HAL
open science

Les collectivités territoriales face au risque de discrimination

Jérémie Saiseau

To cite this version:

Jérémie Saiseau. Les collectivités territoriales face au risque de discrimination. Droit. Université de Bordeaux, 2018. Français. NNT : 2018BORD0436 . tel-02165201

HAL Id: tel-02165201

https://theses.hal.science/tel-02165201

Submitted on 25 Jun 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE DE BORDEAUX

ECOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41)

DOCTORAT en DROIT

Jérémie SAISEAU

LES COLLECTIVITES TERRITORIALES FACE AU RISQUE DE DISCRIMINATION

Soutenue le 21 décembre 2018

Jury :

Mme Olivia BUI-XUAN
Professeure de droit public à l'Université d'Evry-Val d'Essonne
Rapporteure

Mme Gwénaële CALVES
Professeure de droit public à l'Université de Cergy-Pontoise
Co-directrice de thèse

M. Pascal COMBEAU
Professeur de droit public à l'Université de Bordeaux

M. Olivier DUBOS
Professeur de droit public à l'Université de Bordeaux
Directeur de thèse

M. Louis DUBOUIS
Professeur émérite à l'Université Aix-Marseille
Président du jury

M. Théodore GEORGOPOULOS
Maître de conférences – HDR à l'Université de Reims (Chaire Jean Monnet)
Rapporteur

L’Université de Bordeaux n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

« La valeur qu'une personne attache à une fin donnée ne se mesure pas à ce qu'elle dit de sa préciosité, mais au soin qu'elle met à obtenir et à utiliser les moyens sans lesquels cette fin ne peut être atteinte […] le manque de désir ou d'intérêt s'atteste par la négligence à l'égard des moyens ».

J. Dewey, *La formation des valeurs*, Paris, La Découverte, 2011, pp. 108-109.

« On ne reproche pas à l'aveugle de ne pas voir »

Chiens de paille, Maudits soient les yeux fermés, 1998

Remerciements

Mes remerciements s'adressent, en premier lieu, à mes deux directeurs de recherche sans qui ces travaux n'auraient pas existé : Madame Gwénaële Calvès, tout d'abord, en construisant un sujet passionnant ; Monsieur Olivier Dubos, ensuite, en me poussant à en venir à bout.

Je tiens également à remercier la région Ile-de-France pour avoir contribué au financement de ces travaux dans le cadre de son programme « Partenariat institutions-citoyens pour la recherche et l'innovation », ainsi que l'association SOS Racisme et le Centre de recherche et de documentation européennes et internationales pour leur participation au projet. Au sein de ses structures, doivent être distinguées Sylvie Duminil, Florence Quéré et Dominique Marmié pour leur professionnalisme, leur soutien et leur disponibilité tout au long de ces épreuves.

Ce travail doit beaucoup à une équipe de relecteurs infatigables : Olivier Bonnefoy, qui connait toutes les versions du projet, ainsi que Guillaume Gueguen, Elodie Chagnaud et Carla Yared.

Il y eut aussi des rencontres d'un jour, d'un soir, au détour d'un colloque ou devant un café. J'ai pu ainsi croiser le champ de la sociologie avec les chercheurs du centre Emile Durckheim et connaître le quotidien des élus et des agents locaux grâce à la Mairie de Bordeaux.

Il y a des relations qui durent encore, forgées loin de mon pré-carré, au Centre franco-biélorusse de science politique et d'études européennes et au Centre universitaire de formation et de recherche de Mayotte. Celles-là je ne les oublie pas.

Une bande de fous FORmidables accompagne ma vie depuis de longues années. Ils me connaissent et se reconnaissent ; inutile d'en rajouter. Avec eux, j'associe Charline Monthel et Haichu, mes lumières du quotidien. Je pense aussi aux compagnons de galère : Ronan Hervouët, Arnaud Dolidier et Camille Male. Et tous les autres qui m'ont aidé, soutenu et encouragé, la liste est interminable : R. D.-D., J.M., G.V., L.R., H.E., S.K., M.F., A.D., V.B., L.B., C.N… etc.

Enfin, je ne pourrais pas terminer sans un mot pour ma famille. A ma mère qui m'a porté depuis toujours, mon père qui a donné de son temps, mes deux frères comme exemples, ma grand-mère, la plus forte, ma cousine, mon oncle et ma tante toujours présents, à eux tous, je leur réserve mes plus sincères remerciements. Les sentiments suivent en même temps...

A l'amour,

A la vie,

...

A égalité.

Sommaire

Première partie : L'apparition d'un risque de discrimination des collectivités territoriales

Titre 1 : L'ignorance du risque de discrimination par l'uniformité territoriale

Chapitre 1 : L'uniformité du pouvoir local

Chapitre 2 : L'uniformité de l'administration locale

Titre 2 : L'émergence du risque de discrimination par la sanction juridictionnelle

Chapitre 1 : La notion juridique de discrimination applicable aux collectivités territoriales

Chapitre 2 : Le contentieux pour discrimination applicable aux collectivités territoriales

Seconde partie : L'appréhension du risque de discrimination des collectivités territoriales

Titre 1 : L'adaptation au risque de discrimination par la parcellisation territoriale

Chapitre 1 : L'adaptation aux inégalités de traitement par la localisation normative

Chapitre 2 : L'adaptation aux inégalités de fait par la solidarité administrative

Titre 2 : La correction du risque de discrimination par l'approche intégrée

Chapitre 1 : L'approche par le risque de la discrimination

Chapitre 2 : Le traitement « glocal » de la discrimination

Table des abréviations

ACSé	Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances
aff.	Affaire
AJ	Actualité juridique
AJCT	Actualité juridique collectivités territoriales
AJDA	Actualité juridique droit administratif
AJFP	Actualité juridique fonction publique
Art. cit.	Article cité
Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
BO	Bulletin officiel
Bull. civ.	Bulletin civil
Bull. crim.	Bulletin criminel
c.	contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
(N)CCC	Les (Nouveaux) Cahiers du Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CGET	Commissariat général à l'égalité des territoires
Chr.	Chronique

Cir.	Circulaire
Civ.	Chambre civile
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
COM	Collectivité d'outre-mer (art. 74, Constitution)
Com.	Chambre commerciale
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Crim.	Chambre criminelle
CSDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
D.	Recueil Dalloz
DDD	Défenseur des droits
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789
Dir.	Directive européenne
DROM	Département et région d'outre-mer
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948
E. a.	Et autres
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
EPCI	Etablissement public de coopération intercommunale
Fasc.	Fascicule
GAJA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative

Gaz. Pal.	Gazette du Palais
HALDE	Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
Ibid.	*Ibidem*
J-Cl	Juris-classeur
JCP	Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
JCP Adm.	Juris-classeur périodique Administrations et collectivités territoriales
JO(CE)	Journal officiel (des communautés européennes)
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LC	Loi constitutionnelle
LO	Loi organique
LPA	Les petites affiches
Min.	Ministre
Not.	Notamment
Op. cit.	*Opus citatum*
Ord.	Ordonnance
Préc.	Précité.e
PU	Presses universitaires
PUF	Presses universitaires de France
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rec. (CE)	Recueil de jurisprudence (des communautés européennes)
Req.	Requête

RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RRJ.	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
s.	Suivant.e.s
S.	Recueil Sirey
Sect.	Section du contentieux du Conseil d'État
Spéc.	Spécifiquement
T.	Mentionné aux tables Lebon
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPI(CE)	Tribunal de première instance (des communautés européennes)
UE	Union européenne
Vol.	Volume

Introduction générale

1. « *Du pain et des lois !* », voici le mot d'ordre de ceux que Gracchus BABEUF désignait comme les amis de l'égalité[1]. Ils rappelaient ainsi, dans un contexte révolutionnaire marqué par le triomphe de l'universalisme de la loi dans le champ des idées, que l'égalité se devait d'être tout autant matérielle que juridique. Ce slogan, sous forme d'injonction, permet également de capter l'atmosphère conflictuelle et passionnelle des débats qui émergent dans ce mouvement de refondation des institutions politiques et sociales. L'établissement du projet de nouvelle société démocratique a placé l'idée d'égalité au cœur des interrogations et dans le cœur des individus qui participent à sa construction[2]. En cette période de renversement de la société d'Ancien Régime structurée en ordres, la passion de l'égalité semble avoir plus particulièrement gagné la société française[3]. Alexis de TOCQUEVILLE avait alors relevé l'attachement irraisonné pour cette cause[4], reléguant la question de la liberté au rang d'accessoire[5]. Il écrivait ceci : « *Je pense que les peuples démocratiques ont un goût naturel pour la liberté ; livrés à eux-mêmes, ils la cherchent, ils l'aiment, et ils ne voient qu'avec douleur qu'on les en écarte.*

---

[1] G. BABEUF, « Manifeste des égaux », 1796, in P. BUONARROTI, *Conspiration pour l'égalité dite de Babeuf*, tome II, La librairie romantique, 1828, p. 35.
[2] C. De SECONDAT De MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1758, Institut des libertés – Bibliothèque libre, www.institutdeslibertes.org, p. 45 : « *L'amour de la république, dans une démocratie, est celui de la démocratie ; l'amour de la démocratie est celui de l'égalité* ».
[3] A. De TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, tome II, Gallimard, Folio-Histoire, 1999, p. 137 : « *Chacun a remarqué que, de notre temps, et spécialement en France, cette passion de l'égalité prenait chaque jour une place plus grande dans le cœur humain* ».
[4] Ibid., p. 137 : « *La première et la plus vive des passions que l'égalité des conditions fait naître, je n'ai pas besoin de le dire, c'est l'amour de cette même égalité. On ne s'étonnera donc pas que j'en parle avant toutes les autres* ».
[5] Ibid. : « *On a dit cent fois que nos contemporains avaient un amour bien plus ardent et bien plus tenace pour l'égalité que pour la liberté* ».

Mais ils ont pour l'égalité une passion ardente, insatiable, éternelle, invincible ; ils veulent l'égalité dans la liberté, et, s'ils ne peuvent l'obtenir, ils la veulent encore dans l'esclavage. Ils souffriront la pauvreté, l'asservissement, la barbarie, mais ils ne souffriront pas l'aristocratie. Ceci est vrai dans tous les temps, et surtout dans le nôtre. Tous les hommes et tous les pouvoirs qui voudront lutter contre cette puissance irrésistible seront renversés et détruits par elle. De nos jours, la liberté ne peut s'établir sans son appui, et le despotisme lui-même ne saurait régner sans elle »[1]. Pour l'auteur, proclamer l'égalité est devenu un impératif, la cause première à installer, pour toute société contemporaine, *a fortiori* lorsqu'elle se fonde sur un régime démocratique.

2. Proclamer l'égalité dans les textes ne signifie pas la réaliser dans les faits. Or, il ne saurait « *y avoir ni vraie liberté, ni justice dans une société, si l'égalité n'y est pas réelle* »[2]. En cela, Alain RENAUT considère que « *le processus de démocratisation peut […] légitimement être pensé comme un processus d'égalisation* ». Il s'agit « *à partir [des] différences et sans forcément les nier, d'égaliser les conditions – à la fois au sens tocquevillien des conditions juridiques, et au sens des conditions matérielles et sociales ou d'inégalités matérielles et sociales telles qu'elles peuvent empêcher, du moins quand elles induisent des déprivations extrêmement sévères, l'accès de tous à une qualité de vie décente, donc la reconnaissance d'un tel accès comme un droit pour tous* »[3]. Egalité formelle – en droit – et réelle – en faits – sont intrinsèquement liées au sens où la première constitue le point de départ de toute société démocratique et la seconde la condition de la pérennisation de ses institutions. Il revient « *pour les sociétés qui se sont choisies comme des démocraties ou qui ont entrepris de le faire, d'égaliser sur le terrain du droit ou par le droit les différences de fait qui sont le produit de la nature ou de l'histoire* »[4].

3. C'est ainsi que la place du droit est devenue centrale dans nos sociétés contemporaines : en proclamant l'égalité universelle de tous les individus, il ordonne les nouvelles structures des sociétés démocratiques ; en réduisant les inégalités qui résultent des différences de fait, il pérennise les institutions. Instrument premier de l'action des pouvoirs publics, le droit apparaît

---

[1] Ibid., p. 142. Napoléon BONAPARTE disait des français qu'ils sont « *indifférents à la liberté ; ils ne la comprennent ni ne l'aiment ; la vanité est leur seule passion et l'égalité politique, qui permet à tous d'arriver à toutes les places est le seul droit politique dont ils fassent cas* » ; cf. STENDHAL, *La Vie de Napoléon*, Texte établi par Henri Martineau, *Le Livre du divan*, tome 1, 1930, p. 72.

[2] N. De CONDORCET, *Journal d'instruction sociale des citoyens*, 1793, FDHIS, Paris, 1981, p. 9. Voir aussi, G. CHAVRIER, « Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales », in J. BENETTI (sous la direction de), *Les collectivités territoriales et le principe d'égalité*, travaux de l'Association de droit des collectivités locales, L'Harmattan, 2016, pp. 145-155, spéc. p. 145.

[3] A. RENAUT, « Différences, inégalités, injustice. Une grille conceptuelle de la démocratie », in F. DUBET, *Inégalités et justice sociale*, La Découverte, coll. Recherches, 2014, p. 98.

[4] Ibid.

donc comme le moyen le plus approprié leur permettant d'accomplir leur fonction d'égalisation. Toutefois, dans cette optique, son usage peut relever du paradoxe : comme l'indique justement Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, « *l'activité normative est, par nature, discriminatoire. Légiférer, comme gouverner, c'est forcément choisir* »[1]. La sélection opérée ainsi contient en elle-même les risques d'aggraver les inégalités plutôt que de les réduire. C'est dans la volonté de lever ce paradoxe que ce travail se situe. Les collectivités territoriales, de par leur position spécifique, dans le concert des institutions, constituent, à cet égard, un objet d'étude particulièrement riche.

§1) Délimitation du sujet

4. **Les collectivités territoriales.** Institutions bien connues de notre droit public, les collectivités territoriales ne possèdent pas de définition juridique établie. Lorsqu'il s'agit de les évoquer, il est de coutume de se référer aux catégories de collectivités territoriales inscrites dans la Constitution. L'article 72 alinéa 1er déclare ainsi que « *les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la constitution* ». Il distingue cinq catégories de collectivités : trois catégories de droit commun – les communes, les départements et les régions – et deux catégories dérogatoires – les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer visées à l'article 74. L'article consacre également le caractère secondaire, ou dérivé, de leur existence en rappelant leur nécessaire intégration dans la République et, partant, leur subordination à l'autorité de l'Etat. La notion de collectivités territoriales se pense donc à travers ses rapports avec l'Etat et sa structure dans le cadre de sa politique d'administration du territoire.

5. Les collectivités territoriales sont le fruit d'une décentralisation de l'action étatique qui peut se définir comme « *un processus de dévolution de compétences administratives au profit de collectivités publiques élues qui les exercent en leur nom et pour leur compte dans le respect des finalités et modalités d'un contrôle, généralement qualifié de "tutelle"* »[2]. Les collectivités

[1] F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Aix-en-Provence, PU Aix-Marseille, Economica, coll. « Droit public positif », 1997, p. 18. Il ajoute : « *le problème d'édiction des normes requiert du législateur qu'il procède à des différenciations de traitement, ce qui implique qu'il se trouvera toujours des catégories de sujets de droit qui s'estimeront lésées par l'un ou l'autre des choix de politique législative* » ; cf. ibid.

[2] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, 5e éd., Précis, Dalloz, 2018, p. 6, n° 6.

territoriales seraient donc des personnes morales de droit public à vocation territoriale, disposant de compétences administratives dévolues, d'organes de direction élus par la communauté des citoyens, et soumis à une tutelle de l'Etat. Ces caractéristiques permettent de les distinguer d'abord de l'Etat et de ses services déconcentrés (préfectures), de certains groupements d'intérêt publics à vocation territoriale (par exemple les conseils départementaux d'accès au droit) ou encore des personnes privées, notamment lorsqu'elles exercent une activité d'intérêt public au niveau local (gestionnaires de services publics locaux, associations et syndicats, voire entreprises impliquées dans la responsabilité sociale). En revanche, les distinguer des établissements publics de coopération intercommunale (métropoles, communautés d'agglomération, communautés de communes, syndicats de communes…) paraît de plus en plus délicat tant leurs caractéristiques convergent[1]. Il convient néanmoins de maintenir cette distinction d'abord pour des raisons juridiques puisque ses établissements ne disposent pas des garanties statutaires prévues à l'article 72 de la Constitution ; ensuite pour des raisons politiques dès lors que leur mise en place ne s'accompagne pas de nouveaux transferts de compétences ou de nouveaux pouvoirs normatifs.

6. **La discrimination.** La discrimination est un fait social qui peut avoir des conséquences juridiques. En tant que fait social, la discrimination a d'abord été abordée comme un comportement par les travaux d'économie[2] et de psychosociologie. Il s'agit alors de comprendre quels sont les ressorts qui conduisent les individus à opérer des traitements qui ont pour conséquence une baisse de la productivité. Cette « *référence centrale à la productivité* »[3] distingue la définition économique de la définition juridique, laquelle évalue la discrimination sous l'angle de son rapport à la légalité. Pour les sociologues, la discrimination s'analyse comme un phénomène issu des rapports de domination entre individus appartenant à des groupes sociaux distincts avec pour conséquences d'engendrer des inégalités sociales entre ces individus et, par extension, entre leurs groupes respectifs. L'aspect collectif qui surgit de

[1] La suppression de la clause générale de compétence des départements et des régions confirme cette tendance puisque désormais le principe de spécialité des compétences ne se limite plus aux établissements publics mais aussi aux collectivités territoriales. Sur la question, voir not., P. MOZOL, « Les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre ou les vissicitudes d'une distinction en voie d'effondrement théorique », *RFDA*, 2016, p. 1133.

[2] Voir not., A. GHIRARDELLO, « Economie et rationalité de la discrimination : comment les économistes appréhendent-ils les discriminations ? », in HALDE et DREES MIRe, *Mieux connaître pour mieux combattre : les discriminations à l'épreuve des savoirs et des pratiques*, colloque du 2 décembre 2009 à la Bibliothèque Nationale de France, site : www.urmis.unice.fr, pp. 14-16. Voir aussi, R. BOUMAHDI e. a., « Marché du travail et lutte contre la discrimination : une approche pluridisciplinaire », *Droit et société*, n° 51-52, 2002/2, pp. 487-508.

[3] Ibid., p. 14.

l'analyse sociologique se distingue traditionnellement de l'analyse juridique portée sur les rapports interindividuels. Ces distinctions entre le droit et les autres sciences sociales tendent à disparaître au regard de la manière dont la notion juridique de discrimination a évolué[1].

7. Aujourd'hui, on pourrait résumer la définition juridique de discrimination comme le fait de traiter différemment des situations similaires sur la base d'un motif illégal[2]. Généralement, le droit connaît deux notions principales : les discriminations directe et indirecte. La première correspond aux situations dans lesquelles « *une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* »[3] en raison d'un critère interdit par la législation. La seconde est constituée lorsqu'« *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, [est] susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs [interdits par la loi], un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* »[4]. Cette nouvelle définition invite le juge à regarder, par-delà les apparences, les inégalités concrètes subies par le requérant. Envisageant la discrimination uniquement sous un angle matériel elle conduit à évaluer socialement et économiquement les effets des différences de traitement.

8. Grâce à sa double dimension instrumentale – en tant que technique de contrôle de l'action publique – et axiologique – en tant qu'il attribue une valeur au réel[5] – le principe de non-discrimination constitue un outil puissant de remise en cause de la légitimité du pouvoir et de ses structures. Ce faisant, il révèle un risque qui n'est pas uniquement contentieux et juridique, mais qui s'étend à des enjeux d'ordre politique.

9. **Le risque.** Sur le plan juridique, le risque ne dispose pas d'une définition en tant que telle. Il convient plutôt de se référer au langage commun pour en trouver la définition. Ainsi, le

---

[1] Voir not., S. LATRAVERSE, « La convergence entre le référentiel juridique et les sciences sociales », in HALDE et DREES MIRe, *Mieux connaître pour mieux combattre : les discriminations à l'épreuve des savoirs et des pratiques*, colloque du 2 décembre 2009 à la Bibliothèque Nationale de France, site : www.urmis.unice.fr, pp. 10-14.

[2] Danièle LOCHAK utilise l'expression de « distinction illégitime » ; cf. D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, n° 11, 1987, p. 778 : « *la discrimination, c'est la distinction illégitime : illégitime parce qu'arbitraire, et interdite puisqu'illégitime* ».

[3] Art. 1er al. 1er, Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations JORF n° 0123 du 28 mai 2008 p. 8801.

[4] Art. 1er al. 2, Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, préc.

[5] G. CALVES, *L'*affirmative action *dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Le problème de la discrimination « positive »*, LGDJ, 1998, p. 7 : « *Le principe de non-discrimination s'entend en deux sens distincts. Il désigne à la fois une technique (relative) et une valeur (absolue)* ».

Larousse[1] définit le risque à la fois comme la « *possibilité, probabilité d'un fait, d'un événement considéré comme un mal ou un dommage* » et comme un « *danger, inconvénient plus ou moins probable auquel on est exposé* »[2]. En termes juridiques, il est donc à la fois l'éventualité du dommage et le dommage en lui-même, de sorte que pour analyser un risque il convient de s'intéresser aux causes de l'évènement à l'origine du dommage et aux effets dommageables de l'évènement considéré. La rencontre entre le droit et le risque correspond à une « *probabilisation de l'incertitude* »[3] qui ouvre la voie à la création de systèmes de responsabilité particuliers, de type assurantiel. Ces systèmes font porter sur un organisme désigné la prise en charge de la réparation des dommages dans l'hypothèse où ceux-ci apparaîtraient[4]. Devant la prise en charge exponentielle de nombreux risques par les collectivités publiques, la question s'est posée de savoir si tous les risques pouvaient être couverts par ce système[5].

10. La question du risque a pris une nouvelle dimension après la diffusion de l'essai d'Ulrich BECK intitulé *La société du risque*[6]. L'auteur, professeur de sociologie à l'Université de Munich, invite à repenser les rapports sociaux sous un nouveau paradigme qui vise à démontrer que « *dans la modernité avancée, la production sociale de richesses est systématiquement corrélée à la production sociale de risques. En conséquence, les problèmes de répartition propres à la société de pénurie et les conflits qui y étaient liés y sont recouverts par les problèmes et les conflits générés par la production, la définition et la répartition des risques induits par la science et la technique* »[7]. Cette approche moderne, écosystémique, du risque[8]

---

[1] « Risque », Larousse.fr, site : www.larousse.fr.

[2] Voir aussi, ISO/CEI 73 : « *la combinaison de la probabilité d'un événement et de ses conséquences* » ; ISO/CEI/51 : « *combinaison de la probabilité d'un dommage et de sa gravité* ».

[3] A. BRENCI, « De la rencontre entre le risque et le droit : le risque est-il de l'essence du droit ? », in *Risque(s) et droit*, Schulthess Verlag, Genève, 2010, p. 14.

[4] On la retrouve par exemple dans le cadre des contentieux en responsabilité pour dommages causés aux collaborateurs du service public. Voir, CE, 21 juin 1895, req. n° 82490, « Cames », Rec. Lebon.

[5]. Pierre DELVOLVE distingue trois types de risque : le risque-profit « *lorsque, par son activité, l'administration se procure un avantage et que, corrélativement, elle peut provoquer des dommages à certaines personnes* » ; le risque créé dans l'hypothèse où « *le caractère dangereux de l'activité est plus marqué encore : il est exceptionnel […] et il se manifeste essentiellement pour les tiers* » ; le risque-social qui « *ne s'applique pas tant à une activité de l'administration proprement dite qu'à un comportement de la société en général, dont le législateur entend imputer les conséquences aux collectivités publiques, sans qu'elles soient directement à leur origine* » ; cf. P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, 1969, pp. 286-287, n° 439.

[6] U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, 2001, p. 521.

[7] Ibid., p. 35.

[8] Le Conseil d'Etat a fait sienne cette analyse. Il considère ainsi que « *la plupart des risques, subtils mélanges d'aléas et de comportements individuels, ont des causes au moins partiellement endogènes à l'activité humaine et sur lesquelles il est possible d'agir. Ainsi pourrait-on dans bien des cas considérer que ce n'est pas l'inondation qui constitue le risque, mais la politique d'urbanisme* » ; cf. CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public 2005, EDCE n° 56, La documentation française, 2005, p. 330.

n'est pas sans effet sur l'analyse juridique[1], notamment du droit public[2]. Elle invite à élaborer une nouvelle méthode de prise en charge basée sur des actions de prévention capables de réduire effectivement le phénomène dangereux. Sous cet angle, la discrimination apparait elle aussi comme un risque « moderne », inhérent à l'activité humaine. Dans ce cadre analytique, s'interroger sur la manière dont les collectivités territoriales affrontent le risque de discrimination présente un certain intérêt qui se révèle rétrospectivement.

§2) Intérêt du sujet

11. Le nouveau paradigme de la société du risque donne une clef de compréhension à l'attitude des collectivités territoriales face au risque de discrimination : en la situant dans une perspective historique évolutive (A), il permet de mieux saisir l'état actuel des questionnements (B).

A) Perspective évolutive

12. **La construction de la République sociale.** L'étude de l'action des collectivités territoriales face au risque de discrimination nous ramène à la genèse de la construction de la République française. Proclamée une et indivisible dès la révolution, elle institue un ordre territorial dédié tout en entier à l'application uniforme de la loi, identique en tout point du territoire.

13. En créant une République démocratique, une et indivisible, les révolutionnaires ont édifié une société ordonnée sur l'uniformité des structures politiques et administratives. Le pouvoir politique est tout entier laissé entre les mains du législateur, incarné par un organe : le Parlement, composé de citoyens tous égaux statutairement[3] ; le pouvoir administratif est placé entre les mains d'une administration neutre, répartis uniformément sur le territoire, chargés

[1] Voir aussi, M. BENNOUNA, « Réflexions sur la régulation internationale du risque. A propos du concept de prévention », in *Terres du droit, Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 371 : « *cette réflexion autour du concept de prévention déborde, en réalité, le champ d'investigation du spécialiste pour s'inscrire dans une quête de la fonction protectrice du droit, en relation avec des entités aussi bien étatiques que non étatiques* ».
[2] Voir not. J.-B. AUBY, « La droit administratif dans la société du risque », in CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, ibid., pp. 351-357.
[3] Voir infra, n° 73 et s.

d'appliquer localement, de manière rationnelle, les lois votées par le législateur national[1]. Cette présentation schématique reprend les éléments principaux de la construction de la République qui a eu lieu au cours du XIXe siècle. On la retrouve résumée dans la formule de Léon GAMBETTA : « *la République, c'est la forme qui entraine le fond* »[2]. Les structures ainsi établies doivent permettre de construire une République démocratique qui assure l'égalité de tous devant la loi. Dans cette configuration, l'action des collectivités territoriales s'est construite dans un cadre restreint fixé par la loi et les règlements où la question de l'égalité et de la discrimination se confondait largement avec celle de la légalité[3]. Le risque de discrimination est tout entier contenu dans le risque de mauvaise application de la loi. L'instauration de la République s'est accompagnée d'un mouvement de démocratisation qui a vu le statut de citoyen s'élargir progressivement à des groupes sociaux qui en étaient autrefois exclus.

14. A cette égalisation des conditions juridiques des individus s'est ajoutée une égalisation de leurs conditions matérielles causée, notamment, par le développement de l'interventionnisme publique. Datée de la fin du XIXe siècle, la doctrine du solidarisme[4] a servi de fondement à la constitution d'un Etat-providence caractérisé par un ensemble de services publics et d'organisme de protection sociale[5], pris en charge par une administration conséquente, professionnelle et indépendante du pouvoir politique. Pendant cette période l'action publique locale n'est pas construite autour de l'idée de réduire le risque de discrimination sur le territoire mais d'offrir aux administrés un ensemble de droits et de garanties assurant leurs conditions d'existence. Les collectivités territoriales participent pleinement à cet interventionnisme, soit en tant qu'échelon administratif d'une compétence attribuée soit par le biais de leur compétence générale[6].

15. **Une nouvelle approche conflictuelle de l'égalité.** L'arrivée de la notion de discrimination au mitan du XXe siècle, par le truchement des droits européens, a obligé à repenser les rapports de domination.

---

[1] Voir infra, n° 166 et s.
[2] L. GAMBETTA, discours au théâtre du Château d'eau, 20 octobre 1878, reproduit in P. BARRAL, *Les Fondateurs de la IIIe République*, Armand Colin, 1968, pp. 166-167. Cf. aussi C. NICOLET, *La République en France, état des lieux*, Seuil, 1992, p. 44.
[3] Voir infra, n° 153 et s.
[4] Voir, L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Paris, Armand Colin et Cie Editeurs, 1896 ; O. AMIEL, « Le solidarisme, une doctrine juridique et politique française de Léon Bourgeois à la Ve République », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, n° 11, 1/2009, pp. 149-160.
[5] Voir par ex., O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004, p. 57 et s.
[6] Voir infra, n° 726 et s.

16. En mettant en lumière la vulnérabilité de certains groupes sociaux, le principe de non-discrimination contraint tous les acteurs du territoire à veiller, autant que faire se peut, à ce que leurs actions n'aient pas de conséquences néfastes pour ces groupes. Il en va, *a fortiori*, ainsi des collectivités territoriales qui disposent de compétences de plus en plus variées et à fort potentiel discriminatoire comme l'action sociale, la police administrative, ou encore l'urbanisme. Transmise du droit vers les autres sciences sociales, la notion de discrimination a servi une approche conflictuelle de l'égalité. Sous cet angle, la discrimination n'est pas perçue comme la conséquence d'une mauvaise construction ou d'une dérive des institutions. Elle est le résultat d'une lutte de pouvoir, de rapports de domination, qui engendrent une hiérarchisation des groupes sociaux : la discrimination résulte de l'observation de cette domination, qu'elle soit informelle ou instituée. Ce sont deux approches conflictuelles de l'égalité qui s'opposent en 1789 avec d'un côté les partisans d'une égalité juridique qui veulent mettre fin aux privilèges de droit, et de l'autre les partisans d'une égalité matérielle qui appellent à une redistribution des richesses[1].

17. Le développement des sciences sociales va permettre d'appréhender différemment ces rapports de domination en intégrant une dimension subjective dans l'analyse des structures sociales. Ont ainsi été mis en lumière l'existence de sentiments collectifs – racisme, sexisme, homophobie, xénophobie – et d'*habitus* sociaux – tendance au conformisme, préférence pour les semblables – qui participent à la construction de dispositifs de domination fondés, non plus sur la hiérarchie des classes sociales définies par leurs richesses et leurs avantages, mais sur des effets d'inclusion/exclusion d'individus à l'intérieur de groupes sociaux[2]. Ce changement de perspective va faire évoluer l'approche conflictuelle de l'égalité qui ne s'arrête plus aux inégalités établies structurellement, mais s'intéresse aussi désormais aux inégalités de traitement vécues individuellement du fait de l'appartenance ou de la non-appartenance à un groupe. Dans ce contexte, la notion juridique de discrimination a pour fonction de sanctionner et de délégitimer ces traitements individuels non justifiés, mais aussi les effets d'exclusion à l'égard de groupes sociaux dans leur ensemble.

---

[1] Gracchus BABEUF regrettait que « *l'égalité ne fut autre chose qu'une belle et stérile fiction de la loi. Aujourd'hui qu'elle est réclamée d'une voix forte on nous répond : taisez-vous misérables ! L'égalité de fait n'est qu'une chimère, contentez-vous de l'égalité conditionnelle : vous êtes tous égaux devant la loi, canailles, que vous faut-il de plus ? […] Eh bien ! nous prétendons désormais vivre et mourir égaux comme nous sommes nés : nous voulons l'égalité réelle ou la mort ; voilà ce qu'il nous faut* » ; cf. G. BABEUF, « Manifeste des égaux », 1796, in P. BUONARROTI, *Conspiration pour l'égalité dite de Babeuf*, tome II, La librairie romantique, Bruxelles, 1828, p. 131.

[2] Voir not., N. ELIAS et J.-L. SCOTSON, *Logiques de l'exclusion*, Fayard, 1997. Voir infra, n° 936 et s.

18. La notion de discrimination permet ainsi de repenser l'approche conflictuelle de l'égalité non pas comme une lutte pour le pouvoir entre des classes distinctes, des clans, mais comme un combat pour la reconnaissance et la dignité des minorités exclues au sein du groupe majoritaire. Cette approche amène à reconsidérer le rôle des pouvoirs publics, qui ne doivent plus appliquer et conforter les structures d'un ordre établi potentiellement inégalitaire mais doivent participer à la construction d'une société inclusive en réduisant les risques liés à ce phénomène des discriminations. L'approche conflictuelle de l'égalité est ici un moyen de saisir les rapports de domination – individuels et collectifs – qui s'opèrent dans le cadre institutionnel ainsi fixé et revisité par la critique.

19. Le droit de la non-discrimination qui en découle devient un droit à usage politique qui permet aux minorités de faire entendre leur voix par le biais de l'action en justice. Le levier juridique permet à la fois de légitimer leur action et de la porter dans le débat public[1]. Il porte ainsi en lui un risque de remise en cause profonde des décisions adoptées par les autorités publiques. Il est aussi un facteur de turbulence, de trouble pour la société, voire pour l'ordre public avec un risque d'instrumentalisation de la justice. Les collectivités territoriales, directement exposées à ces risques, peuvent aujourd'hui les appréhender à la lumière de la nouvelle théorie du risque telle qu'elle a été proposée par Ulrich BECK.

B) Conséquences actuelles

20. L'évolution observée des données relatives à notre sujet doit maintenant être appréciée sous l'angle du nouveau paradigme de la société du risque tel qu'il a été décrit précédemment[2]. Ce faisant, il amène trois observations successives. Dans un premier temps, on constate que les pouvoirs publics ont pris à leur charge un nombre croissant de risques dont ils assument la réparation par des régimes d'indemnisation. Le risque de discrimination ne fait pas partie de ces risques auxquels on associe des régimes particuliers d'indemnisation. Il convient d'abord de tenter de le saisir par une démarche analytique. Ce n'est qu'à cette condition qu'il devient possible de l'observer dans le cadre de l'action des collectivités territoriales.

[1] Sur l'usage politique du droit de la non-discrimination, voir, V.-A. CHAPPE, *L'égalité en procès : sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, thèse de Sociologie, École normale supérieure de Cachan - ENS Cachan, 2013 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Anti-discrimination Law in the Global Age », *Journal européen des droits de l'homme*, 2016. Plus largement sur l'usage politique du droit, voir L. ISRAEL, *L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, 2009.
[2] Voir supra, n° 9.

21. **La multiplication des risques à la charge des pouvoirs publics.** Le paradigme de la société du risque invite à penser que la majorité, pour ne pas dire la totalité, des dommages observés « *ont des causes au moins partiellement endogènes à l'activité humaine et sur lesquelles il est possible d'agir* »[1]. Historiquement, on retrouve les prémisses d'une responsabilité sans faute des pouvoirs publics au Moyen-Âge, face à des dommages anormaux causés par des travaux ou des ouvrages publics ou encore en matière d'expropriation[2]. La prise en charge des risques commence véritablement avec l'application des calculs de probabilités aux mécanismes d'assurance, qui s'est traduite, en droit public, par la mise en place des premiers régimes de solidarité[3]. C'est alors « *en regard d'un besoin toujours grandissant et irrépressible de sécurité, [que] devait* "logiquement jailli[r] en droit la notion antithétique sans laquelle on ne peut penser la sécurité : le risque[4]" »[5].

22. De 1790 à aujourd'hui, les pouvoirs publics ont pris en charge un nombre croissant de risques. En plus des quatre types de risques couverts par le régime général de la sécurité sociale (maladie, travail et maladie professionnelle, vieillesse et veuvage, et famille), on peut ajouter les risques naturels, protégés par l'alinéa 12 du préambule de 1946[6] et surtout environnementaux, intégré par la Charte de l'environnement dans le bloc de constitutionnalité. De nombreux risques – écologiques, industrielles, alimentaires, pharmaceutiques, sanitaire,

---

[1] CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public 2005, EDCE n° 56, La documentation française, 2005, p. 330.

[2] D. De BECHILLON, « Genèse et structure de la responsabilité sans faute de l'État en droit administratif français », in T. KIRAT (sous la direction de), *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, coll. « Droit et Société », n° 10, LGDJ, 2003, p. 24. Dans ce cas aussi il ne s'agissait nullement de reconnaître une quelconque responsabilité du roi (« Le Roi ne peut mal faire ») mais d'une réparation à titre gracieux qui pouvait couvrir des risques parfois sans lien avec l'activité de la puissance publique comme par exemple les calamités agricoles. Voir sur ce point, C. DESPLAT, « Pour une histoire de risques naturels dans les Pyrénées occidentales françaises sous l'Ancien Régime », in B. BENASSAR, *Les catastrophes naturelles dans l'Europe médiévale et moderne*, éd. PU du Mirail, Toulouse, 1996, p. 115.

[3] Au niveau national, on trouve d'abord la loi des 7-11 septembre 1790 relative à l'indemnisation systématique en cas d'expropriation ou d'établissement des servitudes. Sur le plan local, les municipalités ont mis en place un régime de responsabilité collective des habitants en cas d'émeutes sur la base du décret du 10 vendémiaire an IV[3]. Avec ce régime, les habitants deviennent « garants civilement », la commune pouvant endosser une responsabilité pénale et payer une amende à l'Etat si des habitants ont pris part aux délits. Un nouveau régime d'indemnisation pour les dommages de guerre vient s'ajouter avec la loi du 11 août 1792 qui invoque pour la première fois une responsabilité nationale, proche de notre responsabilité sans faute. Cf. Sur l'évolution des risques dans la société contemporaine voir, CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, op. cit., spéc. pp. 218-219.

[4] H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, thèse de Droit privé, Université Aix-Marseille-III, PU d'Aix-Marseille, 2010, p. 11, n° 6, cité dans le rapport annuel de la Cour de cassation, *Le risque*, 2011, p. 79.

[5] Cour de cassation, *Le risque*, Rapport annuel, 2011, p. 79.

[6] « *La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales.* »

terroriste – sont également pris en charge de manière ponctuelle par la solidarité nationale[1]. La question se pose alors de savoir jusqu'où étendre cette prise en charge[2]. D'aucuns observent ainsi que le risque de voir les droits de l'Homme bafoué fait l'objet d'« *une vigilance constante, tout particulièrement à une époque où, parfois,* "le souci de sécurité semble l'emporter sur celui de la liberté"[3] *et dans laquelle les développements technologiques et scientifiques soulèvent tous les jours de nouvelles interrogations* »[4]. Il en va de même du risque de discrimination, constitué notamment d'atteintes aux principes d'égalité et de non-discrimination, qui fait l'objet d'une surveillance accrue de la part notamment des associations de défense des minorités, de lutte contre les discriminations, et de promotion de l'égalité.

23. **L'indétermination du risque de discrimination dans la matière juridique.** La Cour de cassation constate qu'« *en dehors […] d'hypothèses ponctuelles, le risque demeure un concept et ne remplit pas de fonction – entendue au sens actif du terme – uniforme dans l'ordre juridique* »[5]. Il n'existerait donc pas de notion juridique autonome de « risque » susceptible d'inclure, par le biais d'une interprétation jurisprudentielle par exemple, le risque de discrimination parmi les risques indemnisables. L'emploi du concept de « risque », défini par Hugo BARBIER comme toute action de prendre des risques produisant des effets juridiques qui lui sont propres[6], permet d'appréhender le risque de discrimination à travers la matière juridique. Pour déterminer les effets juridiques du risque de discrimination, il convient tout d'abord de comprendre le phénomène de la discrimination dans sa globalité[7]. Les travaux en sciences sociales ont permis d'établir un schéma explicatif des interactions entre les inégalités,

---

[1] Pour un inventaire non exhaustif et subjectif voir par exemple, A. BOURDIN, « La modernité du risque », *Cahiers Internationaux de Sociologie*, Vol. CXIV, janvier-juin 2003, « Faut-il une sociologie du risque ? », A. BOURDIN (coord.).

[2] Voir par ex., P. PERETTI-WATEL, *La société du risque*, La Découverte, « Repères », 2001.

[3] H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, L.G.D.J., 2008, p. 3, cité par C. BOYER-CAPELLE, *Le service public et la garantie des droits et libertés*, thèse de Droit public, Université de Limoges, soutenue le 10 juillet 2009, p. 13.

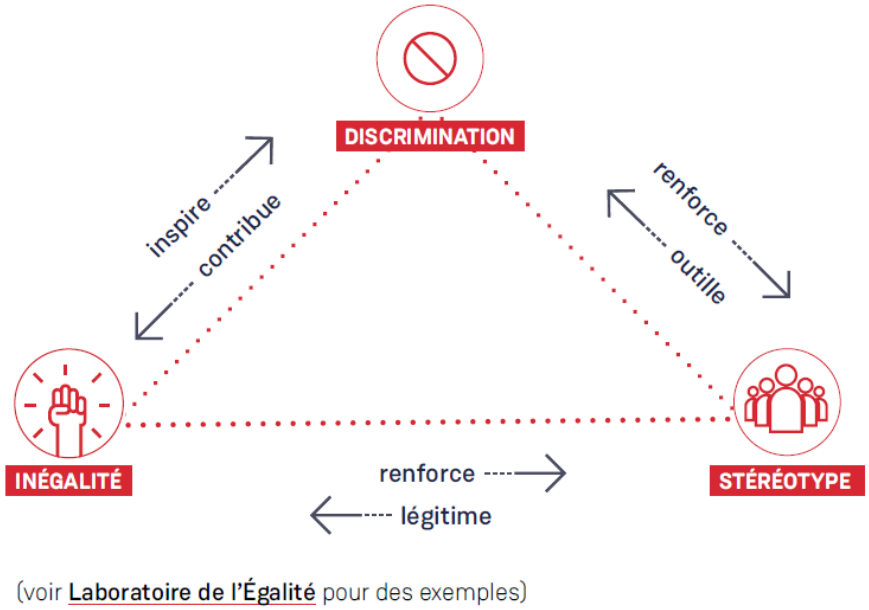
[4] C. BOYER-CAPELLE, *Le service public et la garantie des droits et libertés*, op. cit.

[5] J. MOURY (sous la direction de), *Le risque*, Etude, Rapport annuel de la Cour de cassation 2011, La documentation française, 2012, p. 79.

[6] H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, op. cit., p. 23, n° 18 : « *l'action même de prendre des risques, détachée de l'action de contracter ou d'entreprendre et indifférente à la source, au type ou à l'étendue du risque, devient productrice d'effets juridiques qui lui sont propres* ».

[7] Fabrice DHUME constate qu'une des particularités du concept de discrimination réside dans sa référence pluridisciplinaire : « *le concept est en effet forgé par des emprunts à la philosophie politique (la question de l'égalité), à la psychologie (concept de discrimination, processus de catégorisation, etc.), à la sociologie (rapports sociaux, analyse des institutions, etc.) ainsi qu'au droit* » ; cf. F. DHUME, « Le concept de discrimination », Texte pour le Réseau national de lutte contre les discriminations à l'école, mars 2014, p. 13, site : www.reseau-lcd-ecole.ens-lyon.fr. Voir infra, n° 904 et s.

les stéréotypes et les discriminations *stricto sensu* qui montre le caractère autopoïétique du phénomène[1].



