 1980 *Flugplatz Memmingen*)
 BVerfGE 66, 84 (1^{er} sénat 10 janvier 1984 *Unterhalt III*) (p.95)
 BVerfGE 76, 12 (2^e sénat, mai 1987, *Familiennachzug*)
 BVerfGE 84, 348 (1^{er} sénat 8 octobre 1991, *Zweifamilienhaus*)
 BVerfGE 87, 273 (1^{er} sénat, 3 novembre 1992, *Erörterungsgebühr*)
 BVerfGE 87, 234 (1^{er} sénat 17 novembre 1992, *Einkommensanrechnung*)
 BVerfGE 88, 87 (1^{er} sénat, 26 janvier 1993, *Transsexuelle II*)
 BVerfGE 89, 1 (1^{er} sénat 26 mai 1993 *Besitzrecht des Mieters*) (pp.13 et s.)
 BVerfGE 92, 26 (1^{er} sénat, 10 janvier 1995, *Zweitregister*)
 BVerfGE 96, 1 (2^e sénat 10 avril 1997 *Weihnachtsfreibetrag*)
 BVerfGE 93, 330 (1^{er} sénat, 14 octobre 1997, *BaföG als Darlehen*)
 BVerfGE 98, 365 (1^{er} sénat 15 juillet 1998, *Versorgungsanwartschaften*)
 BVerfGE 99, 216 (2^e sénat 10 novembre 1998 *Familienlastenausgleich II*) (p.244)
 BVerfGE 100, 138 (1^{er} sénat, 28 avril 1999, *Rentenüberleitung IV*)
 BVerfGE 101, 275 (2^e sénat 7 décembre 1999 *Fahnenflucht*) (p.209 et s., pt.107).
 BVerfGE 101, 297 (2^e sénat 7 décembre 1999 *Häusliches Arbeitszimmer*)
 BVerfGE 103, 89 (1^{er} sénat, 6 février 2001, *Unterhaltsverzichtsvertrag*)
 BVerfGE 108, 52 (1^{er} sénat, 9 avril 2003, *Kindesunterhalt*)
 BVerfGE 110, 141 (1^{er} sénat, 12 mars 2004 *Kampfhunde*)
 BVerfGE 115, 381 (1^{er} sénat, 23 mai 2006 *Dauerpflegschaften*)
 BVerfGE 115, 81 (1^{er} sénat 17 janvier 2006 *Rechtsschutz gegen Verordnungen*)
 BVerfGE, BvR 2310/06 (1^{er} sénat, 14 octobre 2008)

Bibliographie

Ouvrages et thèses

- AUTEXIER (Christian), *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, 384 p.
- BRITZ (Gabriele), *Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung. Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung*, Mohr, 2008, 236 p. ;
- DÄUBLER (Wolfgang), BERTZBACH (Martin) (dir.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar*, Nomos, 3^e éd., 2013, 1031 p.
- DECHATRE (Laurent), *Le pacte fédératif européen*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2012, 844 p.
- DIETLEIN (Johannes), *Die Lehre von den Grundrechtlichen Schutzpflichten*, Duncker & Humblot, 1992, 250 p.
- EPPING (Volker), *Grundrechte*, Springer, 5^e éd., 2015, 516 p.
- GERKEN (Lüder), RIEBLE (Volker), ROTH (Günter H.), STEIN (Torsten), STREINZ (Rudolf), „*Mangold*“ als ausbrechender Rechtsakt, Munich, sellier european law publishers GmbH, 2009, 86 p.
- JOUANJAN (Olivier), *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, 1992, 449 p.
- KLOEPFER (Michael), *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, Beck, 2010, 658 p.
- KORTHAUS (Hannah), *Das neue Antidiskriminierungsrecht : Die Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG und die Auswirkungen auf das deutsche Arbeitsrecht*, Mainz Verlag, 2006, 338 p.
- KRINGS (Günter), *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche*, 2003, 417 p.
- PHILIPPE (Xavier), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Economica, 1990, 541 p.
- PIEROTH (Bodo), SCHLINK (Bernhard), KINGREEN (Thorsten), POSCHER (Ralf), *Grundrechte – Staatsrecht II*, Müller, 24^e éd., 2008, 351 p.
- RAMBAUD (Thierry), *Le principe de séparation des cultes et de l'Etat en droit public comparé : analyse comparative des régimes français et allemand*, LGDJ, 2004, 480 p.
- RAZE (Laetitia), *L'âge en droit social : étude en droit européen, français et allemand*, thèse, Université de Rennes I, 2013, 636 p.
- ROTTLEUTHNER (Hubert), MAHLMANN (Matthias), *Diskriminierung in Deutschland*, Nomos, 2011, 474 p.
- SCHMIDT (Thomas A.), *Von "Mangold" bis "Maruko": Die Judikatur des EuGH zur Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie und ihr Einfluss auf die deutsche Rechtsordnung*, BWV Berliner-Wissenschaft, 2014, 489 p.
- SMEND (Rudolf), *Verfassung und verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, 1928, rééd. in : réédité in : *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze von Rudolf Smend*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, 621 p.
- STERN (Klaus), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1: Die einzelnen Grundrechte*, Beck, 2006, 2422 p.
- STERNBERGER (Dolf), *Verfassungspatriotismus*, Insel, 1990, 389 p.
- WALLERATH (Maximilian), *Die Selbstbindung der Verwaltung: Freiheit und Gebundenheit durch den Gleichheitssatz*, Duncker & Humblot, 1968, 148 p.