Ce schéma permet de saisir les causes et les conséquences de la discrimination. On constate qu'une analyse par le risque implique nécessairement de s'intéresser aux inégalités et aux stéréotypes qui participent également au phénomène. En tant que phénomène social, le risque de discrimination pourrait s'inscrire dans la catégorie des risques sociaux. Ici, la qualification du risque « *ne s'applique pas tant à une activité de l'administration proprement dite qu'à un comportement de la société en général, dont le législateur entend imputer les conséquences aux collectivités publiques, sans qu'elles soient directement à leur origine* »[2]. Si le risque de discrimination n'a pas encore obtenu ce label de la part du législateur, la place qu'occupe la question dans le débat public implique de plus en plus nécessairement la mise en œuvre de dispositifs d'actions spécifiques de la part des collectivités territoriales.

[1] Le schéma reproduit ci-dessous est tiré d'une fiche de la plaquette du Défenseur des droits, « Agir contre les discriminations et le harcèlement dans la fonction publique territoriale », *9 fiches pratiques*, novembre 2017, p. 6, site : www.defenseurdesdroits.fr. On retrouve l'explication de ce phénomène dans l'avis du Comité des régions sur « L'intégration sociale et économique des Roms en Europe » (JOUE C 42 du 10 février 2011, pp. 23-27) au paragraphe 35 : « *en général, les phénomènes d'exclusion sociale et de pauvreté peuvent exposer ceux qui les vivent à des comportements déviants ou illégaux, lesquels, en alimentant au sein de la population une perception d'insécurité et de risque pour l'ordre public, engendrent une vive inquiétude sociale et peuvent entraîner des réactions, voire des formes de mépris et de discriminations. Dans le cas des communautés roms, ces phénomènes constituent des obstacles supplémentaires aux processus d'intégration dans le tissu social* ».

[2] P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, 1969, pp. 286-287, n° 439. Voir aussi, B. HERIARD DUBREUIL, « Risques et inégalités sociales », *Projet*, n° 293, juillet 2006.

24. **Le risque de discrimination dans l'action des collectivités territoriales.** L'action des collectivités territoriales est porteuse en elle-même de risque de discrimination. Dès lors que toute action normative a pour effet de différencier ou de sélectionner, d'inclure et d'exclure dans un même mouvement des individus qui se trouvent par conséquent dans une situation d'inégalité, chaque décision adoptée porte en elle un risque de discrimination. Dans cette perspective, « *s'intéresser à l'(in)égalité de traitement, c'est donc se pencher sur les manières dont l'institution* produit *des "publics" (les circonscrit, les définit, les catégorise…) et les* traite *(les classe, les trie, opère sur eux, etc.), (re)produisant ainsi des inégalités* »[1]. On constate alors que « *la discrimination se produit de manière très incorporée aux processus habituels de fonctionnement d'institutions […]. Ainsi, si certaines situations sont très "visibles" parce que le référent sexiste, raciste, classiste, etc., est marqué et/ou explicité, la plupart du temps ce sont des pratiques et mécanismes collectifs à bas bruit – peu conscientisés, tenus pour normaux, et/ou qui font l'objet d'une activité d'invisibilisation (dénégation, effacement de traces, non constitution de traces…)* »[2].

25. Fabrice DHUME en conclut que « *la discrimination n'est […] pas à rechercher uniquement dans "l'accès à" un bien, une ressource ou un espace, mais dans toutes les dimensions possibles de la vie et du fonctionnement des institutions* »[3]. Cette analyse holiste de la discrimination permet d'en apprécier le risque dans toute sa dimension. En pointant son caractère diffus, elle invite à réinterroger l'ensemble des processus de décisions au regard des effets qu'ils peuvent avoir sur le phénomène. Ainsi, plutôt que de traiter la discrimination par des mesures spécifiques, cette analyse permet de lutter contre le phénomène en agissant préventivement par la mobilisation des politiques publiques de droit commun. Cette approche dite « intégrée » est doublement pertinente pour notre étude : d'une part elle est préconisée, voire obligatoire dans certains cas[4], pour le traitement des publics discriminés, d'autre part elle préconise le traitement du problème public concerné par la prévention du risque qui lui est associé.

26. L'analyse par le risque de la discrimination se situe dans la nouvelle approche dite « intégrée » de l'action publique, qui s'applique plus particulièrement en matière d'égalité. En se focalisant prioritairement sur les politiques publiques de droit commun et leur impact sur le

[1] F. DHUME, « Le concept de discrimination », art. cit., p. 12.
[2] Ibid., p. 13.
[3] Ibid.
[4] Dans le cadre de la politique de la ville notamment ; voir infra, n° 1007 et s.

problème à traiter, cette approche permet d'adapter l'action publique à la faible marge de manœuvre dont dispose les collectivités territoriales. En optimisant l'utilisation des compétences qui leur sont attribuées, elle permet de répondre à l'exigence d'égalité qui découle à la fois de la contrainte juridique (de l'égalité devant la loi) et de la demande sociale (de l'égalité dans les faits). Elle apaise les conflits en montrant la volonté des pouvoirs publics de s'emparer de la question des discriminations dans tous ses aspects et en agissant préventivement afin d'en réduire les effets sur les individus. Le droit constitue ici à la fois le cadre dans lequel s'inscrit l'action des collectivités territoriales et son principal instrument pour parvenir à ses fins. L'intérêt de l'étude consiste alors à proposer une analyse juridique, à travers le droit public, du traitement politique, par les collectivités territoriales, d'un phénomène social : la discrimination. Le risque de discrimination apparaît alors comme un risque sociopolitique à travers lequel les dispositifs de lutte contre les discriminations – mais plus encore l'ensemble des politiques publiques – doivent être appréhendés de manière réaliste, c'est-à-dire non pas uniquement à travers leur effectivité juridique mais aussi au regard de leur capacité à réduire effectivement la discrimination. Afin de mener à bien cette analyse, il convient au préalable d'en construire les lignes directrices et les contours.

§3) Construction du sujet

27. **Problématique.** L'analyse de l'action des collectivités territoriales face au risque de discrimination doit permettre de répondre à un problème de taille : comment ces collectivités peuvent-elles lutter contre le risque de discrimination alors que chaque mesure qu'elles adoptent recèlent en elle-même un potentiel discriminatoire ? Pour y parvenir, l'analyse doit débuter sur la base d'une idée générale (A) qui sert à en définir les enjeux (B).

A) <u>Idée générale</u>

28. **Les collectivités territoriales : principales protagonistes du phénomène de la discrimination.** En matière de discrimination, les collectivités territoriales jouent les premiers rôles.

29. Bien souvent principaux employeurs d'un territoire, elles sont confrontées à cette question dans leur politique de gestion des ressources humaines. La particularité, ici, réside

dans les conditions d'emploi des agents publics locaux. Leurs statuts et leurs missions créent un contexte unique qui influe sur les discriminations qui s'y déroulent[1]. On observe une forte propension aux risques de harcèlement, des tensions récurrentes autour de la question de la religion, ou encore des conditions d'accès fixées sur des critères de nationalité, d'âge ou d'aptitude qui ne semblent pas toujours justifiées. D'ailleurs, le droit de la fonction publique est l'un des rares, pour ne pas dire le seul, dans le champ du droit administratif, à disposer d'un véritable corpus permettant de lutter juridiquement contre les discriminations[2]. L'action des collectivités territoriales apparaît inégale sur la question : certaines peuvent se montrer particulièrement active pendant que d'autres se contentent d'appliquer les dispositions légales et réglementaires. Leurs hésitations sont accentuées par l'aspect symbolique que revêt l'emploi public en général, et l'emploi public local en particulier. La proximité de l'administration territoriale avec les élus locaux tend à politiser la gestion des ressources humaines. Cette politisation donne à la question de la représentativité de l'administration une acuité particulière[3].

30. En dehors de leur fonction d'employeur, les collectivités territoriales agissent sur le phénomène des discriminations comme régulatrices des rapports sociaux sur leur territoire[4]. Cette action sur les administrés doit répondre à l'exigence d'égalité, d'abord en appliquant le même traitement aux administrés placés dans des situations similaires, puis en assurant l'accès effectif aux services et aux biens essentiels dont les collectivités territoriales ont la charge. Là encore, le rôle des collectivités territoriales apparaît incontournable. Leur proximité avec l'usager, l'augmentation du nombre de compétences attribuées et des obligations de service public à respecter[5] leur imposent d'opérer des compromis parfois impossibles. Le poids de la contrainte budgétaire apparaît ici déterminant. Il a justifié la mise en place de mécanismes de solidarité inter-collectivités qui ont permis, en partie, de combler les inégalités territoriales[6]. Au-delà de la solidarité financière, ces mécanismes prennent aussi la forme – contractuelle – de solidarité dite « de projet ». Ils offrent un cadre de coopération pour les collectivités territoriales désireuses d'agir sur une question impliquant l'exercice de compétences dispersées. La prévention et la lutte contre les discriminations en font partie puisqu'elles profitent du cadre

[1] Voir infra, n° 962 et s.
[2] Art. 6 et s., Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, JORF du 14 juillet 1983, p. 2174.
[3] Voir infra, n° 1168 et s.
[4] Voir infra, n° 1138 et s.
[5] Voir infra, n° 1180 et s.
[6] Voir infra, n° 770 et s.

de la politique de la ville mis en place, à titre principal, par des EPCI, dans des quartiers qui ne sont pas définis par les limites géographiques des collectivités territoriales.

31. On constate alors que l'action des collectivités territoriales est largement tributaire des dispositions fixées à des niveaux supérieurs, essentiellement national et européen, voire international.

32. **Les collectivités territoriales : actrices contraintes par un cadre juridique restrictif.** Le statut de collectivité territoriale ne donne pas accès à un pouvoir administratif particulièrement développé[1]. La Constitution leur reconnaît un principe de libre administration qui se traduit notamment par l'existence de la personnalité juridique. Elles peuvent ainsi gérer, de manière autonome, dans le respect de la légalité, leur personnel, leurs biens, et les services dont elles ont la charge. L'article 72 alinéa 1er leur attribue également un pouvoir réglementaire dans l'exercice de leurs compétences. Toutefois, celui-ci ne peut être employé que de manière secondaire et résiduel par rapport au pouvoir réglementaire national.

33. La Constitution donne aussi compétence au législateur pour créer les collectivités territoriales à statut particulier[2], pour définir les transferts de compétence et pour déterminer les principes fondamentaux de la décentralisation[3]. Le droit constitutionnel peut également fixer, comme dans le cas du droit à l'éducation[4] ou de l'action sociale[5], les conditions d'accès aux prestations de services publics locaux.

34. Enfin, les collectivités territoriales doivent également respecter les prescriptions issues des droits européens. Si le droit de l'Union européenne a plus d'impact du fait de sa densité, la Convention européenne des droits de l'homme peut le compléter au regard de son objet. Ces deux ordres juridiques s'imposent aux collectivités territoriales. Ils les obligent à revoir leur politique de gestion des ressources humaines en questionnant les critères de nationalité, d'âge, mais aussi l'obligation de neutralité, notamment religieuse, qui s'appliquent à la fonction publique territoriale[6]. Plus spécifiquement, le droit de l'Union européenne impose également

---

[1] Voir infra, n° 117 et s.

[2] Art. 72, al. 1er, Constitution 1958.

[3] Art. 34, Constitution : « *La loi détermine les principes fondamentaux […] de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources* ».

[4] Les différenciations tarifaires dans les transports scolaires en sont un bon exemple Leur transfert dans le champ de compétences obligatoires des départements a modifié l'étendue du pouvoir de différenciation des collectivités départementales ; voir CE, 4 mars 1983, req. nº 27214, « Association familiale rurale de circuit de transports des élèves de la région Meslay-du-Maine », *JCP*, 1984, II, 20 211, note DEBOUY ; TA Châlons-en-Champagne, 19 octobre 2006, req. nº 0200468, « Commune d'Echenay », *AJDA*, 2007, p. 96, note G. BOROT.

[5] Par ex., V. DONIER, « Le principe d'égalité dans l'action sociale des collectivités territoriales », *Annuaire des collectivités locales*, tome 26, 2006, pp. 639-647.

[6] Voir infra, n° 218 et s.

aux collectivités territoriales d'ouvrir la commande publique locale à l'ensemble des opérateurs européens potentiellement intéressés.

35. Certaines de ces contraintes peuvent alors amener les collectivités territoriales à discriminer malgré elles – c'est le cas lorsque la législation nationale impose aux collectivités territoriales un critère de sélection considéré comme illégal par les juridictions européennes. Elles peuvent également les empêcher de lutter contre les inégalités, par exemple, lorsque le juge censure un arrêté municipal d'interdiction des coupures d'alimentation en électricité de l'un de ses administrés[1]. Placées au centre de l'action publique locale, les collectivités territoriales ne disposent pas des moyens suffisants pour lutter à elles seules contre le phénomène des discriminations.

36. **Les collectivités territoriales : cheffes de file de la lutte contre les discriminations.** Parce qu'elles sont les protagonistes de l'action publique locale en matière de lutte contre les discriminations, les collectivités territoriales apparaissent comme les cheffes de file naturelles de la politique publique en la matière.

37. Leur proximité avec les administrés leur permet de veiller et d'évaluer les dispositifs mis en place. Elles offrent aussi des retours d'expérience, participent à des expérimentations et sont souvent à l'origine d'innovations sociales importantes[2]. Leur connaissance du terrain permet également d'adapter les mesures aux spécificités du territoire. On constate alors que les politiques publiques qui visent à améliorer le sort des publics discriminés se réalisent par le biais d'une méthode de planification[3] : de grandes orientations, fixées au niveau national, se déclinent localement à travers des outils de coopération (schémas ou conventions) qui définissent l'action commune des administrations en fonction du territoire.

38. En matière d'égalité, plusieurs lois d'orientation ont été adoptées[4] dont la mise en œuvre est pilotée localement par une collectivité territoriale. Il s'agit généralement des départements qui ont prioritairement en charge les questions sociales, et des EPCI qui disposent de compétences plus spécifiques en matière de lutte contre les discriminations[5]. Quant aux régions,

---

[1] Pour la première validation, TA Melun, 16 mai 2007, n° 0700008/6.

[2] Par ex., le cas de la gestion du fait religieux est typique d'une politique publique construite uniquement sur la base de cas pratiques locaux. Voir infra, n° 1160 et s.

[3] Voir infra, n° 1036 et s.

[4] Par ex., Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JORF n° 31 du 5 février 1995, p. 1973 ; Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF n° 36 du 12 février 2005, p. 2353 ; Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JORF n° 0179 du 5 août 2014, p. 12949.

[5] Par le biais de la politique de la ville ; voir par ex., Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, JORF n° 0045 du 22 février 2014, p. 3138 ; Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, JORF n° 0051 du 1 mars 2017.

leur compétence en matière de financement permet d'influer sur les actions mises en œuvre. Dans une moindre mesure, leur compétence dans la formation professionnelle leur permet d'agir positivement sur le phénomène de la discrimination.

39. Malgré l'attribution de compétences larges, la marge de manœuvre des collectivités territoriales demeure limitée. C'est le cas d'abord pour des raisons budgétaires mais aussi pour des considérations juridiques. Ce faisant, il paraît difficile qu'elles soient en mesure de mettre en place, à elles seules, une action publique efficace capable de réduire le risque de discrimination. Le caractère diffus de ce risque, qui s'immisce dans les interstices, les brèches des processus de décision, nécessite d'associer l'ensemble des acteurs du territoire concerné par le phénomène. Il s'agit en premier lieu de l'Etat et de ses services, mais aussi plus largement toutes les personnes publiques et privées, y compris les administrés, dont l'expérience et l'activité permettent d'évaluer et d'adapter les dispositifs aux contraintes locales. Dans cette organisation, les collectivités territoriales détiennent une position centrale qui en font les cheffes de file naturelles des politiques publiques en faveur des publics discriminés.

40. Devenues, au fil des décennies, les protagonistes de l'action publique en matière de prévention et de lutte contre les discriminations, les collectivités territoriales n'ont pas la tâche facile. Si la loi du 21 février 2014[1] inscrit la « *lutte contre les discriminations* »[2] parmi les objectifs auxquels doivent concourir l'Etat et les collectivités territoriales, elle n'en fait pas un domaine de compétences partagées, à l'instar de l'égalité femmes-hommes[3]. Par conséquent, aucun transfert de moyens financiers ou humains n'y est directement associé. La politique publique de « *lutte contre les discriminations* » souffre ainsi de l'indétermination de son objet et de l'absence d'administration dédiée. Dispersée entre différentes compétences et différents ministères, elle ne fait pas l'objet d'un projet politique bien affirmée. L'approche intégrée adoptée dans le cadre des contrats de ville suscite un réel intérêt qui pourrait donner un second souffle à l'action publique en matière de discrimination si elle venait à être élargie au-delà de la seule politique de la ville. Ces évolutions récentes témoignent d'un renouveau intellectuel et

[1] Art. 11, Loi n° 2014-173 du 21 février 2014, préc.

[2] Art. L. 1111-2, al. 1er et 2, CGCT : « *Les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence. Ils concourent avec l'Etat à l'administration et à l'aménagement du territoire, au développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique, à la lutte contre les discriminations, à la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes ainsi qu'à la protection de l'environnement, à la lutte contre l'effet de serre par la maîtrise et l'utilisation rationnelle de l'énergie, et à l'amélioration du cadre de vie* ».

[3] Art. L. 1111-4, al. 2, CGCT.

politique de la question entamé après 2012[1]. Elles marquent aussi de nouveaux enjeux pour la matière juridique souvent mise à l'épreuve par les conflits, les débats, ou les actions qui ont pour objet l'égalité et la lutte contre les discriminations.

B) Enjeux

41. L'observation de la manière dont les collectivités territoriales font face au risque de discrimination montre qu'elle est étroitement liée à la matière juridique. Les évolutions récentes de cette action, décrites précédemment, font émerger de nouveaux enjeux pour la discipline : elles invitent à repenser l'efficacité du droit de la non-discrimination, la marge de manœuvre des collectivités territoriales, et plus largement leur statut dans l'organisation territoriale.

42. **Repenser l'efficacité du droit de la non-discrimination.** La question de l'efficacité – la capacité à atteindre les objectifs fixés – du droit de la non-discrimination fait l'objet d'âpres discussions ; elle constitue bien souvent la principale objection qui lui est apposée.

43. Pour les victimes, la discrimination est un phénomène difficile à prouver devant le juge. Le caractère souvent caché, ou en apparence neutre, des motifs d'un traitement différencié oblige le requérant à tenter de prouver par des éléments objectifs l'existence de la discrimination[2]. L'autre difficulté tient au fait que les inégalités observées peuvent être le résultat d'un ensemble de causes, de pratiques, dont il n'est pas toujours facile de trouver l'origine et pour lesquelles le lien direct avec le préjudice reste à démontrer[3].

44. Face à ces difficultés, le droit de la non-discrimination a évolué en attribuant un régime contentieux spécifique aux victimes de discrimination : il s'agit en premier lieu de l'aménagement de l'administration de la preuve (dans l'attribution de la charge et dans les

[1] L'année 2012 marque la fin de la HALDE incorporée au Défenseur des droits. Elle a aussi vu naître la loi « Sauvadet » sur la parité dans la haute fonction publique, dernière du genre à établir des quotas. A partir de 2013, les politiques publiques auront une portée plus universaliste ; voir par ex., Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, préc. ; Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, préc. ; Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, préc.

[2] Par ex., J. GAUTHIER, « Le contrôle au faciès devant les juges. Entretien avec Slim Ben Achour », Laviedesidées.fr, 2 février 2018, p. 5 : « *La particularité du droit de la non-discrimination est qu'il oblige les juristes à aller voir ailleurs que dans leur champ de spécialité, pour des raisons que j'ai évoquées tout à l'heure : face à l'opacité du comportement discriminatoire, la question qui se pose, pour un juriste, est de savoir comment révéler ce caractère discriminatoire. Il est en fait très difficile pour les juristes d'appréhender le problème de la discrimination s'ils ne regardent pas ce que disent les sciences sociales. En général, quand il s'agit de comportements structurels, systémiques, il n'y a rien de mieux que les statistiques, que la sociologie, l'anthropologie, pour fournir les indices dont on a besoin, et pour permettre à l'avocat, puis au juge, d'asseoir son dossier. C'est ce qui s'est passé pour le contrôle au faciès, puisque les juges ont considéré comme premier élément les études menées par le CNRS en 2009 sur les contrôles d'identité à Paris* ».

[3] Voir infra, n° 480 et s ; 587 et s.

modes de preuve)[1] ; il existe aussi la possibilité pour les associations, les syndicats, voire par le Défenseur des droits d'intervenir en justice ; enfin les droits européens insistent particulièrement sur la nécessité de mettre en place des voies de recours et des sanctions qui soient effectives pour le traitement des discriminations[2]. L'autre évolution notable du droit de la non-discrimination a été l'incroyable développement de son champ d'application à la fois dans les branches du droit mais aussi dans les situations qu'il recouvre.

45. Apparue par les droits européens, la notion juridique de discrimination est désormais présente dans la loi française en matière pénale[3], sociale[4], civile[5], commerciale[6], médicale[7], ainsi qu'en droit administratif, notamment de la fonction publique[8], et dans quelques dispositions éparses[9]. La notion recouvre des situations particulièrement variées d'abord parce que les listes de critères n'ont cessé de croître, ensuite parce qu'elle s'est élargie à de nouveaux faits : discriminations indirectes, par association ou à rebours, ou encore harcèlements[10].

46. L'approche par le risque apporte un nouvel éclairage sur la question de l'efficacité sur deux aspects. Reconnaître l'existence juridique d'un risque de discrimination amène à repenser les mécanismes de responsabilité pour discrimination[11]. L'existence d'une responsabilité de l'employeur public pour risque professionnel qui comprend notamment les cas de harcèlement, voire de discrimination, semble avoir ouvert une brèche dans cette direction[12]. On peut également évoquer l'obligation de mise en accessibilité, dont le non-respect justifié par une

---

[1] Voir infra, n° 447 et s. ; 464 et s.
[2] Voir infra, n° 315 et s.
[3] Art. 225-1 et s., Code pénal.
[4] Art. L. 1132-1 et s., Code du travail.
[5] Art. 16-13, Code civil : « *Nul ne peut faire l'objet de discriminations en raison de ses caractéristiques génétiques* ».
[6] Ex-art L. 442-6, I, 1°, Code du commerce. Aujourd'hui le droit commercial de la non-discrimination est régi par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (JORF n° 0123 du 28 mai 2008 p. 8801).
[7] Art. L. 1110-3, Code de la santé publique : « *Aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins* ».
[8] Art. 6, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc.
[9] Voir infra, n° 424 et s.
[10] Voir not., S. LATRAVERSE, « La convergence entre le référentiel juridique et les sciences sociales », in HALDE et DREES MIRe, *Mieux connaître pour mieux combattre : les discriminations à l'épreuve des savoirs et des pratiques*, colloque du 2 décembre 2009 à la Bibliothèque Nationale de France, site : www.urmis.unice.fr, pp. 10-14
[11] L'approche juridique par le risque vise à anticiper l'apparition de phénomènes en déterminant son taux probable de survenance et le degré de réparation qui en découle par le biais d'une règle attributive de responsabilité (J. MOURY (sous la direction de), *Le risque*, Etude, Rapport annuel de la Cour de cassation 2011, La documentation française, 2012, p. 81). Soit la charge du risque revient à une autre personne que celle qui en subit les conséquences, soit elle est mutualisée, c'est-à-dire répartie entre plusieurs individus. La responsabilité pour risque se définit alors comme une responsabilité objective qui, « *ayant pour seule finalité l'indemnisation, s'appuie non plus sur l'analyse d'un comportement mais sur une constatation matérielle : est responsable celui qui est objectivement à l'origine du dommage* » (cf. ibid., p. 85).
[12] Voir infra, n° 1047 et s.

raison d'intérêt général, peut être constitutif d'une rupture d'égalité devant les charges publiques[1].

47. Reconnaître politiquement, l'existence d'un risque contentieux invite aussi à repenser l'usage de la voie de droit comme moyen principal de lutte contre les discriminations. Si le caractère infamant de la condamnation[2] suffit à susciter la crainte d'un tel risque, l'incertitude liée à l'issue du procès n'offre pas les garanties suffisantes de réparation pour le requérant[3]. En conséquent, il n'apparait pas que l'action en justice puisse véritablement suffire à réduire le risque de discrimination. De plus, l'incertitude du contentieux n'offre pas non plus les garanties de sécurité juridique nécessaires à la mise en place sereine d'une action publique locale[4]. La question de la marge de manœuvre des collectivités territoriales doit ainsi être également repensée.

48. **Repenser la marge de manœuvre des collectivités territoriales.** La marge de manœuvre des collectivités territoriales est fortement contrainte par les exigences du droit de la non-discrimination.

49. Même si l'inscription de la notion de discrimination n'est apparue que tardivement en droit français, l'exigence de non-discrimination, c'est-à-dire de ne pas traiter différemment des situations similaires sur la base d'un motif illégal, existe depuis les origines du droit public moderne, par le truchement des principes d'égalité. Il en constitue à la fois le fondement[5] et la

---

[1] Voir infra, n° 395 et 977.

[2] C. CHAINAIS et D. FENOUILLET, *La sanction en droit contemporain*, Vol. 1 – La sanction entre technique et politique, Dalloz, 2012, pp. XLII-XLIII. : traditionnellement, la politique de la sanction « *est orientée dans une perspective axiologique – visant à préserver certaines valeurs socialement définies comme devant être privilégiées. Toutefois, la perspective purement axiologique connaît aujourd'hui un déclin, au profit des enjeux économiques* ».

[3] Frédéric EDEL a démontré avec justesse les incohérences des interprétations doctrinales liées à la question de l'égalité. Evoquant même « *l'impression d'un extraordinaire chaos, d'une assourdissante cacophonie* », il constate que rarement « *une règle juridique n'a donné lieu à des interprétations à ce point hétérogènes ainsi qu'à des explications aussi radicalement opposées et peu agencées entre elles* ». Il observe « *une confusion prodigieuse* » pour un sujet essentiel qui ne semble émouvoir personne, la littérature le qualifiant, par euphémismes, d'« *insaisissable, complexe ou polymorphe* ». Pourtant, la « *polysémie règne sans partage* » au point où il semble exister « *autant d'interprétations ou de compréhensions de ces notions que d'exégètes* » avec par moments une « *qualification identique […] apposée sur des phénomènes […] rigoureusement antithétiques* » ; cf. F. EDEL, « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination – L'exemple des interprétations doctrinales », *Droits*, Vol. 61, n° 1, 2015, p. 117.

[4] F. DHUME, « Le concept de discrimination », Texte pour le Réseau national de lutte contre les discriminations à l'école, mars 2014, site : www.reseau-lcd-ecole.ens-lyon.fr, p. 11 : « *L'action publique peut pour partie se revendiquer de la légitimité et de la puissance du droit. Dans la logique de « lutte contre les discriminations », le droit confère aux citoyens qui s'en revendiquent une force morale, même si le recours à la force juridique est, lui, bien plus limité – si tant est que le droit soit de ce point de vue efficace ou dissuasif, ce qui est aujourd'hui loin d'être le cas… Ainsi, la lutte contre les discriminations ne s'arrête pas à faire respecter le droit et donc à mettre fin aux discriminations légalement condamnables, mais plus largement, dans une approche politique, elle consiste à utiliser le droit comme vecteur d'exigence d'une égalité réelle de traitement, dont l'ambition ne se limite pas à la réalisation ou au maintien d'un ordre juridique* ».

[5] F. DUPIN, « Entretien avec Gwénaële Calvès », *Le Philosophoire*, n° 37, 2012/1, p. 11-25 : « *Le principe d'égalité irrigue toutes les branches du droit français, qu'il soit public, pénal, ou privé. Si on s'en tient au niveau*

clé de voute[1] autour de laquelle il est amené à se développer. Cette exigence a forgé une organisation des pouvoirs sous-tendue par une logique d'uniformité qui suppose une application uniforme de la règle de droit en tous points du territoire. Dans ce cadre, les collectivités territoriales ne disposent que d'un pouvoir normatif limité qui ne leur permet pas, sauf exception, de déroger ou d'adapter la législation ou les règlements aux particularités localement constatées. Or, on sait qu'une application uniforme de la loi est susceptible de contribuer, de conforter, voire de renforcer les inégalités présentes sur le territoire. Il en va de même d'une application trop stricte, par les juges, des principes d'égalité qui empêcherait toute action différencialiste de se développer, notamment celles qui viseraient à rétablir plus d'égalité dans les faits[2].

50. Dans ce contexte juridique restrictif, les débats autour du pouvoir normatif des collectivités territoriales n'ont cessé d'avoir lieu à chaque nouvelle étape de la décentralisation. S'il est reconnu aux territoires ultramarins, que leur statut dépende de l'article 73 ou 74 de la Constitution, des pouvoirs d'adaptation et la possibilité de déroger, sous habilitation, aux dispositions législatives et réglementaires, les collectivités de métropoles, à l'exception de la Collectivité de Corse, n'ont droit qu'à l'expérimentation[3]. Le dernier projet de loi de réforme constitutionnelle propose, à cet égard, la reconnaissance d'un « pouvoir de différenciation » dont les contours restent à définir[4]. Pourtant, cette tendance au renforcement du pouvoir normatif des collectivités territoriales adopte la trajectoire opposée de celle proposée par l'analyse du risque de discriminer, qui appelle à plus de sécurité juridique.

51. La réduction de ce risque nécessite, il est vrai, l'adoption d'un cadre procédural renforcé et transparent, avec l'emploi de critères objectifs clairs et intelligible préalablement déterminé et publié. Lorsqu'elle vise plus précisément les comportements, et non plus les actes, l'action en prévention du risque de discrimination implique la mise en place de dispositif de prévention à la fois primaires, secondaires et tertiaires[5]. La prévention du risque de discrimination devrait

---

constitutionnel, on ne peut que constater le rôle architectonique de l'égalité, qui soutient tout l'édifice de notre droit ».

[1] Voir par ex., *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit*, université de Liège, coord. M. PAQUES et J.-C. SCHOLSEM, éd. Larcier, 2004.

[2] P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, 1969, p. 214, n° 319 : « *entendre dans toute sa rigueur [le principe d'égalité devant les charges publiques] conduirait à entraver la modification des rapports sociaux, la transformation des conditions des catégories sociales les plus défavorisées. Toute intervention de ce genre implique une inégalité, ne serait-ce que pour arriver à plus d'égalité* ».

[3] Voir infra, n° 684 et s.

[4] Voir, Art. 15, Projet de loi n° 911, pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 mai 2018.

[5] Voir not., D. PICARD, « Prévention », in P. ZAWIEJA et F. GUARNERI (sous la direction de), *Dictionnaire des risques psychosociaux*, Seuil, 2014, pp. 583-585.

aussi avoir pour conséquence la mise en place d'une garantie de réparation, ce qui ajoute une contrainte supplémentaire aux collectivités territoriales.

52. On constate ainsi, à travers l'analyse du risque de discrimination, les apories du processus de décentralisation administrative tel qu'il se développe en France. L'augmentation constante du champ des compétences des collectivités sans renforcement de leur pouvoir normatif n'a fait qu'accroître leurs responsabilités en réduisant leurs marges de manœuvre. Si ce dispositif peut être maintenu en vue de la réduction du risque de discrimination, il questionne la situation des collectivités territoriales dans cette organisation des pouvoirs.

53. **Repenser la fonction des collectivités territoriales dans l'organisation territoriale.** Ce dernier enjeu constitue l'aboutissement de la réflexion sur le traitement par les collectivités territoriales du risque de discrimination. On a vu comment l'analyse du risque de discrimination pouvait démontrer la tension au cœur de laquelle se situent les collectivités territoriales[1], à la fois premier facteur de risque de discrimination sur leur territoire[2] et cheffes de file de la lutte contre les discriminations[3]. Les autorités ont tenté de résoudre cette équation en proposant une nouvelle méthode de gouvernance basée sur la coopération et la mobilisation du droit commun pour parvenir à la mise en place d'une action efficace. Pour cela, les cosignataires planifient leur action sur la base d'une évaluation préalable et des contrôles réguliers en cours d'exécution afin d'adapter, si nécessaire, les objectifs et les moyens qui y sont alloués. Cette méthode de gouvernance déjà ancienne s'est développée de manière exponentielle, ces dernières années, avec la multiplication des transferts de compétences. Après avoir surtout été utilisée en matière de financement[4], elle a gagné l'ensemble des compétences par le biais des politiques d'aménagement du territoire.

54. Progressivement, les collectivités territoriales apparaissent, non plus comme des acteurs autonomes et cloisonnés au cadre de compétences qui leur est attribué, mais comme des coordinatrices de l'action publique locale. Elles collaborent avec l'Etat, et sous son contrôle,

---

[1] On retrouve cette exigence en matière de droits fondamentaux au niveau international pour les Etats ; cf. S. GROSBON, « Regard critique des comités onusiens sur la lutte contre les discriminations à la française », *La Revue des droits de l'homme*, n° 9, 2016, site : www.revdh.revues.org, n° 13 : « *En vertu de la systématisation désormais bien connue en droit international des droits de l'Homme, l'Etat doit respecter, protéger et réaliser les droits fondamentaux. Il doit donc ne pas lui-même discriminer, mais il doit également protéger les individus contre des discriminations provoquées par d'autres individus et mettre en œuvre des politiques publiques permettant effectivement de combattre la discrimination. L'obligation de protection implique alors de lutter contre les discriminations à la racine, en faisant évoluer la société et les individus qui la composent tant dans leurs pratiques que dans leur mentalité. […] Le manque d'effectivité vient alors selon les Comités d'une mise en pratique insuffisante de ces belles ambitions* ».

[2] Voir supra, n° 24.

[3] Voir supra, n° 36.

[4] Dans les contrats de plan Etat-Région notamment ; voir infra, n° 864 et s.

pour porter et organiser l'action au niveau du territoire. Leur proximité leur confère une certaine expérience du territoire qui justifie cette fonction de coordination[1]. Ce faisant, les collectivités territoriales apparaissent de plus en plus comme des expertes du territoire, des techniciennes de l'action publique locale, et non plus comme des entités politiques capables de proposer un projet de territoire.

55. Dans cette étude, le cas de la politique de la ville a particulièrement attiré notre attention. Ses caractéristiques peuvent se résumer en trois points : une action locale évaluée et planifiée, pilotée par une entité territoriale (souvent un EPCI) et basée sur la coopération ; un objectif de réduction des inégalités et des discriminations subis par les habitants du territoire ; des moyens spécifiques, juridiques et matériels, pour adapter l'action aux objectifs fixés et aux contraintes locales. A y regarder de plus près, on pourrait y voir la mise en place d'un projet de société au sein d'un territoire déterminé dans lequel l'objectif est de construire le vivre-ensemble. Les habitants des quartiers de la politique de la ville sont d'ailleurs invités à participer à l'élaboration du contrat de ville qui servira de projet pour le quartier pendant les cinq années à venir. Si on est encore loin des critères d'une véritable décentralisation, cette politique d'aménagement du territoire remet en question à la fois les frontières, les institutions, mais surtout la fonction des collectivités territoriales qui semble, à bien des égards, dépassée par celle des EPCI. Les multiples mécanismes de solidarités de type contractuel qu'elle met en œuvre[2] tendent à redessiner la place des collectivités territoriales. Leur place d'acteurs principaux du territoire est aujourd'hui disputée, à travers ces mécanismes, par l'attribution du pilotage des actions aux EPCI et par la participation de l'Etat à leur élaboration.

56. Malgré les innovations et l'enthousiasme mis par certaines collectivités pour prévenir les risques de discrimination, les actions adoptées sont largement contraintes par un cadre juridique qui ne laisse qu'une faible marge de manœuvre aux collectivités territoriales. Dans un tel contexte, on peut même se demander si les collectivités sont véritablement en capacité d'apprécier dans toute sa mesure le risque de discrimination tel qu'il apparaît sur leur territoire.

[1] Le Conseil d'Etat préconise d'associer l'ensemble des acteurs dans l'analyse des risques ; cf. CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public 2005, EDCE n° 56, La documentation française, 2005, p. 333 : « *Un développement plus systématique de l'analyse des risques, en associant à cette analyse pouvoirs publics, professionnels et associations intéressées, paraît nécessaire* ».

[2] Voir infra, n° 835 et s.

C) Annonce de plan

57. Pour Ulrich BECK les risques désignent : « *un futur qu'il s'agit d'empêcher d'advenir. Les risque […] sont fondamentalement réels et irréels à la fois. D'un côté il existe des menaces et des destructions qui sont déjà bien réelles : la pollution ou la mort des eaux, la disparition de forêts, l'existence de nouvelles maladies etc. D'un autre côté la véritable force sociale de l'argument du risque réside justement dans les dangers que l'on projette dans l'avenir* »[1]. Cette acception moderne du risque met l'accent sur la nécessité de connaître le risque avant de pouvoir l'appréhender. Compte tenu de ses caractéristiques, le risque de discrimination doit nécessairement s'analyser dans une perspective juridique.

58. Apparue dans le droit, avec pour principale fonction de contrôler l'action publique, l'interdiction des discriminations constitue un contrôle de conformité, une étape de validation, des mesures adoptées par les collectivités territoriales. Ces propriétés ont permis une remise en cause profonde du cadre traditionnel de la décentralisation.

59. L'apparition d'un risque de discrimination des collectivités territoriales dans la matière juridique (Première partie) a ainsi montré les limites de l'uniformité du cadre institutionnel censé refléter l'homogénéité de la Nation. L'évolution du droit de la non-discrimination a conduit à accentuer ce risque juridique, par son extension et son indétermination auxquelles les collectivités sont particulièrement sensibles. Sous l'angle des collectivités territoriales, le risque de discrimination se révèle sous toutes ses facettes. Il est à la fois public, privé, administratif, pénal, européen, national, interne, et externe. Inhérent à la prise de décision, il semble impossible à anticiper.

60. Apparaît ainsi un risque systémique, inhérent à la prise de décision, et dont il faut prévenir les conséquences[2]. Le risque de discrimination devient un problème public, et partant, une catégorie d'action publique, qui sera prise en charge par les collectivités territoriales (Deuxième partie). Elles ont un rôle central à jouer compte tenu de la place attribuée aux territoires dans la gestion des inégalités. Progressivement, ce risque ne sera plus perçu comme un problème d'adaptation de la législation au territoire mais comme un problème systémique, qui nécessite un changement de paradigme de l'action publique vers une approche intégrée de la lutte contre les discriminations.

[1] U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, 2001, p. 61.
[2] F. DHUME, « Le concept de discrimination », art. cit., p. 11.

Première partie : L'apparition d'un risque de discrimination des collectivités territoriales

61. Le moment révolutionnaire de la fin du XVIIIe siècle a été le théâtre d'un renversement des valeurs qui a conduit à la proclamation de la République[1]. En plaçant l'égalité comme seule fin légitime à toute entreprise collective, les révolutionnaires ont justifié la remise à plat de l'ordre fondamentalement inégalitaire de l'Ancien Régime. La nouvelle structure politico-administrative a alors pour seul but d'assurer cette égalité. Cette République s'est construite à partir de la déclaration d'une égalité juridique, consacrée à l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. La formule[2], qui désigne « *les hommes* » dans leur globalité – encore que le terme « homme » a fait l'objet de débats nourris –, leur reconnaît l'égalité, depuis la naissance jusqu'à leur décès, « *en droits* ». Les individus, considérés comme identiques sur le plan juridique tout au long de leur existence, doivent être traités identiquement tout au long de leur vie par les pouvoirs publics.

62. Partant de ce postulat de l'égalité de départ de tous les individus, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 indique que la loi doit être « *la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* »[3]. Destinée à un ensemble d'individus juridiquement homogène, sa mise en œuvre sur le territoire doit subir le moins possible d'altérations. Elle se concrétise par la mise en action d'une structure politico-administrative territorialement uniforme. Cette uniformité des structures ne constitue alors que le reflet de l'uniformité des

[1] M. VOVELLE, « La première République », in C. NICOLET, M. VOVELLE, R. HUARD, et R. MARTELLI, *La passion de la République, un itinéraire français*, Editions sociales, 1992, p. 103 : la République peut se définir « *comme un idéal, fondé sur un système de valeurs, réalisé à travers un système d'institutions* ».
[2] « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ».
[3] Art. 6, DDHC.

publics ciblés par l'action des autorités. Dans ce cadre formaliste, la discrimination n'a pas lieu d'être. La mise en place des statuts juridiques conduit à effacer les identités sociales – illustrées par les critères de discrimination – pour y substituer une identité politique unique construite autour de la citoyenneté[1]. L'aveuglement aux identités sociales qu'impose l'uniformité territoriale de l'action publique, devient, par voie de conséquence, un aveuglement aux discriminations (Titre 1).

63. Jusqu'à l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948[2], la notion de discrimination est absente de notre droit. Elle prend progressivement une coloration politique qui tranche avec la conception formaliste du principe d'égalité. Elle ne désigne plus seulement une distinction juridiquement injustifiée, mais aussi tout traitement différencié fondé sur un critère illégitime et inscrit, à ce titre, dans la loi. Perçue comme un danger à la fois pour la société et pour la réalisation du marché intérieur de l'Union européenne, la discrimination devient un comportement particulièrement surveillé, moralement condamné, et pénalement réprimé. Cette double dimension, économique et axiologique, n'est pas sans lien avec les difficultés à en saisir les contours et à mettre en œuvre les dispositions qui l'interdisent. Dispersées dans plusieurs corps de règles applicables aux collectivités territoriales, faisant l'objet d'une promotion accrue de la part des institutions européennes, les interdictions de discriminer ont fait émerger, à travers la sanction juridictionnelle, un risque juridique de discrimination difficile à évaluer (Titre 2).

[1] Sur les conditions qui ont mené à faire de la discrimination un « *impensée politique* », voir, A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations. Genèse et usages d'une politique publique*, L'Harmattan, 2014, spéc. p. 31 et s.

[2] Art. 7, DUDH : « *Tous [les individus] sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination* » ; art. 23, §2, DUDH : « *Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal* ».

Titre 1: L'ignorance du risque de discrimination par l'uniformité territoriale

64. Didier GUIGNARD explique dans sa thèse sur la notion d'uniformité en droit public que « *cette dernière a besoin d'une représentation unitaire couplée à l'égalité. Seule la volonté de former un ensemble "un", donc indifférencié, peut produire de l'uniformité. Non seulement, les sujets sont à distance égale du pouvoir, mais ils sont interchangeables. L'uniformité relève donc d'un rapport horizontal, c'est-à-dire entre les personnes qui, dépourvues de marques distinctives, forment un seul ensemble* »[1]. Comme il le décrit lui-même, cette unité du peuple pousse à l'indifférenciation des individus en niant l'existence de certains groupes sociaux[2]. En conséquent, elle tend à ignorer les processus de discrimination dont ils peuvent être victimes.

65. Dans l'esprit des révolutionnaires français, « *le moteur de l'augmentation de la force de l'unité est l'acceptation par l'ensemble de la nation de l'égalité des droits et de l'égalité qui va se traduire par la loi* »[3]. La loi, unique expression de la volonté générale, norme à caractère général, abstrait, et impersonnel, rend les individus interchangeables, sans distinction[4], et soumis au même régime juridique de droit commun[5]. En cela, elle confine à l'uniformité de

---

[1] D. GUIGNARD, *La notion d'uniformité en droit public*, thèse de Droit public, Université de Toulouse-Capitole, 2002, p. 69.

[2] R. BRUNET, *Le principe d'égalité en droit français*, thèse de Droit, Paris, éd. Félix Alcan, 1910, p. 101 : « *L'unité et l'uniformité des lois […] tendent à généraliser la conception que [l]es différences n'ont aucune importance et que seules comptent les ressemblances* ».

[3] B. POULLAIN, débats rapportés in *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, journées d'études des 16-17 mars 1989, Association française des constitutionnalistes, Economica, 1990, p. 41.

[4] Olivier JOUANJAN remarque ainsi que « *la déclaration des droits de 1789 ne contient pas la formule de l'égalité devant la loi, mais très significativement, celle d'une égalité "aux yeux de" la loi (art. 6). Que les citoyens soient égaux aux yeux de la loi, cela signifie précisément que le législateur doit les considérer comme des égaux, et que cette modalité particulière du regard qu'il porte doit se retrouver dans le corps même de la loi.* » ; cf. O. JOUANJAN, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits*, n° 16, 1992, L'Etat /2, p. 134.

[5] On retrouve ici les deux éléments du pacte social de Jean-Jacques ROUSSEAU, la soumission à la loi et l'application à un tout indivisible ; cf. J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, [1762], Flammarion, 2012, pp. 53-54 : « *Si donc on écarte du pacte social ce qui n'est pas de son essence, on trouvera qu'il se réduit aux termes*

l'action publique, seul mécanisme à même de garantir un traitement identique à l'ensemble des administrés. Cette uniformité est alors perçue comme « *un moyen pour […] assurer l'unité de l'empire et l'égalité d'influence [de son pouvoir]. A travers l'idée d'uniformité, l'idéal unitaire révolutionnaire rejoint son projet égalitaire* »[1].

66. L'uniformité devient, selon Jean-Pierre DUBOIS, un principe fondateur de la structure politico-administrative du territoire : « *le principe d'uniformité, résultante des exigences combinées d'unité de la République et d'égalité entre ses citoyens, constitue depuis la Révolution (et à l'évidence en réaction contre la complexité inégalitaire de la France administrative de l'Ancien Régime) l'un des fondements juridiques et politiques de l'organisation de l'administration territoriale* »[2]. Ainsi, l'organisation territoriale participe-t-elle activement à l'invisibilisation des discriminations en cherchant à nier, voire à effacer, les identités locales par une application stricte de la loi commune.

67. L'uniformité a guidé toute la structuration des pouvoirs publics au cours du XIXe. Elle a conduit dans un premier temps à établir une administration fortement centralisée afin de maintenir l'unité et l'indivisibilité de la République. Si la décentralisation a rompu avec la centralisation en créant des entités politico-administratives locales, elle a conservé, dans ses principes, l'idée d'uniformité, en évitant soigneusement l'émergence de particularismes locaux. Simples rouages de l'administration, les collectivités territoriales en sont réduites à un rôle d'application de la loi. Dans ce cadre, l'uniformité du pouvoir local (Chapitre 1) et de son administration (Chapitre 2) sont les conditions d'une application formellement unique de la législation sur l'ensemble du territoire

suivants. Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale ; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout. *[…] A l'égard des associés ils prennent collectivement le nom de* peuple*, et s'appellent en particulier* Citoyens *comme participants à l'autorité souveraine, et* Sujets *comme soumis aux lois de l'Etat* ».

[1] N. MERLEY, *Conception et administration du territoire en France métropolitaine*, PU Aix-Marseille, 1998, p. 58.

[2] J.- P. DUBOIS, *Droit administratif*, tome 1, éd. Eyrolles, 1992, p. 56.

Chapitre 1: L'uniformité du pouvoir local

68. Si, selon les termes de l'article 1er de la Constitution, la France est une République « *décentralisée* » sa mise en place s'est faite dans un mouvement inverse. François MONERA constate ainsi qu'à ses débuts « *la République [...], est avant tout centralisatrice.* »[1]. En effet, c'est pour mettre un terme aux abus des pouvoirs locaux des provinces, que les révolutionnaires décidèrent de redéfinir le découpage du territoire en créant des départements[2], divisés en districts, eux-mêmes divisés en communes[3], et tous soumis à la même loi. A l'unité politique déjà existante sous l'Ancien Régime s'ajoute ainsi l'uniformité du pouvoir local censée réalisée, dans les territoires, la concrétisation des dispositions générales contenues dans la loi.

69. L'uniformité du pouvoir local garantit ainsi une égalité formelle devant le pouvoir normatif local. L'égalité devant la loi trouve alors les moyens de sa mise en œuvre sur l'ensemble du territoire par le truchement d'entités infraétatiques contraintes dans leur marge d'appréciation. Bras exécutif du législateur, les collectivités territoriales n'ont pour seule fonction que l'application la plus fidèle possible de la loi dans les territoires. Celle-ci justifie la faible autonomie conférée à ces entités infraétatiques. L'uniformité exigée doit permettre de réduire de façon drastique les risques d'arbitraires et, partant, d'annihiler tout risque de discrimination. Ainsi, toute action des collectivités territoriales conformes à la légalité est présumée conforme à l'exigence d'égalité.

70. Cette égalité devant la loi, purement formelle, est à la cause de l'uniformité originelle de la politique de décentralisation. Elle apparaît « *en ce sens que la règle est la même pour toutes les collectivités locales et que toutes les collectivités locales doivent appliquer les mêmes*

---

[1] F. MONERA, *L'idée de République et la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 117, 2004, p. 187.

[2] Loi du 22 décembre 1789 relative à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives, site : www.assemblee-nationale.fr.

[3] Décret du 14 décembre 1789 concernant la constitution des municipalités, *Archives Parlementaires de la Révolution Française*, n° 10, 1878, pp. 564-567.

règles de compétences et exercer leurs pouvoirs dans les mêmes conditions, toujours égales d'ailleurs »[1]. Le modèle français reprend ses deux aspects. D'une part, la présence d'un pouvoir central fort a permis d'instaurer un découpage artificiel homogénéisant les différents statuts de collectivités territoriales (Section 1). D'autre part, le faible pouvoir qui leur est reconnu, strictement encadré et contrôlé par le principe de légalité, assure la conformité des règles qu'elles appliquent avec celles des autres autorités publiques (Section 2).

Section 1: L'homogénéité statutaire des collectivités territoriales

71. L'organisation du pouvoir local répond à un principe d'uniformité qui vise à assurer la même application de la loi en tout point du territoire. Découpé selon une approche géométrique, le territoire français est administré par une structure politico-administrative homogène portée sur les fonts baptismaux par l'idée des révolutionnaires de bâtir une République une et indivisible (§1). Au sein de cette structure, les collectivités territoriales ne sont qu'un rouage administratif supplémentaire, des échelons de mise en application sans autres spécificités que les compétences qui leurs sont attribuées. La décentralisation a donné lieu à la mise en place de trois catégories homogènes de collectivités territoriales à l'égard desquelles le Conseil constitutionnel fait respecter un principe d'égalité (§2).

§1) La République une et indivisible[2], fondement de l'homogénéité institutionnelle

72. L'homogénéité institutionnelle de la France est logée dans sa tradition unitaire[3]. Alors que les autres puissances affirment l'existence d'entités infraétatiques aux compétences

[1] G. BRAIBANT, débats suite à l'article de F.-P. BENOIT, « Les structures administratives territoriales devant l'exigence de décentralisation », in *La décentralisation pour la rénovation de l'Etat*, colloque des 23 et 24 mai 1975 organisé à Aix-en-Provence, 1976, p. 151.
[2] T. GRUNDLER, « La République française, une et indivisible ? », *RDP*, LGDJ, Lextenso (en ligne), 2007, pp. 445-477.
[3] Michel VERPEAUX constate une « *continuité quasi parfaite* » dans le mouvement d'unification de l'Etat français entre l'Ancien Régime et la Révolution ; cf. M. VERPEAUX, « L'unité et la diversité dans la République », *NCCC*, n° 42, 2014/1, pp. 7-16, §1.

étendues et l'existence de particularismes locaux, en France, dès l'origine, « *dans la sphère de l'Etat ou de la République, seule l'unité indivisible s'impose* »[1]. Selon cette conception, l'indivisibilité du pouvoir souverain de l'Etat doit aussi s'incarner dans l'uniformité de l'organisation et de l'administration du territoire[2]. C'est cette indivisibilité qui donnera sa forme à l'Etat unitaire français. Elle se justifie par la place occupée par la loi dans le projet révolutionnaire[3]. Emanation de la volonté générale du souverain, la Nation, la loi française est unique et ne saurait supporter l'existence d'un autre pouvoir législatif (A). Ainsi, l'égalité de tous les citoyens devant la loi implique que soient mis en œuvre les conditions de son application uniforme. Celle-ci est assurée grâce à une administration unique, au service d'une seule entité : l'Etat (B).

A) L'unicité de la législation

73. L'unicité de la loi est une spécificité du système français. Rattachée au pouvoir souverain, la loi ne peut être qu'unique dès lors que la souveraineté, considérée à la fois comme indivisible, inaliénable et imprescriptible[4], appartient tout entière à la Nation (1). L'indivisibilité de la Nation a alors pour corollaire l'unité du pouvoir législatif (2).

1) L'indivisibilité de la Nation

74. L'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 indique que « *[la] souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants* ». Dans cette disposition, la nation et le peuple semblent se confondre au point que certains n'hésitent pas à affirmer « *le*

[1] C. GREWE, « L'unité de l'Etat : entre indivisibilité et pluralisme », *RDP*, 1998, n° spécial « Les 40 ans de la Veme République », p. 1350.

[2] C'est bien le rattachement de la souveraineté à la Nation qui rend la République indivisible, puisque l'indivisibilité ne se limite pas à la République mais peut aussi s'appliquer au Royaume. L'article 1er du titre II de la Constitution du 3 septembre 1791 dispose que « [le] Royaume est un et indivisible » et, aussi, l'article 1er du titre III dispose que « *[la] souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible* » cf. M. VERPEAUX, « L'unité et la diversité dans la République », art. cit., §1. Voir aussi, G. DRAGO, « Art. 1 » in F. LUCHAIRE et G. CONAC (sous la direction de), *La constitution de la République française*, Economica, 3e éd. 2009, p. 133. Selon les mots de Charles PEGUY, « *rien n'est aussi monarchique et aussi royal, et aussi ancienne France, que cette formule : la République une et indivisible, c'est notre royaume de France* » ; cf. C. PEGUY, *L'argent suite*, Œuvres en prose, tome II, 1968.

[3] En vertu duquel elle « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* » ; cf. Art. 6, DDHC.

[4] Constitution du 5 Fructidor An III, Art. 1er : « *La République Française est une et indivisible* » ; Art. 2 « *L'universalité des citoyens français est le souverain* » ; Art. 17 : « *La souveraineté réside essentiellement dans l'universalité des citoyens* » ; Art. 18 : « *Nul individu, nulle réunion partielle de citoyens ne peut s'attribuer la souveraineté* ».

peuple […] c'est la nation »[1]. Or, cette artifice sémantique a eu pour conséquences d'ignorer les minorités et les discriminations qu'elles pouvaient subir.

75. **La construction du peuple-Nation.** La confusion de la Nation et du peuple débute avec le travail d'édification du concept de « nation » établi à la Révolution[2]. Elle peut être définie comme la « *collectivité considérée à la fois dans chacun des individus qui la composent et dans la totalité abstraite qu'elle constitue* »[3]. Jacques CADART la distingue ainsi du peuple français : celui-ci « *est constitué par les seules personnes actuellement en vie [alors que] la Nation, au contraire, comprend aussi les morts et durera plus que les vivants* »[4]. Elle serait donc une entité abstraite, intemporelle, qui dépasse et transcende l'existence physique du peuple. Pour l'Abbé SIEYES, fondateur du concept, « *La nation existe avant tout, elle est l'origine de tout* » [5]. Elle seule peut donc être détentrice du pouvoir souverain, qui, selon SIEYES, correspond au pouvoir de faire la loi[6]. Aussi, dès l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 il est proclamé que « *le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément* ». En lui attribuant le pouvoir souverain, la Nation devient alors indivisible, et le peuple avec elle. Ces caractéristiques de la souveraineté sont reprises dans la Constitution de 1791 qui la décrit comme « *une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. […] Aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice* ». Cette dernière partie sera d'ailleurs reprise dans la Constitution de 1958. Ainsi, il n'existerait qu'un peuple français, incarnation de la nation, qui, une fois réuni, peut exercer le pouvoir souverain.

76. **La négation des minorités nationales.** L'idée d'un peuple français unique a ainsi permis le « *passage de la légitimité divine et royale à une légitimité démocratique* »[7]. Mais il est aussi « *un principe universaliste, qui [a libéré] les citoyens des contraintes des ordres*

---

[1] G. BURDEAU, « Destin de l'idée démocratique », in G. BURDEAU, *Écrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, éd. Panthéon Assas, 2011, pp. 390-391.

[2] Voir, P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, 2000, p. 230 ; G. FRITZ, *L'idée de peuple en France du XVIIe au XIXe siècle*, PU de Strasbourg, 1988, p. 5 ; P. NORA, « Nation », in F. FURET, M. OZOUF (sous la direction de), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Flammarion, 1988, pp. 801-812.

[3] G. TIMSIT, « Les grands principes de la Déclaration des droits et l'Administration française », *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines, sa pérennité*, La documentation française, 1990, p. 208.

[4] J. CADART, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, tome 1, 1975, p. 51 : « *Le peuple, "le peuple français" par exemple possède lui aussi les qualités de la Nation, mais il est constitué par les seules personnes actuellement en vie. La Nation, au contraire, comprend aussi les morts et durera plus que les vivants* » ; voir aussi M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, p. 86.

[5] E.-J. M. SIEYES, *Qu'est-ce que le tiers-État ?*, Quadrige, 1982 [1789], p. 67 : il affirme que « *[la] nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même* ».

[6] Ibid.

[7] C. CUVELIER, *Le pluralisme démotique*, thèse de Droit public, Université Lille II, 2014, p. 501, n° 949.

féodaux »[1]. Il a alors pour conséquence de refuser l'existence de minorités politiques infraétatiques alors que l'époque prérévolutionnaire avaient pu en admettre un certain nombre[2]. La conception holiste de la Nation a conduit à exclure tous les individus non-nationaux et tous les peuples infranationaux[3], notamment colonisés[4], de la citoyenneté[5]. Le statut de ces peuples avait pour objectif de maintenir l'unité de la représentation en évitant la reconnaissance de minorités nationales. Cette conception du peuple-Nation a trouvé une traduction juridique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel à travers le principe d'unicité du peuple français fondé sur la « *tradition constitutionnelle* »[6]. Il s'appuie dessus pour refuser de reconnaître l'existence d'un « *peuple corse, comme composante du peuple français* »[7]. Renvoyant à l'article 1er (ex-article 2) de la Constitution, il considère que la Constitution « *ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion* »[8]. Les juges relèvent ainsi que « *la référence faite au "peuple français" figure […] depuis deux siècles dans de nombreux textes constitutionnels* »[9]. En se référant à l'article 1er, le Conseil constitutionnel assimile l'unicité du peuple français à l'égalité, « *la première permettant d'atteindre la seconde* »[10]. Désormais, une partie de la doctrine constitutionnelle n'envisage le

[1] Ibid.
[2] L. SOSOE, « Nation », in P. RAYNAUD et S. RIALS (sous la direction de), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 1996, p. 411.
[3] D'aucuns y voient « *les prémices d'une ethnicisation du mythe national fondateur, […] de l'idée nationale française [qui] tend à mettre l'accent sur les facteurs objectifs d'identification du groupe social* » ; cf. S. PIERRE-CAPS, « L'ordre juridique français et les situations minoritaires locales », in A.-M. LE POURHIET (sous la direction de), *Droit constitutionnel local. Égalité et liberté locale dans la Constitution*, Aix-Marseille, PU Aix-Marseille, 1999, p. 100 et 101.
[4] Pour un rappel historique voir not., O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004, pp. 43-44.
[5] La citoyenneté étant conçue sur la base des mérites, elle est attribuée de manière très restrictive par les révolutionnaires. Ainsi, à l'origine, elle exclut, en plus des étrangers, des peuples colonisés, des mineurs et des femmes, les hommes qui ne sont pas en mesure de payer le cens.
[6] B. GENEVOIS, « Le contrôle de constitutionnalité du statut de la collectivité territoriale de la Corse », *RFDA*, 1991, p. 407.
[7] Cons. const., 9 mai 1991, n° 91-290 DC, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, cons.12. Le principe sera expressément consacré dans la décision, Conseil constitutionnel sur la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, n° 99-412 DC, du 15 juin 1999, au considérant 5 : « *le principe d'unicité du peuple français, dont aucune section de peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale, a également valeur constitutionnelle* ; »
[8] Ibid., cons. 13.
[9] Cons. const., 9 mai 1991, n° 91-290 DC, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, cons.12. Pour Michel VERPEAUX, le « *Conseil semble exprimer ici une sorte de référence indirecte à une continuité constitutionnelle qui dépasserait un texte précis, par une sorte de coutume constitutionnelle ou de référence historique* ». Il évoque ainsi une « *forme de supra constitutionnalité* » ; cf. M. VERPEAUX, « L'unité et la diversité dans la République », art. cit., §11.
[10] M. VERPEAUX, « L'unité et la diversité dans la République », art. cit., §11.

peuple français que sous le prisme exclusif du principe d'unicité[1] ou de la souveraineté[2]. Cette position a aussi conduit le Conseil d'Etat à rendre un avis défavorable à la ratification de la Convention cadre sur le droit des minorités nationales[3].

77. A la fin de la seconde guerre mondiale, la recomposition de la nation française s'est faite selon une doctrine assimilationniste[4] qui remplace les origines singulières de chaque ressortissant français par le récit national[5]. Cette doctrine, fondée sur la fusion de la citoyenneté dans la nationalité, permet de ne considérer que deux types d'origines – les nationaux et les non-nationaux – pour établir des statuts civils différenciés. Placée dans la tradition constitutionnelle, l'unicité du peuple français dispose d'une valeur symbolique difficilement contestable, alors même qu'elle est porteuse d'un risque de discrimination particulièrement fort à l'égard des minorités. Elle a permis d'« *assurer l'égalité de tous devant la loi, [de] mettre fin aux privilèges et aux inégalités accrues par la féodalité* »[6]. Ce faisant, cette unicité indivisible du peuple et de la Nation permet toujours d'assurer l'unité du pouvoir législatif et de la législation.

2) L'unité du pouvoir législatif

78. L'unité du pouvoir législatif s'explique par l'idée révolutionnaire selon laquelle seule la loi souveraine est émancipatrice. Elle doit lever « *toutes les contraintes juridiques et*

---

[1] Par ex., L. FAVOREU e. a., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 16e éd. 2014, p. 522-527. Pour un exemple plus ancien, J. L. E. ORTOLAN, *De la Souveraineté du peuple et des principes du gouvernement républicain moderne*, Cours ouvert à la Faculté de droit de Paris, Joubert, 1848, p. 18 : l'auteur n'emploie pas le terme unicité, mais présente le « *peuple comme une grande unité* ».

[2] Par ex., F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 34e éd., 2013, pp. 161- 166 ; B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, Sirey, 30e éd., 2013, pp. 81-89 ; M. VERPEAUX, *Manuel de droit constitutionnel*, PUF, 2010, p. 87 ; P. PACTET, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Sirey, 32e éd., 2013, pp. 79-80.

[3] CE, Ass., Sect. Fin., n° 357-446 du 6 juillet 1995, in *Rapport annuel du Conseil d'Etat de 1995*, p. 397 : Le concept de minorités nationales caractérise des « *groupements de personnes établis sur le territoire de l'Etat et ayant en commun une identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse différente de celle de la majorité* », ce qui peut inclure des groupes infraétatiques.

[4] Loi n° 46-451 du 19 mars 1946 tendant au classement comme départements français des colonies de la Guadeloupe, de la Martinique, de La Réunion et de la Guyane française, dite « d'assimilation », JORF du 20 mars 1946 p. 2294.

[5] Dominique SCHNAPPER décrit la doctrine assimilationniste des années 1970 comme la volonté « *d'obtenir des individus qu'ils effacent de leur conscience les souvenirs de leur vie passée* » ; cf. D. SCHNAPPER, *Qu'est ce que l'intégration ?*, Gallimard, Folio actuel, 2007, p. 73.

[6] C. CUVELIER, *Le pluralisme démotique. Contribution au concept juridique de peuple*, op. cit., p. 499, n° 944. Par l'abolition des privilèges, la loi a permis de lever « *toutes les contraintes juridiques et économiques de l'Ancien Régime [et] ainsi favorisé l'unité de la nation française* » ; cf. M. VERPEAUX, « L'unité et la diversité dans la République », art. cit., §1.

économiques de l'Ancien Régime [et] ainsi favoriser l'unité de la nation française »[1]. L'unité du pouvoir législatif, de la manière dont il s'exerce, doit ainsi permettre de réunir « *l'universalité de la volonté [de la Nation] et celle de l'objet [la loi]* »[2]. A l'unité théorique tirée de la conception française de la Nation doit s'ajouter une unité dans les faits de l'expression de la volonté générale. En ce sens, les règles du jeu institutionnel n'ont eu de cesse d'évoluer afin de garantir autant que possible l'expression d'une seule volonté.

79. **L'unité théorique du pouvoir législatif.** En tant qu'expression de la volonté générale, la loi est l'acte par lequel se poursuit l'intérêt général de toute la Nation. Jean-Jacques ROUSSEAU expliquait cette fonction ainsi : « *quand tout le peuple statue sur tout le peuple il ne considère que lui-même, et s'il se forme alors un rapport, c'est de l'objet entier sous un point de vue à l'objet entier sous un autre point de vue, sans aucune division du tout. Alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C'est cet acte que j'appelle une loi* »[3]. Le peuple détenteur du pouvoir souverain est donc le mieux à même d'adopter les lois qui sont l'expression de sa volonté. L'auteur précise, à ce titre, que « *la souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée ; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point* »[4]. Or, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 indique que si « *la Loi est l'expression de la volonté générale [,] tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation* ». Ainsi, non seulement le texte consacre l'existence de représentants, mais il opère également une distinction entre les citoyens d'une part et le reste du peuple d'autre part[5]. Seuls les citoyens sont alors autorisés à participer à l'élaboration de la loi. A cet égard, Jean-Jacques ROUSSEAU fustigeait la vision française de la citoyenneté fondée sur les mérites qui a pour conséquence de diviser le peuple[6].

80. **L'unité de la volonté du pouvoir législatif.** Aujourd'hui, si les conditions d'accès à la citoyenneté se sont assouplies – fin du suffrage censitaire, abaissement de la majorité,

---

[1] Ibid.

[2] M. VOVELLE, « La première République », in C. NICOLET, M. VOVELLE, R. HUARD, et R. MARTELLI, *La passion de la République, un itinéraire français*, Editions sociales, 1992, p. 103.

[3] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, [1762], Flammarion, 2012, pp. 72-73 : « *Mais quand tout le peuple statue sur tout le peuple il ne considère que lui-même, et s'il se forme alors un rapport, c'est de l'objet entier sous un point de vue à l'objet entier sous un autre point de vue, sans aucune division du tout. Alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C'est cet acte que j'appelle une loi* ».

[4] Ibid.

[5] Préambule : « *Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme […]* ».

[6] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 53, n.b.p.

reconnaissance d'une citoyenneté pleine et entière pour les femmes et même des droits civiques et politiques pour les ressortissants de l'Union européenne – la procédure d'adoption des lois s'est éloignée des procédés de démocratie directe préconisés par le penseur de Genève[1]. D'une part, le Parlement se compose de deux chambres dont le Sénat qui « *assure la représentation des collectivités territoriales de la République* »[2] et non celle du peuple[3]. L'article 39 alinéa 2 oblige le Gouvernement à lui soumettre en premier lieu « *les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales* ». D'autre part, la Constitution du 4 octobre 1958 organise un système parlementaire « rationalisé », dans lequel le pouvoir exécutif détient les principaux leviers de la procédure législative ainsi qu'un domaine réglementaire étendu. Le tout est placé sous le contrôle du Conseil constitutionnel[4]. Le pouvoir exécutif est également assisté du Conseil d'Etat qui détient un rôle consultatif dans la rédaction des projets de loi[5]. La Ve République se singularise donc par la place prédominante des chefs des administrations déconcentrées – membres du gouvernement – et décentralisées – de nombreux élus locaux siègent au Sénat – dans le processus législatif. Leur participation doit normalement permettre une meilleure fabrication de la loi, plus proche des considérations de l'exécutif et des difficultés liées à sa mise en œuvre uniforme au niveau local.

81. A l'unité de la représentation politique s'est substituée une unité de la volonté du pouvoir législatif, entendu comme le pouvoir d'adopter des normes applicables uniformément sur le territoire, au détriment des particularismes locaux, sociaux ou territoriaux.

---

[1] Ibid., pp. 72-73 : « *Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires ; ils ne peuvent rien conclure définitivement. Toute loi que le peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle ; ce n'est point une loi* ».

[2] Art. 24, al. 4, Constitution. Voir not., B. DOLEZ, « La représentation des collectivités territoriales par le Sénat ou les habits neufs de la "démocratie rurale" », in J. BENETTI, *Les collectivités territoriales et le principe d'égalité*, travaux de l'Association française de droit des collectivités locales, L'Harmattan, 2016, pp. 37-69. La constitutionnalisation discontinue des départements qui remonte à la Constitution de l'an III s'inscrit aussi dans une répartition fondée sur un critère, non plus démographique comme dans la loi du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat, mais géographique.

[3] S. NICOT, « La quête identitaire de la seconde Chambre : l'affirmation de sa spécificité territoriale », *VIe Congrès Français de Droit* Constitutionnel organisé par l'AFDC, à Montpellier les 9, 10 et 11 juin 2005, p. 4 : « *l'une des justifications principales de (son) existence (…) réside dans la demande de représentation* » ; cité dans B. DOLEZ, « La représentation des collectivités territoriales par le Sénat ou les habits neufs de la "démocratie rurale" », art. cit. Voir aussi, D. MAUS, « Libres propos sur le Sénat », *Pouvoirs*, n° 64, 1993, p. 97 : la chambre basse « *représente le peuple dans sa composante démographique* » et la chambre haute « *le peuple dans sa dimension spatiale* ». Pour aller plus loin, voir J. GRANGE, « Les déformations de la représentation des collectivités territoriales et de la population au Sénat », *Revue française de science politique*, 1990, p. 24.

[4] Art. 37 de la Constitution : « *Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent.* »

[5] Art. 39, al. 2, de la Constitution.

82. Une et indivisible, la République a ainsi pu établir « *la primauté des valeurs nationales et étatiques sur tous les intérêts […] d'ordre local ou particulariste* »[1] en se servant de la loi comme instrument de contrainte[2]. Si « *la loi est uniforme, les mœurs, les terres, les intelligences ne le sont pas ; or, l'administration est l'art d'appliquer les lois sans blesser les intérêts, tout y est donc local* »[3]. La rationalisation de la procédure au bénéfice du pouvoir exécutif ainsi que l'existence d'une représentation des collectivités territoriales au Parlement ont pu apparaître comme un moyen de remettre la question de l'égalité devant la loi dans son processus d'élaboration en intégrant les problématiques liées à son application par l'administration.

B) L'unicité de l'administration

83. L'unicité de l'administration constitue le deuxième aspect permettant de garantir l'égalité devant la loi dans le cadre de la conception française de la République. Jean-Baptiste LOUVET, devant la Convention nationale, expliquait ainsi que la République française, une et indivisible, est « *une République dont tous les points doivent être administrés sur le même plan, avec les mêmes lois, et assujettis à une organisation unique* »[4]. L'indivisibilité du territoire constitue alors le principe par lequel il devient possible de maintenir cette uniformité[5] (1). Il donnera naissance à un pouvoir exécutif unifié pour la bonne application de la loi qui fait des collectivités territoriales les relais locaux du pouvoir central (2).

1) L'indivisibilité du territoire

84. Dès sa proclamation le 25 septembre 1792, la République est déclarée « *une et indivisible* ». Aussi, à sa construction « *les conventionnels ne proclament pas la République mais son essence, sa majesté, pourrions-nous dire : l'unité, l'indivisibilité* »[6]. Cependant

[1] R. DEBBASCH, *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Essai d'histoire politique, Economica, PU Aix-Marseille, 1988, p. 7.
[2] La loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800) donne naissance aux préfets.
[3] H. BALZAC, *Le médecin de campagne*, 1833, p. 59.
[4] J.-B. LOUVET à la Convention nationale, séance du 11 thermidor an III, Réimpression de l'Ancien Moniteur, tome 25, p. 32.
[5] André ROUX rappelle les trois composantes du principe d'indivisibilité dégagées par le Conseil constitutionnel : l'indivisibilité de la souveraineté, qui constitue sa forme privilégiée, l'indivisibilité du territoire et l'indivisibilité du peuple français ; cf. A. ROUX, *Droit constitutionnel local*, Economica, 1995, p. 62.
[6] M.-P. DESWARTE, *Essai sur la nature juridique de la République*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2003, p. 264.

l'indivisibilité du territoire n'est pas synonyme d'absence de partition ; elle est employée par le juge pour assurer une application uniforme de la loi sur le territoire.

85. **Indivisibilité et intangibilité du territoire.** L'indivisibilité du territoire de la République s'affirme alors dès sa création mais sous l'angle de l'intégrité. La Convention a ainsi déclaré, sur proposition de THURIOT que « *quiconque proposera ou tentera de rompre l'unité de la République française, ou d'en détacher des parties intégrantes pour les unir à un territoire étranger, sera puni de mort* »[1]. Les colonies françaises, « *soumises à la même loi constitutionnelle* », sont alors déclarées « *partie intégrante de la République* »[2]. Dans les faits, le territoire de la France connaitra plusieurs modifications, au gré des annexions, des guerres, et des capitulations. Sous la Ve République, le Conseil constitutionnel a validé la pratique des lois de sécession, grâce à une interprétation audacieuse de l'article 53 alinéa 3 de la Constitution, permettant aux territoires concernés de « *constituer un État indépendant ou y être attaché* »[3]. Ce droit de faire sécession n'est cependant pas inconditionné puisqu'il nécessite l'intervention des « *autorités compétentes de la République* »[4], c'est-à-dire du législateur, ainsi que la consultation des « *populations intéressées*. »[5] En réaction à cette jurisprudence, le constituant a décidé d'énumérer à l'article 72-3 alinéa 2 les territoires et collectivités d'outre-mer[6]. Comme le précise Michel VERPEAUX, « *le territoire [devient] alors "indivisible" sans modification de la Constitution mais, paradoxalement, cette exigence ne [pèse] que sur les collectivités situées outre-mer* »[7].

86. **Indivisibilité et application de la loi sur le territoire.** L'indivisibilité n'est donc pas synonyme d'intangibilité du territoire français. Elle est davantage invoquée pour freiner les mouvements de parcellisation du droit et protéger l'uniformité du régime juridique applicable au territoire[8]. On retrouve cette fonction à l'article 85 de la Constitution de 1946 qui dispose que « *La République française, une et indivisible, reconnaît l'existence des collectivités territoriales. Ces collectivités sont les communes, les départements, les territoires d'outre-mer*

---

[1] *Archives Parlementaires*, 1ère série, tome 55, séance du 16 décembre 1792, p. 79.
[2] Art. 6 du titre premier « Division du territoire », de la Constitution du 5 fructidor an III.
[3] Cons. const., 30 décembre 1975, n° 75-59 DC, Loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores.
[4] Art. 53, al. 3, Constitution.
[5] Ibid.
[6] La Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion, Mayotte, Saint Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon, les îles Wallis et Futuna et la Polynésie française sont régies par les articles 73 – pour les départements et les régions d'outre-mer, et pour les collectivités « uniques » créées en application du dernier alinéa – et 74 – pour les collectivités dites « collectivités d'outre-mer ». Voir infra, n° 628 et s.
[7] M. VERPEAUX, « L'unité et la diversité dans la République », art. cit., §8.
[8] Voir par ex., Cons. const., 26 janvier 1995, n° 94-358 DC, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, cons. 5.

». Le constituant affirme ainsi que la décentralisation s'inscrit dans le cadre de l'Etat unitaire, ce qui amènera le législateur à prendre des précautions au moment d'adopter l'acte I de la décentralisation. L'article 59 de la loi du 2 mars 1982 indique en effet que « *la création et l'organisation des régions en métropole et outre-mer ne portent atteinte ni à l'unité de la République ni à l'intégrité du territoire* »[1]. Pour le juge constitutionnel, le principe d'indivisibilité n'empêche pas l'adoption d'un statut dérogatoire au droit commun pour la collectivité de Corse[2], pas plus que la possibilité pour le pouvoir exécutif d'adopter des directives territoriales adaptées à la situation d'un territoire[3]. Il n'empêche donc pas le pouvoir exécutif d'adapter l'application de la loi à certaines particularités locales[4].

87. Finalement, la notion d'indivisibilité n'a pas de réelle valeur juridique intrinsèque. Soit elle est rattachée à la souveraineté nationale pour fonder le principe d'unicité du peuple français[5], ce qui permet d'éviter indirectement les démembrements du territoire[6]. Soit elle est rattachée à l'égalité devant la loi pour encadrer les différences de traitement territoriales[7], ce qui permet d'assurer indirectement l'uniformité de l'administration[8]. C'est, en effet, l'inscription de l'égalité devant la loi dans un cadre unitaire qui a donné naissance à la République indivisible, laquelle « *défend l'uniformité comme fondement unique de*

---

[1] Art. 59, Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, JORF 3 mars 1982, p. 740.

[2] Cons. const., 17 janvier 2002, n° 2001-454 DC, Loi relative à la Corse, cons. 29. « *toutes ces dispositions ne transfèrent à la collectivité territoriale de Corse que des compétences limitées, dans des matières ne relevant pas du domaine de la loi ; […] que ces compétences devront être mises en œuvre dans le respect des règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que dans celui des lois et règlements auxquels il n'est pas explicitement dérogé par la volonté du législateur ; qu'aucune des dispositions contestées ne peut être regardée comme portant atteinte à l'indivisibilité de la République, à l'intégrité du territoire ou à la souveraineté nationale* ».

[3] Cons. const., 26 janvier 1995, n° 94-358 DC, préc., cons. 5.

[4] Alors que l'indivisibilité de la Nation ne permet pas la partition du peuple français, l'indivisibilité du territoire permet les différences de régimes et les démembrements géographiques.

[5] Cons. const., 30 août 1984, n° 84-178, Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, et notamment ses articles 12, 131 et 137, cons. 8 : l'incompatibilité entre les fonctions de membre du Gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et celles de membre de l'Assemblée des communautés européenne, « *qui intéresse l'exercice des droits civiques, touche certains citoyens en fonction de leurs attaches avec une partie déterminée du territoire de la France ; qu'elle est donc contraire à l'indivisibilité de la République consacrée par l'article 2 de la Constitution* ». Voir aussi, Cons. const., 30 août 1984, n° 84-177 DC, Loi relative au statut du territoire de la Polynésie française et notamment son article 10, cons. 6 et 7.

[6] Voir aussi, Cons. const., 4 mai 2000, n° 2000-428 DC, Loi organisant une consultation de la population de Mayotte, cons. 9 et 10 : reconnaissance d'un peuple mahorais comme peuple des territoires d'outre-mer.

[7] Voir, M. JOYAU, *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, LGDJ, Biblio de droit public, Tome 198, 1998, p. 111 : « *La majorité des décisions, 8 très exactement, tend à interpréter l'indivisibilité de la République comme un principe qui interdit "sauf justification appropriée" qu'une règle de droit puisse être appliquée aux citoyens "en fonction de leurs attaches avec une partie déterminée du territoire de la France"* ».

[8] Parce que la notion d'uniformité fait prévaloir l'acception formelle du principe d'égalité, la différenciation statutaire est édictée « *à titre d'exception à une norme qui demeure dominante* » ; cf. J.-A. MAZERES, « Débat. Le processus de décentralisation », *AJDA*, 1992, 13.

l'organisation administrative territoriale »[1]. Elle a donné lieu à une étroite collusion, et par moment à une complète confusion, entre les différents organes du pouvoir exécutif.

2) L'unité du pouvoir exécutif[2]

88. Au commencement, « *la République […] redoutant principalement qu'une autonomie, même limitée, laissée aux collectivités territoriales ne soit susceptible de mener au fédéralisme, à l'imitation des Etats-Unis ou de la Suisse, ou de provoquer la désagrégation nationale, est avant tout centralisatrice* »[3]. La « *dynamique constitutionnelle de la liberté, de l'égalité et de la fraternité* »[4] dans laquelle elle s'inscrit doit alors permettre de désigner, par la « *vertu* », « *l'uniformité en tout genre d'administration* »[5]. L'administration est alors entendue comme un tout, unique et homogène au service de l'application de la loi. Cette unité du pouvoir exécutif est constituée par la rencontre entre l'uniformité de la structure et l'unicité de sa volonté. Dans ce cadre théorique, les politiques de déconcentration et de décentralisation se sont croisées dans un mouvement unique de construction d'une administration du territoire, placée sous l'autorité de l'Etat.

89. **L'unité théorique du pouvoir exécutif.** Pour reprendre les mots de SIEYES, toute bonne législation, doit s'établir sur « *l'identité de principes* » et « *l'uniformité d'esprit* »[6]. Il s'agit pour le pouvoir de maintenir « *une seule volonté politique matérialisée par un ordre constitutionnel unique et une organisation territoriale uniforme* »[7]. C'est ainsi que la Révolution française a cherché à édifier « *sur le sol ainsi déblayé […] une administration rationnelle, uniforme et cohérente* »[8]. Les communes succèdent aux paroisses de la France rurale et aux villes à plusieurs paroisses avec un statut commun compris dans la loi du 14 août

---

[1] A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2010, p. 358.
[2] Sur ce développement, voir A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, op. cit., spéc. pp. 351-360.
[3] F. MONERA, *L'idée de République et la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », tome 117, 2004, p. 187.
[4] M.-H. FABRE, « Le concept de République dans les constitutions françaises », in B. MATHIEU et de M. VERPEAUX (sous la direction de), *La République en droit français*, Actes du colloque de Dijon des 10 et 11 décembre 1992 organisé par le Groupe d'études constitutionnelles appliquées et comparées, le CRDPE de Dijon et l'Association française des constitutionnalistes, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, p. 38.
[5] VOLTAIRE, *Le siècle de Louis XIV*, Œuvres historiques, Gallimard, coll. « La Pléiade », p. 980.
[6] Discours de l'abbé Sieyès sur « la permanence et l'organisation du Corps législatif et sur la sanction royale », *Archives parlementaires de la Révolution Française*, n° 8, 1875, pp. 592-601, spéc. p. 597.
[7] R. DEBBASCH, « L'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France », *RFDC*, 1997, p. 364.
[8] J. WALINE, *Droit administratif*, 27e éd., Dalloz, 2016, p. 21.

1789[1]. Elle opère la synthèse de deux projets : d'une part celui de THOURET qui repose sur une rigoureuse logique géométrique[2] et d'autre part celui de MIRABEAU tenant compte des réalités locales. La création des départements par la loi du 22 décembre 1789 est une autre manifestation de l'Etat unitaire à commencer par leur dénomination, « *qui pourrait se réclamer, avec anachronisme, d'une technocratie uniformisante* »[3], et leur délimitation établie sur la règle de l'aller-retour à cheval entre le chef-lieu et la frontière. L'instruction du 8 janvier 1790 relative à la loi du 22 décembre 1789 créant les départements déclarait ainsi : « *L'Etat est un ; les départements ne sont que des sections du même tout : une administration uniforme doit donc les embrasser tous dans un régime commun* »[4]. A cette fin, les premières constitutions mettent davantage l'accent sur les administrateurs locaux plutôt que sur les entités territoriales elles-mêmes[5]. Pour reprendre la formule du Ministre de l'Intérieur de Napoléon, CHAPTAL, l'idée est d'établir « *une chaîne d'exécution sans interruption du ministre à l'administré [qui] transmet la loi et les ordres du gouvernement jusqu'aux dernières ramifications de l'ordre social avec la rapidité du fluide électrique* »[6].

90. **L'unité de l'administration du territoire.** Le rejet du fédéralisme a conduit à refuser la mise en place d'une administration indirecte où l'application de la loi serait confiée à des entités locales[7]. A leur création, les départements ne disposent pas de compétences propres mais agissent « *sous l'autorité et l'inspection du roi, comme chef suprême de la nation et de l'administration générale du royaume* »[8]. Les communes ne gèrent, quant à elles, qu'un

---

[1] D'aucuns se demandent si « *ce nivellement par le statut communal qui permet, à plus de la moitié des communes françaises de ne pas avoir 500 habitants* », ne serait pas synonyme « *d'égalité locale* » ; cf. O. GOHIN, « Les différenciations statutaires entre collectivités territoriales de la République », in J. BENETTI, *Les collectivités territoriales et le principe d'égalité*, travaux de l'Association française de droit des collectivités locales, L'Harmattan, 2016, p. 72.

[2] Le projet de Jacques-Guillaume THOURET, inspiré par l'abbé SIEYES, repose sur une rigoureuse logique géométrique de partage du royaume en 80 départements de l8 lieues de côté chacun (hormis Paris), chaque département lui-même composé de 9 districts de communes, eux-mêmes divisés en neuf cantons de 4 lieues de côté pour un total de 6500 communes. Le projet du comte de MIRABEAU compte 120 départements divisés en communes, tenant compte des frontières existantes.

[3] O. GOHIN, « Les différenciations statutaires entre collectivités territoriales de la République », art. cit., p. 72.

[4] Loi du 22 décembre 1789 relative à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives ; Instruction du 8 janvier 1790 sur la formation des assemblées représentatives et des corps administratifs. Voir not., C. EMERI, C. BIDEGARAY, *La Constitution en France de 1789 à nos jours*, Armand Colin, 1997, pp. 203- 209.

[5] Voir, Section II du Chapitre IV du Titre III de la Constitution des 3-14 septembre 1791, les articles 78 à 84 de la Constitution de l'an I ou le Titre VII de la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795).

[6] Selon la formule du Ministre de l'Intérieur Chaptal sous Napoléon ; cité par J. FERSTENBERT, F. PRIET et P. QUILICHINI, *Droit des collectivités territoriales*, 2e éd., Dalloz, Hypercours, 2016, p. 34, n° 43.