Articles

- ALBERS (Marion), Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, *JuS*, 2008, pp.945-949
- ARNAULT (Andreas von), Zur Erforderlichkeit der Ausdifferenzierung des Diskriminierungsverbotes, in : KLEIN (Eckart), MENKE (Christoph)(dir.), *Universalität - Schutzmechanismen- Diskriminierungsverbote*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2008, pp.396-420
- BADURA (Peter), Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre. Zum Tode von Rudolf Smend, *Der Staat*, 1977, n°16, pp.305-325
- BAER (Suasanne), Ungleichheit der Gleichheiten ? Zur Hierarchisierung von Diskriminierungsverboten, in : KLEIN (Eckart), MENKE (Christoph)(dir.), *Universalität - Schutzmechanismen- Diskriminierungsverbote*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2008, pp.421-450
- BAUER (Jobst-Hubertus), THÜSING (Gregor), SCHUNDER (Achim), Kommentar - Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz - Alter Wein in neuen Schläuchen ?, *NZA*, 2006, p.774–778
- BAUER (Jobst-Hubertus), Europäische Antidiskriminierungsrichtlinien und ihr Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht, *NJW*, 2001, pp.2672–2677

- BAUER (Jobst-Hubertus), Einleitung, in : ID., GÖPFERT (Burkard), KRIEGER (Steffen), *AGG*, Beck, 2011, 3^e éd.
- BAYREUTHER (Frank), Altersgrenzen, Altersgruppenbildung und der Ausschluss rentennaher Arbeitnehmer aus Sozialplänen, *NJW*, 2011, pp.19-23
- BAYREUTHER (Frank), Diskriminierung und sachwidrige Ungleichbehandlung: nicht nur eine Frage des Anstands, *NZA-Beilage*, 2011, pp.27-35
- BOYSEN (Sigrid), Art.3 GG, KUNIG (Philip), MÜNCH (Ingo von), *Grundgesetz-Kommentar, Band I*, Beck, 2012.
- BRORS (Christiane), §10, in : DÄUBLER (Wolfgang), BERTZBACH (Martin) (dir.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar*, Nomos, 3^e éd., 2013.
- BRÜNING (Christoph), Gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit, *JZ*, 2001, pp.669-673
- BUTZER (Hermann), HOLLO (Anna-Lena), Pauschalierung im Sozialrecht – eine verfassungsrechtliche Analyse, in : HEINE (Peter), *60 Jahre Sozialgerichtsbarkeit Niedersachsen und Bremen*, Boorberg, 2014, pp.213-230
- CREMER (Hendrik), Das Verbot rassistischer Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 3 GG, *Anwaltspraxis*, 2013, n°12, ppp.896-899
- CREMER (Hendrik), "Racial Profiling" – Menschenrechtswidrige Personenkontrollen nach § 22 Abs. 1 a Bundespolizeigesetz. Empfehlungen an den Gesetzgeber, Gerichte und Polizei, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2013, 31 p.
- DÄUBLER (Wolfgang), Einleitung, in : DÄUBLER (Wolfgang), BERTZBACH (Martin) (dir.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar*, Nomos, 3^e éd., 2013.
- DECHATRE (Laurent), L'identité constitutionnelle comme limite à l'ouverture au droit international et européen en Allemagne et en France, in : LAGRANGE (E.), HAMMAN (A.), SOREL (J.-M.), *Si proche, si loin, la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Société de législation comparée, 2012, pp.63 et s.