[7] Alors même que « *l'unité et l'indivisibilité ne sont pas des caractéristiques propres à la République* », les révolutionnaires s'approprient ces concepts afin « *de lutter contre les ennemis de la Révolution, accusés d'un fédéralisme qui menaçait l'unité du nouveau pouvoir révolutionnaire* » ; cf. C. CUVELIER, *Le pluralisme démotique. Contribution au concept juridique de peuple*, thèse de Droit public, Université Lille II – Droit et Santé, 2014, n° 944, p. 499.

[8] Art. 1er et 2, Loi du 22 décembre 1789 section III.

nombre limité d'affaires (entretien des « biens et revenus communs », voirie et travaux publics, police administrative). Surtout elles sont chargées, par délégation du pouvoir central d'un certain nombre de fonctions d'administration générale. La volonté du Consulat puis du Premier Empire de renforcer le pouvoir de l'Etat a donné lieu à la création de préfets, représentants de l'Etat dans les territoires aux pouvoirs étendus. Ils opèrent notamment une étroite surveillance des entités infraétatiques, par l'exercice de la tutelle, qui ne sera remise en cause qu'en 1982 sans être totalement supprimée[1]. Jusqu'à cette date, les préfets étaient également l'autorité exécutive des départements. Les maires ont conservé leur double fonction à la fois autorité exécutive des décisions de la commune et d'agent de l'Etat[2]. Aussi, le système français est marqué par une étroite confusion entre les administrations déconcentrées de l'Etat et les collectivités territoriales. Contrairement aux Etats-Unis, la France a fait le choix d'être un Etat unitaire dans lequel le pouvoir exécutif est assuré directement par les représentants du pouvoir central. Simples échelons de l'action publique[3], les collectivités territoriales françaises disposent d'une autonomie relativement faible en comparaison avec celle de ses homologues européens ou américains. L'unité du pouvoir exécutif caractérise ainsi la véritable nature d'un Etat unitaire.

91. Le droit institutionnel d'un Etat unitaire comme la France s'avère relativement simple « *dès lors qu'il est nécessairement mono-constitutionnel et mono-législatif* »[4]. L'égalité devant la loi se manifeste par l'unité de la représentation et l'uniformité de l'administration territoriale[5]. Ici, « *Le principe d'égalité trouve son point d'orgue dans l'obsessionnel de l'unité et de l'esprit de géométrie* » ; « *la mystique nationale se rattache à la nouvelle division territoriale de la France, laquelle correspond à l'affirmation de l'unité et de l'homogénéité*

---

[1] R. MASPETIOL et P. LAROQUE, *La tutelle administrative. Le contrôle des administrations départementales, communales, coloniales et des établissements publics*, Sirey, 1930, p. 8 et 16 : le contrôle de légalité permet de « *maintenir un lien entre toutes les administrations et tous les services […], de prévenir [les] abus et d'assurer le respect du droit […]. Il a fallu de trop longs efforts pour assurer la soumission de la puissance publique au droit pour que l'on ne s'efforce pas, par tous les moyens, d'en assurer également le respect par les autorités décentralisées* ». Voir infra, n° 118 et s.

[2] Ils furent nommés par l'Etat sous le Consulat.

[3] Selon la formule du Ministre de l'Intérieur CHAPTAL sous Napoléon Ier : « *une chaîne d'exécution sans interruption du ministre à l'administré [qui] transmet la loi et les ordres du gouvernement jusqu'aux dernières ramifications de l'ordre social avec la rapidité du fluide électrique* » ; cité par J. FERSTENBERT, F. PRIET et P. QUILICHINI, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 2e éd., Hypercours, 2016, p. 34, n° 43.

[4] O. GOHIN, « Les différenciations statutaires entre collectivités territoriales de la République », art. cit., p. 71.

[5] §1, Instruction du 8 janvier 1790 prise pour l'application de la loi du 22 décembre 1789 relative à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives, op. cit., p. 78 : « *tous les français sont frères et ne composent qu'une famille ; ils vont concourir, de toutes les parties du royaume, à la formation de leurs lois ; les règles et les effets de leur gouvernement vont être les mêmes dans tous les lieux. La nouvelle division du territoire commun détruit toute disproportion sensible dans la représentation* ». Voir aussi, *Archives Parlementaires de la Révolution française*, 1ère série, séance du 3 novembre 1789, tome 9, p. 656 : « *tous les Français réunis en une seule famille, n'ayant qu'une seule loi et un seul mode de gouvernement abjureront tous les préjugés de l'esprit de corporation* »

entre toutes les parties du pays, à l'abolition des disparités locales, à l'exaltation de l'égalité »[1]. Dans un tel contexte, les discriminations ne sauraient prospérer.

92. Le processus de décentralisation progressif a toujours essayé de maintenir, autant que possible, cette uniformité des règles applicables aux collectivités territoriales. Jean WALINE notait ainsi, « *des divers essais qui se succèdent […], un seul élément positif subsistera : le découpage territorial de la France en départements et en communes. Mais la méthode par contre survivra : l'esprit de système et le goût de l'uniformité* »[2]. La reconnaissance de différentes catégories de collectivités territoriales n'entre pas en contradiction avec ces principes dès lors que la Constitution leur garantit un socle commun de règles qui doit leur être également appliqué.

§2) L'égalité entre les collectivités, garantie de l'homogénéité institutionnelle

93. La création des collectivités territoriales rompt avec le caractère centralisé de la République. La reconnaissance du fait communal a été, à ce titre, la première abdication du mouvement de centralisation postrévolutionnaire mettant fin au mythe de l'Etat comme collectivité unique. Malgré l'attribution d'une personnalité juridique et d'organes investis d'une légitimité politique, la tradition unitaire de la France n'a pas été ébranlée par la décentralisation. Ni, l'acte I, intervenu presque deux siècles après la révolution, ni l'acte II, qui a donné lieu à une révision constitutionnelle, n'ont véritablement mis fin à l'homogénéité institutionnelle de principe qui guide la décentralisation. Elle est garantie par un principe d'égalité entre les collectivités territoriales qui ne produit pas les mêmes effets selon qu'il s'applique aux collectivités d'une même catégorie (A) ou à des collectivités de catégories différentes (B).

[1] A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, Dalloz, 2010, pp. 102-103.

[2] J. WALINE, *Droit administratif*, 27e éd., Dalloz, 2016, p. 21. Voir, §6, Instruction du 8 janvier 1790 prise pour l'application de la loi du 22 décembre 1789 relative à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives : « *l'Etat est un, les départements ne sont que des sections du même tout ; un administration uniforme doit donc les embrasser tous dans un régime commun. Si les corps administratifs, indépendants, et en quelque sorte souverains dans l'exercice de leurs fonctions, avaient le droit de varier à leur gré les principes et les formes de l'administration, la contrariété de leurs mouvements partiels, détruisant bientôt la régularité du mouvement général, produirait la plus fâcheuse anarchie* ».

A) L'égalité dans une même catégorie

94. Pour maintenir l'uniformité de la législation, l'organisation administrative territoriale a toujours placé l'égalité au cœur de ses réformes en refusant de traiter différemment les collectivités d'une même catégorie[1]. Cette égalité s'applique dans les catégories de droit commun – les communes, les départements et les régions – dont la reconnaissance en tant que collectivités territoriales s'est faite progressivement (1). S'est ainsi formé au gré des évolutions législatives et jurisprudentielles, un principe d'identité institutionnelle des collectivités d'une même catégorie (2).

1) La création de catégories de droit commun

95. La création du pouvoir local s'est faite selon une approche qualifiée d' « *incrémentaliste* »[2], c'est-à-dire à « *doses homéopathiques, par le biais d'une multiplicité de mesures diverses, sans cohérence évidente entre elles, sur des points particuliers et de façon à la fois décentralisée et volontariste* »[3]. Les prémisses de la décentralisation débutent dès la Révolution. Il faudra attendre les années 1980 pour mettre fin à la tutelle de l'Etat sur les trois catégories de collectivités territoriales de droit commun.

96. **Les prémisses de la décentralisation.** L'organisation territoriale, telle qu'on la connaît actuellement, prend racine à la révolution. Toutes les entités territoriales de l'Ancien Régime disparaissent « *au nom de l'idée selon laquelle ces structures favoriseraient l'oppression et les inégalités* »[4]. Aussi, « *paradoxalement, la Révolution, en célébrant l'égalité et la liberté, consacre la mort des libertés locales* »[5]. Depuis cette époque, les communes et les départements sont devenues des constantes constitutionnelles systématiquement réaffirmées jusqu'à nos

---

[1] M. VERPEAUX, « Rapport introductif », in J. BENETTI (sous la direction de), *Les collectivités territoriales et le principe d'égalité,* travaux de l'Association de droit des collectivités locales, L'Harmattan, 2016, pp. 15-16. On pense aussi au découpage des départements en 1789 sur le principe de la journée de cheval ; cf. M. VERPEAUX, ibid., p. 24. Le Conseil constitutionnel a aussi reconnu l'application du principe d'égalité aux collectivités territoriales ; Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, Loi de nationalisation, cons. 29 : « *le principe d'égalité n'est pas moins applicable entre les personnes morales qu'entre les personnes physiques, car, les personnes morales étant des groupements de personnes physiques, la méconnaissance du principe d'égalité entre celles-là équivaudrait nécessairement à une méconnaissance de l'égalité entre celles-ci* ».

[2] J.-C. THOENIG, « Pouvoir d'Etat et pouvoirs locaux », *Pouvoirs*, n° 40, 1982, p. 26.

[3] Ibid.

[4] J. FERSTENBERT, F. PRIET et P. QUILICHINI, *Droit des collectivités territoriales*, 2e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2016, p. 38, n° 36.

[5] Ibid.

jours[1]. Toutefois, il faudra attendre la IIIe République pour voir les communes disposer du « *droit absolu de délibérer sur les affaires communales* »[2] et d'un statut commun quelle que soit leur taille démographique. La loi du 10 août 1871 relative aux conseils généraux n'établit qu'une liste restreinte de compétences et maintient le préfet comme autorité exécutive malgré l'instauration d'une commission permanente. On voit également apparaître les prémices de la régionalisation avec la création des « *groupements économique régionaux* »[3] qui seront remplacés par les « *régions économiques* » sous la forme d'établissements publics[4]. La première tentative de régionalisation apparaît sous le régime de Vichy avec la loi du 19 avril 1941 qui crée 18 préfets régionaux avec des pouvoirs spéciaux de maintien de l'ordre et de police économique. Elle sera relancée dans les années 1950 afin de mettre en œuvre la politique de planification et d'aménagement du territoire[5]. La loi constitutionnelle rejetée par référendum en 1969 voulait en faire des collectivités territoriales. Il faudra attendre la loi du 5 juillet 1972 pour que leur soit conférée une personnalité juridique, sous forme d'établissement public, et un organe de délibération[6] qui se prononce sur les affaires de la région définies par la loi. Cette lente évolution a pris un tournant considérable dans les années 1980 avec la fin de la tutelle de l'Etat, synonyme d'autonomie. La décentralisation prend ici ses traits définitifs.

97. **L'établissement définitif des catégories de droit commun.** C'est avec la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des

---

[1] L'évolution débute avec la Constitution du Directoire qui considère les administrations « *dans chaque département* » et « *chaque canton* » (art. 174 et s.). Puis le texte du 2 frimaire an VIII (13 décembre 1799) proclame à son article 1er que le territoire européen de la France « *est distribué en départements et arrondissements communaux* ». La Constitution du 4 novembre 1848, après avoir rappelé dans son préambule que « *la République est démocratique, une et indivisible* », indique à son article 76 que « *la division du territoire en départements, arrondissements, cantons et communes est maintenue* ». Le Second Empire, qui lui succède, prendra aussi acte du fait communal. Il faudra attendre la IVe République pour voir constitutionnaliser « *l'existence des collectivités territoriales* » au côté du principe d'unité et d'indivisibilité de la République.

[2] E. de MARCERE, Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner les propositions de loi municipale, séance du 19 décembre 1882, JO documents parlementaires (Chambre, Annexe n° 1547), janvier 1883, pp. 2657 et s., spéc. p. 2661. Art. 61, Loi du 5 avril 1884 sur l'organisation et les attributions des conseils municipaux : « *le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune* ».

[3] Cir. du 25 août 1917 du ministre du commerce, Clémentel, arrêté ministériel du 5 avril 1919. Avant cet arrêté une des propositions de loi de 1871 consistait à diviser le territoire en 24 provinces comprenant plusieurs départements, dotées d'un gouverneur et investies d'attributions importantes.

[4] Créées par un décret-loi du 14 juin 1938 mis en application par le décret du 28 septembre 1938 relatif à l'organisation des régions économiques.

[5] Décret n° 55-876 du 30 juin 1955 relatif aux sociétés de développement régional met en œuvre les objectifs du 3e plan découpés en tranches régionales sous forme de programmes d'action régionale ; Arrêté du 28 octobre 1956 créé 22 régions de programme ; Décret n° 60-516 du 2 juin 1960 portant harmonisation des circonscriptions administratives créé vingt-et-une « circonscriptions d'action régionale » ; Décret n°64-250 du 14 mars 1964 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation des services de l'Etat dans les départements et à la déconcentration administrative crée les préfets de région et les Commissions de développement économique régional au rôle consultatif intégrant des élus locaux.

[6] Création du conseil régional – composé des parlementaires de la région (députés et sénateurs), des représentants de collectivités territoriales élus par les conseils généraux, et d'agglomérations désignés en leur sein par les conseils municipaux ou de communauté urbaine – et du comité économique et social à caractère consultatif.

régions, que les collectivités territoriales se distinguent véritablement des services déconcentrés de l'Etat. Devenu l'acte I de la décentralisation, cette réforme ambitieuse devait pourtant s'inscrire dans le cadre constitutionnel de l'époque[1]. La loi opère un bouleversement des usages en supprimant la tutelle des préfets, remplacée par un contrôle *a posteriori* des actes. Le président du Conseil général devient l'exécutif du département et le président du Conseil régional l'exécutif de la région. Ces dernières deviennent enfin des collectivités territoriales à part entière avec l'élection au suffrage universel direct des conseillers régionaux : la première élection aura lieu en 1986. L'autonomie apparaît également dans les différents transferts de compétences qui suivront la loi de 1982[2]. Non seulement ils déterminent des blocs de compétences propres à chacune des catégories mais instaurent aussi la clause générale de compétence pour les départements et les régions leur permettant d'agir dans toutes les affaires qui disposent d'un intérêt local. La Constitution de 1946 proclamait « *l'existence des collectivités territoriales* » qui étaient les communes, les départements et les territoires d'outre-mer[3]. Depuis la réforme constitutionnelle de 2003, les catégories de droit commun sont les communes, les départements et les régions. A aussi été créée la catégorie de « collectivité d'outre-mer » permettant de mettre en place un régime sur mesure pour les territoires ultramarins qui choisissent cette catégorie[4]. Dans le cas contraire, le territoire est intégré dans les catégories de droit commun en regroupant les compétences du département et de la région[5].

98. Si l'existence des collectivités territoriales est reconnue dans le droit constitutionnel depuis 1946, il faudra donc attendre les années 1980 pour voir l'établissement du régime moderne des collectivités de droit commun. Ce socle commun a permis, malgré la reconnaissance d'une autonomie administrative, de maintenir l'homogénéité de la structure administrative du territoire. Les réticences longtemps observées à la reconnaissance d'une telle autonomie montrent à quel point le poids de la tradition unitaire uniformaliste de la République française influe sur la politique d'administration du territoire. Il se ressent également dans la

[1] Il était impossible pour la majorité socialiste à l'Assemblée nationale d'obtenir une révision constitutionnelle au regard de l'opposition du Sénat.

[2] Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, JORF du 3 mars 1982 p. 730 ; Loi n° 82-623 du 22 juillet 1982 modifiant et complétant la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions et précisant les nouvelles conditions d'exercice du contrôle administratif sur les actes des autorités communales, départementales et régionales, JORF du 23 juillet 1982 p. 2347.

[3] Art. 85, Constitution du 27 octobre 1946 : « *La République française, une et indivisible, reconnaît l'existence des collectivités territoriales. Ces collectivités sont les communes, les départements, les territoires d'outre-mer* ».

[4] Voir infra, n° 628 et s.

[5] Toutefois ce rattachement n'empêche pas le maintien de régimes particuliers compris dans la loi organique qui organise les attributions de la collectivité concernée, à l'instar de Mayotte par exemple. Voir infra, ibid.

jurisprudence du juge constitutionnel. En dégageant les contours d'un « *principe d'identité institutionnelle* »[1] entre les collectivités, elle a confirmé l'héritage de la Révolution.

2) La garantie de l'identité institutionnelle

99. « *La Constitution, en "catégorisant" les collectivités territoriales établit une présomption : chaque catégorie de collectivités territoriales est homogène. Ceci est valable tant pour les communes et les départements que pour les catégories qui […] peuvent être créées par la loi* »[2]. Lorsque le législateur a souhaité créer des statuts différenciés, le Conseil constitutionnel a veillé à ce qu'ils ne dénaturent pas la catégorie dont ils procèdent.

100. **La reconnaissance du principe d'identité institutionnelle.** Le juge constitutionnel a reconnu l'existence d'un « *droit commun applicable à l'ensemble des régions* »[3], d'un « *droit commun à l'organisation communale* »[4] et imposé que « *le statut des départements d'outre-mer [soit] le même que celui des départements métropolitains* »[5]. Louis FAVOREU y voit la consécration d'un « *principe d'identité institutionnelle* » entre les collectivités d'une même catégorie[6] disposant d'un « *régime propre* »[7] qui s'observe à travers l'uniformité de leur organisation[8], de leur régime électoral[9], et de leurs compétences[10]. Toutefois, les décisions du

---

[1] L. FAVOREU, « Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales », in F. MODERNE, *La nouvelle décentralisation*, Sirey, 1983, p. 19. Pour Charles EISENMANN, « *la décentralisation ne peut exister absolument pure de tout alliage, de tout élément de centralisation […]. Des collectivités entre lesquelles il n'y aurait aucun élément d'organisation commun, qui n'auraient aucun centre commun, ne seraient pas les éléments ou subdivisions d'une seule et même collectivité globale, mais des collectivités absolument distinctes et séparées* » ; cf. C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, 1948, p. 161.

[2] C. BACOYANNIS, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Economica-PU Aix-Marseille, 1993, p. 214

[3] Cons. const., 25 février 1982, n° 82-138 DC, Loi portant statut particulier de la Région Corse, cons. 11.

[4] Cons. const., 28 décembre 1982, n° 82-149 DC, Loi relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale, cons. 6.

[5] Cons. const., 2 décembre 1982, n° 82-147 DC, préc., cons. 4 et 5.

[6] L. FAVOREU, « Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales », art. cit., p. 19. Voir aussi, Cons. const., 25 juillet 1984, n° 84-174 DC, Loi relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion, cons. 2 : « *que les deux saisines invoquent, en outre, le principe d'égalité posé par l'article 2, 1er alinéa, de la Constitution, conforté par le principe d'identité de l'article 72 qui prévoit l'unité de compétences entre tous les départements du territoire national ; qu'en vertu de l'article 73 les mesures d'adaptation liées à la situation particulière des départements d'outre-mer leur sont réservées à l'exclusion des régions d'outre-mer* ».

[7] Cons. const., 25 juillet 1984, n° 84-174 DC, préc., cons. 5.

[8] Cons. const., 28 décembre 1982, n° 82-149 DC, préc.

[9] L'unité du régime électoral de chaque catégorie de collectivités territoriales comprend le mode d'élection de l'organe délibérant (Cons. const., 25 février 1982, n° 82-138 DC, préc.), et la base territoriale de la représentation de l'assemblée locale (Cons. const., 2 décembre 1982, n° 82-147 DC, Loi relative à l'organisation des départements et régions à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à la Réunion, cons. 5).

[10] Cons. const., 25 juillet 1984, n° 84-174 DC, préc., cons. 5.

juge n'aboutissent que rarement à une sanction. Elles permettent surtout de fixer les limites du législateur dans son pouvoir d'adaptation ou de dérogation au droit commun.

101. **L'application du principe au pouvoir d'adaptation du législateur.** L'adaptation législative s'adresse aux territoires ultramarins pour lesquels la Constitution a reconnu la possibilité pour le législateur de tenir compte des particularités locales[1]. Pour le Conseil constitutionnel, il s'agit de « *prévoir des mesures d'adaptation susceptibles de se traduire par un aménagement limité des compétences des régions et des départements d'outre-mer par rapport aux autres régions et départements, sans pour autant méconnaître le principe d'égalité* »[2]. C'est le cas pour les départements et régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion. Toutefois, l'adaptation ne peut aller jusqu'à modifier la nature même de la collectivité. Ainsi, la mise en place d'une assemblée délibérante dans les départements d'outre-mer qui serait élue sur une base démographique uniquement – scrutin proportionnelle dans une circonscription unique – et non géographique (par cantons), confère « *à cette assemblée une nature différente de celle des conseils généraux ; qu'ainsi, ces dispositions vont au-delà des mesures d'adaptation que l'article 73 de la Constitution autorise* »[3]. Aujourd'hui l'article 73 de la Constitution précise que ces adaptations doivent tenir compte des « *caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités* ». Le pouvoir de dérogation permet, quant à lui, de créer un statut particulier.

102. **L'application du principe au pouvoir de dérogation.** Avec le pouvoir de dérogation, le législateur paraît plus libre. Lorsque le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur le régime électoral de la région Corse, il a considéré qu'en l'absence de régime de droit commun, il était difficile pour lui de conclure que le « *statut électoral spécial* » invoqué par les requérants était véritablement dérogatoire[4]. Quelques mois plus tard, s'agissant de Paris, Marseille et Lyon, il considère que « *rien n'interdit au législateur d'instituer des divisions administratives au sein des communes ni d'instituer des organes élus autres que le conseil municipal et le maire* »[5]. Ces dispositions, bien qu'elles dérogent au « *droit commun à l'organisation communale* », ne sont pas contraires à la Constitution[6]. Il applique à la dérogation le principe d'égalité ce qui peut

[1] Cons. const., 2 décembre 1982, n° 82-147 DC, préc., cons. 4 : « *le statut des départements d'outre-mer doit être le même que celui des départements métropolitains sous la seule réserve des mesures d'adaptation que peut rendre nécessaires la situation particulière de ces départements d'outre-mer ; que ces adaptations ne sauraient avoir pour effet de conférer aux départements d'outre-mer une "organisation particulière", prévue par l'article 74 de la Constitution pour les seuls territoires d'outre-mer* ».
[2] Cons. const., 25 juillet 1984, n° 84-174 DC, préc., cons. 5.
[3] Cons. const., 2 décembre 1982, n° 82-147 DC, préc., cons. 5.
[4] Cons. const., 25 février 1982, n° 82-138 DC, Loi portant statut particulier de la Région Corse, cons. 11.
[5] Cons. const., 28 décembre 1982, n° 82-149 DC, Loi relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale, cons. 6.
[6] Ibid.

l'amener a censuré une disposition qui ne serait pas justifiée par l'objet de la mesure. Il l'a fait récemment à l'égard de la mesure qui accordait au préfet de Paris, et non au maire, le pouvoir de proposition en matière touristique[1]. Le pouvoir de dérogation qui s'exerce dans ce cadre trouve son fondement à l'article 72 alinéa 1er qui autorise le législateur à créer « *toute autre collectivité territoriale* » à statut particulier. Contrairement au pouvoir d'adaptation, il ne nécessite pas de justification particulières. Le contrôle de l'égalité appliqué par le juge est ici identique à celui qu'il applique entre les catégories. Considérées comme des catégories à part entière les collectivités à statut particulier n'en dispose pas moins du socle commun de garanties constitutionnelles reconnu à toute collectivité territoriale.

103. Le Conseil constitutionnel, malgré une jurisprudence relativement souple sur la marge de manœuvre du législateur, vérifie tout de même que ne soit pas porter atteinte à la substance même de ce qui fait la définition constitutionnelle d'une collectivité territoriale. Un certain nombre d'éléments paraissent incompressibles : une nature constitutionnelle, un pouvoir réglementaire, une organisation similaire des pouvoirs, la même légitimité démocratique, et une attribution de compétences par transfert de la loi. Progressivement s'est dessiné un statut constitutionnel de la collectivité territoriale commun à toutes les catégories, que l'on retrouve à l'article 72 de la Constitution.

B) L'égalité entre les catégories

104. Pour Charles EISENMANN, « *la décentralisation ne peut exister absolument pure de tout alliage, de tout élément de centralisation […]. Des collectivités entre lesquelles il n'y aurait aucun élément d'organisation commun, qui n'auraient aucun centre commun, ne seraient pas les éléments ou subdivisions d'une seule et même collectivité globale, mais des collectivités absolument distinctes et séparées* »[2]. Cet ensemble de règles communes s'apparente à un statut général de la collectivité territoriale qui garantit leur existence contre les risques de tutelle émanant des autres collectivités (1) et, plus largement, contre les risques d'atteinte à leur liberté de s'administrer[3] (2).

[1] Cons. const., 6 août 2009, n° 2009-588 DC, Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires.

[2] C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, 1948, p. 161.

[3] Sur la relation entre ces trois composantes, voir M. LONG, « L'égalité par l'interdiction de tutelle », in J. BENETTI, (sous la direction de), *Les collectivités territoriales et le principe d'égalité*, op. cit., p. 123 : « *Le principe d'interdiction de tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre est une conséquence logique du principe de libre administration et du principe de l'égalité entre les collectivités territoriales. Chaque collectivité*

1) L'interdiction de la tutelle entre collectivités territoriales

105. L'interdiction de la tutelle entre collectivités territoriales a été affirmée par la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983[1], dont les dispositions ont été codifiées en l'état[2]. L'article L. 1111-3 du CGCT consacre le principe de l'interdiction de tutelle en indiquant que « *la répartition de compétences entre les communes, les départements et les régions ne peut autoriser l'une de ces collectivités à établir ou exercer une tutelle, sous quelque forme que ce soit, sur une autre d'entre elles.* » Toutefois, comme le note Martine LONG, « *si le principe est clair dans sa formulation, il l'est beaucoup moins dans matérialisation* »[3]. On le retrouve d'abord dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Mais il trouve toute sa dimension devant le Conseil d'Etat.

106. **L'interdiction de la tutelle devant le Conseil constitutionnel.** L'interdiction trouve d'abord un écho dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il dégage le principe sans base textuelle dans sa décision du 17 janvier 2002, n° 2001-454 DC *Loi sur la Corse*. Il indique que la reconnaissance d'une clause générale de compétence pour l'Assemblée de Corse ne saurait avoir pour effet de placer « *les communes et les départements de Corse sous [sa] tutelle* »[4]. Il précise également qu'aucun transfert de compétences établi à l'égard de la collectivité de Corse ne méconnait « *les compétences propres des communes et des départements ou n'établit de tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre* »[5]. Suivant cette jurisprudence, la loi constitutionnelle du 23 mars 2003 a constitutionnalisé le principe à l'article 72 alinéa 5[6]. Après la révision, le Conseil constitutionnel s'est de nouveau prononcé sur la loi organique portant

---

disposant d'une liberté de gestion, elle ne peut se faire dicter ses obligations en dehors d'une loi. De la même façon, les collectivités territoriales étant égales, elles ne peuvent se voir imposer une obligation par une autre collectivité ».

[1] Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983, relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, JORF du 9 janvier 1983 p. 215.

[2] Art. 12 (V), Loi n° 96-142 du 21 février 1996 relative à la partie Législative du code général des collectivités territoriales, JORF n°47 du 24 février 1996 p. 2992.

[3] M. LONG, « L'égalité par l'interdiction de tutelle », in J. BENETTI, *Les collectivités territoriales et le principe d'égalité*, op. cit., p. 124.

[4] Cons. const., 17 janvier 2002, n° 2001-454 DC, Loi relative à la Corse, cons. 7.

[5] Ibid., cons. 29.

[6] Art. 72, al. 5, Constitution : « *aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune* ». On peut noter qu'il n'établit aucune hiérarchie entre les échelons géographiques dans la possibilité de dérogation du législateur.

statut d'autonomie de la Polynésie française[1]. Il a autorisé les différents dispositifs mis en place en y ajoutant quelques réserves : il renvoi aux juges ordinaires le soin de contrôler le bon usage du dispositif d'autorisation accordé à la Polynésie en matière de gestion de l'eau[2] ; il valide le dispositif de délégation de compétences au profit des communes dès lors qu'il est subordonné à l'accord de ces dernières[3] ; enfin il réduit le dispositif d'avis conforme de l'Assemblée de Polynésie relatif à la détermination du domaine initial des communes si celui-ci se limite aux compétences retirées à la Polynésie[4]. Le juge constitutionnel a une vision de la tutelle essentiellement normative. Il ne va pas s'intéresser à la réalité des rapports de domination qui s'exercent entre collectivités territoriales. Il sanctionne en revanche tout dispositif susceptible de permettre à une collectivité territoriale de limiter le pouvoir de décision d'une autre. Pour s'intéresser à la matérialité de la tutelle, il convient plutôt de faire appel au juge administratif.

107. **L'interdiction de la tutelle devant le Conseil d'Etat.** La jurisprudence du Conseil constitutionnel évite donc de s'immiscer dans la matérialité de la tutelle pour se limiter aux rapports de droit entre les collectivités. Il renvoie alors aux juges ordinaires le soin de régler cette question. Dans les faits, la tutelle peut recouvrir des formes extrêmement diverses d'interventions, des plus directes aux plus insidieuses, la rendant difficile à qualifier. Ainsi, l'article L. 1111-4 alinéa 4 du CGCT précise que « *les décisions prises par les collectivités territoriales d'accorder ou de refuser une aide financière à une autre collectivité territoriale ne peuvent avoir pour effet l'établissement ou l'exercice d'une tutelle, sous quelque forme que ce soit, sur celle-ci* ». Cette disposition vise à interdire les tutelles de fait qui apparaissent dans le cadre de financements conditionnés à l'accomplissement de résultats précis. En application de cet article, le tribunal de Pau a, par exemple, censuré la modulation, par le département des Landes, du subventionnement des travaux d'adduction d'eau et d'assainissement des communes et de leurs syndicats en fonction du mode de gestion du service public qui serait choisi[5]. Cette position, confirmée en appel, a été ensuite infirmée par le Conseil d'Etat qui considère que « *si la délibération a entendu […] inciter financièrement les communes à gérer en régie leurs réseaux […] elle n'a pas subordonné l'attribution de ces aides à une procédure d'autorisation ou de contrôle* »[6]. Le Conseil d'Etat aborde ici une interprétation restrictive de

[1] Cons. const., 12 février 2004, n° 2004-490 DC, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française.
[2] Ibid., cons. 61.
[3] Ibid., cons. 64.
[4] Ibid., cons. 66.
[5] TA Pau, 7 février 1996, *AJDA*, 1997, p. 542, note J.-L. REY, *Grands arrêts du droit de la décentralisation*, 2e éd., n° 5.
[6] CE, Ass., 12 décembre 2003, req. n° 236442, « Département des Landes », Rec. Lebon p. 502.

la tutelle de fait qui n'empêche pas les mesures incitatives. Seules les hypothèses d'autorisation et de contrôle directs d'une collectivité sur une autre sont sanctionnées par le juge[1].

108. A propos de la tutelle de fait, François SENERS considère que la « *question concrète [est] de savoir si les règles instaurés contraignent ou entravent la liberté des collectivités subventionnées* »[2]. Il en est de même de la tutelle « normative » qui autorise les avis consultatifs mais pas les avis conforme d'une collectivité vis-à-vis de la décision d'une autre. Ainsi, l'interdiction de la tutelle, qui garantit l'égalité entre les collectivités territoriales, s'inscrit, plus largement, dans la protection de la libre administration[3]. C'est cette libre administration qui constitue le principe essentiel garantissant une autonomie à chaque collectivité territoriale, vis-à-vis de l'Etat et des autres collectivités.

2) La protection de la libre administration des collectivités territoriales

109. « *Si tous les hommes sont libres, c'est qu'ils ont la même liberté, c'est qu'ils sont égaux, il n'y a d'inégalités que dans la servitude. L'idée de liberté entraîne donc l'idée d'égalité et, à l'inverse, historiquement combien de libertés la passion de l'égalité n'a-t-elle pas fait conquérir* »[4]. Instaurer l'égalité entre les collectivités à travers la reconnaissance pour « *chacune d'elles* »[5] d'une liberté de s'administrer devient alors un moyen de garantir leur protection et leur autonomie.

110. **La libre administration, principe commun à toutes les collectivités territoriales.** « *En tant que droit fondamental de la collectivité territoriale, le principe d'égalité forme la base du principe constitutionnel de la libre administration et constitue, à ce titre, le vecteur nécessaire à sa réalisation et à son épanouissement* »[6]. Il n'est pas rare ainsi de voir le juge

---

[1] Voir par ex., TA Montpellier, 20 juin 1983, « Commune de Narbonne c. Région du Languedoc-Roussillon », Rec. Lebon p. 561.

[2] Concl. F. SENERS, sur CE, 12 décembre 2003, n° 236442, Rec. Lebon.

[3] A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, op. cit., spéc. p. 209.

[4] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 4e éd., Librairie de la société du Recueil général des lois et des arrêts, 1901, p. 61 (n.b.p.). Ibid. p. 61. : « *Le principe d'égalité […] a une importance particulière parce qu'il a certainement amené une à une les diverses libertés. Si l'on part de cette idée, historiquement exacte, que les libertés d'aujourd'hui sont d'anciens privilèges graduellement étendu à tous, on voit que cette extension a été l'œuvre de l'idée d'égalité et que la passion de l'égalité […], si violente surtout au XVIIIe siècle, a été l'agent mécanique des réformes révolutionnaires* »

[5] Voir not., Cons. const., 29 mai 1990, n° 90-274 DC, Loi visant la mise en œuvre du droit au logement, cons. 12 ; Cons. const., 6 mai 1991, n° 91-291 DC, Loi instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région d'Ile de France réformant la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements et modifiant le code du commerce, cons. 11 ; Cons. const., 16 janvier 1995, n° 94-358 DC, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, cons. 36.

[6] A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, op. cit., p. 194.

constitutionnel considérait l'article 72 comme s'adressant à « *l'ensemble des collectivités de la République* » [1] de sorte que ses dispositions « *ne sauraient voir leur application réduite aux seules collectivités d'outre-mer* »[2]. A ce titre, la libre administration constitue une des règles communes à l'ensemble des catégories. L'alinéa 3 de l'article 72 dispose ainsi que « *dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus* », formule reprise à l'article L. 1111-1 du CGCT[3]. Ces dispositions sont de nature à contraindre les pouvoirs publics, à commencer par le législateur[4], à ne pas porter une atteinte substantielle aux éléments qui composent le principe de libre administration. « *En mettant l'accent sur les libertés locales, attachées à la société de citoyens constituant la collectivité territoriale, il désigne en effet, dans le droit positif, une liberté d'application concrète des règles de droit, une liberté de gestion des affaires locales par des conseils élus, un "droit au fonctionnement sans ingérence excessive de l'État"*[5] »[6]. Le Conseil constitutionnel indique ainsi que si le législateur « *peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, ou les soumettre à des interdictions, c'est à la condition, notamment, que les unes et les autres répondent à des fin d'intérêt général* »[7]. Toutefois, l'appréciation qu'il en fait demeure assez souple.

111. **La libre administration, principe limité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.** L'analyse de la jurisprudence montre que les censures fondées sur le principe de libre administration sont rares et ne concernent que des affaires secondaires[8]. Parmi les

---

[1] Cons. const., 25 février 1982, n° 82-138 DC, Loi portant statut particulier de la région de Corse, op. cit., cons. 3.
[2] Ibid.
[3] Art. L. 1111-1, CGCT créé par la loi n° 96-142 du 21 février 1996, JORF du 24 février 1996 : « *les communes, les départements et les régions s'administrent librement par des conseils élus* ». L'article L. 1111-1-1 ajoute : « *les élus locaux sont les membres des conseils élus au suffrage universel pour administrer librement les collectivités territoriales dans les conditions prévues par la loi* ».
[4] Cons. const., 23 mai 1979, n° 79-104 DC, Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État, cons. 9 : pour la première fois le Conseil constitutionnel reconnait que les « *dispositions constitutionnelles qui consacrent la libre administration des collectivités territoriales* » sont au nombre des normes constitutionnelles de référence dont le respect s'impose au législateur.
[5] M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Le référé-liberté : les libertés concernées et le rôle du Conseil d'État juge d'appel », note sous CE, 18 janvier 2001, req. n° 229247, « Commune de Venelles, M. Morbelli », *AJDA*, 2001, p. 155.
[6] A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, op. cit., p. 526.
[7] Cons. const., 17 janvier 2013, n° 2012-660 DC, Loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social, cons. 29 ; voir aussi Cons. const., 30 novembre 2006, n° 2006-543 DC, Loi relative au secteur de l'énergie, cons. 29.
[8] La première décision, du 20 janvier 1984, relative à la loi sur le statut de la fonction publique territoriale, censure les dispositions qui déclaraient nulles la nomination des fonctionnaires sans que la vacance de poste n'ait été publiée au centre de gestion ainsi que celles qui imposaient aux collectivités de prendre en charge une partie du traitement des fonctionnaires qu'elles auraient refusés de recruter (cf. Cons. const., 20 janvier 1984, n° 83-168 DC, Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale). En 1999, le Conseil constitutionnel a censuré la disposition qui voulait imposer la publicité des séances des commissions permanentes des conseils généraux et régionaux (cf. Cons. const., 14 janvier 1999, n° 98-407 DC, Loi relative au mode d'élection des

garanties minimales de la libre administration, seule l'élection des élus au suffrage universel est strictement contrôlée[1]. En ce qui concerne l'exercice des compétences, le Conseil constitutionnel considère que le législateur doit tenir compte de la « *diversité et [de] la complexité des situations susceptibles d'être […] affectées* »[2] par ses mesures au risque d'imposer aux collectivités locales une contrainte qui, sans justification appropriée, s'avèrerait alors excessive. Sur le plan financier, l'extension du « périmètre » d'application d'une compétence donne droit au versement d'une compensation financière[3]. Pour le reste, l'aménagement de la clause générale de compétence[4], l'obligation de procéder à une fusion[5], d'intégrer un établissement de coopération[6], l'obstacle au retrait d'un établissement public de coopération[7] ou l'amputation des ressources propres d'une catégorie à titre exceptionnel[8] ne sont pas des atteintes suffisantes pour entraîner la censure du juge. Il fixe également les limites à ne pas franchir dans le cadre de la décentralisation : le « *principe de libre administration des collectivités territoriales ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques et, par suite, l'ensemble des garanties que celles-ci comportent dépendent des décisions de collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes*

---

conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux). Récemment, deux QPC, ont censuré des dispositions législatives dénaturant le principe de libre administration : l'une a supprimé une disposition anachronique (cf. Cons. const., 17 mars 2011, n° 2010-107 QPC, Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete [Contrôle de légalité des actes des communes en Polynésie française] : censure une disposition législative qui demeurait applicable en Polynésie et qui, permettant au représentant de l'État de déclarer à toute époque nuls de droit des arrêtés du maire) et l'autre a mis fin au feuilleton de la modulation des subventions selon le mode de gestion du service public (voir auparavant CE, Ass., 12 décembre 2003, « Département des Landes », Rec. Lebon p. 502) en censurant l'interdiction édictée par le législateur (cf. Cons. const., 8 juillet 2011, n° 2011-146 QPC, Département des Landes [Aides publiques en matière d'eau potable ou d'assainissement] : relatif à la modulation des subventions départementales aux communes et groupements de collectivités en matière d'eau et d'assainissement selon que le service est délégué ou géré en régie).

[1] Le Conseil constitutionnel affirme ainsi nettement que le principe de libre administration « *implique que toute collectivité dispose d'une assemblée délibérante élue dotée d'attributions effectives* » (cf. Cons. const., 9 décembre 2010, n° 2010-618 DC, Loi de réforme des collectivités territoriales, cons. 23) et que cette assemblée soit élue régulièrement selon une périodicité raisonnable (Cons. const., 13 janvier 1994, n° 93-331 DC, Loi rétablissant le renouvellement triennal par moitié des conseils généraux, cons. 7). Il a censuré des dispositions législatives qui pouvaient avoir pour effet structurel de laisser vacants certains sièges d'élus locaux pendant toute la durée de leur mandat (Cons. const., 16 mai 2013, n° 2013-667 DC, Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, cons. 17 à 22).

[2] Cons. const., 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, cons. 42 et 43.

[3] Voir par ex., Cons. const., 13 janvier 2005, n° 2004-509 DC, Loi de programmation pour la cohésion sociale, cons. 9, 12 et 13.

[4] Cons. const., 9 décembre 2010, n° 2010-618 DC, préc.

[5] Cons. const., 2 juillet 2010, n° 2010-12 QPC, Commune de Dunkerque [Fusion de communes].

[6] Pour la fusion de communes, voir Cons. const., 26 avril 2013, n° 2013-303 QPC, Commune de Puyravault [Intégration d'une commune dans un EPCI à fiscalité propre] ; pour la fusion d'organismes de coopération, voir Cons. const., 26 avril 2013, n° 2013-315 QPC, Commune de Couvrot [Fusion d'EPCI en un EPCI à fiscalité propre].

[7] Cons. const., 26 avril 2013, n° 2013-304 QPC Commune de Maing [Retrait d'une commune membre d'un EPCI].

[8] Cons. const., 24 juillet 1991, n° 91-298 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

sur l'ensemble du territoire de la République »[1]. Ainsi, lorsque le législateur transfert une compétence qui relève de la solidarité nationale – en l'espèce l'attribution de prestations sociales[2] ou de logements sociaux – « *il [lui] incombe […] de prévenir par des dispositions appropriées la survenance de ruptures caractérisées d'égalité* »[3]. Il y a là une démarche de prévention du risque de rupture caractérisée d'égalité qui doit permettre d'éviter l'apparition de différences de traitement trop importantes entre les administrés sur le territoire.

112. « *Le principe garantit ainsi que ces collectivités demeurent dirigées par des organes élus, qu'elles disposent d'un minimum de compétences et d'un minimum de ressources propres. Mais le reste, c'est-à-dire beaucoup, est remis à l'appréciation du législateur* »[4]. Le législateur constitue donc le véritable artisan de la politique de décentralisation[5].

113. Partant, la jurisprudence relative à ce principe de libre administration participe de l'égalité entre les collectivités territoriales de catégorie différentes en déterminant un ensemble de règles partagées par toutes[6]. Cette égalité ressort de l'article 72 qui s'adresse en des termes généraux à l'ensemble des collectivités, sans hiérarchie entre elles. L'interdiction de la tutelle va dans le même sens. Ces éléments font partie de ce que Michel VERPEAUX nomme « *la conception française des collectivités territoriales* »[7]. Il est alors possible « *d'admettre que le principe d'égalité, loin de désigner un droit platonique dans ses effets, prend consistance, en s'adressant aux collectivités territoriales, dans des mécanismes juridiques qui l'identifient, et*

---

[1] Cons. const., 17 janvier 2002, n° 2001-454 DC, Loi relative à la Corse, cons. 12.