- DECHATRE (Laurent), La décision de Karlsruhe sur le mécanisme européen de stabilité financière : une validation sous condition et une mise en garde sibylline pour l'avenir, *Cahiers de droit européen*, 2011, n°1, pp.319 et s.
- DECHATRE (Laurent), Karlsruhe et le contrôle ultra vires : une "source de miel" pour adoucir la très acidulée décision Lisbonne, *Revue des affaires européennes*, 2009-2010, n°4, pp.861-873- FROMONT (Michel), Le principe de proportionnalité, *AJDA*, 1995, pp.156 et s.
- FUCHS (Maximilian), Elemente der Antidiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht, *ZESAR*, 2006, n°5, p.377-385
- HAHN (Oliver), REICHHOLD (Hermann), HEINRICH (Martin), Neuer Anlauf zur Umsetzung der Antidiskriminierungs-Richtlinien : Plädoyer für ein Artikelgesetz, *NZA*, 2005, p.1270-1276
- HANAU (Peter), Neues vom Alter im Arbeitsverhältnis, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2007, vol.28 n°51-52, p.2381-2389
- HERZOG (Roman), Art.3 Abs.1, in : MAUNZ (Theodor), DÜRIG (Günter), HERZOG (dir.), *Grundgesetz. Loseblatt-Kommentar*, Beck, 2009.
- HEUN (Werner), Art.3, in : DREIER (Horst), *Grundgesetz-Kommentar Band I*, 3^e éd., Mohr Siebeck, 2013.
- HILLGRUBER (Christian), Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 7. Juli 2009 — 1 BvR 1164/07, BVerfGE 124, 199, *JZ*, 2010, pp.41-44
- HOPPE (Tilman), Gleichstellung eingetragener Lebenspartner, *DVBl*, 2009, pp.1510-1519
- HUSTER (Stefan), art.3, in : FRIAUF (Karl-Heinrich), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Beck, 2016.
- JARASS (Hans), Art.3, in : JARASS (Hans), PIEROT (Bodo), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 14^e éd., 2016.
- JESTAEDT (Mathias), §11, in : ERICHSENS (Hans-Uwe), EHLERS (Dirk), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, De Gruyter, 14^e éd., 2010.
- JOUANJAN (Olivier), Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, *Etudes et documents - Conseil d'Etat*, 1996, n°48, p.411-429.
- JUNCKER (Abbo), Auswirkungen der neueren EuGH-Rechtsprechung auf das deutsche Arbeitsrecht, *NZA*, 2011, pp.950-957
- KIRCHBERG (Christian), Willkürschutz statt Grundrechtsschutz ?, *NJW*, 1987, n°40, p.1988-1997
- KIRCHHOF (Paul), Der allgemeine Gleichheitssatz, in : ISENSEE (Josef), KIRCHHOF (Paul), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, 1992, §124, pts.194 et s.
- KISCHEL (Uwe), art.3 GG, in : *Beck'scher Online-Kommentar VerfR*, 2016.
- KÖNIG (Doris), PETERS (Anne), Das Diskriminierungsverbot, in : DÖRR (Oliver), GROTE (Rainer), MARAUHN (Thilo) (Dir.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Mohr Siebeck, 2^e éd., 2013, pp.1114-1221
- KÖRNER (Marita), Europäisches Verbot der Altersdiskriminierung, *NZA*, 2005, pp.1395-1398

- KREBBER (Sebastian), The social rights approach of the European Court of Justice to enforce European employment law, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2006, vol.27 n°3, pp.377-403
- KRIEGER (Heike), Artikel 3, in : HOFFMANN (Hans), HENNEKE (Hans-Günter), *Kommentar zum Grundgesetz*, 13e éd., Heymanns Verlag, 2014, pp.228-256
- KRINGS (Günter), Der besondere Eheschutz zwischen Verfassung und Verfassungsgericht – Der Wandel der Auslegung des Art. 6 Abs. 1 GG in der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG, in : HÖFLING (Wolfram), *Festgabe für Karl Heinrich Friauf zum 80. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, 2011.
- LEUCHTEN (Alexius), Der Einfluss der EG-Richtlinien zur Gleichbehandlung auf das deutsche Arbeitsrecht, *NZA*, 2002, vol.19, pp.1254–1261
- MATSCHER (Franz), Betrachtungen über das Diskriminierungsverbot (Art 14 EMRK) nach der neueren Praxis der Strassburger Instanzen, in: *Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit. Festschrift für Hans R. Klecatsky, Bd. 2*, new academic press, 1980, pp.627 et s.
- MICHAEL (Lothar), Lebenspartnerschaften unter dem besonderen Schutze einer (über-)staatlichen Ordnung – Legitimation und Grenzen eines Grundrechtswandels kraft europäischer Integration, *NJW*, 2010, p.3537-3542
- MÖRSDORF (Oliver), Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, *EuR*, 2009, pp.219-241
- NOLTE (Georg), Gleichheit und Nichtdiskriminierung, in : WOLFRUM (Rudiger), (dir.), *Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz*, Springer, 2003, pp.235 et s.
- NUSSBERGER (Angelika), Altersgrenzen als Problem des Verfassungsrechts, *JZ*, 2002, p.524-532
- OSTERLOH (Lerke), Art.3 GG, in : SACHS (Michael), *Grundgesetz-Kommentar*, 7^e éd., Beck, 2014.
- PETERS (Anne), Diskriminierungsverbotes, in : MERTERN (Detlev), PAPIER (Hans-Jürgen), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2*, 2007, pp.255-299
- PÖTTERS (Stephan), TRAUT (Johannes), Eskalation oder Burgfrieden : Mangold vor dem BVerfG, *ZESAR*, 2010, p.267-276
- PREIS (Ulrich), Schlangenlinien in der Rechtsprechung des EuGH zur Altersdiskriminierung, *NZA*, 2010, pp.1325-1328
- PREIS (Ulrich), Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht, *NZA*, 2006, pp. 401-410
- PICKER (Eduard), Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie ?, *JZ*, 2002, pp.880-882
- RAMBAUD (Thierry), Le principe de non discrimination en droit allemand à l'épreuve du droit communautaire, in : POTVIN-SOLIS (Laurence) (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans L'Union européenne, Annales de la faculté de droit de Metz*, Bruylant, 2007, pp 167-176
- RAUE (Frank), Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein ?, *AöR*, 2006, n°131, pp.79-116 ;
- RENNERT (Klaus), Die Verfassungswidrigkeiten "falscher" Gerichtsentscheidungen, *NJW*, 1991, p.12.
- REPASI (René), Die Reichweite des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Richtlinienumsetzung, *EuZW*, 2009, p.756–757
- RIESENHUBER (Karl), Case : ECJ – Mangold, *European Review of Contract Law*, 2007, Vol.3 n°1, pp.62-71
- RICHARDI (Reinhard), Neues und Altes – Ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, *NZA*, 2006, p.881-887
- SACHS (Michael), §40, in : ID., STELKENS (Paul), BONK (Heinz J.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Beck, 2004, pts.103 et s.
- SÄCKER (Franz-Jürgen), "Vernunft statt Freiheit" : die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2002, n°35, pp.286-290
- SCHIEK (Dagmar), Gleichbehandlungsrichtlinien der EU - Umsetzung in das deutsche Arbeitsrecht, *NZA*, 2004, vol.21, n°16, pp.873-884
- STARCK (Christian), art.3 GG, in : MANGOLDT (Hermann von) KLEIN (Friedrich), STARCK (Christian) (dir.), *Das Bonner Grundgesetz, Band 1*, 4e éd., 1999.
- STOLLEIS (Michael), Historische und ideengeschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes, in : WOLFRUM (Rudiger), (dir.), *Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz*, Springer, 2003, pp.7-22
- TEMPELMANN (Achim), STENSLIK (Bastian-Peter), Staffelung von Arbeitgeberleistungen nach dem Lebensalter, *DStR*, 2011, pp.1183 - 1186
- TISCHBIREK (alexander), WIEHL (Tim), Verfassungswidrigkeit des „Racial Profiling“: Zugleich ein Beitrag zur Systematik des Art. 3 GG, *JZ*, 2013, vol.68 n°25, p.219-224
- TOMUSCHAT (Christian), Equality and Non-Discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights, in : MUNCH (Ingo von) (éd.), *Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht - Festschrift Für Hans-Jürgen Schlochauer*, 1981, pp.691 et s.