[2] Sur l'égalité territoriale en matière de prestation sociale décentralisée et le principe de solidarité, voir, M. BORGETTO, « L'égalité et l'aide sociale », *RDSS*, 2013, p. 401 ; V. DONIER, « L'accès aux services publics obligatoires d'action sociale », in R. ALLEMAND et L. SOLIS-POTVIN, *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, L'Harmattan, 2008, pp. 61-78.

[3] Cons. const., 21 janvier 1997, n° 96-387 DC, Loi tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance, *AJDA* 1997. 165, note O. SCHRAMECK ; *D*. 1999. 236, obs. F. MELIN-SOUCRAMANIEN ; *RDSS* 1997. 681, note X. PRETOT, cons. 11. Voir aussi, Cons. const., 18 décembre 2003, n° 2003-487 DC, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité, cons. 8 ; Cons. const., 12 août 2004, n° 2004-503 DC, Loi relative aux libertés et responsabilités locales, cons. 23.

[4] J.-H. STAHL, « Le principe de libre administration a-t-il une portée normative ? », *NCCC*, n° 42 (Le Conseil constitutionnel et les collectivités territoriales), janvier 2014, p. 7.

[5] La jurisprudence relative à la compétence du législateur a permis de consolider sa fonction y compris pour des dispositions *a priori* anodines ; par ex., Cons. const., 31 mai 1964, n° 64-29 L ; Cons. const., 19 novembre 1975, n° 75-84 L ; Cons. const., 20 janvier 1984, n° 83-168, Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, cons. 19.

[6] Cons. const., 3 juillet 1986, n° 86-209 DC, Loi de finances rectificative pour 1986, cons. 14 : « *l'article 7 de la loi se borne à obliger un établissement public de l'État à verser, au budget de l'État, sur ses fonds propres une contribution financière ; que cette mesure qui, par elle-même, n'opère aucune discrimination entre les collectivités territoriales n'est pas contraire au principe d'égalité* ».

[7] M. VERPEAUX, « Une décision inattendue ? », *RFDA*, 2002, p. 466 sur la décision n° 2001-454 : « *il existe potentiellement mais de façon certaine, une conception française des collectivités territoriales qui interdit de les traiter de manière inégale ou hiérarchisée* ».

constitue, de fait, la base et la garantie de la liberté d'administration locale »[1]. Ce faisant, il garantit, à chaque collectivité territoriale, la même capacité d'action en tout point du territoire.

114. L'organisation décentralisée de la République ne saurait admettre qu'on « *livre les personnes humaines à l'arbitraire ou à la carence du pouvoir local* »[2]. Ainsi, le législateur ne doit pas, sauf « *à méconnaître le rôle premier de l'État dans l'organisation constitutionnelle française et l'égalité de tous les citoyens, accorder sans discernement trop de marges d'action aux collectivités* »[3]. L'égalité devant la loi demeure ainsi l'objectif premier de toute l'organisation territoriale dont l'uniformité doit permettre à chaque individu un traitement équivalent sur tout le territoire. L'uniformité se vérifie alors dans les règles appliquées par les collectivités et les limites fixées au pouvoir local pour atteindre cet objectif d'égalité. La mise en conformité des décisions des collectivités territoriales par un encadrement rigoureux a alors pour objectif d'éviter l'apparition de discriminations.

Section 2: La conformité des décisions des collectivités territoriales

115. L'égalité devant la loi doit permettre de réaliser l'égalité des droits des individus. Cette égalité comprise à l'article 1er de la Déclaration – « *tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* » – réside dans « *l'affirmation selon laquelle il existerait une nature commune à tous les hommes, en vertu de laquelle ils bénéficient des mêmes droits, quelle que soit leur condition sociale* »[4]. La garantie de l'universalité de ces droits[5] s'effectue par le truchement d'une loi unique et générale uniformément applicable en tout point du territoire[6].

[1] A.-S. GORGE, « Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales », *Droit et gestion des collectivités territoriales*, Tome 31, 2011, pp. 691-700, spéc. p. 697.
[2] J.-H. STAHL, « Le principe de libre administration a-t-il une portée normative ? », art. cit., p. 7.
[3] Ibid.
[4] O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004, p. 3.
[5] Art. 4, DDHC.
[6] La généralité des normes a pour but d'imposer « *l'égale application de la loi* » ; cf. M-F. CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1996, n° spécial, p. 3. Voir aussi, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, 2e éd., p. 190. Pour une confirmation en droit communautaire du lien entre généralité de la règle de droit et principe d'égalité, voir R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ, 2003, p. 92 et s.

116. Pour garantir cette uniformité d'application, il est nécessaire de rendre l'action du pouvoir local la plus conforme possible à la loi[1]. L'autonomie décisionnelle des collectivités territoriales est ainsi limitée par un encadrement strict (§1) et un contrôle juridictionnel (§2) permettant de contenir, dans la légalité, les risques d'arbitraire et d'abus de la part des autorités locales.

§1) L'encadrement du pouvoir normatif local

117. Historiquement, l'ensemble du pouvoir normatif local fait l'objet d'un contrôle administratif de la légalité mis en œuvre par des représentants de l'Etat. Gardiens de la bonne application de la loi par les autorités administratives décentralisées, ils deviennent, par là même, les garants de l'égalité des citoyens devant la loi[2] (A). La reconnaissance d'un pouvoir réglementaire des collectivités territoriales a pu susciter quelques espoirs dans le rééquilibre des rapports avec les autorités nationales. Mais l'absence de définition[3] a laissé à la jurisprudence le possibilité d'inscrire ce pouvoir dans la même logique d'uniformité en le subordonnant à celui de l'Etat (B).

A) <u>Le pouvoir décisionnel : un pouvoir contrôlé par l'Etat</u>

118. Le caractère administratif de la décentralisation autorise la mise en place d'un contrôle administratif des autorités de l'Etat sur l'exercice du pouvoir des collectivités territoriales. Cette tutelle historique de l'Etat sur les collectivités territoriales s'exerce notamment par le biais d'un contrôle de la légalité dont l'objectif est d'assurer l'uniformité des règles qu'elles appliquent (1). Devenu un contrôle *a posteriori*[4], la procédure dite de déféré préfectoral favorise la

[1] La conformité se distingue de la compatibilité en ce qu'elle oblige la norme inférieure à concrétiser, mettre en application, la norme supérieure. Le rapport de compatibilité s'analyse comme une absence de contrariété avec les orientations adoptées dans la norme supérieure sans pour autant rechercher l'adéquation des mesures avec chaque objectif fixé ; voir not., CE, 18 décembre 2017, req. n° 395216. Voir infra, n° 875.

[2] N. KADA, « L'Acte II de la décentralisation et le principe d'égalité », *RDP*, n° 5, tome 121, septembre-octobre 2005, pp.1279-1280 ; voir sur ce point, Y. GAUDEMET, « Le représentant de l'Etat » in Y. GAUDEMET et O. GOHIN, *La République décentralisée*, LGDJ, 2004, pp. 87 et s.

[3] La tentative de définition faite au moment de la discussion autour de la loi « NOTRe » (n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, JORF n°0182 du 8 août 2015 p. 13705) a fini par être abandonnée. Voir not., L. JANICOT, « Le pouvoir normatif des régions », *RFDA*, 2016, p. 664.

[4] Art. 3, al. 6, Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, reprise par art. L. 2131-7, CGCT. Voir aussi, J.-C. DOUENCE, « Collectivités locales (Contrôle de la

négociation entre les autorités locales et préfectorales afin d'éviter l'intervention du juge administratif (2). Elle permet ainsi de prévenir les différences de traitement qui découleraient d'une application non conforme de la loi par les collectivités territoriales.

1) L'uniformité imposée par la tutelle de l'Etat

119. La tutelle de l'Etat est intrinsèquement liée à la décentralisation administrative française. Elle « *est construite dans un cadre juridique où est consacrée la primauté du fait étatique central sur le fait local. La tutelle est tout à la fois la marque et la sanction de cette primauté* »[1]. Malgré l'importance de cette fonction dévolue à la tutelle, les préfets exercent leur compétence de manière assez libre.

120. **L'évolution du contrôle de légalité des préfets.** A sa création le préfet se destinait à être, selon les mots de Anne-Sophie GORGE, « *le représentant de l'unicité française et le dépositaire de la puissance exécutive dans le département* »[2] grâce à une action « *uniforme dans toutes les parties de la France* »[3]. Ainsi, à l'origine, seul le préfet disposait d'un pouvoir de décision dans le département. Les lois du 18 juillet 1837 et du 10 mai 1838, en reconnaissant l'existence de compétences propres aux conseils municipaux et aux conseils départementaux, instaurent parallèlement le premier système de tutelle de l'Etat dans lequel toutes les décisions locales sont placées sous sa surveillance[4]. Le décret des 25-30 mars 1852 déconcentre une large part de ce contrôle entre les mains des préfets[5]. Le contrôle administratif sur les actes comprend alors les pouvoirs d'autorisation, d'approbation et d'annulation, ainsi qu'un pouvoir de

---

légalité des actes des), *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, avril 2005 (actualisation : janvier 2014), n° 4 : « *Il a pour caractéristique fondamentale de limiter les pouvoirs du représentant de l'État à l'appréciation de la légalité des actes administratifs locaux et à la saisine éventuelle du tribunal administratif, seul compétent pour annuler un acte illégal. Comme il a été fortement souligné au moment de la réforme, il s'agit donc d'un contrôle juridictionnel de légalité qui a pour spécificité d'être mis en œuvre sur recours du représentant de l'État mais qui exclut tout pouvoir propre de décision conféré à ce dernier* ».

[1] F.-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 137.

[2] A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, Dalloz, 2011, p. 359.

[3] A. ROMIEU, *De l'administration sous le régime républicain*, Plon, 1849, p. 42.

[4] Selon Alexandre-François VIVIEN, rapporteur de la loi du 18 juillet 1837 sur l'administration municipale, la loi distingue les attributions des maires : qu'ils exécutent comme délégués du pouvoir central et qui le placent « *sous l'autorité de l'administration supérieure* », et celles qu'ils exercent comme autorité exécutive du conseil municipal pour la gestion des intérêts propres de la commune et qui le placent « *sous la surveillance de l'administration supérieure* » ; cité dans, J. FERSTENBERT, F. PRIET et P. QUILICHINI, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 2e éd., Hypercours, Paris, 2016, p. 35, n° 47.

[5] Art. 1er décret des 25-30 mars 1852 sur la décentralisation administrative : « *les préfets continueront de soumettre à la décision du ministre de l'intérieur les affaires départementales et communales qui affectent directement l'intérêt général de l'Etat, telles que l'approbation des budgets départementaux, les impositions extraordinaires et les délimitations territoriales, mais ils statueront désormais sur toutes les autres affaires départementales ou communales qui, jusqu'à ce jour, exigeaient la décision du chef de l'Etat ou du ministre de l'intérieur* ».

substitution d'action en cas de carence des autorités locales[1]. Avec les lois du 5 mars 1855, des 24-29 juillet 1867, du 10 août 1871 et du 5 avril 1884[2], les matières soumises à l'approbation des autorités de l'Etat sont listées ; les autres délibérations, prises par le conseil municipal sur les affaires de la commune, passé un délai suivant la transmission à la préfecture, devenaient exécutoires de plein droit, sauf en cas de « *nécessité de sauvegarder les droits de l'Etat [ou afin] d'empêcher un conseil municipal de compromettre gravement, pour l'avenir, les intérêts de la commune* »[3]. Les préfets restaient en mesure de les annuler après leur entrée en vigueur. Si la loi de 1982 vient officiellement supprimer la tutelle, cette suppression est davantage symbolique que juridique. « *Le législateur l'aurait-il voulu, il n'aurait pu supprimer la tutelle* »[4]. En effet, le Conseil constitutionnel veille scrupuleusement à ce que le législateur respecte cette prérogative que l'Etat tire de l'article 72 de la Constitution[5]. Jean-Arnaud. MAZERES considère que la soumission à la légalité des collectivités territoriales constitue, de fait, « *la limite incompressible de la tutelle* »[6]. La loi de 1982 met ainsi fin aux pouvoirs d'annulation, d'autorisation préalable et d'approbation (hormis pour le budget) pour instituer

---

[1] Pour une définition de la tutelle administrative, voir Y. LUCHAIRE, « la persistance de la tutelle dans le droit des collectivités territoriales », *AJDA*, 2009, p. 1134 et s. : la tutelle regroupe « *toutes les formes d'autorisation préalable, toutes les décisions prises à la place ou pour le compte des collectivités territoriales ainsi que tous les pouvoirs d'annulation dont dispose une autorité supérieure à l'égard des décisions d'une autorité, alors nécessairement inférieure* ».

[2] Le sénateur et ancien ministre Charles De FREYCINET devait, dans ses souvenirs, faire l'éloge de « *ce projet des plus hardis qui […] allait au-delà des limites raisonnables [et qui] confiait l'administration du département au Conseil général et ne laissait au préfet qu'un contrôle destiné à assurer l'exécution des lois* » ; cf. C. De FREYCINET, sénateur, *Souvenirs 1848-1878*, 5e éd., Librairie C. Delagrave, 1912, p. 96

[3] M. JOZON, Exposé des motifs du projet de loi préparé par la commission parlementaire de 1876 et en partie voté par la Chambre des députés lors de sa dissolution, cité dans L. MORGAND, *La loi municipale : commentaire de la loi du 5 avril 1884 sur l'organisation et les attributions des conseils municipaux*, Tome 1, Berger-Levrault, 1884-1885, p. 233.

[4] S. REGOURD, « A propos de la loi de décentralisation du 2 mars 1982 complétée par la loi du 22 juillet 1982 : la prétendue suppression de la tutelle », *La Revue administrative*, 1982, p. 615.

[5] Cons. const., 25 février 1982, n° 82-137 DC, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, op. cit., cons. 4 : « *il résulte des dispositions […] de l'article 72 de la Constitution que si la loi peut fixer les conditions de la libre administration des collectivités territoriales, c'est sous la réserve qu'elle respecte les prérogatives de l'Etat énoncées à l'alinéa 3 de cet article ; ces prérogatives ne peuvent être ni restreintes ni privées d'effet, même temporairement […]* ». Voir par ex., R. CRISTINI, « Indivisibilité de la République et décentralisation », in *Mélanges en l'honneur du doyen Paul Isoart*, Université de Nice-Sophia Antipolis, Institut du droit de la paix et du développement, A. PEDONE, 1996, p. 122.

[6] J.-A. MAZERES, « Débat. Le processus de décentralisation », *AJDA*, 20 avril 1992, p. 17. Voir aussi, R. MASPETIOL et P. LAROQUE, *La tutelle administrative. Le contrôle des administrations départementales, communales, coloniales et des établissements publics*, Sirey, 1930, p. 16 : « *Il a fallu de trop longs efforts pour assurer la soumission de la puissance publique au droit pour que l'on ne s'efforce pas, par tous les moyens, d'en assurer également le respect par les autorités décentralisées* ». Toutefois, le Conseil constitutionnel veille à ce que les modifications des conditions de contrôle de la légalité n'aboutissent pas à priver de garanties suffisantes la libre administration ; cf. par ex. décisions n° 82-137 DC du 25 février1982 et n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 : le législateur avait voulu instituer la suspension automatique, pendant trois mois, de l'exécution des actes des collectivités en matière d'urbanisme, de marchés et de conventions de délégation de service public en cas de demande de sursis à exécution du représentant de l'État au juge administratif. Dans sa décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, le Conseil a approuvé un dispositif de suspension similaire, limitée toutefois à un mois.

un contrôle *ex post*, qui intervient après l'entrée en vigueur de l'acte. Le préfet n'est donc plus en mesure de refuser par lui-même son application ; il peut seulement saisir le juge administratif en suivant la procédure dite de « *déféré préfectoral* »[1].

121. **L'obligation de contrôle de légalité des préfets.** Malgré l'évolution de la tutelle vers un contrôle « *indirecte et juridictionnel* »[2], le Conseil constitutionnel rappelle, dans sa décision de 1982, que « *le principe de légalité exige à la fois le respect des attributions du législateur et celui des règles supérieures de droit par lesquelles la Constitution adoptée par le peuple français a proclamé l'indivisibilité de la République, affirmé l'intégrité du territoire et fixé l'organisation des pouvoirs publics* »[3]. Ainsi, il assigne une fonction déterminante au contrôle de légalité des préfets qui sont, de fait, les premiers garants de l'indivisibilité de la République et de l'intégrité du territoire. Dans cette décision, il va ainsi rejeter les dispositions qui visaient à rendre exécutoire de plein droit les actes des collectivités territoriales avant leur transmission au préfet de telle sorte que celui-ci n'était pas en mesure d'exercer convenablement son contrôle[4]. Le juge indique également, dans une décision de 1991, que le législateur ne peut soustraire une catégorie de collectivité territoriale au contrôle administratif par le représentant de l'Etat[5]. Dans la lignée de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel rappelle, en 1994, « *l'équilibre général sur lequel repose le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales que le représentant de l'Etat est tenu d'assurer* »[6]. Le caractère obligatoire du contrôle paraît alors indispensable à l'équilibre du système. Le Conseil d'Etat s'est opposé à cette lecture, considérant que le préfet disposait en l'espèce d'une simple « *faculté* »[7]. La

---

[1] Art. L. 2131-6, L. 3132-1, L. 4142-1, L. 1111-7 et L. 2511-23, CGCT. A noter qu'il existe aussi une procédure de déféré particulière par laquelle le préfet peut demander la suspension pour des raisons liées à la défense nationale ; cf. Art. L. 1111-7, al. 4 et 5, CGCT.

[2] M. MERCIER, *Pour une République territoriale : l'unité dans la diversité*, Rapport d'information n° 447 fait au nom de la mission commune d'information chargée de dresser le bilan de la décentralisation et de proposer les améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales, tome I, 28 juin 2000, p. 87.

[3] Cons. const., 25 février 1982, n° 82-137 DC, Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, cons. 3.

[4] Ibid., cons. 6 et 7.

[5] Cons. const., 9 mai 1991, n° 91-290 DC, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, cons. 20 : « *le représentant de l'Etat dans la collectivité territoriale de Corse conserve la charge des intérêts nationaux, du respect des lois et du contrôle administratif* ».

[6] Cons. const., 21 janvier 1994, n° 93-335 DC, Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, cons. 21 : « *l'équilibre général sur lequel repose le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales que le représentant de l'Etat est tenu d'assurer* ». Voir aussi, Cons. const., 9 avril 1996, n° 96-373 DC, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie, cons. 14 : la « *possibilité de mettre en œuvre sans délai les attributions que [le représentant de l'Etat] doit exercer en vertu de l'article 72 de la Constitution* ». *Contra*, Const. Const., 25 février 1982, n° 82-137 DC, préc., cons. 5 : le préfet dispose de « *la faculté de soumettre au contrôle juridictionnel* » les actes des collectivités territoriales.

[7] CE, 28 février 1997, « Commune du Port », Rec. Lebon p. 61, *RFDA*, 1997, 1198, note J.-C. DOUENCE. Jean-Claude DOUENCE constate que « *le préfet est sans doute la seule autorité publique qui ne soit pas tenue d'exercer ses pouvoirs pour rétablir la légalité lorsqu'il est légalement saisi d'une demande en ce sens par un intéressé* » ; cf. J.-C., DOUENCE, « Collectivités locales (Contrôle de la légalité des actes des) », *Répertoire de contentieux*

pratique ne fera que confirmer cette position. Un administré, qui a demandé à plusieurs reprises au préfet d'intervenir, peut tout de même engager la responsabilité de l'Etat pour carence prolongée[1].

122. Ainsi posé par le texte constitutionnel, le contrôle de légalité du préfet sur les actes des collectivités territoriales s'inscrit parfaitement dans le cadre de l'« *unité indivisible* »[2] de la République. « *Il n'est pas conçu comme devant simplement permettre le respect du droit nationale par les collectivités territoriales ; ce qui est un des traits classiques de l'Etat unitaire. Il s'agit surtout d'espérer une application identique de la législation en tout point du territoire. Cette uniformisation juridique et l'égalité dans les conditions de vie socio-économiques qui doit en découler sont garantes d'une unité plus forte de la Nation* »[3].

123. Le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales établit « *l'impérieuse nécessité de maintenir, entre administration centrale et administration locale, un lien suffisamment fort ; la volonté que ce lien soit uniforme, quelle que soit la collectivité considérée* »[4]. La pratique du contrôle a cependant montré une absence de stratégie globale[5] alors que l'on ne saurait concevoir « *qu'un mécanisme jugé indispensable à la constitutionnalité de la loi puisse fonctionner au gré des humeurs d'un fonctionnaire* »[6]. Cette absence s'explique par le fait que l'exercice du déféré préfectoral conduit à favoriser la négociation pendant la phase précontentieuse et le règlement au cas par cas.

---

administratif, Dalloz, avril 2005 (actualisation : janvier 2014), n° 182. Voir avant l'arrêt « Commune du Port », CE, Sect., 25 janvier 1991, n° 80969, « Monsieur Guy Brasseur », Rec. Lebon : « *le refus du préfet de déférer au tribunal administratif ne constitue pas une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir* ».

[1] L'administré peut engager la responsabilité de l'Etat pour faute lourde en cas de carence prolongée ; voir, CE, 21 juin 2000, req. n° 202058, « Min. Équipement, Transports et Logement c. Commune de Roquebrune-Cap-Martin », Rec. Lebon p. 236 ; CE, 6 octobre 2000, req. n° 205959, « Min. Intérieur c. Commune de Saint-Florent e. a. », Rec. Lebon p. 395.

[2] C. GREWE, « L'unité de l'Etat : entre indivisibilité et pluralisme », *RDP*, 1998, n° spécial « Les 40 ans de la Veme République », p. 1350.

[3] N. MERLEY, *Conception et administration du territoire en France métropolitaine*, PU Aix-Marseille, 1998, p. 81.

[4] J.-M. BECET, « Tutelle ou hiérarchie ? », in J. MOREAU et M. VERPEAUX (sous la direction de), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789*, Actes du colloque de Besançon 14-15 décembre 1989, Economica, 1992, p. 242.

[5] Cir. du 17 janvier 2006 relative à la modernisation du contrôle de légalité a pu faire valoir que « *la mise en place d'une véritable stratégie formalisée du contrôle de légalité n'est, à l'heure actuelle, pas généralisée à toutes les préfectures* » ; Cir. n° MCTB0600004C du Ministère de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire du 17 janvier 2006 relative à la modernisation du contrôle de légalité : le ministère demande aux préfets de mettre en place une réelle stratégie de contrôle prenant la forme d'un programme annuel de contrôle, établissant des critères de priorité et déterminant les catégories d'acte les plus sensibles faisant l'objet d'un contrôle plus approfondi. Trois domaines sont clairement affichés comme étant des priorités : l'intercommunalité, la commande publique et l'urbanisme.

[6] D. CHABANOL, note sur TA Lyon, 6 février 1984, « Commissaire de la République du département du Rhône c. Syndicat mixte des transports en commun de la région lyonnaise », *AJDA*, 1984, p. 570.

2) L'uniformité négociée par le déféré préfectoral

124. La procédure de déféré préfectoral a évolué dans un sens qui facilite la négociation et renforce le rôle de conseil du préfet. En la matière, « *la politique jurisprudentielle est allée dans le sens d'un allongement de [la phase précontentieuse] et d'un accroissement de la liberté d'action du représentant de l'État* »[1]. Au niveau contentieux, la procédure de déféré préfectoral offre aux préfets des avantages dont ne disposent pas les requérants ordinaires.

125. **Le primat de la phase précontentieuse.** En premier lieu, le juge a abandonné la lecture littérale de la loi du 2 mars 1982 qui limite le déféré aux actes soumis à l'obligation de transmission au représentant de l'État[2]. En autorisant le préfet à demander la communication de tous les actes des autorités locales, le juge a, par la même occasion, étendu la compétence des préfets en matière de déféré à l'encontre de tous les actes des collectivités territoriales[3]. Seuls font exception les actes pris par les autorités locales au nom de l'Etat ainsi que les actes de droit privé[4] et quelques actes de police administrative du maire[5]. Dans un second temps, la jurisprudence a cherché à aménager les délais de saisine du juge administratif par le préfet afin de lui donner davantage de liberté dans la phase précontentieuse[6] : certains délais peuvent ainsi s'étendre jusqu'à quatorze mois après l'adoption de l'acte, notamment lorsque le préfet adresse des demandes de transmission de documents complémentaires[7]. Enfin, il convient de signaler que dès la circulaire du 22 juillet 1982[8] le gouvernement invite expressément les préfets à convaincre les autorités locales d'accepter leurs demandes de retrait ou de réformation de leurs

---

[1] J.-C., DOUENCE, « Collectivités locales (Contrôle de la légalité des actes des) », op. cit., n° 118. Voir aussi, J.-C. HÉLIN, « La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit », *RFDA*, 1987, p. 765.

[2] Art. L. 2131-2 et L. 2131-6, CGCT ; CE, 18 février 1983, « Commissaire de la République de la Gironde c. Commune de Saint-Médard-en-Jalles », Rec. Lebon p. 72.

[3] Le préfet peut demander communication à l'autorité locale de tous les actes qu'elle a adoptés ; cf. CE, Sect., 28 février 1997, « Commune du Port », préc. ; Loi du 13 août 2004, inscrite à l'art. L. 2131-3, al. 2 du CGCT.

[4] Art. L. 2131-4, L. 3131-5 et L. 4141-5, CGCT. Il convient de préciser que le juge oppose une fin de non-recevoir fondée sur son incompétence et non sur l'irrecevabilité du déféré à un recours préfectoral formé contre un acte qui n'entre pas dans le champ d'application de la loi ; voir par ex., CE 27 février 1987, n° 54847, « Commune Grand-Bourg de Marie-Galante c. Lancelot », Rec. Lebon : à propos d'un recours contre un acte de droit privé).

[5] Il s'agit des décisions relatives à la circulation et au stationnement ainsi que celles relatives à l'exploitation, par les associations, de débits de boissons pour la durée des manifestations publiques qu'elles organisent.

[6] CE, 29 mai 1987, « Commune de Goult », Rec. T. p. 621 et 875 : à propos de la computation du délai.

[7] Art. L. 2131-3, L. 3131-4 et L. 4141-4 du CGCT dans leur rédaction issue de la loi de 2004. Voir aussi, J.-C., DOUENCE, « Collectivités locales (Contrôle de la légalité des actes des) », op. cit., n° 163 : « *la jurisprudence confère au représentant de l'État un pouvoir d'investigation qu'il exerce sans avoir besoin de saisir le juge et d'attendre l'instruction de l'affaire. Elle privilégie le règlement non contentieux des litiges et renforce considérablement la position du représentant de l'État dans son dialogue avec les autorités locales* »

[8] Cir. du 22 juillet 1982 relative aux nouvelles conditions d'exercice du contrôle de légalité des actes administratifs des autorité communales, départementales et régionales telles qu'elles résultent de la loi du 2 mars 1982.

actes, avant d'envisager de saisir le juge. Cette volonté de favoriser la discussion et le compromis plutôt que l'action judiciaire évite que la procédure du déféré ne se transforme en un contrôle systématique de la conformité juridique aboutissant à un encombrement de la juridiction administrative. Le préfet profite de cette phase de dialogue pour intégrer « *bien d'autres éléments, de nature politique, économique ou sociale dont il a également la charge* »[1]. Si l'acte examiné suscite des interrogations, notamment sur sa nature légale, le préfet adresse à la collectivité territoriale une lettre d'observation dans laquelle il lui demande des explications. Le code général des collectivités territoriales prévoit aussi la possibilité pour les autorités locales de demander aux préfets de leur faire part de leur intention de ne pas déférer un acte transmis[2]. Cependant, sa réponse ne l'engage pas. En revanche, d'autres lettres d'observation ont la valeur d'un recours gracieux en mettant en demeure l'auteur de l'acte de le retirer, de l'abroger ou de le réformer. Toute décision de refus, expresse ou implicite[3], ouvre la voie à un recours juridictionnel.

126. **Les avantages de la phase contentieuse.** La phase contentieuse reprend pour sa part les éléments du recours pour excès de pouvoir, avec toutefois quelques avantages pour l'institution préfectorale. D'une part, elle n'a pas à démontrer son intérêt à agir dès lors qu'elle est investie de cette mission par la Constitution elle-même. On note toutefois, qu'en dehors des hypothèses de forme, le préfet peut être déclaré irrecevable lorsque sa demande porte sur des mesures qu'il est lui-même en capacité d'adopter[4]. D'autre part, deux procédures de référés-suspension ont été mise à sa disposition, l'une ordinaire et l'autre en matière de liberté[5], avec

[1] J.-C. HELIN, « Les contrôles sont-ils efficaces ? Le contrôle de légalité et le juge administratif », *Pouvoirs*, n° 60, 1992, p. 121.

[2] L'article L. 2131-6 prévoit dans son alinéa 2, le droit pour le maire (de même pour les présidents du conseil général – art. L. 3132-1 et régional – art. L. 4142-1) de demander au préfet de l'informer « *de son intention de ne pas déférer au tribunal administratif un acte… qui lui a été transmis* ».

[3] En vertu de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, « *le silence gardé pendant plus de deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet* ». Dans ce sens la jurisprudence déclare recevable un déféré dirigé contre une décision implicite ; par ex., CE, Sect., 28 février 1997, n° 167483, « Commune du Port », Rec. Lebon.

[4] Voir par ex., CE, 30 mai 1913, « Préfet de l'Eure », S., 1915.3, p. 9, note M. HAURIOU : le préfet est irrecevable à demander la condamnation pécuniaire d'une commune alors qu'il peut prendre un état exécutoire constituant la commune débitrice de la somme litigieuse.

[5] Art. L. 2131-6, al. 5, L. 3132-1, al. 6, et L. 4142-1, al. 5, CGCT. Il met en place une procédure accélérée en 48 heures. Une demande refusée au titre du sursis accéléré pourra être mise à l'instruction au titre du sursis ordinaire ; cf. TA Rennes, 25 juillet 1984, « Commissaire de la République des Côtes-du-Nord c. Commune de Plestin-les-Grèves », T. p. 517.

des conditions de recevabilité avantageuses[1] et des effets immédiats sur l'acte visé[2]. Ses avantages permettent au préfet de faire planer une menace réelle sur l'acte de la collectivité. Les procédures de référé, en plus de pouvoir mettre fin temporairement à l'application d'un acte, sont aussi un moyen d'inciter les autorités locales à engager une négociation ou une discussion sur son contenu. Surtout, la procédure contentieuse est marquée par une absence de règle de forme particulière en matière de désistement[3]. Ainsi, « *la négociation engagée entre le préfet et l'autorité locale pendant la phase précontentieuse se poursuit tout au long de l'instance et peut aboutir à un règlement du litige dont le juge est tenu à l'écart, sans qu'il soit certain que l'arrangement ainsi obtenu se fasse sur la base du rétablissement de la légalité. Or, tous les rapports sur l'exercice du contrôle de légalité indiquent qu'une très forte proportion de déférés se terminent par un désistement* »[4]. Michel MERCIER y voit la preuve de « *l'efficacité de la concertation par les préfets en direction des exécutifs locaux après le dépôt d'un déféré* »[5]. Pour Jean-Claude DOUENCE, les nombreux désistements en cours d'instance « *confirment […] la marginalisation du rôle du juge dans un contrôle que le législateur avait voulu essentiellement juridictionnel* »[6].

127. Les chiffres présentés par le gouvernement dans ses rapports triennaux au Parlement confirment ce « *déplacement quasi irréversible du contrôle de légalité vers son amont, le contrôle administratif du préfet, et non vers son aval, le contrôle du juge administratif* »[7]. Cette observation faite par Jean-Claude HELIN dès 1992, confirmé par Jean-Claude DOUENCE en 2014, pose la question de l'efficacité d'un contrôle dans lequel le contrôleur participe activement à l'élaboration des actes contrôlés et semble faire passer les considérations d'ordre juridique au second plan.

---

[1] Il suffit que l'un des moyens invoqués par le préfet paraisse sérieux et de nature à justifier l'annulation de l'acte. Il n'a pas à démontrer le risque que les conséquences de l'acte soient difficilement réparables ; cf. art. L. 2131-6, al. 3, CGCT ; voir par ex., CE, 23 avril 2003, « Commune de Roquebrune-Cap-Martin », préc. ; CE, Ord., 15 décembre 1982, « Commune de Garches, Rec., p. 417.

[2] Possibilité de suspendre provisoirement de manière automatique l'application de certaines décisions en matière d'urbanisme et de marchés publics (art. L. 2131-6, al. 4, L. 3132-1, al. 5, L. 4142-1, al. 4., CGCT). Obligation pour le juge de faire automatiquement droit à la demande du préfet alors qu'un requérant ordinaire pourra voir sa demande de suspension refusée (CE, Ass., 13 février 1976, « Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame c. Département des Yvelines », Rec., p. 100).

[3] CE, 16 juin 1989, n° 103661, « Commune de Belcodène ».

[4] J.-C. DOUENCE, « Collectivités locales (Contrôle de la légalité des actes des) », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, avril 2005 (actualisation : janvier 2014), n° 236.

[5] M. MERCIER, *Pour une République territoriale : l'unité dans la diversité*, Rapport d'information n° 447 fait au nom de la mission commune d'information chargée de dresser le bilan de la décentralisation et de proposer les améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales, tome I, 28 juin 2000, p. 88.

[6] J.-C. DOUENCE, op. cit., n° 236.

[7] J.-C. HELIN, « Les contrôles sont-ils efficaces ? Le contrôle de légalité et le juge administratif », *Pouvoirs*, n° 60, 1992, p.118.

128. Si d'aucuns considèrent le mécanisme du déféré préfectoral quelque peu lacunaire[1], sa procédure et la pratique qui en est faite montrent « *la dimension symbolique du principe de légalité en l'établissant comme un principe d'unité* »[2]. Il permet de « *maintenir un lien entre toutes les administrations et tous les services […], de prévenir [les] abus et d'assurer le respect du droit […]* »[3]. Ce contrôle n'en demeure pas moins une atteinte à l'autonomie décisionnelle des collectivités territoriales. Sa constitutionnalisation démontre que la mise en conformité des décisions des collectivités territoriales est un impératif nécessaire à la décentralisation. Il l'est d'autant plus que l'article 72 reconnaît également aux collectivités territoriales un pouvoir réglementaire susceptible de concurrencer celui du Premier ministre. Pour l'heure, la jurisprudence maintient le pouvoir réglementaire local dans un rapport de subordination vis-à-vis de la réglementation nationale.

B) Le pouvoir réglementaire : un pouvoir subordonné à l'Etat

129. Pour le Conseil constitutionnel, « *l'attribution par la loi d'un pouvoir réglementaire aux collectivités territoriales n'est pas, par elle-même, contraire au principe d'égalité* »[4]. Avec l'inscription, en 2003, d'un pouvoir réglementaire local dans la Constitution[5], certains ont cru y voir une fenêtre pour infléchir la jurisprudence administrative qui tendait à favoriser le pouvoir réglementaire de principe attribué au Premier ministre[6]. A la lecture des dernières décisions, les juges ne semblent pas avoir abandonné la thèse du pouvoir « *second* » (1) et « *résiduel* »[7] (2) des collectivités territoriales, établissant ainsi une hiérarchie permettant d'assurer la conformité des règlements locaux aux décisions des autorités nationales.

---

[1] Voir par ex., R. CRISTINI, « Indivisibilité de la République et décentralisation », in *Mélanges en l'honneur du doyen Paul Isoart*, Université de Nice-Sophia Antipolis, Institut du droit de la paix et du développement, A. Pedone, 1996, p. 122.

[2] G. KOUBI, « Le département entre liberté et légalité », in *Le département. Hier, aujourd'hui, demain. De la province à la région. De la centralisation à la décentralisation*, textes réunis par G. CHIANEA, R. CHAGNY, J.-W DEREYMEZ, colloque des 24, 25 et 26 septembre 1991 organisé par le musée de la Révolution française à Vizille et l'Université P. Mendès-France Grenoble II, PUG, 1994, p. 211.

[3] R. MASPETIOL et P. LAROQUE, *La tutelle administrative. Le contrôle des administrations départementales, communales, coloniales et des établissements publics*, op. cit., p. 8. Ils ajoutent : « *Il a fallu de trop longs efforts pour assurer la soumission de la puissance publique au droit pour que l'on ne s'efforce pas, par tous les moyens, d'en assurer également le respect par les autorités décentralisées* » ; cf. ibid. p. 16.

[4] Cons. const., 20 avril 2012, n° 2012-238 QPC, « Société anonyme Paris Saint-Germain football », cons. 10.

[5] Ex-article 72, al. 2, Constitution : « *Ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions fixées par la loi* ».

[6] Art. 21, Constitution.

[7] Par ex., M. VERPEAUX, « L'unité et la diversité dans la République », *NCCC*, n° 42, 2014/1, pp. 7-16, §5.

1) Un pouvoir secondaire

130. La doctrine s'est opposée quelques années, à la suite de la « querelle » d'Angers, sur la portée du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales[1]. Inscrit dans la Constitution à l'article 72 de la Constitution, l'existence d'un « *pouvoir normatif propre* »[2] aux collectivités territoriales est désormais communément admis, même s'il reste secondaire.

131. **Origine de la controverse sur la hiérarchie des pouvoirs d'exécution.** Lors du colloque d'Angers de 1983[3] un débat est né sur la question de savoir dans quelle mesure les collectivités territoriales peuvent disposer par voie générale à l'égard de leurs habitants et de leurs agents. « *Si tous les intervenants s'accordaient sur le principe de la compétence législative pour définir les principales règles du statut, en revanche, le consensus ne s'est jamais fait sur la compétence d'exécution. Fallait-il reconnaître un droit de libre exécution à chaque collectivité employeur, ou bien, devait-on uniformiser cette exécution par décrets gouvernementaux ?* »[4]. On peut retenir de ce débat une thèse « *maximaliste* »[5] fondant le pouvoir réglementaire local sur l'article 72[6] et une autre « *négatrice fondée sur l'impossibilité de "désétatiser" une compétence réservée au Premier ministre en vertu de l'article 21* »[7]. Si la discussion avait pour objet le droit de la fonction publique locale, le débat portait plus largement sur l'exercice du pouvoir local dans son ensemble.

132. Aujourd'hui les prérogatives normatives des collectivités territoriales sont « *reconnues dans des conditions restrictives afin de ne pas concurrencer le pouvoir exécutif qui dispose à l'égard de l'ensemble des citoyens et ne relève que de l'Etat. Les autorités décentralisées sont classiquement désignées comme des autorités administratives secondaires* »[8]. « *Par l'effet d'une lecture implicite de la Constitution, le pouvoir réglementaire local serait "virtuel" puisqu'à tout moment, et nonobstant les habilitations légales faites aux collectivités, le gouvernement peut s'emparer du travail d'exécution et le traiter. La question se pose donc de savoir dans quelle mesure, dans la tâche d'exécution des lois qui lui est confié par la*

---

[1] Voir les *Cahiers du Centre de formation des personnels communaux*, n° 13, 1983 ; pour une analyse des interventions, voir, G. CHAVRIER, *Le pouvoir normatif local, enjeux et débats*, LGDJ, 2011.
[2] L. FAVOREU, « La problématique constitutionnelle des projets de réforme des collectivités territoriales », *RFDA*, 1990, p. 401.
[3] Voir not., J.-C. DOUENCE, « Élaboration du statut : compétence exclusive de l'État ou compétence partagée », *Cahiers du Centre de formation des personnels communaux*, octobre 1983, n° 13, p. 13 et s.
[4] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, 4e éd., Précis, Dalloz, 2016, n° 575, p. 467.
[5] Ibid.
[6] Voir aussi l'arrêt TA Versailles, 7 décembre 1984, « Préfet Val d'Oise c. SCAAN Cergy-pontoise », *AJDA*, 1985, p. 286.
[7] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., n° 575, p. 467.
[8] Ibid., n° 574.

Constitution (article 21), le gouvernement peut compléter la législation édictée dans le cadre de l'article 72 en agissant de lui- même »[1]. Sur ce point, la révision de 2003 avait fait espérer aux collectivités « *une protection plus énergique des possibilités d'expression de leur pouvoir de décision. Mais les juges, considérant que cet article consacrait sans innover, sont demeurés fidèles à leur jurisprudence classique*[2]*. […] Il reste qu'il existe une théorie propre du pouvoir réglementaire lorsqu'il est exercé par les collectivités. Celles- ci doivent être regardées à cet égard comme disposant de possibilités dépassant celles des autorités administratives secondaires ordinaires* »[3].

133. Dans les mots de Bertrand FAURE, les collectivités territoriales disposeraient d'un pouvoir réglementaire local secondaire qui dépasserait, compte tenu de ses conditions d'existence, celui des autorités administratives indépendantes[4]. Il n'en demeure pas moins que le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales demeure un pouvoir secondaire, au même titre que celui des autorités administratives indépendantes.

134. **La thèse du pouvoir secondaire des collectivités territoriales.** L'article 21 dispose que le Premier ministre « *assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire* ». En revanche, l'article 72 dans sa première rédaction n'évoque pas le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales mais uniquement la libre administration. L'article aurait ainsi pu laisser entendre que le principe de libre administration puisse fonder un pouvoir réglementaire capable de concurrencer celui du Premier ministre. Or, dès les premières décisions du Conseil constitutionnel, la thèse du pouvoir réglementaire secondaire des collectivités territoriales est apparue. En 1987, il indique, par exemple, qu'« *en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources ; qu'il appartient au pouvoir réglementaire, dans le respect des principes posés par la loi, d'assurer leur mise en œuvre* »[5]. Le pouvoir réglementaire visé ici est sans nul doute celui de l'Etat. La séparation des deux pouvoirs réglementaires ayant chacun leur fondement constitutionnel (articles 21 et 72) sera actée avec une décision du 17 janvier 2002[6].

---

[1] Ibid. n° 578, pp. 470-471.

[2] Bertrand FAURE rappelle que « *le Conseil d'État a bien tenté de clarifier la question des possibilités réglementaires des collectivités dans un avis récent mais qui tourne au rassemblement de solutions acquises où trop de points persistent avec une insuffisante netteté (CE, 15 novembre 2012, AJDA, 2013, p. 2240, note B. FAURE)* » ; ibid., n° 575, p. 468.

[3] Ibid.

[4] Voir not., B. FAURE, « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *CCC*, n° 19 (Dossier : Loi et règlements), janvier 2006.

[5] Cons. const., 30 décembre 1987, n° 87-237 DC, Loi de finances pour 1988.

[6] Cons. const., 17 janvier 2002, n° 2001-454.

135. Si l'existence du pouvoir réglementaire local ne fait aucun doute, il n'est « *qu'un moyen indispensable à l'exercice d'une fonction qui lui a été confiée* »[1] par le législateur. Il ne s'agit donc pas d'une compétence de principe reconnue par la Constitution, mais bien d'une compétence attribuée par l'entremise du législateur. André ROUX en conclut qu'une telle habilitation ne peut avoir « *pour but de lui conférer une partie du pouvoir réglementaire que les articles 21 et 13 de la Constitution reconnaissent aux autorités étatique* »[2]. Ainsi, le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales devient secondaire. Il s'inscrit dans une hiérarchie des normes qui place l'action des collectivités territoriales dans un rapport de conformité à la loi et aux règlements nationaux. L'exercice de ce pouvoir local n'est compatible avec les dispositions de l'article 21 de la Constitution que dans la mesure où, par analogie avec la jurisprudence relative au pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes, « *l'habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu* »[3].

136. Analysant la jurisprudence Géraldine CHAVRIER, la juge « *parfaitement équilibrée : elle renvoie au pouvoir réglementaire local pour des mesures de deuxième niveau d'importance, ou de troisième niveau selon la sensibilité des questions en jeu* »[4]. La hiérarchie simple qui a été instaurée a pour effet de ne laisser qu'une place résiduelle au pouvoir réglementaire local lorsqu'il est articulé avec le pouvoir décrétal.

2) Un pouvoir résiduel

137. Un fois la reconnaissance du caractère secondaire du pouvoir réglementaire local établie, il a fallu préciser l'articulation entre les deux échelons d'exécution. La jurisprudence a dessiné les contours d'un pouvoir résiduel des collectivités territoriales, c'est-à-dire un pouvoir

[1] A. ROUX, « Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », *RFDA*, 1992, p. 435 et s.
[2] Ibid.
[3] Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, cons. 15 : le juge censure le pouvoir réglementaire attribué au Conseil supérieur de l'audiovisuel par l'article 11 de la loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Il indique, dans un considérant de principe, que si les dispositions conférant au Premier ministre, sous réserve des pouvoirs reconnus au Président de la République, l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national, « *ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi, c'est à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu* » (cons. 15.).
[4] G. CHAVRIER, « Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales », in J. BENETTI (sous la direction de), *Les collectivités territoriales et le principe d'égalité*, travaux de l'Association de droit des collectivités locales, L'Harmattan, 2016, p. 149.

qui reste soumis à n'importe quel décret, sauf ceux expressément exclus par la loi. Ce caractère résiduel est la conséquence de l'effacement des garanties normalement prévues pour assurer le plein exercice du pouvoir réglementaire local.

138. **L'effacement des garanties d'exercice du pouvoir réglementaire local.** Le principe de légalité exigeant le respect des principes à valeur constitutionnel, les requérants ont tenté d'invoquer le principe de libre administration pour mettre en échec les empiètements du pouvoir réglementaire national dans le champ d'intervention des collectivités territoriales. Or, sachant que la « *quasi-totalité des règles concernant les collectivités territoriales relèvent de la compétence du législateur* »[1], le juge administratif a tendance à se ranger derrière la théorie de l'écran législatif, en vertu de laquelle il refuse de contrôler la constitutionnalité d'un décret, lorsqu'une loi s'interpose entre lui et la Constitution, pour écarter ce moyen[2]. « *Il s'en suit un phénomène d'immunité constitutionnelle de ces décrets qui, trop souvent, interviennent à la place de la loi* »[3]. La loi devenue la source prépondérante du pouvoir réglementaire local, les requérants ont aussi cherché à faire annuler les règlements nationaux non conformes à la répartition des pouvoirs qu'elle prévoit, en vertu de la théorie classique de l'habilitation législative. Comme l'exprime Bertrand FAURE, dans le cadre de la décentralisation, les pouvoirs réglementaires nationaux et locaux, « *s'ils sont inégaux, […] n'en sont pas moins séparés en ce que le règlement national est légalement incompétent pour se substituer à l'autorité d'exécution spécialement désignée par la loi, fût-elle une autorité administrative secondaire* »[4]. Toutefois, le Conseil d'Etat n'a pas suivi cette solution reconnaissant à de nombreuses reprises la nécessaire intervention du règlement national alors même que l'habilitation paraissait non équivoque[5]. Le doyen FAVOREU qualifiait ainsi de « *déni de justice* »[6] l'impossibilité des collectivités de parvenir à faire admettre, par le juge, leur droit d'exécution des lois. L'absence de domaine réservé pour les collectivités et l'impunité des

---

[1] A. ROUX, « Normes nationales et normes locales dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RRJ*, 1992-1, p. 76.

[2] Voir par ex., CE, 27 novembre 1992, « Féd. Interco CFDT e. a. », *RFDA*, 1994, p. 779. Toutefois, la procédure de question prioritaire de constitutionnalité inscrite à l'article 61-1 de la Constitution est porteuse, à cet égard, de solutions profitables aux collectivités.

[3] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, 4e éd., Précis, Dalloz, 2016, p. 472, n° 580.

[4] Ibid., p. 471, n° 579. Il poursuit : « *Il faut bien reconnaître une autorité de chose légalement décidée pour conserver les compétences que le Parlement a voulu décentraliser* ».

[5] Pour des exemples en matière de fonction publique territoriale, CE, Avis, 20 mars 1992, « Préfet Calvados », Rec. Lebon p. 123. Voir aussi, CE, 14 octobre 2009, « Boquet », *AJDA*, 2010, p. 209, note E. AUBIN : même solution à propos de la détermination des modalités de rémunération des astreintes ; CE, 2 octobre 2009, « Département Seine-Saint-Denis, *AJDA*, 2009, p. 1801, obs. M.- C. De MONTECLERC : s'agissant de la détermination du temps de travail dans la fonction publique territoriale ; CE Ass., 2 décembre 1994, « Préfet région Nord-Pas-de-Calais, préfet Nord », 1re esp., « Commune Cuers », 2e esp., Rec. Lebon 529 : s'agissant de l'attribution des logements de fonction aux fonctionnaires territoriaux.

[6] L. FAVOREU, cité par B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 472, n° 581.

décrets incompétemment intervenus permettent de conclure « *au caractère totalement subordonné du pouvoir réglementaire local, celui-ci s'exerçant de manière "résiduelle"* »[1].

139. **L'exercice d'un pouvoir résiduel pour les collectivités territoriales.** A la lecture de la jurisprudence administrative, la compétence de principe du Premier ministre en matière réglementaire lui donne la capacité d'intervenir dans presque tous les cas de figure. Ainsi, en cas d'habilitation législative au bénéfice d'une collectivité territoriale, il convient de vérifier si l'intervention de Premier ministre n'est pas nécessaire, que l'habilitation renvoie expressément[2] ou non[3] à celle-ci. Dans les faits, on constate que « *l'intervention d'un décret s'impose très généralement, et le pouvoir local n'intervient qu'en second* »[4]. Dans le silence de la loi, les collectivités territoriales peuvent également intervenir[5], mais le gouvernement sera toujours en mesure d'agir s'il le souhaite[6]. Elles peuvent, enfin, suppléer à sa carence mais celui-ci peut toujours reprendre sa compétence. Le gouvernement peut donc intervenir dans toutes les situations, sauf à être expressément exclu par la norme d'habilitation[7]. Pour Charles EISENMANN, cette « *centralisation du pouvoir réglementaire représente […] un élément de centralisation administrative, de subordination hiérarchique de l'autorité locale à l'Etat* »[8]. Pour la contrer, certains ont tenté d'imposer un principe de proportionnalité à l'action réglementaire du gouvernement, lequel doit permettre de soumettre chaque projet de norme

---

[1] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 473, n° 581 : « *leur pouvoir réglementaire ne peut s'exercer dans aucune zone réservée. De son côté, le décret incompétemment intervenu est pratiquement irréprochable et peut, de ce fait, s'exercer en toute indépendance par rapport à la loi qu'il exécute et à la Constitution. C'est seulement au regard de ces considérations qu'il est permis de conclure au caractère totalement subordonné du pouvoir réglementaire local, celui- ci s'exerçant de manière "résiduelle"* ».

[2] CE, Avis, Sect., 20 mars 1992, n° 131852, « Préfet du Calvados », Rec. Lebon p. 123 ; ou encore CE, 9 octobre 2002, n° 238070, « Fédération des personnels des services des départements et des régions CGT-FO », T. p. 585 et 791, à propos de la fixation des règles relatives à la définition, la durée et l'aménagement du temps de travail des agents des collectivités territoriales. Voir aussi, CE, 1er avril 1996, n° 141958, « Département de la Loire », Rec. Lebon p. 110 : « *si, par ces dispositions, le législateur a donné compétence aux départements pour organiser et gérer les services de la protection maternelle et infantile dont il a défini les principales missions, il doit être regardé comme ayant réservé à l'État, en vertu des dispositions de l'article 72, le soin de fixer les normes minimales d'activités de ces services* ».

[3] CE, 2 décembre 1994, n° 148121, « Commune de Cuers », Rec. Lebon p. 522 ; *RFDA*, 1996, p. 105, note B. Faure : « la détermination des « *emplois auxquels peut être attachée l'attribution d'un logement de fonction et l'étendue de l'avantage ainsi accordé sont applicables sans que l'édiction par les autorités de l'État d'un texte réglementaire, qu'elles ne prévoient d'ailleurs pas, soit nécessaire* ».

[4] P.-L. FRIER, « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? », *AJDA*, 2003, p.559.

[5] Pouvoir reconnu par les art. L. 2122-21, L. 3221-1, L. 3221-3, L. 4231-1 et L. 4231-3, CGCT.

[6] CE, 13 février 1985, n° 40756, « Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise », Rec. Lebon p. 37 : « *la loi du 20 décembre 1978 dont procèdent ces dispositions ne renvoie pas à un décret le soin de préciser les modalités d'élection de ces représentants du personnel et les modalités d'organisation du scrutin ; qu'il appartient, dès lors, à l'organe de la collectivité locale ou de l'établissement public, compétent pour organiser les services de cette collectivité ou de cet établissement, de fixer les règles d'application de la loi* ».

[7] Sur ces différentes hypothèses, voir X. MAGNON, « Le pouvoir règlementaire des collectivités territoriales : nouveau bilan après la décision du Conseil constitutionnel du 17 janvier 2002 sur le statut de la Corse », *Revue de la recherche juridique : droit prospectif*, 2003, pp. 2757-2786.

[8] C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, Tome I, p. 281.

nouvelle « *à un examen de nécessité et de proportionnalité aussi circonstancié que possible, au regard de ses effets prévisibles et des exigences de stabilité des situations juridiques. Son élaboration doit en outre être l'occasion d'un réexamen du bien-fondé des règles qu'il est prévu de modifier et de la cohérence d'ensemble de la réglementation correspondante* »[1]. Un tel contrôle aurait ainsi pu avoir pour effet de réduire le nombre des interventions du gouvernement. Bien que ce principe n'ait finalement pas été légalisé[2], les tentatives « *ont tout de même révélé*, selon Géraldine CHAVRIER, *que le caractère nécessaire du développement du pouvoir réglementaire local commençait à s'imposer* »[3].

140. Pour Bertrand FAURE, « *largement installé dans ses conditions d'existence, le pouvoir réglementaire local se révèle précaire lorsqu'on l'envisage dans ses rapports avec le pouvoir réglementaire national […] Tout le problème est que les barrières que le droit a posées au dirigisme gouvernemental ne bénéficient pas d'une sanction juridictionnelle efficace. Le résultat peut conduire à annihiler au plan normatif une décentralisation qui avait été installée au plan institutionnel par l'élection des responsables locaux* »[4]. « *La loi fixe un cadre commun, et soit les collectivités peuvent ensuite intervenir sans l'Etat soit, si l'égalité génératrice d'unité l'implique, le premier ministre fixe un cadre harmonisant supplémentaire avant intervention des collectivités* »[5]. Ainsi, « *les normes locales ne peuvent être édictées qu'en application et en conformité avec les normes nationales préalables* »[6].

141. Jacques CAILLOSSE dénonçait le « *paradoxe d'une décentralisation qui supporte le droit accru de l'Etat où se programme la réduction des réglementations locales* »[7]. L'existence du contrôle administratif ajoute à la réduction des capacités à agir des collectivités territoriales en intervenant préventivement par la négociation. La place du juge administratif dans le contrôle n'en est pas moins déterminante. Son contrôle de légalité ouvert aux administrés, en intervenant dans les deux mois de la publication de l'acte vise spécifiquement à éviter qu'une illégalité ne produisent trop d'effets. Là encore, c'est bien la prévention et la réduction du risque d'illégalité qui sont recherchés. Pour éviter les discriminations, ce contrôle inclut le respect de

---

[1] Cir. du 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit, JORF n° 0157 du 8 juillet 2011, p. 11835, texte n° 2.

[2] Voir par ex., les projets de lois relatif à la modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (devenu, Loi n° 2014-58) et relatif à la nouvelle organisation territoriale de la République (devenu Loi n° 2015-991) ; les propositions de lois portant création d'une Haute autorité chargée du contrôle et de la régulation des normes applicables aux collectivités locales (n° 119, 2012-2013, Sénat).

[3] G. CHAVRIER, « Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales », », in J. BENETTI (sous la direction de), *Les collectivités territoriales et le principe d'égalité,* op. cit., p. 148.

[4] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, 4e éd., Précis, Dalloz, 2016, n° 578, pp. 470-471.

[5] G. CHAVRIER, « Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriale », art. cit., p. 149.

[6] M. VERPEAUX, « L'unité et la diversité dans la République », art. cit., §5.

[7] J. CAILLOSSE, « Le savoir juridique à l'épreuve de la décentralisation », *Annuaire des Collectivités territoriales*, GRALE, éd. du CNRS, 1988, p. 19 et 21.

nombreuses déclinaisons du principe d'égalité qui s'imposent à l'action normative des collectivités territoriales. Principe limitatif de l'action publique[1], il participe, en dernier ressort, à l'uniformisation des règles appliquées par les collectivités territoriales et, partant, à l'effacement des discriminations.

§2) Le contrôle du pouvoir normatif local par le principe d'égalité

142. Si l'égalité est inscrite dans les textes les plus anciens du droit public, sa novation en principe juridique ne s'est faite qu'à partir du XXe siècle sous l'impulsion du juge administratif. Devenue principe, l'égalité sert de technique de contrôle de l'action publique favorisant l'uniformisation des règles appliquées par les collectivités territoriales. Enserrée dans le contrôle de la légalité, sa fonction n'est guère mise en avant. Parce que l'égalité recherchée est d'abord une égalité devant la règle de droit, le contrôle du respect du principe d'égalité apparaît seulement comme l'un des éléments, parfois un supplément, du contrôle de la légalité (B). Il s'est toutefois, largement répandu, diffusé et amélioré. La forme principielle de l'exigence d'égalité lui offre une grande « *plasticité* »[2], et sa valeur symbolique confère au juge administratif la légitimité qui a pu lui faire défaut au moment de son installation. Elle a pu être invoquée dans tous les domaines de compétence des collectivités territoriales quel que soit leur statut (A).

A) <u>Un contrôle étendu à toute l'action locale</u>

143. L'extension du principe d'égalité à l'ensemble des domaines de l'action publique s'explique, selon Gilles PELISSIER, par « *sa généralité et son indétermination. Sa proclamation constitutionnelle lui confère une généralité telle qu'il apparaît légitime d'en revendiquer l'application à toute répartition de biens entre les membres d'une société. D'autre part, l'absence de définition de la relation d'égalité permet à chacun de l'adapter à ses propres*

[1] C. POLLMANN, « Le principe d'égalité : tremplin ou impasse de l'émancipation humaine », *Revue ASPECTS*, n° 3, 2009, p. 32.
[2] Voir, L. FONBAUSTIER, « Réflexions critiques sur un principe à texture ouverte : l'égalité devant l'impôt », *Archives de philosophie du droit*, 2002.

intérêts »[1]. Ainsi, c'est en élevant l'égalité au rang de principe (1) que le juge administratif a pu étendre son application à l'ensemble des décisions des collectivités territoriales (2) sans susciter de controverse quant à une éventuelle atteinte à la sécurité juridique dès lors que chaque requérant y trouve un intérêt[2].

1) La consécration de l'égalité comme principe

144. Si l'égalité est rappelée comme une exigence dans plusieurs articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, on constate que ce texte ne consacre aucun principe en tant que tel. Aussi, lorsque le juge administratif adopte sa première décision consacrant le principe d'égalité, il ne s'appuie sur aucun texte. Cette attitude lui permettra de garder la main sur sa formulation.

145. **Les origines du principe d'égalité en droit administratif.** L'idée d'égalité est omniprésente dans le droit public moderne issu de la Révolution. Présente dans plusieurs articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'égalité n'y est pas formulée comme un principe mais comme un concept qui permet de définir les catégories d' « homme » et de « citoyens » [3]. Il est mentionné comme un principe dès le premier avis[4] du Conseil d'Etat qui, à peine installé, rappelait la nécessité pour « *le Gouvernement créé par la Constitution de l'an VIII [de] maintenir dans toute leur pureté les principes de l'égalité et de la liberté* »[5]. Il faudra attendre 1913 pour qu'un arrêt évoque, à l'encontre d'un acte de police administrative d'un maire, le « *principe d'égalité de tous les citoyens devant les règlements administratifs* »[6].

---

[1] Ibid., p. 1.

[2] Ibid., p. 19 : « *La reconnaissance, à tous les niveaux de la hiérarchie des pouvoirs, d'un principe d'égalité signifie, ou devrait signifier, que les autorités normatives doivent en toutes circonstances respecter, lors de l'édiction de normes juridiques, un certain équilibre entre les situations traitées. Le corollaire de cette obligation tirée de la simple reconnaissance du principe est la légitimité du contrôle juridictionnel de toutes les normes juridiques* ».

[3] Dès lors qu'elle s'adresse à « *tout homme* » et à « *tous les citoyens* », la Déclaration de 1789 établit de manière abstraite une égalité par le droit.

[4] Le 4 nivôse an VIII (25 décembre 1799) a lieu l'installation officielle du Gouvernement au Luxembourg suivie de la première assemblée générale du Conseil d'État

[5] S'appuyant sur la Constitution, « *texte général, impérieux et exclusif* », il considère que son adoption abroge implicitement le régime défavorable des lois des 3 brumaire an III, 19 fructidor an V et 9 frimaire an VI appliqué aux parents d'émigrés en matière d'accès à la fonction publique ; cf. Avis 4 nivôse an VIII, *D.*, 1999, p. 705. comm. B. PACTEAU, « *Que la nouvelle constitution a fait périr les lois anciennes inconciliables avec elle* », D., 1999, p. 705. Voir aussi, G. BRAIBANT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989.

[6] CE, 9 mai 1913, n° 47115, « Roubeau », Rec. Lebon : « *Mais, dans cette réglementation, le maire doit concilier l'intérêt de l'hygiène et de la salubrité publique, avec les autres intérêts d'ordre général. Dans le cas où le règlement sanitaire d'une commune prévoit que des dérogations à des prescriptions, compatibles avec la protection de la santé publique, pourront être autorisées, dans des cas particuliers, par le maire, sur l'avis*

Il est intéressant de noter que les collectivités territoriales sont les premières concernées par l'application du principe d'égalité. Un début de formulation apparaît en 1928 en vertu de laquelle les personnes « *se trouvant dans une même situation doivent être traités également sans préférence ni faveur* »[1]. Il est ici intéressant de noter que l'idée de traitement défavorable est présente dès les origines de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Elle sera par la suite abandonnée pour « la théorie de la différenciation »[2] qui fait du principe d'égalité un principe d'encadrement des différences de traitement, qu'elles soient favorables ou défavorables[3].

146. **La formulation du principe d'égalité en droit administratif.** La formulation du principe sera l'occasion de fixer la méthode de raisonnement que le juge applique au contrôle de l'action publique locale. La première annulation fera monter en généralité le principe. Dans son arrêt *Veyre*, le Conseil d'Etat annule une redevance au motif qu'elle « *présente un caractère progressif et est établie selon les règles qui, pour les usagers remplissant les mêmes conditions par rapport au service public de la distribution d'énergie électrique, ne sont pas égales pour tous* »[4]. Ce faisant, le juge étend la protection du principe à l'ensemble des actes du service public[5]. Deux ans après la création de la catégorie des principes généraux du droit[6], le Conseil d'Etat y inclut le principe d'égalité[7]. Il s'inspire pour cela de « *l'analyse de données objectivement saisissables et que lui fournit un milieu social et juridique déterminé* »[8]. La reconnaissance que connait à ce moment-là la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et l'adoption du Préambule de 1946 participent à un contexte favorable à la consécration du principe. On remonte habituellement aux décisions relatives aux « Ponts à péage », adoptées au cours des années 1970, pour trouver la première formulation complète du

---

conforme du conseil municipal et avec l'approbation du préfet donnée après avis du conseil départemental d'hygiène, cette disposition ne fait pas échec au principe d'égalité de tous les citoyens devant les règlements administratifs, puisque, toutes les fois que les conditions prévues seront réalisées et que les exigences de la santé publique ne s'y opposeront pas, des autorisations de dérogation pourront être accordées. »

[1] CE, 27 juillet 1928, « SA des usines Renault », Rec., p. 970 « *L'administration, qui ne conteste pas que tous les industriels se trouvant dans une même situation doivent être traités également sans préférence ni faveur…* » ; voir aussi, CE, 10 février 1928, Chambre syndicale des propriétaires marseillais, Rec., p. 222 : « *le principe de l'égalité des usagers devant les charges d'un service public* » impose de ne pas octroyer « *un régime de faveur à l'avantage de certains usagers* » qui ne soit justifié par une différence de situation entre eux.

[2] Voir, CE, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, EDCE n° 48, La documentation française, 1997.

[3] La question du caractère défavorable d'une différence de traitement oblige à l'analyser selon une approche matérielle que l'on retrouve dans l'application de l'interdiction des discriminations telle qu'elle est conçue par le droit de l'Union européenne ; voir infra, n° 308.

[4] CE, 1er juillet 1936, S., 1937, III, 105, note L'HUILLIER.

[5] G. PELISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, *LGDJ*, Droit public, 1996 p. 4 : « *le cahier des charges du service public prévoyait le respect de l'égalité dans l'établissement des contrats particuliers. En l'appliquant à l'ensemble des actes du service, cet arrêt souligne la généralité du principe* ».

[6] Dans plusieurs arrêts du 26 octobre 1945, « Aramu e. a. », S., 1946, III, concl. ODENT.

[7] CE, 25 juin 1948, « Société du Journal "L'Aurore" », n° 94511, Rec. Lebon p. 289. Voir aussi, CE, Sect., 9 mars 1951, « Société des Concerts du Conservatoire », Rec. Lebon p. 151.

[8] B. JENNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954, p. 123.

principe d'égalité qui sera partagée par le Conseil d'Etat[1] et le Conseil constitutionnel[2]. La plus aboutie aujourd'hui indique que « *le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit, dans l'un comme l'autre cas, en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation susceptibles de la justifier* »[3]. Le Conseil constitutionnel[4], après quelques évolutions[5], emploie également la même formule.

147. La jurisprudence du Conseil constitutionnel confirme le rattachement du principe à ses racines révolutionnaires et aux dispositions de la Déclaration de 1789. L'approche préconisée par le juge administratif consiste en un contrôle des catégories juridiques de type « sociales » – qui regroupent des individus et non des choses[6]. L'application de la théorie de la différenciation va alors lui servir à déterminer l'uniformité des règles appliquées à chaque catégorie de personnes.

2) La diffusion des principes dans les domaines de compétence des collectivités territoriales

148. « *La propagation du principe d'égalité est une donnée saillante de l'histoire du droit depuis la Révolution* »[7]. Les évolutions opérées sont non seulement d'ordre qualitative, avec la montée en valeur juridique du principe, mais surtout quantitative avec sa diffusion dans toutes

---

[1] CE Sect., 10 mai 1974, « Denoyez et Chorques », Rec. p. 274.
[2] Cons. const., 12 juillet 1979, n° 19-107 DC, « Loi sur les ponts à péage », cons. 4.
[3] CE, Ass., 28 juin 2002, « Villemain », req. n° 220361, *AJDA*, 2002, Rec. Lebon p. 589, chr. F. DONNAT et D. CASAS, p. 585 ; voir aussi, CE, Sect., 13 décembre 2002, n° 233618, « Mme Duvignères », Rec. Lebon.
[4] Voir par ex., Cons. const., 7 janvier 1988, n° 87-232 DC, Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, cons. 10, Rec., p. 17 : « *Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* ».
[5] En 1979, le Conseil constitutionnel indiquait que « *si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations égales il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des solutions différentes ne puissent faire l'objet de situations différentes* » ; cf. Cons. const., 12 juillet 1979, n° 79-107 DC, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales, cons. 4. Voir encore, Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, Loi de nationalisation, cons. 30 ; 29 décembre 1984, n° 84-184 DC, Loi de finances pour 1985.
[6] Olivia BUI-XUAN distingue ainsi l'universalisme du principe d'égalité puisqu' « *en vertu d'une jurisprudence constante sont conformes au principe d'égalité, aussi bien les règles de droit identiques qui s'appliquent aux situations identiques, que les règles [p. 6] différentes qui s'appliquent aux situations différentes* » ; cf. O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004, pp. 5-6.
[7] V. LASSERRE-KIESOW, « L'égalité », *JCP Générale*, n° 23, 7 Juin 2010, doctr. 643.

les branches du droit public[1]. La construction prétorienne des juges français n'a pas abouti à la consécration d'un principe unique mais à la reconnaissance d'une multitude de principes d'égalité adaptés aux différents domaines dans lesquels le juge administratif opère son contrôle.

149. **La déclinaison en principes de l'exigence d'égalité.** La source d'inspiration des juges s'agissant des principes d'égalité se situe principalement dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dont l'article 1er sert de « *matrice [à] toutes les figures de l'égalité juridique […] consacrées dans les textes constitutionnels : l'égalité devant la loi*[2]*, l'égalité devant les charges publiques*[3]*, les emplois publics*[4]*, la justice, les services publics*[5] *et le suffrage*[6] »[7]. Toutefois, l'article 1er ne pouvant être invoqué comme principe, c'est l'égalité devant la loi qui joue le plus souvent le rôle de « *principe-tuteur* »[8] auquel peuvent être rattachés des droits-créances : il en va ainsi du principe d'égalité devant le service public qui demeure, en tant que principe à valeur constitutionnelle, rattaché au principe d'égalité devant

[1] G. PELISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, *LGDJ*, Droit public, Paris, 1996, p. 16 : « *Le trait caractéristique du développement du principe d'égalité est son extension continue à tous les domaines du droit ainsi que la multiplication de ses applications, la diversification et la spécialisation de son contenu – sans perdre sa généralité – qui correspond au mouvement naturel d'un droit public qui a connu à partir des années d'après-guerre des développements quantitatif et qualitatif considérables. […] Là où le principe d'égalité était déjà affirmé, il est confirmé et généralisé, tandis qu'il est étendu à des domaines qui n'existaient pas auparavant*. »

[2] Devenu, en droit administratif, le principe d'égalité devant les règlements ; cf. CE, 9 mai 1913, n° 47115, « Roubeau », Rec. Lebon p. 521

[3] En tant que fondement de la responsabilité sans faute, voir CE, 30 novembre 1923, n° 38284, « Couitéas », Rec. Lebon p. 789. En tant que fondement de la responsabilité pour faute pour rupture d'égalité devant l'impôt, CE, 5 mai 1922, « Fontan », Rec., p. 386 : « *principe de l'égalité fiscale* » ; CE, 23 novembre 1936, « Abdouloussen et a. s. », 1937, III, 25 : distinction autorisée entre français et étrangers ; CE, Ass., 24 février 1974, « Association des maires de France », Rec., p. 136.

[4] En tant que principe de l'égale admissibilité de tous aux emplois publics, voir CE 3 juillet 1936, « Demoiselle Bobard », n° 43239, Rec. Lebon p. 721.

[5] CE, 1er avril 1938, « Société l'Alcool dénaturé », Rec. En tant que principe d'égalité des usagers, voir CE, 25 juin 1948, n° 94511, « Société du Journal "L'Aurore" », Rec. Lebon p. 289. En tant que principe d'égalité des collaborateurs, voir CE, 9 mars 1951, n° 92004, « Société des concerts du conservatoire », Rec. Lebon p. 399 : « *principe d'égalité qui régit le fonctionnement du service public* ».

[6] Art. 1er, 2 et 3, Constitution ; Art. 1er, 6 et 13, DDHC ; Al. 1er, 3, 11, 12, 13, 16, 18, Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

[7] V. LASSERRE-KIESOW, « L'égalité », *JCP Générale*, n° 23, 7 Juin 2010, doctr. 643.

[8] F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *CCC*, n° 29 (Dossier : La question prioritaire de constitutionnalité), octobre 2010 : « *le principe d'égalité occupe une place singulière parmi les droits fondamentaux : l'égalité constitue à la fois un droit fondamental en soi et une condition d'exercice d'autres droits fondamentaux, autrement dit une sorte de "droit-tuteur" nécessaire à la mise en œuvre des autres droits fondamentaux* ».

la loi[1]. Au niveau administratif, en revanche, le juge lui consacre une existence autonome en tant que principe général du droit[2].

150. Beaucoup plus libre dans son office, le juge administratif a très tôt dégagé les principes d'égalité inspirés de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Grâce au caractère fonctionnel de la notion de service public, il a pu appliquer le principe à toutes les situations impliquant les usagers, les tiers ou les agents publics[3]. Il va progressivement créer de nouveaux principes en les rattachant à ceux déjà dégagés. Le principe d'égalité des usagers du domaine public[4] est ainsi perçu comme une « *conséquence logique du principe d'égalité des citoyens devant la loi ou dans l'accès au service public* »[5]. Le principe d'égalité devant les charges publiques peut également se confondre avec les principes d'égalité devant le domaine public, devant le service public ou devant la commande publique. Dans la fonction publique, le principe d'égale admissibilité servira de fondement non seulement à un principe d'égal accès à la fonction publique, mais aussi à un principe d'égalité entre les fonctionnaires d'un même corps et au principe de parité entre les fonctions publiques[6].

151. **L'application des principes d'égalité aux collectivités territoriales.** L'application de l'exigence d'égalité aux actes des collectivités territoriales s'est faite dès 1913 avec l'arrêt *Roubeau*[7] : l'acte en cause était un règlement de police du maire. D'autres affaires impliquant les pouvoirs de police administrative ont entraîné la responsabilité sans faute d'une commune pour rupture d'égalité devant les charges publiques[8]. Le même principe s'applique aux décisions d'urbanisme et aux dommages de travaux publics engagés par les collectivités territoriales, ainsi qu'aux dommages des collaborateurs occasionnels des services publics locaux. Le régime de la fonction publique territoriale étant plus souple que celui de la fonction publique d'Etat, celui-ci donne également lieu à un contentieux plus important, notamment en matière de recrutement[9]. De nombreuses affaires relèvent de la gestion des services publics

---

[1] Cons. const., 12 juillet 1979, n° 79-107 DC, préc. B. SEILLER, « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », *Mélanges en Jean-François Lachaume,* Dalloz, 2007, p. 981 : « *La difficulté s'accroît […] quand [ils] entretiennent une certaine confusion entre ces déclinaisons et le principe dont elles ne sont en théorie qu'une illustration particulière. Même le principe d'égalité des usagers devant le service public n'apparaît plus de manière isolée et tend à se fondre dans le principe général d'égalité devant la loi* ».

[2] CE, Sect., 9 mars 1951, « Société des Concerts du Conservatoire », Rec. Lebon p. 151.

[3] Par ex. CE, Ass., 27 février 1970, « Sieur Saïd Ali Tourqui », Rec. Lebon p. 138.

[4] CE, 18 novembre 1949, « Carlier », *RDP*, 1950, p. 172, note WALINE.

[5] D. G. LAVROFF, « Chapitre 3 (folio n°5042) - Le régime juridique des biens domaniaux », *Encyclopédie Dalloz Collectivités locales,* mars 2008, n° 173.

[6] Sur la politique de parité entre les fonctions publiques, voir infra, n° 205 et s.

[7] CE, 9 mai 1913, « Roubeau », préc. : il s'agit de dérogations à la limitation des hauteurs des maisons prise en application de ses pouvoirs.

[8] CE, Sect., 22 février 1963, req. n° 50438, « Commune de Gavarnie », Rec. Lebon p. 113.

[9] Sur l'accès à la l'emploi public local, voir infra, n° 171 et s.

locaux ; elles sont notamment relatives à la tarification[1] et à l'accès[2]. L'accès au domaine public[3] fait aussi l'objet d'un important contentieux en matière de stationnement[4], d'emplacement de marché[5], de concession dans un cimetière[6], d'accès à des salles communales[7] ou à certains monuments[8]. Enfin, l'impôt[9], la commande publique[10], ou l'aide sociale[11] sont aussi des matières dans lesquelles les collectivités peuvent être régulièrement sanctionnées sur la base d'un principe d'égalité.

152. Les collectivités territoriales n'échappent donc pas au contrôle d'égalité exercé par les juges. Elles en sont même des destinataires privilégiés. L'extension de l'égalité à des domaines de plus en plus variés ne cache cependant pas l'absence d'un principe d'égalité uniformément transposable à toute situation[12]. La déclinaison de l'exigence d'égalité en plusieurs principes juridiques consacre ainsi le passage d'une « *isonomie universelle* » – l'égalité devant la loi unique – à une « *isonomie sectorielle* »[13] – l'égalité dans les catégories d'administré ou « *intra-catégorielle* »[14] en fonction des domaines. Si cette construction prétorienne a permis d'étendre l'exigence d'égalité à des individus parfois éloignés du service public – collaborateur,

---

[1] Voir infra, n° 1181 et s.

[2] La mise à disposition d'équipements sportifs doit, en principe, assurer une égalité de traitement entre les associations de la commune pratiquant le même sport et affiliées à la même fédération sans pouvoir tenir compte de l'effectif respectif des associations en cause dans l'accès aux installations sportives communales ; cf. CE, 8 avril 1998, « Fréquelin », JurisData n° 1998-050264. Un refus est opposable à une association qui ne respecterait par le règlement de l'installation ou porterait atteinte à sa bonne conservation ; cf. CE, 8 avril 1998, Fréquelin, préc.

[3] Sur la question, voir not. D. G. LAVROFF, « Chapitre 3 (folio n°5042) - Le régime juridique des biens domaniaux », op. cit.

[4] Par ex. CE, 10 avril 1930, « Genthon », *RDP*, 1930, p. 418 ; CE, 6 mai 1932, « Genthon », *RDP*, 1932, p. 323, concl. ROUSSELIER.

[5] Toute mesure en faveur de certains commerçants au détriment d'autres est irrégulière ; cf. CE, 17 novembre 1899, « Cestier », Rec. Lebon p. 645.

[6] L'octroi de la concession ne peut pas être soumis à des conditions discriminatoires ; cf. CE, 10 décembre 1969, « Commune de Cerville-la-Forêt », Rec. Lebon p. 504. Ainsi, le maire ne peut pas rejeter une demande de concession dans le « carré » juif du cimetière sous le prétexte que les autorités religieuses contestaient que le défunt fût de confession israélite ; TA Grenoble 5 juillet 1993, « Darmon », T. p. 657.

[7] CE, 21 mars 1990, « Commune de La Roque d'Antéron », Rec. Lebon p. 74. Voir, TA Versailles, 18 mai 1998, « Le Beguec c. Commune de Vauhallan », T. p. 773 : le tribunal administratif annule le refus de prêt au Parti communiste en jugeant que le maire se fonder que la demande avait un caractère de convenance personnelle.

[8] Par ex. CE, 18 novembre 1949, « Carlier », *JCP* 1950, p. II. 5535, note G. V.

[9] CE, Sect., 4 février 1944, « Guieysse », Rec. Lebon p. 45.

[10] Voir infra, n° 326 et s. ; 443 et s. ; 476.

[11] Par ex., CE, 30 juin 1989, n° 78113, « Ville de Paris et Bureau d'action sociale c. Levy », Rec. Lebon. TA Paris, 1er février 1989, n°1989-051932, « Commissaire de la République des Hauts-de-Seine c. Centre communal d'action sociale de Levallois-Perret » : pour une allocation forfaitaire à la naissance d'un troisième enfant subordonnée à l'inscription sur les listes électorales ; TA Paris, 26 février 1989, « MRAP » : pour l'admission à un séjour de sports d'hiver organisé par la commune.

[12] Malgré les nombreuses tentatives de la doctrine ; voir par ex. F. EDEL, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Droits*, n° 49, 2009, pp. 213-242, spéc. p. 216-220.

[13] F. EDEL, « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination – L'exemple des interprétations doctrinales », *Droits*, Vol. 61, n° 1, 2015, pp. 117-142., spéc. p. 128.

[14] O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004, p. 7.

candidats, usagers anormaux[1], etc. – elle a aussi dilué sa portée au sein d'une multitude de catégories. Le contrôle d'égalité tend alors à se confondre avec le contrôle de la légalité puisqu'il a finalement pour effet de vérifier que la bonne règle est appliquée à la bonne catégorie juridique[2].

B) Un contrôle de la bonne application de la règle

153. L'égalité devant la loi, selon les mots de Chaïm PERELMAN, impose « *aux fonctionnaires, et plus particulièrement aux juges, une certaine uniformité dans l'application du droit ; il garantit les justiciables contre la partialité et l'arbitraire des agents du pouvoir* »[3]. Il s'agit « *de ne pas faire d'exception qui ne soit prévue dans la règle* »[4]. En cela, le contrôle de l'égalité possède le même objet que le contrôle de la légalité : la bonne application d'une règle (1). De la sorte, ils tendent souvent à se confondre, ce qui amène à s'interroger sur la fonction du principe d'égalité dans le cadre du contrôle de légalité (2).

1) Le rapprochement matériel avec le contrôle de légalité

154. Dans l'esprit de la doctrine classique, l'égalité devant la loi est une égalité purement formelle. La loi générale devant s'appliquer à toutes les situations, le respect de l'égalité devant la loi n'est rien d'autre que sa correcte mise en application. La conformité des normes d'application à la loi, et plus largement le respect de la légalité dans son ensemble, sont la meilleure garantie de l'égalité de traitement de tous les administrés. Hans KELSEN expliquait ainsi que « *ce qu'on appelle égalité devant la loi ne signifie pas autre chose que l'application de la loi conformément à la loi, c'est-à-dire son application correcte, quel que soit le contenu de la loi, même si la loi prescrit non un traitement égal mais un traitement différent. Ce qu'on appelle égalité devant la loi est respecté si la loi est appliquée comme elle doit l'être selon son*

[1] En matière de stationnement, voir par ex. CE, 27 juillet 1928, « Société anonyme des usines Renault », Rec. Lebon p. 969.
[2] C. PERELMAN, « Justice et égalité », in *L'égalité*, Travaux du Centre de philosophie du droit de l'université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 325 : l'égalité formelle se définit comme « *un principe d'action selon lequel les êtres d'une même catégorie essentielle (c'est-à-dire essentiellement semblables) doivent être traités de la même façon* ».
[3] C. PERELMAN, « Egalité et intérêt général », in C. PERELMAN (sous la direction de), *L'égalité*, travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université de Bruxelles, Vol. VIII, Bruylant, 1982, p. 619.
[4] G. PELISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, op. cit., p. 25.

sens, si l'organe qui applique la loi ne tient compte que des inégalités dont la loi prescrit de tenir compte »[1].

155. L'égalité devant la loi ne serait rien de moins que le respect de son contenu, de ses prescriptions, par les organes chargés de la mettre en œuvre selon un rapport de conformité[2]. Elle apparaît comme le pendant administratif du vieil adage *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* – « Là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer » – qui s'impose aux juges dans leur pouvoir d'interprétation[3]. On retrouve la trace de cette formule dans le considérant de principe de l'arrêt Dénoyez et Chorques, le premier à développer la formulation moderne du principe d'égalité : « *la fixation de tarifs différents pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure* »[4]. Lorsqu'elle est la conséquence nécessaire d'une loi, une différence de traitement n'a pas besoin d'être justifiée.

156. Le plus étonnant dans cette décision est que le juge admette qu'une différence de traitement puisse ne pas être la conséquence nécessaire d'une loi. L'intervention du pouvoir d'application est donc possible en dehors des cas prévus par loi, tout simplement parce que la loi ne peut pas tout prévoir. Par définition, tout pouvoir d'application est aussi un pouvoir normatif[5]. Il implique un exercice d'interprétation d'une norme générale qui doit permettre

---

[1] H. KELSEN, « Justice et droit naturel », in H. KELSEN, C. PERELMAN, A.-P. d'ENTREVES, B. DE JOUVENEL, N. BOBBIO, M. PRELOT, C. EISENMAN, *Le droit naturel*, Annales de Philosophie politique, tome III, PUF, 1959, p. 56. Voir cependant, pour une décision d'espèce que censure les risques d'inégalités causés par une loi, voir, Cons. const., 13 janvier 1994, n° 93-329 DC, Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales, cons. 29 et 30.

[2] A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruylant, 2014, p. 286 : « *Les juges administratifs – ce qui n'a rien d'étonnant – et constitutionnel – ce qui peut paraître plus surprenant –, se montrent particulièrement réticents à exercer un contrôle d'égalité sur les distinctions qui, soit sont* prévues par, *soit peuvent être* déduites de la loi, *ce qui tend à résumer cet aspect de l'égalité dans l'application du statut au principe de légalité. Cette égalité abstraite et formelle tout entière contenue dans la loi consacre ainsi des différenciations entre les fonctionnaires qui ne peuvent souvent qu'être présumées répondre aux exigences d'une égalité équitable, puisque la seule égalité que le juge s'autorise alors à appliquer est celle qui impose une stricte application de la loi* ».

[3] On en retrouve la trace dans un recueil de jurisprudence daté de 1753 ; cf. Me G. Du ROUSSEAUD De La COMBE, *Recueil de jurisprudence civile du pays de droit écrit et coutumier*, La Veuve Cavelier et Fils, MDCCLIII, p. 198 : « *L'axiome* ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, s'entend lorsque la loi parle généralement, & qu'il n'y a pas de Loi particulière qui parle de la même manière* ».

[4] CE, Sect., 10 mai 1974, req. n° 88032, « Denoyez et Chorques », Rec., p. 274.

[5] Voir J.-P. DUBOIS, « Le pouvoir discrétionnaire », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2015., n° 45 ; M. WALINE, Note sous CE, 25 octobre 1957, DUVAL, *RDP*, 1958, p. 510 : « *tout règlement d'application d'une loi, en concrétisant les règles posées par celle-ci, y ajoute nécessairement quelque règle nouvelle* ».

d'apprécier sa capacité à s'appliquer à une situation donnée[1]. En accord avec l'aphorisme de Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, force est de constater que « *l'activité normative est, par nature, discriminatoire. Légiférer, comme gouverner, c'est forcément choisir* »[2]. La seconde partie du considérant a pour objectif d'encadrer ce pouvoir de choisir en exigeant de l'autorité administrative, en l'espèce le Conseil général de Charente-Maritime, qu'elle justifie sa différence de traitement, soit par des éléments de faits suffisants pour constater des « *différences de situation appréciables* » soit par « *une nécessité d'intérêt général* ».