- WALTER (Christian), Gleichheit und Rationalität : Umfang und Grenzen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebers anhand des Gleichheitssatzes, in : WOLFRUM (Rudiger), (dir.), *Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz*, Springer, 2003, pp.253 et s.
- WIELAND (Joachim), Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung, *NJW*, 2009, pp.1841-1845
- WINKLER (Gottfried), Die neuen europäischen Gleichbehandlungsregeln, *ZAS*, 2004, pp.55 et s.
- ZEIDLER (Wolfgang), Die Aktualität des Gleichheitssatzes nach dem Bonner Grundgesetz, *DÖV*, 1952, pp.4-7

Documents d'institutions

- ANTIDISKRIMINIERUNGSSTELLE DES BUNDES, *AGG-Wegweiser*, juillet 2015, pp.10 et s.
- BUNDESTAG, *Verdachtsunabhängige Maßnahmen nach § 22 Abs. 1a BPolG und „Racial Profiling“*, Wissenschaftliche Dienste 3 - 3000 - 020/15, mars 2015, 32 p.
- ANTIDISKRIMINIERUNGSSTELLE DES BUNDES (rédigé par KLOSE (Alexander), BERGHAHN (Sabine), LEWALTER (Sandra), LIEBSCHER (Doris), SPANGENBERG (Ulrike), WERSIG (Maria)), *Handbuch « rechtlicher Diskriminierungsschutz »*, Nomos, juillet 2014, 42 p.

Liste des abréviations des revues

AöR : Archiv des öffentlichen Rechts
 DÖV : Die Öffentliche Verwaltung
 DStR : Deutsches Steuerrecht
 DVBl : Deutsche Verwaltungsblatt
 EuZW, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
 EuR : Europarecht
 FPR : Familie Partnerschaft Recht
 JuS : Juristische Schulung
 JZ : JuristenZeitung
 NJW : Die Neue Juristische Wochenschrift
 NZA : Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
 ZAS : Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
 ZESAR : Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht

1) Le rôle central du juge constitutionnel dans la protection des droits fondamentaux en Allemagne	2
a) La construction juridique des droits fondamentaux en droit allemand.....	2
b) Les pouvoirs de contrôle étendus du juge constitutionnel allemand	3
2) Eléments sur la loi sur l'égalité de traitement de 2006	5
I. Définition des principes d'égalité et de non discrimination dans le contexte allemand	8
A. Egalité et non discrimination : une même idée prise sous deux angles distincts.....	9
1) Une distinction dérivant de leur place au sein des textes et de la jurisprudence ?	10
2) Les obligations découlant des deux principes, élément de différenciation ?.....	11
B. La reconnaissance jurisprudentielle des discriminations indirectes.....	14
C. Explication des critères visés par le principe de non discrimination	17
II. L'encadrement imposé par le juge.....	21
A. Obligation de cohérence et autolimitation	22
1) L'obligation de cohérence imposée au législateur	22
a) Condition préalable à l'obligation de cohérence et d'autolimitation, l'identité d'auteur	22
b) L'équilibre entre impératifs de cohérence et d'adaptation	23
2) L'autolimitation de l'administration	23
B. L'interdiction de traiter différemment des situations semblables.....	25

1) D'un contrôle de l'arbitraire à un examen à l'intensité graduelle.....	25
a) Une limitation originelle au contrôle de l'arbitraire.....	25
b) Le renforcement du contrôle	27
2) Des étapes du contrôle proches de celles de la CEDH et de la CJUE.....	28
a) Le préalable d'un cadre de comparaison approprié	28
b) Le contrôle de la justification.....	29
c) Les conséquences d'une violation des principes d'égalité et de non discrimination.....	32
C. L'interdiction de traiter de façon identique des situations différentes.....	33
1) Le principe	33
2) La possibilité de généralisation et de réglementation par type, limitée à l'obligation de traitement différent de situations distinctes.....	35
III. L'impact du droit européen sur la jurisprudence constitutionnelle.....	36
A. L'évolution du droit allemand relativement au critère de l'âge.....	37
1) La validation constitutionnelle de la jurisprudence <i>Mangold</i> en dépit de fortes critiques	38
2) Les conséquences de la jurisprudence européenne sur le droit allemand.....	41
a) Les conséquences en matière législative et réglementaire	41
b) Une timide ouverture du juge constitutionnel allemand	41
B. Une évolution profonde de l'appréciation des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.....	44
1) L'interprétation jurisprudentielle antérieure à l'arrêt Maruko.....	44
2) L'apport de la jurisprudence de la CJUE.....	45
3) Les conséquences de la jurisprudence européenne en droit allemand.....	46
Conclusion.....	48
Annexe.....	49
<u>Liste des arrêts cités sur le principe de non discrimination</u>	49
<u>Liste des arrêts évoquant uniquement le principe d'égalité</u>	50
Bibliographie	51
Liste des abréviations des revues.....	54