157. Or, là encore, en observant les deux hypothèses, on constate que le contrôle de légalité peut tout à fait contribuer à l'encadrement de ce pouvoir dès lors qu'il amène à contrôler le but de l'acte et ses motifs de fait. La dernière formulation du principe d'égalité ne fait que renforcer la confusion en ajoutant que la différence de traitement qui résulte de la disposition contestée doit être « *en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation susceptibles de la justifier* »[3]. Le rapport avec l'objet de la norme apparaît comme un contrôle du contenu de l'acte – violation de la loi pour non-conformité ou incompatibilité avec la norme supérieure – et la manifeste disproportion renvoie au contrôle de l'adéquation des faits au droit. Dès lors que chaque décision peut être assimilée à une différence de traitement, le contrôle de l'égalité semble pouvoir se substituer au contrôle de la légalité de l'acte. Se pose la question de sa véritable fonction au sein de l'office du juge de la légalité administrative compte tenu du nombre de décisions de rejet constaté.

---

[1] Jean-Marie AUBY distingue ainsi le « *règlement d'exécution* », « *qui fixe les modalités complémentaires de la loi, qui détermine, dans certains limites juridiques les modalités d'application de la loi, sans lesquelles celle-ci est souvent inapplicable* », du « *règlement d'application* », « *lorsque le législateur se borne à formuler au profit d'une autorité une compétence réglementaire en se limitant à en indiquer l'objet ou même en posant quelques principes concernant son exercice* » ; cf. J.-M. AUBY, « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales. A propos de controverses récentes », *AJDA*, 1984, p. 470.

[2] F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1997, p. 18. Il ajoute : « *le problème d'édiction des normes requiert du législateur qu'il procède à des différenciations de traitement, ce qui implique qu'il se trouvera toujours des catégories de sujets de droit qui s'estimeront lésées par l'un ou l'autre des choix de politique législative* » ; cf. Ibid. Pour Charles LEBEN, « *aussi bien l'étude historique que la simple réflexion montrent à l'évidence que la loi n'est jamais "la même pour tous", contrairement à ce que semble dire l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* » ; cf. C. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, mars/avril 1982, p. 300.

[3] CE, Ass., 28 juin 2002, n° 220361, « Villemain », Rec. Lebon.

2) Le rapport fonctionnel avec le contrôle de légalité

158. La confusion entre les contrôles d'égalité et de légalité peut donner l'impression que le juge est en capacité de les intervertir à souhait[1]. Une telle hypothèse ne saurait être envisagée au regard de leur rapport et de leurs fonctions respectives. Le contrôle de la légalité demeure le principal contrôle des différences de traitement, le contrôle d'égalité n'intervenant qu'à titre subsidiaire.

159. Dans leur rapport, le contrôle de l'égalité est soumis au contrôle de la légalité à double titre. D'une part, il en est dépendant : parce qu'il est un principe juridique et non un droit, le contrôle de l'égalité ne peut s'inscrire que dans le cadre du contrôle de la légalité comme moyen d'annulation[2]. D'autre part, le contrôle de l'égalité est subordonné à la légalité : il ne saurait être invoqué à l'égard de l'octroi d'un avantage illégal[3] ou du maintien d'un régime différencié qualifié de discriminatoire[4]. Le contrôle de la légalité peut s'appliquer seul aux moyens d'illégalité externe ainsi que sur tous les moyens d'illégalité interne dès lors qu'il ne s'agit pas d'une différence de traitement. En revanche, en présence d'une différence de traitement, il semble que tous les moyens d'illégalité interne soient couverts par le contrôle d'égalité : les motifs de droit (conséquence nécessaire d'une loi), but[5] (intérêt général, objet de la norme), contenu (violation du principe d'égalité), motifs de fait (qualification juridique des faits : lien avec l'objet de la norme ; adéquation des faits : manifeste disproportion en lien avec la différence de situation).

---

[1] Sur ce point, la jurisprudence relative à l'égalité des fonctionnaires d'un même cadre d'emplois est assez révélatrice. Lorsqu'il a à comparer la situation entre des agents nouvellement intégrés et les anciens, le juge administratif peut explicitement refuser d'apprécier le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité en matière de classement indiciaire, considérant que les agents appartenaient à des statuts différents tout en rappelant qu'ils se trouvent, compte tenu des différences dans ces statuts, dans des situations différentes. Le juge oscille entre inapplicabilité et application du principe. Voir, par ex. CE, 26 juin 2009, « Raffi et Quarello », *AJFP*, 2010, p. 29 ; *AJDA*, 2009, p. 2009, note G. PEISER. Sur cette question, voir not. A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, op. cit., pp. 309-315.

[2] Il en va ainsi pour la violation de la loi et le contrôle du contenu de l'acte.

[3] CE, 4 octobre 1967, « Agniel », T. p. 683 ; CE, 7 novembre 1984, « Madame Luneau », *RFDA*, 1985, p. 550, obs. NEGRIN « pas d'égalité dans l'illégalité ». O. JOUANJAN, « L'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », in *Rapport public du Conseil d'Etat*, 1996, p. 385 et s., spéc. p. 401 : « *pas d'égalité sans droit à l'exercice non fautif du pouvoir d'appréciation* ».

[4] CE 15 juillet 1964, « Syndicat général des producteurs de sucre et de rhum des Antilles françaises », T. p. 831.

[5] Le détournement de pouvoir constitue ainsi un des moyens souvent utilisés par les victimes de discrimination pour donner droit à leur demande. Par ex., CAA Bordeaux, 16 mars 2004, n° 00BX00711, « Commune Penne d'agenais », inédit : « *qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments, corroborés par les attestations produites par d'autres agents communaux, que la décision d'affectation de Mme X. n'était pas justifiée par l'intérêt du service mais doit être regardée comme prise en considération de l'activité syndicale de celle-ci ; qu'elle est donc entachée de détournement de pouvoir* ».

160. De plus, le principe d'égalité ne peut pas être invoqué dans toutes les situations, quand bien même le requérant subirait de fait une différence de traitement. En premier lieu, il faut que le domaine soit couvert par l'exigence d'égalité. Ensuite, il faut que le requérant démontre l'existence d'un refus de droit pour obtenir l'annulation de la différence de traitement. Or, il subsiste encore quelques zones dans lesquelles le pouvoir discrétionnaire de l'administration trouve matière à s'épanouir. Traditionnellement, le principe d'égalité ne s'applique pas au recours gracieux[1], à l'octroi ou au maintien d'une autorisation[2] ou encore à la délivrance d'un titre[3], aux nominations[4], ni à l'attribution d'un lot par une procédure de gré-à-gré[5]. Dans ces hypothèses, seul le contrôle de légalité permet de réduire la marge d'appréciation de l'autorité administrative locale.

161. Une fois ces conditions remplies, le contrôle de l'égalité peut trouver sa place, en particulier dans le contrôle des motifs de fait[6]. Il permet au juge administratif, dans les domaines qu'il couvre, de tester la résistance des catégories juridiques créées par le pouvoir réglementaire au regard de la situation du requérant. L'exercice de comparaison qu'il implique pousse le juge à regarder des faits qui ne relèvent pas directement de l'espèce qu'il a à juger mais d'une situation analogue[7]. Ainsi, le principe d'égalité a pu être invoqué à l'appui d'une erreur manifeste d'appréciation pour inciter les autorités locales à tenir compte de situations différentes[8]. L'erreur manifeste d'appréciation est aussi invoquée dans le cadre du principe d'égalité – Pierre DELVOLVE parle d'« *inégalité manifeste* »[9] – pour reconnaître l'existence d'un précédent administratif[10]. On constate que la combinaison du principe d'égalité et de

---

[1] CE, 24 juillet 1981, req. n° 23110, « Letailleur », T. p. 590.
[2] CE, 5 novembre 1984, « Société Afer », T. p. 690.
[3] CE, 7 février 1994, « Duchène », Rec. Lebon 55.
[4] CE, Ass., 30 octobre 2009, n° 298348, « Madame Perreux », Rec.
[5] CAA Nancy, 18 octobre 2012, n° 11NC01790, « Association communale de chasse agréée de Bertrichamps c. Commune de Bertrichamps », Inédit.
[6] J.-M. GALLARDO, « La garantie indirecte du droit à un traitement différent dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA*, 2003, p. 219 « *dans de nombreux Etats, l'égalité est perçue comme constituant l'un des instruments incontournables de l'encadrement juridictionnel des choix discrétionnaires [et] joue ainsi une partie du rôle que, en droit administratif français, la doctrine attribue au seul contrôle des motifs* ». Il cite notamment, pour la Grèce, G. XYNOPOULOS, « Réflexions sur le contrôle de proportionnalité en Europe continentale et en Grèce », in *Etat - Loi - Administration : Mélanges en l'honneur de Epamondas Spiliotopoulos*, Bruylant, 1998, p. 499 ; pour la République fédérale d'Allemagne, M. BULLINGHER, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration en RFA », *RFDA* 1988, p. 447 ; pour le Brésil, A. DO COUTO E SILVA, « Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif brésilien », *Revue internationale de droit comparé*, 1989, p. 330.
[7] Par ex. CE, 28 juillet 2000, req. n° 212981, « Uny e. a. ».
[8] Par. ex. CE, 27 avril 1998, « Commune d'Ecotay-l'Olme », T. p. 715 et 1218, Voir infra, n° 387 et s.
[9] P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, 1969, spéc. p. 194, n° 288.
[10] La reconnaissance d'un précédent administratif sur la base duquel il devient possible d'invoquer une rupture d'égalité s'est faite notamment pour un refus d'accès au domaine public (cf. CE, 21 avril 1972, n° 78589, « Ville de Caen » ; CE, 8 avril 1998, n° 165284, « Monsieur André X » ; D. BOTTEGHI et A. LALLET, « Le principe d'égalité n'a rien perdu de son charme, ni même de son éclat », *AJDA*, 2011, p. 150), pour le refus d'inscription d'un médecin sur une liste de notoriété (cf. CE, 30 avril 1965, n° 61883, « Brault », Rec. Lebon p. 255), du refus

l'erreur manifeste d'appréciation sert à réduire le pouvoir discrétionnaire des collectivités territoriales là où le contrôle de la légalité ne suffit plus[1]. Cette combinaison permet de justifier une extension de son office.

162. Toutefois, le juge administratif demeure réticent et parcimonieux dans cette utilisation dès lors qu'une telle application entraîne une extension de son contrôle à des faits extérieurs à l'espèce et pour une appréciation qui s'apparente à une forme de contrôle de la légalité extrinsèque de l'acte[2]. Il préfèrera, chaque fois qu'il le peut, s'appuyer sur une norme stable, plus précise, et dont la portée est mieux assurée vis-à-vis de l'espèce en cause[3]. En effet, les résultats obtenus par les requérants montrent que le contrôle de l'égalité demeure encore largement imprévisible[4]. La méthode casuistique du juge, appréciant chaque différence de traitement en fonction de l'espèce concernée, est permise par la généralité de sa définition. Ce contrôle permet de combler les lacunes de la législation, de réduire les risques d'arbitraires par

---

de mise à disposition d'une salle communale (cf. CE, 8 juillet 1970, n° 77765, « Commune de l'Hermitage », Rec. Lebon p. 469. Le même raisonnement est appliqué par la Cour de cassation ; cf. Cass., 1re Civ., 03 juin 2010, n° 09-14.633 (n° 571 FS-P+B+I), comm. G. Le CHATELIER, *AJCT*, 2010, p. 84), d'une réquisition anormalement contraignante (cf. CE, 28 janvier 1948, « Gomel », Rec. Lebon p. 40), ou, plus récemment, d'une demande de prêt par un particulier à une commune (cf. par ex., CAA Douai 22 février 2007, req. n° 06DA00765, « Commune de Labruyère »). Le Conseil d'Etat a directement fait le lien entre le précédent administratif et le principe d'égalité lorsqu'il a sanctionné le refus d'un recteur d'académie d'inscrire, par dérogation un élève sur le fondement de la proximité de l'établissement avec le lieu de travail des parents, alors qu'il en avait tenu compte pour d'autres élèves (cf. CE, 10 juillet 1995, « Contremoulin » ; *Droit administratif*, 1995, n° 589 ; *AJDA*, 1995, p. 925, concl. AGUILA). Le Commissaire du gouvernement Denis KESSLER proposait à cette période d'opérer une application systématique de cette égalité de traitement dès lors que seraient réunies trois conditions d'unité : « *l'unité de temps, car ne sont comparables que des décisions prises au même moment, l'unité de décideur car l'arbitraire n'est caractérisé que lorsque la même personne n'apporte pas la même réponse à des demandes identiques, et l'unité de question c'est-à-dire que les décisions doivent avoir exactement le même objet* » (cf. concl. KESSLER sur CE 7 février 1994, req. n° 127927, « Duchène », Rec. Lebon p. 55). Sur le précédent administratif, voir not. A. WERNER, « Le précédent administratif, source de légalité », *AJDA*, 1987, p. 435 et s.

[1] M. STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, Coll. de l'Institut français Athènes, 1954, p. 212. : « *le pouvoir discrétionnaire a une limite encore, celle de l'égalité. Il y a égalité quand on prend les mêmes mesures dans des conditions semblables ou analogues ; il n'y a pas, en revanche, égalité, si, dans les mêmes conditions, on refuse à l'un ce que l'on a accordé à l'autre* ». V. par ex., CE, Sect., 30 décembre 2010, n° 308067, « Ministre du logement et de la ville, Rec. Lebon p. 533.

[2] Sur la légalité extrinsèque, voir, B. SEILLER, « Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique », *AJDA*, 2003, p. 1472. Celle-ci s'applique normalement au contrôle de proportionnalité en matière de police administrative. Or, il convient de constater avec Jean-Michel GALLARDO (cf. J.-M. « La garantie indirecte du droit à un traitement différent dans la jurisprudence du Conseil d'État », art. cit.) que l'exercice de comparaison du juge en matière d'égalité – où le juge regarde les situations qui pourraient être concernées par la norme – s'apparente à celui qu'il effectue dans le cadre de la police administrative où il regarde les mesures que l'administration pourrait prendre. Aussi, le contrôle de la légalité extrinsèque du principe d'égalité serait un contrôle de l'erreur manifeste d'adéquation du droit aux faits extérieurs au champ de la décision.

[3] Voir par ex. A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, op. cit., p. 287.

[4] Danièle LOCHAK évoque alors un principe aux « *effets aléatoires* » qui seraient notamment causés par l'absence de « *critère d'objectivité* per se » ; cf. D. LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoirs* 1991, n° 13, pp. 44-45. Il devient alors « *tributaire du seul jugement d'opportunité dont le juge et le législateur doivent s'acquitter par une argumentation rationnelle* » ; cf. V. LASSERRE-KIESOW, « L'égalité », *JCP Générale*, n° 23, 7 juin 2010, doctr. 643.

la détermination du pouvoir discrétionnaire[1] : il s'agira d'un pouvoir de dérogation si la différence de traitement est justifiée par une nécessité d'intérêt général ; d'un pouvoir d'exception si la justification est tirée d'une différence manifeste de situation.

163. *In fine*, comme l'explique Gilles PELISSIER : « *l'intérêt de la reconnaissance d'un principe d'égalité tient à la généralité de l'application qui en découle. […] Il constitue une limitation générale et constante à l'exercice du pouvoir, qu'il soit conditionné ou pas. Ce faisant, le principe d'égalité apparaît comme un élément essentiel de l'Etat de droit en fournissant à l'autorité juridictionnelle un moyen de contrôle de la réalisation juridique de la volonté politique* »[2]. A ce titre, le juge administratif s'en est particulier servi pour contrôler l'action des collectivités territoriales.

164. Le fait qu'il soit utilisé essentiellement dans le cadre du recours pour excès de pouvoir va également dans ce sens. Il montre que le principe a d'abord vocation à réparer la légalité plutôt qu'à réparer les dommages causés par la rupture d'égalité à la catégorie sociale envisagée. Ce caractère préventif du contrôle de l'égalité contribue également à l'ignorance du risque de discrimination qui peut exister dans l'exercice du pouvoir local. Ainsi, non seulement il arbore les mêmes éléments de contrôle que le contrôle de la légalité – moyens d'illégalité interne, mais il dispose également des mêmes caractéristiques – contrôle préventif – et partant, de la même fonction : la bonne application de la loi. Le contrôle d'égalité n'est qu'un moyen parmi d'autres de contester la légalité. Il n'apparaît qu'à titre subsidiaire, pour assurer en dernier recours, l'uniformité des règles appliquées par les collectivités territoriales et leur administration. On verra, par la suite, que l'exercice de ce contrôle laisse de nombreux espaces aux collectivités territoriales leur permettant de garder une certaine maîtrise des différenciations normatives qu'elles désirent instaurer[3].

165. Malgré le développement massif du recours au principe d'égalité devant la loi et à ses déclinaisons tout au long du XXe siècle, le Conseil d'Etat notait en 1996 que « *la vigilance contre le risque d'arbitraire demeure un devoir des démocraties* »[4]. Pour autant, il maintient sa confiance dans le principe d'égalité devant la loi, principe structurant de l'uniformité

---

[1] X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, 2013, pp. 315 et s : « *la véritable portée du principe d'égalité en droit administratif [réside dans] la reconnaissance au profit de l'administration d'un certain pouvoir discrétionnaire* ». Voir, G. PELISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, Droit public, Paris, 1996, p .17. Voir aussi, G. PELISSIER, « Le principe d'égalité, vecteur d'une exigence dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire », *JCP Adm.*, avril 2011, n° 15, p. 21 s. ; D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, n° 11, spéc. p. 790 : « *la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire à l'administration empêche en effet le principe d'égalité de produire tous ses effets, puisque l'administration est alors habilitée, et même invitée, à statuer au cas par cas, en fonction des circonstances de l'espèce* ».

[2] G. PELISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, *LGDJ*, Droit public, 1996, pp.17-18.

[3] Voir infra, n° 713 et s.

[4] CE, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, EDCE n° 48, La documentation française, 1997, p. 32.

territoriale, qui « *reste*, selon lui, *à cet égard, aujourd'hui comme hier, un outil indispensable* »[1].

[1] Ibid.

Chapitre 2: L'uniformité de l'administration locale

166. Après l'uniformité dans la détermination du pouvoir local, l'autre facteur menant à l'ignorance du risque de discrimination des collectivités territoriales réside dans l'uniformité de l'administration locale[1]. Les révolutionnaires ont bâti une administration locale sur les mêmes préceptes géométriques que l'organisation des pouvoirs locaux. Dès 1790, ils ont cherché à limiter ses marges de manœuvre pour éviter tout abus de pouvoir. Leur tâche d'exécution ne doit pas leur permettre d'appliquer arbitrairement la loi selon leur convenance personnelle ou leurs intérêts catégoriels qu'ils soient liés à leur situation de famille, à leur religion, ou à leur communauté. Ils sont tout entiers dévoués au service de l'Etat, de la loi et de l'intérêt général.

167. En ce sens, l'esprit rationaliste des Lumières a mis en place une administration moderne, professionnelle, hiérarchisée, qui poursuit les efforts déjà entrepris sous Louis XIV. Reprise par les révolutionnaires, l'œuvre sera accomplie sous Napoléon Ier avec l'établissement des préfets et la mise sous tutelle des entités locales. A ce moment-là, l'uniformité rejoint l'unité puisque chaque échelon est administré par une autorité nommée par l'Etat. Ce centralisme propre à la France, a eu des répercussions jusque dans les années 1980 avec l'adoption des statuts de la fonction publique. Ces statuts apparaissent comme l'aboutissement du projet d'unification de l'administration française entamé dès 1790 puis freiné par les nombreux changements de régime juridique observés pendant le XIXe siècle. A partir de 1870, la stabilisation de la République permet d'envisager à nouveau la création d'un véritable statut des agents publics

[1] Art. 1er, Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, JORF 8 février 1992 : « *l'administration territoriale est assurée par les collectivités territoriales et par les services déconcentrés de l'Etat* ».

applicable à l'ensemble des fonctionnaires[1]. Les divers projets qui ont été présentés au début du XXe siècle ont alors pour but de mettre le fonctionnaire « *à l'abri des fantaisies, des injustices, de l'arbitraire toujours possible du pouvoir* »[2]. L'organisation de l'administration se veut rationnelle et doit suivre trois principes : la hiérarchisation, l'impersonnalité et la spécialisation des fonctions[3].

168. Les statuts des années 1980 établissent une bureaucratie de type « wébérien », essentiellement scientifique et rationnelle à l'égard duquel la France constitue un exemple topique compte tenu de son caractère centralisé. Pour Alexis ZARCA, « *l'organisation légale-rationnelle du modèle wébérien […] crée non seulement les conditions de l'égalité de traitement des usagers, mais encore celle des fonctionnaires eux-mêmes* »[4]. Elle s'appuie sur une uniformité des règles applicables aux agents locaux qui assure une certaine homogénéité des statuts (Section 1). Garantie d'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique, ces statuts doivent permettre aux agents publics d'exercer leur fonction en toute neutralité[5] ; cette neutralité permet d'assurer l'uniformité des règles appliquées par les agents en effaçant tout élément de subjectivité dans l'administration du territoire (Section 2).

Section 1: L'homogénéité statutaire des agents locaux

169. L'homogénéité statutaire de l'administration locale est apparue comme une nécessité pour construire la République une et indivisible. Elle s'inscrit dans la « *dynamique*

[1] Voir, CE, *Perspectives pour la fonction publique*, Rapport public, n° 54, éd. La documentation française, 2003, pp. 233-234.

[2] Rapport de Jules JEANNENEY, député, au nom de la Commission de l'administration générale, départementale et communale, des cultes et de la décentralisation, chargée d'examiner le projet de loi sur les associations de fonctionnaires, (JO, Chambre des députés, 2e séance ordinaire du 11 juillet 1907) : « *la situation des fonctionnaires […] n'a de valeur que si elle n'est point précaire, que si elle est à l'abri des fantaisies, des injustices, de l'arbitraire toujours possible du pouvoir, que si elle est gouvernée par des règles fixes dont le respect soit assuré, que si, pour tout dire en un mot, le fonctionnaire peut opposer au pouvoir son droit et si la fonction publique est, suivant le mot de Ihering, "juridiquement protégée"* ».

[3] M. WEBER, « Caractéristiques de la bureaucratie », *Arguments*, n° 17, 1960, p. 9 ; G. TIMSIT, *Théories de l'administration*, Economica, 1986, p. 77

[4] A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruylant, 2014, p. 24.

[5] M. WEBER, *Economie et société*, t. 1, Paris, Plon, 1971, p. 231 (souligné par l'auteur). Voir également, « Caractéristiques de la bureaucratie », *Arguments*, n° 17, 1960, p. 11 : une des caractéristiques de la bureaucratie est « *l'impersonnalité la plus formaliste :* sine ira et studio, *sans haine et sans passion, de là sans "amour" et sans "enthousiasme", sous la pression des simples concepts du devoir, le fonctionnaire remplit sa fonction "sans considération de personne" ; formellement, de manière égale pour "tout le monde", c'est-à-dire pour tous les intéressés se trouvant dans la même situation de fait* ».

constitutionnelle de la liberté, de l'égalité et de la fraternité »[1] qui, selon les mots de VOLTAIRE, doit permettre de désigner, par la « *vertu* », « *l'uniformité en tout genre d'administration* »[2].

170. En mettant fin aux privilèges, les révolutionnaires ont d'abord aboli la patrimonialité des charges. Si l'accès à l'administration locale doit être ouvert au plus grand nombre, cela ne signifie pas que tout le monde doit y accéder. Au contraire, la composition de l'administration procède d'un mécanisme sélectif où seul le mérite peut servir de critère (§1). C'est ce critère qui donne à « *l'égalité des agents des services publics […] une définition particulière non susceptible de généralisation* »[3]. Toutefois, il n'en a pas toujours été ainsi du côté des collectivités territoriales. Longtemps seules maîtresses de leur recrutement, le clientélisme et le népotisme y étaient choses courantes[4]. Les réformes de 1952[5] puis de 1984 ont permis de mettre fin à ces dérives. Désormais, les collectivités territoriales doivent suivre les règles imposées dans les statuts des agents publics. Elles permettent d'assurer une certaine égalité dans le déroulement de leur carrière (§2).

§1) L'égalité dans l'accès à l'administration locale

171. Max WEBER définissait les Etats modernes comme ceux ayant mis en place une administration hiérarchisée, spécialisée et impersonnelle. Pour cela, il a fallu organiser « *une sélection ouverte selon la qualification professionnelle révélée par l'examen, attestée par le diplôme* »[6]. Cette sélection doit opérer un « nivellement, *dans l'intérêt du recrutement universel, de ceux qui sont les plus qualifiés dans leur spécialité* »[7]. Elle implique ainsi des

[1] M.-H. FABRE, « Le concept de République dans les constitutions françaises », in B. MATHIEU et de M. VERPEAUX (sous la direction de), *La République en droit français*, Actes du colloque de Dijon des 10 et 11 décembre 1992 organisé par le Groupe d'études constitutionnelles appliquées et comparées, le CRDPE de Dijon et l'Association française des constitutionnalistes, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, p. 38.
[2] VOLTAIRE, *Le siècle de Louis XIV*, Œuvres historiques, Gallimard, coll. « La Pléiade », 1958, p. 980.
[3] B. SEILLER, « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Le droit administratif : permanences et convergences*, Dalloz, 2007, p. 981.
[4] Par ex., A. MABILEAU, « De la monarchie municipale à la française », *Pouvoirs*, n° 73, 1995, pp. 7-17.
[5] Déjà en 1952, de nombreuses voix s'étaient élevées contre l'encadrement par l'État des règles applicables aux agents communaux. Le doyen de la faculté de droit de Lille, Guy DEBEYRE, écrivait : « *Il apparaît difficile de nier que, en ce qui concerne le personnel, la loi du 28 avril 1952 marque un recul très net des libertés communales. Une commune à laquelle on impose un personnel déterminé, dotée d'une condition juridique déterminée, avec les conséquences financières qui en découlent, n'est plus libre de ses actes et ne s'administre plus librement* », cf. G. DEBEYRE, *L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 154
[6] M. WEBER, *Economie et société*, tome 1, Plon, 1971, p. 226.
[7] Ibid.

conditions d'accès à l'administration locale qui soient objectives. Celles-ci sont garanties par un principe d'égale admissibilité à la fonction publique (A). Il s'agit alors de « *restreindre les espaces de discrétionnalité* »[1] qui ont donné lieu à des dérives dans le recrutement des collectivités territoriales. Désormais, leurs voies d'accès sont mieux encadrées (B).

A) Le principe d'égale admissibilité, fondement de la bureaucratie moderne

172. Le principe d'égale admissibilité aux emplois publics est fondé sur l'article 6 de la Déclaration de 1789 en vertu duquel « *tous les citoyens étant égaux [aux] yeux [de la loi] sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ». Contrairement aux autres principes d'égalité, le principe d'égale admissibilité aux emplois publics contient des critères de distinction strictement définis qui ont forgé une bureaucratie d'élite (1). Loin de se limiter à l'admissibilité, il a servi de pilier à la construction de tout le régime statutaire de l'administration (2).

1) Les critères de l'admissibilité aux emplois publics

173. Ce n'est pas un hasard si l'article 6 de la Déclaration de 1789 associe l'égalité devant la loi et l'égalité aux emplois publics. Les deux se rejoignent autour de la catégorie de « Citoyens » dont les membres disposent de l'ensemble des droits civiques et politiques, notamment le droit de suffrage et le droit d'accès à la fonction publique. Les citoyens, maîtres de la législation, se distinguent ainsi des autres membres du corps social par leurs droits. En contrepartie, ils font l'objet d'une sélection drastique, fondée sur le mérite, qui sépare les citoyens « actifs » des citoyens « passifs ».

174. **Citoyenneté et admissibilité.** Cette conception de la citoyenneté n'était pas partagée par tous les penseurs de l'époque. Il en est ainsi notamment de Jean-Jacques ROUSSEAU pour qui « *les seuls Français prennent tout familièrement ce nom de Citoyens, parce qu'il n'en ont aucune véritable idée, comme on peut le voir dans le Dictionnaire, sans quoi ils tomberaient en l'usurpant dans le crime de Lèse-Majesté : ce nom chez eux exprime une vertu et non pas un*

[1] A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, op. cit., p. 24.

droit »[1]. En effet, en excipant le concept de « Nation »[2], les rédacteurs du texte ont pu justifier la création d'une citoyenneté réservée à une élite de propriétaire excluant les femmes[3], les peuples colonisés ainsi qu'une bonne partie de la population masculine du territoire[4]. Le corps des citoyens a évolué avec la fixation du cens – il a pu compter jusqu'à 241 000 individus sous la Monarchie de juillet « *par le simple jeu de l'enrichissement de la nation, mais sans porter atteinte au monopole du pouvoir exercé par l'aristocratie de l'argent* » [5]. Les femmes n'accèdent à l'emploi public qu'en 1936 grâce à la jurisprudence du Conseil d'Etat *Demoiselle Bobard* qui ajoute toutefois la possibilité d'écarter une candidature « *si des raisons de service nécessitent […] des restrictions à l'admission et à l'avancement du personnel féminin* »[6]. Concernant les peuples colonisés[7], il existait jusqu'en 1946[8] un statut de l'indigénat dont les membres étaient considérés comme des sujets et non des citoyens. Ils conservaient sur le plan civil, leur statut personnel, mais ne disposaient pas des droits politiques et civiques. Deux régimes s'appliquaient donc pour les ultramarins : les nationaux-citoyens et les nationaux-sujets soumis au statut de l'indigénat. Aujourd'hui, des régimes spécifiques demeurent encore dans certains territoires d'outremer afin d'adapter les conditions d'accès à l'emploi public local à la situation particulière de la collectivité concernée[9].

175. **Mérites et admissibilité.** Le statut de citoyen a pour conséquence d'exclure des franges entières de la population de l'accès à la fonction publique. Pourtant les critères consacrés à

---

[1] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, [1762], Flammarion, 2012, p. 53, n.b.p.

[2] Voir supra, n° 74 et s.

[3] La « Requête des dames à l'Assemblée nationale », pour l'accès des femmes aux offices de la magistrature et à tous les emplois réservés par les hommes ne reçut aucun écho au sein de l'Assemblée nationale. Elle repoussa presque unanimement la motion défendue par Robespierre qui entendait leur octroyer le droit de suffrage. Voir, J. GARAGON, « L'origine du principe de l'égale admissibilité aux fonctions publiques », *Annales de l'Université de Lyon*, Sirey, 1956, (pp. 5-68), p. 50 ; plus largement, F. EDEL, « Deux siècles de principe d'égale admissibilité aux emplois publics », *RFAP*, n° 142, 2012/2, pp. 339-367.

[4] Au sens que lui attribuait son initiateur, Jean-Joseph MOUNIER, en août 1789 : « *…de ce que les citoyens seroient admissibles sans aucune distinction, on pourroit en conclure qu'on ne doit faire aucune distinction entre les propriétaires et ceux qui ne le sont pas ; tandis que le mot capacité étoit assez vague pour ne pas compromettre cette importante question* » ; cité in F. EDEL, « Deux siècles de principe d'égale admissibilité aux emplois publics », art. cit., p. 347.

[5] Voir, G. de BERTHIER DE SAUVIGNY, « Cens électoral », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 4 juillet 2017.

[6] CE, Ass., 3 juillet 1936, « Demoiselle Bobard », Rec. Lebon p. 721.

[7] Pour un rappel historique, voir not., O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004, pp. 43-44.

[8] L'ordonnance du 7 mai 1946, confirmée par l'article 80 de la Constitution du 27 octobre 1946, distingue citoyenneté française et statut civil français afin de permettre aux indigènes d'accéder à la citoyenneté sans renoncer à leur statut personnel. Voir, Al. 18, Préambule de la Constitution de 1946 : « *Fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires ; écartant tout système de colonisation fondé sur l'arbitraire, elle garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques et l'exercice individuel ou collectif des droits et libertés proclamés ou confirmés ci-dessus* ».

[9] Voir infra, n° 1079 et 1088.

l'article 6, la capacité, les vertus et les talents, ont bien pour but de mettre un terme aux inégalités de classes instaurées par l'Ancien Régime en établissant une méthode de sélection objective. Il s'agissait alors de mettre fin au système de la patrimonialité des charges qui figurait parmi les principales demandes des cahiers de doléances[1]. D'abord vénales[2], puis héréditaires[3], l'ensemble des titulaires des charges de « *magistrats* » et d'« *officiers publics* »[4] constituait la noblesse dite « de robe ». Dans ses *Etudes administratives* de 1859, Alexandre-François VIVIEN expose ainsi que parmi les conditions d'entrée dans l'administration, « *il n'en est aucune qui concerne la naissance ou la condition sociale. Tous les français sont également admissibles aux emplois civils et militaires, et ce principe est une des conquêtes les plus précieuses de notre révolution […] on n'impose plus aux candidats aucune condition de fortune personnelle […] les emplois ne sont ni héréditaires, ni transmissibles à prix d'argent. Le même principe s'y oppose péremptoirement* »[5]. Les seuls critères désormais acceptables définissent un système méritocratique qui a pu, au départ du moins, être électif[6], mais surtout qui implique un certain seuil de compétences professionnelles. L'exigence d'un diplôme universitaire s'est vite imposée comme preuve de la « capacité » du candidat au moment du recrutement[7]. Cette exigence de mérite au sens large, s'applique ainsi à toutes les voies d'accès à la fonction publique et plus largement à l'ensemble du statut.

176. Le système de sélection par l'égale admissibilité tel qu'il est prévu par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 a opéré une substitution des titulaires de charges d'emplois publics qui sont passées des mains de l'aristocratie à celles d'une élite politique et administrative composée de bourgeois. L'imposition du critère du mérite a aussi permis la modernisation de l'administration en la protégeant contre l'arbitraire du politique dans le

---

[1] J. GARAGON, « L'origine du principe de l'égale admissibilité aux fonctions publiques », art. cit., pp. 39-42.

[2] J. MEYER, « Le XVIIIe siècle de 1714 à 1789 », partie III, in M. PINET (sous la direction de), *Histoire de la fonction publique en France*, tome 2, 1993, not. chap. IV « L'évolution de la vénalité des offices », p. 353 et s.

[3] Par ex., l'édit royal portant création de l'école royale militaire de 1751 exige pour y entrer la preuve de quatre générations de noblesse de père ; cf. R. MOUSNIER, « La fonction publique en France du début du XVIe siècle à la fin du XVIe siècle : des officiers aux commissaires, puis aux commis puis aux fonctionnaires », *Revue historique*, 1979, n° 530, pp. 321-335.

[4] Sur le concept de fonction publique avant 1789, voir not. L. MANNORI, « Centralisation et fonction publique dans la pensée juridique de l'Ancien Régime : justice, police et administration », *Actes du Colloque sur l'administration territoriale de la France (1750 -1940)*, PU d'Orléans, 1998, pp. 246-257.

[5] A.-F. VIVIEN, *Études administratives*, tome 1er, Cujas,1859, rééd. 1974, chap. II, p. 182.

[6] Le système de l'élection avait été mis en place tant pour les directoires élus des départements et districts que pour les fonctions judiciaires. L'élection fera son retour dans la magistrature, les universités, mais surtout pour les conseillers généraux, municipaux et pour les maires. Voir not., CE, *Perspectives pour la fonction publique*, Rapport public, EDCE n° 54, La documentation française, 2003, p. 232. Voir aussi, F. EDEL, « Deux siècles de principe d'égale admissibilité aux emplois publics », art. cit., pp. 345-346.

[7] Par ex. Décret du 28 décembre 1809 concernant l'organisation et le service des auditeurs près le Conseil d'État ; Loi du 20 avril 1810 relative à l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, Recueil Duvergier, p. 78. Cf. CE, *Perspectives pour la fonction publique*, op. cit.

recrutement de ses agents et plus largement dans l'ensemble de leur carrière. Il a ainsi contribué à la détermination progressive des statuts communs des agents publics.

2) L'établissement d'un statut de l'agent public

177. L'égale admissibilité aux emplois publics, en mettant fin à la patrimonialité, a amené à redéfinir les modes de sélection des agents publics. Les premiers essais de sélection par l'élection puis par la liberté totale de recrutement des administrations n'ont pas apporté les garanties suffisantes pour achever la modernisation de la fonction publique. En s'appuyant sur l'idée d'égale admissibilité, le juge administratif, relayé progressivement par le législateur, va poser les premiers jalons d'un statut des agents publics qui aboutira à la loi du 19 octobre 1946 puis aux statuts des années 1980.

178. **Les premiers essais : élection et libre sélection.** Dans un premier temps[1], l'égale admissibilité s'est traduite, en 1791, par la mise en place d'un système d'élection des fonctionnaires sur le modèle des déclarations des colons anglais en Amérique[2]. Il concerne alors les administrations implantées localement. Toutefois, très rapidement le système a été remplacé par la généralisation de la nomination directe par l'Etat[3]. Pour Pierre LEGENDRE, « *cette greffe démocratique eut pour effet de désarticuler la machine administrative et, à partir de 1793, la guerre civile fit sombrer les expériences de démocratie totale, amorcées ou projetées par la Convention, dans une anarchie administrative pure et simple. L'idée d'investir l'État […] du droit de nommer aux emplois, est née d'une réaction spontanée des dirigeants pour faire face à une situation de désastre intérieur* »[4]. Il ajoute : « *la liberté des autorités gouvernementales étant à peu près totale à l'origine, l'accusation de favoritisme, fréquemment lancée depuis la Monarchie de juillet, ne fait aucune distinction, n'épargnant aucune*

[1] Sur ces développements, voir F. EDEL, « Deux siècles de principe d'égale admissibilité aux emplois publics », art. cit., pp. 345-347.

[2] Les constituants de 1791 établirent que « *les administrateurs sont des agents élus à temps par le peuple, pour exercer, sous la surveillance et l'autorité du roi, les fonctions administratives* » ; cf. titre III, chap. IV, sect. 2.

[3] P. LEGENDRE, *Trésor historique de l'État en France – L'administration classique*, Fayard, coll. « Les savoirs », pp. 460-461 : « *le Directoire s'efforça à la mise en ordre en exerçant, par des agents nommés, une surveillance sur les administrations de base, en principe toujours élues (Constitution de l'An III, art. 132 et suiv.), puis en procédant lui-même aux nominations dans tous les cas possibles (Larevellière-Lepeaux a raconté dans ses Mémoires les incroyables fournées de "8 à 10 000 nominations à faire à la fois ; chaque coterie, chaque faction voulait les places pour elle et les siens afin de prolonger son règne"). Le coup de barre décisif fut donné en l'An VIII, lorsque l'administration locale fut remise à l'initiative du gouvernement central ; quand s'achèvera le Premier Empire, le recrutement est devenu de haut en bas l'affaire de l'État […]* ».

[4] Ibid.

fonction »[1]. En effet, durant tout le XIXe siècle tous les emplois publics, sont laissés à la discrétion de l'employeur public, du chef de service ou du chef politique selon le rang de l'emploi concerné. En 1843, Jules DELBOUSQUET remarque ainsi que s'« *il existe des règlements dans ces administrations […] tout le monde sait ce qu'il en est […* :] *ce sont des armes dont on ne se sert que contre ceux qui ne sont pas suffisamment protégés. En fait le premier venu peut y être admis. D'ailleurs autant de ministères, autant de modes d'admission, ou plutôt dans les uns comme dans les autres, c'est l'arbitraire avec ses différents caprices* »[2]. Le recrutement sans garantie est alors livré au seul « *principe d'égalité et de libre concurrence [où] la fortune et la naissance ont des avantages naturels inévitables* »[3].

179. **La concrétisation d'un statut du fonctionnaire local.** La nécessité d'établir un statut des agents publics est apparue dès la mise en place de la IIIe République avec l'idée que « *la situation des fonctionnaires [...] n'a de valeur que si elle n'est point précaire, que si elle est à l'abri des fantaisies, des injustices, de l'arbitraire toujours possible du pouvoir, que si elle est gouvernée par des règles fixes dont le respect soit assuré, que si, pour tout dire en un mot, le fonctionnaire peut opposer au pouvoir son droit et si la fonction publique est, suivant le mot de Ihering, "juridiquement protégée"* »[4]. Avant la loi de 1946[5], comme le note le Conseil d'Etat, « *la plupart des grandes administrations […] s'étaient dotés de textes spécifiques réglementant l'organisation de leurs services, en particulier pour ce qui est de la structure des emplois, des procédés de recrutement (avec la généralisation du concours), du régime d'avancement (avec la systématisation des tableaux d'avancement), du licenciement (entouré de garanties disciplinaires précises, et souvent précédé du passage devant un conseil de discipline)*[6] »[7]. La loi du 28 octobre 1919 devait apporter « *des garanties de stabilité* », en imposant aux conseils municipaux l'obligation de déterminer « *les règles concernant le recrutement, l'avancement et*

[1] Ibid., p. 461.
[2] J. DELBOUSQUET, « De l'organisation des administrations centrales », 1843, cité in G. THUILLIER, *La vie quotidienne dans les ministères au XIXe siècle*, Comité pour l'histoire économique et financière, Ministère de l'économie, des finances, et de l'industrie, 2004, p. 111.
[3] A.-F. VIVIEN, *Études administratives*, op. cit., p. 197.
[4] Rapport de Jules JEANNENEY, op. cit.
[5] Pour une comparaison européenne, voir A. CLAISSE et M.-C. MEININGER, *Fonctions publiques en Europe*, Montchrestien, Clefs, 1994 ; E. RABOURDIN, « La fonction publique française en Europe », *Notes de la Fondation Robert Schuman*, 2001.
[6] Pour la justice (décret du 30 décembre 1884), les finances (décret du 19 janvier 1885), le commerce, l'industrie et les colonies (décret du 2 février 1892), les travaux publics (décret du 4 juin 1910), ou encore le travail (décret du 12 août 1924).
[7] CE, *Perspectives pour la fonction publique*, Rapport public, n° 54, La documentation française, 2003, p. 234.

la discipline des titulaires des emplois municipaux »[1]. Enfin, le Conseil d'Etat[2] a largement contribué à la définition d'un statut commun par la définition des trois grands principes de l'emploi public : le principe de particularité qui distingue le régime des agents publics de celui des salariés du secteur privé[3], le principe du caractère réglementaire et statutaire du régime qui empêche la contractualisation[4], et le principe de carrière qui propose de s'élever dans la hiérarchie au cours de sa carrière mais pour un même emploi[5].

180. Devant la multiplications des règlements spécifiques, dans les sillons creusés par la jurisprudence, le législateur est parvenu, au terme d'un difficile compromis, à fixer un statut commun dans la loi du 19 octobre 1946[6], qui subira un « toilettage »[7] en 1959. Les lois des 13 juillet 1983, 11 et 26 janvier 1984 et 9 janvier 1986 qui restent la base des quatre titres du statut général actuel, auront une portée considérable notamment en ce qu'elles élargissent le champ du statut général « *aux personnels des collectivités territoriales et de leurs établissements publics et aux personnels hospitaliers publics, selon une logique d'unité de la fonction publique* »[8]. Elles parviennent ainsi à achever l'uniformisation de la fonction publique en rattachant définitivement la fonction publique territoriale au reste de l'administration. Jusqu'à lors, seule la loi de 1952[9] avait pu unifier les régimes des personnels de communes. Désormais, tous les fonctionnaires territoriaux font partie du statut général de la fonction publique, mais pas tous les agents publics locaux. Tout dépend de la façon dont ils ont intégré l'administration locale.

---

[1] Elle prévoyait notamment un règlement type établi par le Conseil d'État, directement applicable en cas de carence de la commune. Ce règlement avait fait l'objet d'un décret du 10 mars 1920 et généralisé à l'échelon de la commune le concours, le tableau d'avancement et le conseil de discipline.

[2] Voir, H. SAVOIE, « Un siècle de jurisprudence en matière de fonction publique », *Cahiers de la fonction publique*, janvier 2000.

[3] Clemenceau écrivait en 1907, dans une lettre aux délégués des instituteurs : « *aucun gouvernement n'acceptera jamais que les agents des services publics soient assimilés aux ouvriers des entreprises privées, parce que cette assimilation n'est ni raisonnable ni légitime* » ; cité in CE, *Perspectives pour la fonction publique*, op. cit., pp. 235-236.

[4] Les concepts de puissance publique et de service public s'opposeraient – selon le rapport d'Yves FAGON, député, sur le texte qui allait devenir la loi du 19 octobre 1946 – « *à ce que l'État puisse discuter à égalité avec ses agents des conditions de leur emploi* » ; cité in, CE, *Perspectives pour la fonction publique*, op. cit., p. 236.

[5] « *Les fonctionnaires ne peuvent prétendre à un autre emploi, que si, à l'égal d'autres candidats intéressés n'appartenant pas déjà à l'administration, ils manifestent des aptitudes spécifiques à cet emploi. Dans cette optique, la plupart des décrets d'organisation des services d'administration précédemment évoqués limitaient l'accès aux emplois d'avancement aux seuls agents en place, ce qui explique que l'on qualifie quelquefois la fonction publique de carrière de fonction publique "fermée"* » ; cf. Ibid.

[6] Voir, J. CHEVALLIER, « Le statut général des fonctionnaires de 1946 : un compromis durable », *Revue administrative*, n° spécial 1996, p. 7.

[7] CE, *Perspectives pour la fonction publique*, op. cit., p. 235.

[8] Ibid.

[9] Loi n° 52-432 du 28 avril 1952 portant statut général du personnel des communes et des établissements publics communaux, JORF du 29 avril 1952, p. 4349. Elle leur fait bénéficier de l'essentiel des garanties prévues en faveur des fonctionnaires de l'État mais organise leur carrière selon un régime s'inspirant beaucoup du régime des fonctions publiques d'emploi.

B) Les voies d'accès à l'emploi public local

181. Si l'existence d'un statut commun a permis de rapprocher sensiblement le régime des agents publics locaux de celui des agents de l'Etat, il a conservé certaines spécificités en matière d'accès à l'emploi public local[1]. En premier lieu, la fonction publique territoriale est divisée en cadre d'emplois auxquels on peut accéder par concours à l'instar des corps de la fonction publique d'Etat[2] (1). Toutefois, contrairement à la fonction publique d'Etat, la réussite au concours ne garantit pas l'entrée en fonction. Les collectivités territoriales peuvent ainsi garder la maîtrise sur leur recrutement dès lors qu'elles respectent le principe d'égal accès à la fonction publique (2).

1) L'accès au cadre d'emplois

182. En vertu de la loi du 26 janvier 1984 : « *un cadre d'emplois regroupe les fonctionnaires soumis au même statut particulier, titulaires d'un grade leur donnant vocation à occuper un ensemble d'emplois* »[3]. Ils sont communs à l'ensemble des agents locaux quelle que soit la collectivité qui les emploie[4]. Au nombre de 53, chaque cadre d'emplois correspond à un statut défini par un décret en Conseil d'Etat qui fixe notamment les modalités de recrutement, de nomination et de titularisation[5].

---

[1] Voir, Décret n° 85-1229 du 20 novembre 1985 relatif aux conditions générales de recrutement des agents de la fonction publique territoriale, JORF du 24 novembre 1985 p. 13630 ; abrogé par Décret n° 2013-593 du 5 juillet 2013 relatif aux conditions générales de recrutement et d'avancement de grade et portant dispositions statutaires diverses applicables aux fonctionnaires de la fonction publique territoriale, JORF n°0156 du 7 juillet 2013.

[2] La loi n° 87-529 du 13 juillet 1987 (JORF du 16 juillet 1987, p. 7918) a substitué la notion de cadre d'emplois à celle de corps sauf pour les agents de la commune-département de Paris.

[3] Art. 4, al. 3, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, JORF du 27 janvier 1984 p. 441 ; Art. 4, al. 4, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, préc. : « *Le cadre d'emplois peut regrouper plusieurs grades* » ; Art. 4, al. 5, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, préc. : « *Les grades sont organisés en grade initial et en grades d'avancement* ».

[4] Art. 4, al 1er, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, préc. : « *Les fonctionnaires territoriaux appartiennent à des cadres d'emplois régis par des statuts particuliers, communs aux fonctionnaires des communes, des départements, des régions et de leurs établissements publics* ».

[5] Par ex., Décret n° 2010-1357 du 9 novembre 2010 portant statut particulier du cadre d'emplois des techniciens territoriaux, JORF n°0263 du 13 novembre 2010 ; Décret n° 2012-437 du 29 mars 2012 portant statut particulier du cadre d'emplois des assistants territoriaux d'enseignement artistique, JORF n°0078 du 31 mars 2012 ; Décret n° 2016-2008 du 30 décembre 2016 portant statut particulier du cadre d'emplois des capitaines, commandants et lieutenants-colonels de sapeurs-pompiers professionnels, JORF n°0304 du 31 décembre 2016.

183. **L'accès par concours.** Le procédé du concours constitue la voie normale d'accès initial aux cadres d'emplois[1]. Il apparaît comme la première garantie du principe d'égale admissibilité aux emplois publics : « *en confiant l'appréciation de la valeur individuelle des candidats à un jury présumé impartial […] il manifeste une volonté de réduire au maximum les espaces possibles de discrimination* »[2]. Cependant, le concours n'a pas toujours été assimilé à l'égalité[3]. A son instauration sous l'Ancien Régime, où les premières grandes écoles nationales commencent à voir le jour, et jusqu'à l'Empire, le concours était perçu comme le moyen de moderniser l'administration par le recrutement des agents sur la base de leurs compétences[4]. Face à la nécessité de renouveler le personnel administratif, il est apparu comme le meilleur compromis entre une conception élitiste de l'administration et la volonté de la démocratiser[5]. Quoi qu'il en soit, le concours a « *inévitablement constitué un facteur de réduction des inégalités au regard du système arbitraire de recrutement auquel il se substitue* »[6]. Le concours est ainsi devenu la voie d'accès de principe aux cadres d'emplois[7] avec des conditions qui varient selon la catégorie à laquelle ils appartiennent[8]. Ces catégories sont « *désignées, dans l'ordre hiérarchique décroissant, par les lettres A, B et C* »[9]. Cette hiérarchie se répercute sur le niveau de recrutement : l'accès à la catégorie A nécessite la détention d'un diplôme de niveau bac + 3 ; les agents de catégorie B doivent disposer au moins du bac ; les agents de catégorie C disposent d'un diplôme V ou V bis (CAP, BEP, Brevet des collèges) ou pas de diplôme. Toutefois, il convient de noter que le principe de souveraineté du jury d'examen empêche tout

---

[1] L'accès aux cadres d'emplois est aussi possible en cours de carrière du fonctionnaire titulaire par la promotion interne ou l'avancement ; cf. art. 13, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, JORF du 14 juillet 1983 p. 2174.

[2] A ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, op. cit., p. 39.

[3] En cela, l'égale admissibilité n'est pas synonyme de concours ; cf. Cons. const., 30 août 1984, n° 84-178 DC, Statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie, Rec. p. 69.

[4] Faisant le bilan des concours mis en place jusque sous le Second Empire, Michel CHABIN fait apparaître qu'« *au total, de telles réformes étaient dictées moins par un souci d'équité – ne parlons pas d'égalitarisme – que par la professionnalisation croissante de certaines administrations, nécessitant un personnel technicien* » ; cf. M. CHABIN, « 1814-1848 », in M. PINET (sous la direction de), *Histoire de la fonction publique en France*, tome 3, op. cit., 1993, p. 128.

[5] G. THUILLIER, *Bureaucratie et bureaucrates en France au XIXe siècle*, Droz, 1980, p. 345 (not., note n° 100).

[6] F. EDEL, « Deux siècles de principe d'égale admissibilité aux emplois publics », art. cit., p. 349.

[7] Art. 16, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc. : « *Les fonctionnaires sont recrutés par concours sauf dérogation prévue par la loi* ». Seule la loi peut déroger à ce principe ; cf. CE, Sect., 6 mars 2009, « Syndicat national des ingénieurs de l'industrie des mines », *AJDA*, 2009, p. 452.

[8] Art. 13, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc. : « *Les corps et cadres d'emplois de fonctionnaires sont répartis en trois catégories désignées, dans l'ordre hiérarchique décroissant, par les lettres A, B et C. Ils sont régis par des statuts particuliers à caractère national, qui fixent le classement de chaque corps ou cadre d'emplois dans l'une de ces catégories. Leur recrutement et leur gestion peuvent être, selon le cas, déconcentrés ou décentralisés. Les grades de chaque corps ou cadre d'emplois sont accessibles par voie de concours, de promotion interne ou d'avancement, dans les conditions fixées par les statuts particuliers* ».

[9] Art. 13, al. 1er, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc. La catégorie A correspond aux emplois de direction et de conception, la B aux missions d'application et la C aux fonctions d'exécution.

contrôle de son évaluation quant à l'aptitude des candidats[1]. Ce faisant, les résultats obtenus montrent une tendance à l'homogénéisation des profils des candidats recrutés, ce qui a conduit à la mise en place de concours dits de « troisième voie » dans le but affiché de diversifier les effectifs de la fonction publique[2].

184. **L'accès par intégration.** En dessaisissant l'administration du recrutement, la procédure du concours contribue à soustraire l'appréciation du candidat « *aux risques d'arbitraire et de favoritisme* »[3]. En revanche, l'accès au cadre d'emplois par l'intégration redonne du pouvoir à la collectivité territoriale, sauf dans les cas où elle revient de droit à l'agent[4]. Hormis cette dernière hypothèse, la décision d'intégration reste à l'appréciation de la collectivité[5]. Elle résulte de la volonté de promouvoir, en interne, certains agents, titulaires ou contractuels, par leur inscription sur la liste d'aptitude. Pour le personnel contractuel, l'intégration directe dans les cadres d'emplois est rendue possible par le législateur dans le cadre des plans de lutte contre la précarisation[6]. Ainsi, la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 modifié par la loi n° 2007-148 du 2 février 2007, prévoyait que les agents non titulaires exerçant des fonctions correspondant à celles définies par le statut particulier d'un cadre d'emplois puissent être directement intégrés dans ce cadre, à la condition (entre autres) que leur expérience professionnelle ait été reconnue comme équivalente aux conditions de titres ou de diplômes requises des candidats au concours externe d'accès au cadre concerné[7]. Surtout, l'article 13 de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012

---

[1] Si le juge ne peut effectuer de contrôle des motifs de fait justifiant l'appréciation de l'aptitude, il peut en revanche contrôler les règles qui s'impose au jury et notamment l'obligation de ne contrôler que l'aptitude du candidat ; voir sur ce point, CE, 10 avril 2009, n° 311888, « El Haddioui », Rec. Lebon. Voir plus largement, A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruylant, 2014, p. 206 et s.

[2] Voir par ex., J. MAGNIER et C. MARCHAL, « Homogénéité et diversité des élèves administrateurs territoriaux », *RFAP*, n° 153, 2015/1, pp. 125-139.

[3] A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, op. cit., p. 198. Voir not., A.-G. BELLIN, *Des avantages du concours appliqué au recrutement du personnel administratif et judiciaire*, Paris, Gustave Thorel Libraire, Lyon, Dorier Libraire, 1846 ; E. AIMES, *La réforme administrative et le favoritisme*, Paris, Chevalier-Maresq, 1887 ; L. SALAÛN, *La réforme des fonctions publiques. Pour enrayer le favoritisme, il faut organiser l'avancement*, Berger Levrault, 1912. Sur la généralisation de la pratique du concours, dès la fin du XIXe siècle, voir not., G. THUILLIER, *Bureaucraties et bureaucrates en France au XIXe siècle*, op. cit. ; G. LEBRETON, *Le pouvoir discrétionnaire exercé par l'administration française sur ses agents (évolution depuis le XVIIIe siècle*), thèse de Droit public, Paris II, 1988, spéc. pp. 50 et s.

[4] C'est le cas dans le cadre d'un détachement après cinq années passées à occuper le même emploi (art. 13 *bis* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc.), ou après un transfert de personnel de l'Etat vers les collectivités territoriales suivant un transfert de compétence.

[5] L'existence de cette procédure dérogatoire d'accès à un cadre d'emplois ne peut pas être contestée en invoquant le principe d'égale admissibilité. Pour des solutions applicables aux corps de la fonction publique d'Etat mais transposables à la fonction publique territoriale, voir, CE, 16 mai 1962, « Dame Boyer », Rec. p. 328, *AJDA*, 1962, p. 631 ; CE, 11 octobre 1967, « Sieur Darpoux », *AJDA*, 1968, p. 303.

[6] Voir not., J. FERSTENBERT, F. PRIET et P. QUILICHINI, *Droit des collectivités territoriales*, 2e éd., Dalloz, 2016, pp. 346-348, n° 593-595.

[7] CAA, Bordeaux, 25 mars 2008, « Commune de Saint-Joseph », *AJFP*, 2008, p. 185, concl. M.-P. VIARD : pas d'erreur manifeste d'appréciation pour le maire qui a estimé qu'une expérience à la direction de la bibliothèque ne suffit pas pour permettre une intégration directe dans le cadre d'emplois des conservateurs territoriaux.

issue du protocole d'accord du 31 mars 2011, prévoit un dispositif dérogatoire[1] d'intégration valorisant l'ancienneté[2]. Elle crée la possibilité de « *recrutements réservés valorisant les acquis professionnels* » sur la base d'un concours réservé ou sans concours pour les catégories C. Il est aussi possible de procéder à une « *sélection professionnelle* » : organisée localement[3], elle est établie par une commission d'évaluation professionnelle composée majoritairement de représentants de l'autorité locale qui est censée classer les candidats déclarés aptes par ordre alphabétique[4]. Si la Commission a bien vocation à évaluer l'aptitude des candidats, elle ne semble pas avoir à respecter les règles d'indépendance et d'impartialité qui s'imposent à un jury[5].

185. L'accès initial aux cadres d'emplois est donc particulièrement encadré par le législateur afin de garantir une certaine indépendance des fonctionnaires territoriaux vis-à-vis de la collectivité territoriale. La loi de 2012 visant à réduire le nombre de contractuels par le mécanisme d'intégration a montré que cette considération était toujours d'actualité. Pour autant, les nécessités d'une bonne administration impliquent que les collectivités territoriales puissent continuer à choisir le personnel qu'elles recrutent.

2) L'accès à la collectivité

186. L'accès à la collectivité n'est pas automatique après la réussite au concours. Une collectivité qui souhaite recruter peut sélectionner le candidat de son choix sur une liste d'aptitude (comprenant les candidats reçus aux concours) ou par voix de promotion interne. Ce faisant, le système opère une distinction entre le grade du fonctionnaire géré par l'Etat, et son

[1] Art. 13, Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, JORF n° 0062 du 13 mars 2012 p. 4498 : « *Par dérogation à l'article 36 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, l'accès aux cadres d'emplois de fonctionnaires territoriaux peut être ouvert par la voie de modes de recrutement réservés valorisant les acquis professionnels, dans les conditions définies par le présent chapitre et précisées par des décrets en Conseil d'Etat, pendant une durée de six ans à compter de la date de publication de la présente loi. Les dispositions du présent chapitre applicables aux cadres d'emplois de fonctionnaires territoriaux le sont également aux corps de fonctionnaires des administrations parisienne*s. »

[2] Voir, C. MONIOLLE, « L'essentiel sur le protocole d'accord du 31 mars 2011 portant sécurisation de parcours professionnels des agents contractuels », *AJFP*, 2011, p. 242 ; F. MELLERAY, « La sécurisation des parcours professionnels des agents contractuels de la fonction publique », *AJDA*, 2012, p. 1095.

[3] Elle est organisée par la collectivité territoriale ou l'établissement chargés de la gestion des recrutements.

[4] Décret n° 2012-1293 du 22 novembre 2012, *AJDA*, 2012, p. 2244.

[5] D. JEAN-PIERRE, « La lutte contre la précarité dans la fonction publique territoriale depuis la loi du 12 mars 2012 », *JCP Adm.*, 2012, n° 2107 ; F. MELLERAY, op. cit., pp. 1097-1098 ; A. FITTE-DUVAL, « La libre administration des collectivités territoriales à l'épreuve de la loi du 12 mars 2012 », *AJFP*, 2013, pp. 137 et s., spéc. pp. 140 et s.

emploi géré par la collectivité. Ce système fait la particularité du recrutement dans la fonction publique territoriale ; dans la fonction publique d'Etat, l'accès au grade donne directement accès à l'emploi.

187. **Le recrutement par la collectivité.** Le système mis en place ne donne pas un accès direct à la titularisation à l'issu du concours. La titularisation du fonctionnaire ne peut intervenir qu'après son recrutement par une collectivité et une fois passée la période de stage. Ainsi, les candidats ayant réussi le concours doivent ensuite s'inscrire sur une liste d'aptitude publiée nationalement et candidater d'eux-mêmes aux offres proposées par les collectivités territoriales. La procédure de recrutement est soit entièrement gérée par la collectivité territoriale soit déléguée à un centre de gestion. La procédure de recrutement doit obligatoirement être lancée à la suite d'une délibération, suivant les dispositions de l'article 34 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 : cette délibération doit mentionner le grade, le motif du recrutement, la nature des fonctions exercées et le niveau de rémunération. Les postes créés ou vacants sont ensuite inscrits au tableau des effectifs, classés par catégorie, par cadre d'emplois et par grades. Le recruteur doit ensuite procéder aux formalités de publicité : il doit établir une déclaration de création ou de vacance de poste sur la bourse de l'emploi gérée par le Centre départemental de gestion de la fonction publique territoriale. Ces postes peuvent très bien être réservés à des recrutements en interne. Les agents titulaires ou inscrits sur les listes d'aptitudes sont prioritaires, de sorte que la collectivité doit attendre une période raisonnable avant d'envisager de recruter un agent contractuel. Ainsi, le recrutement peut s'effectuer de multiples façons : par voie de promotion ou de mobilité interne, par voie de mutation depuis une autre administration territoriale, par voie de détachement ou d'intégration[1] directe d'une autre fonction publique, par voie de recrutement direct pour les huit cadres d'emplois qui ne nécessitent pas la réussite à un concours (échelles 3 de catégorie C), et enfin, pour les 3 catégories (A, B et C), par contrat à durée déterminée pour les personnes handicapées. Une fois le candidat choisi, la collectivité doit prendre un arrêté de nomination, ou établir un contrat s'il s'agit d'un agent non-titulaire, visant expressément le tableau des effectifs, la délibération, et la déclaration de vacance de poste. A l'issu de la procédure, le dossier de l'agent est créé. Il contient notamment les droits et obligations issus du Statut général de la fonction publique.

[1] L'intégration est le produit de « *l'opération qui consiste à titulariser, s'ils le souhaitent certains agents non titulaires en fonction, c'est-à-dire à leur conférer la qualité de fonctionnaire, en les intégrant dans un corps ou un cadre d'emplois* » ; cf. J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, D. JEAN-PIERRE et A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, 6e éd., Dalloz, 2009, n° 62.

188. **La distinction du grade et de l'emploi.** Le système de recrutement dans la fonction publique territoriale repose sur la distinction entre le grade et l'emploi. En donnant une plus grande liberté à l'administration, ce système accroit mécaniquement le risque de discrimination. Alors que le grade, qui assure le déroulement de carrière, est géré par l'Etat, l'emploi est, quant à lui, géré par la collectivité territoriale, ce qui lui permet de conserver sa liberté dans la gestion de ses ressources humaines[1]. Elle peut modifier l'affectation mais aussi les fonctions de l'agent à l'intérieur de celles relevant du cadre d'emplois en tenant compte des besoins du service. Elle peut le faire sans accord de l'agent sauf en cas de modifications substantielles, comme celles du lieu géographique du poste ou de la rémunération. A cet égard, la loi prévoit la possibilité pour les collectivités territoriales de recruter des agents sur des emplois « fonctionnels » pour lesquels le lien de confiance avec les élus est primordial[2] : il s'agit notamment des emplois de cabinet et des postes de directeur général. Les premiers sont à la discrétion de l'employeur[3] tandis que les seconds bénéficient de quelques garanties supplémentaires[4]. Les collectivités peuvent les pourvoir par voie de détachement ou directement par contrat. Dans cette dernière hypothèse, le recrutement ne donne pas droit à titularisation. A leur égard, Alexis ZARCA considère que « *l'absence de procédure formelle de sélection fait […] ressurgir le spectre des atteintes au principe d'égalité* »[5]. On note tout de même que les collectivités territoriales ne sont pas totalement libres de leur choix puisqu'il leur revient, ici aussi comme pour toute procédure dérogatoire[6], de ne tenir compte que de la capacité, de la vertu et des talents des candidats[7]. En plus des mérites du candidat, l'égal accès à l'emploi public impose également

[1] Selon les préconisations du Commissaire du gouvernement HELBRONNER sous CE, 10 mai 1912, « Abbé Bouteyre », Rec. p. 533, concl (GAJA, 16 éd n° 25), le bon fonctionnement de l'administration implique que celle-ci puisse intervenir dans le choix de ses agents.

[2] La question du loyalisme est d'ailleurs abordée dans le sens de la vertu jusqu'à ce que les dérives du favoritisme remettent en question la nécessité du lien de confiance. Par exemple en 1912, était soutenue l'opinion suivante : « *quand les hommes de 1789, créateurs d'un nouvel ordre social, parlaient en outre des talents, des vertus qu'on devait trouver chez les citoyens appelés aux emplois publics, est-il déraisonnable de penser qu'ils entrevoyaient dans ces vertus autre chose que la simple moralité, que parmi ces vertus, ils plaçaient au premier rang l'attachement aux institutions récentes, le loyalisme, le civisme ? Que si ce loyalisme vient à faire défaut chez les individus qui demandent à concourir, il nous semble que leur mise à l'écart est conforme à l'art. 6 de la déclaration des droits* » ; M. SIBERT, *Le concours comme mode juridique de recrutement de la fonction publique*, thèse de Droit, Paris, 1912, p. 129.

[3] Art. 110, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, préc.

[4] Art. 47 et 53, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, préc.

[5] A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, op. cit., p. 41.

[6] Sur la procédure de recrutement par nomination de fonctionnaires titulaires, voir Cons. const., 16 juillet 2009, n° 2009-584 DC, Loi portant réforme de l'hôpital, cons. 12 : « *il appartiendra aux autorités compétentes de fonder leur décision de nomination sur la capacité des intéressés à remplir leur mission* ».

[7] Sur la procédure de recrutement par nomination d'agents non-titulaires, voir Cons. const., 14 janvier 1983, n° 82-153 DC, « Troisième voie d'accès à l'ENA », Rec. p. 35.

de démontrer que le recrutement est réalisé dans l'intérêt du service[1]. La procédure française s'apparente aux systèmes utilisés en Allemagne, au Danemark ou encore aux Pays-Bas dans lesquels l'administration dispose du pouvoir d'appréciation de la valeur des candidats[2]. *A contrario*, d'autres Etats confient exclusivement à des organes indépendants de l'administration le soin d'apprécier les diverses aptitudes, générales et professionnelles, des candidats[3]. Dans tous les cas, la procédure repose sur « *les deux principes de l'égalé admissibilité et/ou du mérite, chacun d'entre eux traduit un choix quant à la manière de traiter juridiquement le problème des risques de discrimination que comporte toute opération de sélection individuelle* »[4].

189. Le principe de l'égale admissibilité à la fonction publique a ainsi permis d'encadrer le pouvoir discrétionnaire des collectivités dans leur recrutement. Aussi, « *malgré les évolutions qui ont pu l'affecter dans la période récente*[5]*, [le concours] révèle une conception spécifique du principe d'égalité* »[6]. Elle se réalise dans la séparation du grade et de l'emploi qui protège l'agent de l'arbitraire du pouvoir de direction. Son statut lui assure un déroulement de carrière uniforme qui laisse peu de marge à la collectivité territoriale dans la gestion de ses effectifs. Les statuts sont alors apparus comme la meilleure garantie de l'égalité dans la gestion des agents locaux.

§2) L'égalité dans la gestion des agents locaux

190. L'égalité dans la gestion des agents locaux constitue la seconde étape de la modernisation de l'administration, après la conquête de l'égale admissibilité aux emplois publics. Elle confirme et renforce la tendance à la séparation des fonctions administratives et politiques en réduisant de la marge de manœuvre des collectivités territoriales sur la gestion de leurs ressources humaines. En effet, alors même que l'alinéa 6 de l'article 4 de la loi de 1984 sur le statut de la fonction publique territoriale dispose que « *les fonctionnaires territoriaux sont gérés par la collectivité ou l'établissement dont ils relèvent* », le principe d'égalité des

[1] F. COLIN, *L'aptitude dans le droit de la fonction publique*, LGDJ, Bib. Droit public, tome 211, 2000, p. 11 : « la *règle de l'égal accès ne peut subir de différenciation que dans un seul but : l'intérêt du service, ou pour un seul motif : le mérite* ».
[2] J. ZILLER, *Egalité et mérite. L'accès à la fonction publique dans les Etats de la Communauté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 176.
[3] Ibid., p. 124.
[4] A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, op. cit., pp. 39-40.
[5] Voir not., « La fin des concours ? », dossier in *Cahiers de la fonction publique*, 2009, n° 290, pp. 7 et s.
[6] A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruylant, 2014, p. 39.

fonctionnaires appartenant à un même cadre d'emplois (A), comme l'exigence d'égalité entre tous les agents publics (B) limitent sensiblement ce pouvoir de gestion issu du principe de libre administration[1].

A) L'égalité dans les cadres d'emplois

191. L'égalité au sein d'un même cadre d'emplois est le résultat logique de la mise en place par le législateur d'une bureaucratie statutaire. Tirant les conséquences d'une telle organisation, le juge administratif en a dégagé un principe d'égalité des fonctionnaires d'un même corps ou cadre d'emplois (1). Ainsi, l'égalité se caractérise « *par une organisation rationnelle des carrières et des rémunérations qui a pour conséquence essentielle une définition légale* a priori *des situations professionnelles* »[2] (2).

1) La consécration du principe d'égalité statutaire : une égalité formelle

192. En consacrant une égalité des carrières au sein d'un même cadre d'emplois, le juge ne fait que tirer les conséquences l'article 4 alinéa 1er de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale en vertu duquel « *les fonctionnaires territoriaux appartiennent à des cadres d'emplois régis par des statuts particuliers, communs aux fonctionnaires des communes, des départements, des régions et de leurs établissements publics* ». Afin de garantir cette uniformité des statuts, quelle que soit la collectivité-employeur, le juge a reconnu l'existence d'un principe d'égalité des fonctionnaires d'un même cadre d'emplois. Il consacre ainsi une égalité formelle, intracatégorielle, qui pose des difficultés dès lors qu'il s'agit de comparer des situations similaires d'agents n'ayant pas le même cadre d'emplois.

193. **La nécessité d'une égalité statutaire.** Jacques CHEVALLIER relevait que « *la différenciation des carrières est incompatible aussi bien avec le statut de la fonction publique, fondé sur l'idée d'égalité, qu'avec l'existence d'instances (les commissions administratives*

[1] CE, *Perspectives pour la fonction publique*, op. cit., p. 374 : « *le pilotage de la gestion par les collectivités territoriales des personnels qu'elles emploient pose de délicats problèmes liés à la nécessité de concilier un minimum d'organisation d'ensemble de cette fonction publique pour garantir tant sa cohérence que le respect du principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales* ».
[2] A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, op. cit., p. 289.

paritaires) qui poussent à un homogénéisation toujours plus grande des carrières »[1]. L'égalité est donc au fondement de l'organisation, choisie par le législateur français, d'une bureaucratie statutaire, détachée autant qu'il en est possible de l'arbitraire du pouvoir politique. En reconnaissant l'égalité au sein d'un même statut, le juge n'a fait que confirmer ce choix politique[2]. « *Cette égalité abstraite et formelle [est] tout entière contenue dans la loi [;] la seule égalité que le juge s'autorise alors à appliquer est celle qui impose une stricte application de la loi* »[3]. L'arrêt de 1951, *Fédération syndicale des travailleurs des PTT*, dans lequel le juge administratif, pour la première fois, évoque le principe d'égalité des fonctionnaires d'un même corps, est éloquent sur ce point. Il indique que les agents « *ont, en principe, le droit de prétendre à une égalité de traitement* »[4]. Ce faisant, il place l'égalité de traitement des fonctionnaires d'un même corps comme un principe intrinsèque à l'organisation de l'administration en statuts. En 1956, il évoque expressément le « *principe de l'égalité de traitement des fonctionnaires appartenant à un même cadre* »[5] et en 1957, il en fait un principe général du droit[6] qui prendra une valeur constitutionnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel[7]. Pour le juge, ce « *principe d'égalité entre les fonctionnaires appartenant à un même corps fait obstacle à ce que le statut particulier de ce corps fixe des règles établissant des différences de traitement entre ces fonctionnaires* »[8]. Ainsi, « *le corps se définit-il par l'identité des règles du déroulement de carrière applicables à ses membres et l'appartenance au corps entraîne le droit à l'égalité devant le règlement portant statut particulier du corps et l'égale vocation à accéder aux différents grades de ce corps* »[9].

194. **Les inconvénients de l'égalité statutaire.** Les difficultés apparaissent lorsqu'il s'agit de comparer les statuts entre eux par rapport aux situations vécues par les agents. En effet, nombre de situations similaires sont régies par des statuts différents de sorte que certains agents peuvent se sentir lésés de ne pas bénéficier des mêmes droits et des mêmes avantages que d'autres exerçant les mêmes fonctions mais disposant d'un statut plus protecteur. Dès 1951[10],

---

[1] J. CHEVALLIER, « La réforme de l'Etat et la conception française du service public », *RFAP*, 1996, p. 189.
[2] A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, op. cit., p. 286 : « *Les juges administratifs – ce qui n'a rien d'étonnant – et constitutionnel – ce qui peut paraître plus surprenant –, se montrent particulièrement réticents à exercer un contrôle d'égalité sur les distinctions qui, soit* sont prévues par, *soit* peuvent être déduites de la loi, *ce qui tend à résumer cet aspect de l'égalité dans l'application du statut au principe de légalité* ».
[3] Ibid. Sur le rapport entre contrôle de la légalité et contrôle de l'égalité, voir supra, n° 153 et s.
[4] CE, 24 octobre 1951, « Fédération syndicale des travailleurs des PTT », Rec. p. 495.
[5] CE, 6 juin 1956, « Sieur Meyer e. a. », Rec. p. 225.
[6] CE, 3 avril 1957, « Sieur Millard e. a. », Rec. p. 232 ; CE, 14 janvier 1991, « Mouchoux », req n° 86891.
[7] Cons. const., 15 juill. 1976, n° 76-67 DC, Loi modifiant l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires.
[8] CE, Ass., 28 juin 2002, « M. Chaumet », *AJFP*, 2002-6, p. 47.
[9] A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, op. cit., p. 294.
[10] CE, 4 juillet 1951, « Sieur Rochefort e. a. », Rec. p. 390.

le Conseil d'Etat précise ainsi que l'appartenance à des corps différents suppose « *des carrières distinctes* » dans lesquelles les fonctionnaires n'ont pas vocation à bénéficier des mêmes « *droits et avantages* ». Dès lors, il en tire la conclusion qu'aucune obligation ne peut être faite à l'administration de reconnaître que « *des avantages équivalents soient accordés aux fonctionnaires appartenant à des corps ou cadres différents d'une même administration* »[1]. Cette liberté laissée à la collectivité-employeur s'applique quand bien même les fonctionnaires exerceraient les mêmes fonctions[2]. Le juge donne également une profonde liberté au pouvoir central dans la création de ces statuts : il peut très bien appliquer des régimes différents à des corps présentant pourtant des analogies certaines[3]. Le juge va même plus loin puisqu'il peut autoriser les différences de traitement entre les fonctionnaires d'un même cadre d'emplois dès lors qu'ils n'y ont pas accéder dans les mêmes conditions : c'est le cas en matière de classement indiciaire lorsque les fonctionnaires ayant été intégrés à un cadre d'emplois nouvellement créé ne proviennent pas des mêmes collectivités, et n'occupent pas les mêmes emplois[4]. On touche ici aux limites de la conception formaliste de l'égalité dont l'efficacité se détériore avec la multiplication des statuts.

195. Sur ce point, la fonction publique territoriale fait office d'exemple depuis sa restructuration en cadres d'emplois (notamment par intégration des anciens emplois comparables des diverses collectivités)[5]. Elle a permis « *non seulement de limiter le nombre de catégories essentielles de cette fonction publique […] mais encore de faire en sorte que ces catégories traduisent concrètement des situations professionnelles comparables, par référence à la nature des activités exercées. Sous cet angle, la restructuration de la fonction publique*

[1] CE, 17 janvier 1964, « Sieur Bigay », T. p. 917. Voir aussi, CE, 10 novembre 1978, « Union professionnelle des cadres administratifs supérieurs des services extérieurs de la construction », Rec. p. 440 ; CE, 24 mars 1999, « Syndicat national des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales », T. p. 839 ; CE, 21 mai 2008, « M. Serge Synakiewicz », req. n° 293567, *AJFP*, 2008, p. 244.

[2] CE, 12 juillet 1995, « Syndicat national des puéricultrices diplômées d'Etat », T. p. 848.

[3] CE, 25 mars 1977, « Association générale des attachés d'administration centrale », T. p. 865 ; CE, 28 décembre 2005, « M. Jacques X. », req. n° 268070 : « *si le principe de l'égalité de traitement s'applique aux agents appartenant à un même corps, il n'impose pas que des corps de fonctionnaires, même présentant entre eux des analogies, soient soumis à des règles uniformes* ».

[4] CE, Ass., 27 octobre 1995, « Michon e. a. », Rec. Lebon p. 370 ; *Cahiers de la fonction publique*, 1996, n° 142, p. 19, concl. H. TOUTEE : « *considérant que s'agissant non de promotions à l'intérieur d'un même cadres d'emplois mais de la constitution d'un nouveau cadre d'emplois par intégration de fonctionnaires relevant de collectivités et occupant des emplois différents, les requérants ne sauraient utilement invoquer le principe d'égalité de traitement à laquelle ont droit les agents d'un même cadre d'emplois* ».

[5] Loi n° 87-529 du 13 juillet 1987, préc. ; voir J. BOURDON, « La fonction publique territoriale : un nouvel équilibre entre la carrière et l'emploi », *RFDA*, 1988, p. 461.

territoriale a pu servir de modèle à la fonction publique de l'Etat[1] »[2]. Cette rationalisation des statuts apparaît comme une mise à jour nécessaire afin d'éviter que les régimes prédéfinis ne correspondent plus aux situations observées sur le terrain.

2) La réalisation du principe d'égalité statutaire : un régime prédéfini

196. Par la mise en place d'une égalité statutaire, le droit de la fonction publique attribue, par avance, des régimes prédéfinis en fonction des cadres d'emplois considérés. Ce faisant, il permet d'homogénéiser les parcours et les carrières des fonctionnaires territoriaux. En 2003, le Conseil d'Etat rappelait cette « *tendance lourde, régulièrement déplorée, mais constante […] de traiter tous les agents de la même façon, quelle que soit leur manière de servir, pour ce qui est de la notation, des rémunérations ou du déroulement de carrière. Cet égalitarisme prend de multiples formes : notations non discriminantes, avancement à l'ancienneté, forfaitisation des primes, refus des mesures impliquant une différenciation selon les emplois occupés*[3]*, absence de sanctions...* »[4]. Cet égalitarisme permet d'assurer des carrières linéaires avec des règles d'avancement (a) et de rémunérations (b) communes et strictement définies qui laissent peu de marge à la collectivité qui les emploie.

a) L'avancement

197. Pour ce qui concerne l'avancement, il convient de distinguer l'avancement d'échelon de l'avancement de grade. Le premier est un avancement à l'ancienneté qui a pour seul effet

[1] Ce mouvement de regroupement s'est accéléré entre 2005 et 2010 : de 685 à 380 corps, surtout les catégories C. En 2015, il n'était plus que 304 corps mais le mouvement semble s'être arrêté. Voir, F. MELLERAY, « Un édifice statutaire plus souple ? », *AJDA*, 2011, pp. 2389-2390 ; C. MONIOLLE, « Les mutations des corps de la fonction publique d'Etat », *AJDA*, 2013, pp. 328 et s. Le Conseil d'Etat conseillait dans son rapport de 2003, en s'inspirant très directement, bien qu'implicitement, du modèle adopté à l'échelon territorial, que « *les fonctionnaires appartiennent, non plus à des corps au sens classique du terme, mais à des "cadres de fonctions" déterminés à partir des grandes filières professionnelles nécessaires aux missions de l'Etat, et des niveaux de fonctions inhérents, dans chaque filière, à l'exercice de ces missions* » et d'« *aboutir à la détermination […] de moins de 50 "cadres de fonctions" destinés à remplacer près d'un millier de corps actuels* » ; cf. CE, *Perspectives pour la fonction publique*, Rapport public, n° 54, La documentation française, 2013, p. 348.

[2] A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, op. cit., p. 296.

[3] Dans la police, la mise en place de la Nouvelle bonification indiciaire (« NBI ») a été longtemps refusée, parce qu'elle entraînait un ciblage sur certains emplois et que les crédits correspondants étaient attribués sous forme de prime exceptionnelle bénéficiant à tous.

[4] CE, *Perspectives pour la fonction publique*, op. cit., p. 256.

d'augmenter le traitement de l'agent. Les mérites, pris en compte dans la notation[1], ne peuvent que ralentir ou accélérer le processus[2]. L'avancement d'échelon ne peut donc être indéfiniment refusé. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs rappelé que l'avancement régulier faisait partie des « *garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires* »[3]. A ce titre, il peut faire l'objet d'un recours de plein-contentieux[4]. L'avancement de grade est pour sa part un avancement au choix de la collectivité qui se traduit par l'accès à un emploi hiérarchiquement supérieur[5]. Il peut se faire suite à la réussite à un concours, par l'inscription au tableau annuel d'avancement suivant un examen professionnel devant un jury, ou après une évaluation du chef de service[6]. Cette dernière méthode ne permet que de passer au grade directement supérieur tandis que les deux premières permettent de sauter un ou plusieurs grades. Pour l'avancement sans examen, l'administration doit « *tenir à la disposition de la commission administrative paritaire*[7] *les éléments sur lesquels elle s'est fondée pour établir ses projets de tableau et de liste après avoir comparé les mérites respectifs des agents* »[8]. Ainsi, il n'est pas porté atteinte « *à la règle de l'égalité entre les agents d'un même corps dès lors que ceux-ci ont également vocation, en droit, à occuper les emplois permettant d'accéder au grade supérieur* »[9].

198. L'administration ne doit tenir compte que des seuls mérites[10] en comparant la manière de servir des agents[11] ainsi que leur aptitude à l'emploi demandé en cas d'avancement de grade[12]. Elle ne saurait, par exemple, refuser automatiquement l'inscription au tableau des

---

[1] Notations : art. 17, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, JORF du 14 juillet 1983 p. 2174.

[2] Art. 7, Décret n° 2010-972 du 28 juillet 2010, relatif aux conditions générales de l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de l'Etat, JORF n° 0174 du 30 juillet 2010.

[3] CE, Ass., 7 décembre 1962, « Fédération générale des fonctionnaires CGT-FO », Rec. Lebon p. 666 : principe de l'avancement régulier constitue une des « garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires » prévues à l'article 34 de la Constitution. Voir aussi, art. 78, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, préc.

[4] TA Nice, 10 décembre 2010, n° 0806028, « Roland », *AJFP*, 2011, p. 277 : refus de promotion pour motif étranger à la manière de servir.

[5] L'avancement au choix n'étant pas un droit, il faut démontrer la perte de chance (TA Nice, 10 décembre 2010, « Roland », préc.) et/ou le préjudice moral (CAA Nancy, 6 janvier 2011, n° 09NC01168, « Olivier A. », *AJFP*, 2001, p. 208)

[6] Art. 79, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, préc.

[7] Celle-ci se prononce par un avis consultatif (CE, 2 avril 1954, « Vernot », Rec. p. 820) en formation restreinte qui exclut les membres de grades ou échelons inférieurs pour éviter les conflits d'intérêt et garantir l'impartialité (cf. CE, 7 février 1979, « Hoville », Rec. Lebon p. 45 ; CE, 27 septembre 2000, « M. Fabre », *AJFP*, 2001-3, p. 21, comm. J. MEKHANTAR).

[8] CE, 27 avril 2011, req n° 304987, « Commune de la Ciotat », *AJDP*, 2011, p. 325.

[9] CE, 7 mai 1980, « Ville de Paris », Rec. p. 137.

[10] La valeur des mérites des titulaires d'un mandat syndical ne pouvant être appréciée on leur applique le taux d'avancement moyen pour l'avancement d'échelon. Pour l'avancement de grade, la solution s'avère délicate dès lors qu'il ne peut être attribué de manière automatique ; cf. TA Paris, 12 avril 2012, req. n° 1016856, « Masquelet », *AJFP*, 2013, p. 27 ; cf. CE, 29 octobre 2012, req. n° 347259, « Commune d'Aix-en-Provence », *AJDA*, 2012, p. 2087.

[11] CE, 27 septembre 2006, req n° 278776, « Ville de Dijon c. Blain », *AJFP*, 2007, p. 16.

[12] CE, 31 mai 1961, « Souverain », T. p. 1071 : caractère particulier des fonctions demandées.

agents ayant subi des sanctions disciplinaires[1] ou favoriser les anciens de l'ENA de manière systématique sans que ce critère ne soit explicité[2]. En revanche, si les critères utilisés dans le tableau sont valables[3], le principe d'égalité ne peut pas être invoqué à l'égard d'une décision individuelle de refus d'avancement[4]. Les mérites font l'objet d'une notation, longtemps critiquée[5], qui est progressivement remplacée par des entretiens d'évaluation[6]. L'agent peut désormais faire un recours, dans les deux mois[7], contre son évaluation. S'il peut soulever le détournement de pouvoir[8] ou l'erreur manifeste d'appréciation[9], l'erreur de droit[10] est le moyen le mieux reçu par les juges puisqu'il n'oblige pas à déterminer la véritable intention de l'administration, ni à se substituer à son appréciation.

---

[1] TA Orléans, 4 mars 2010, n° 0704535, « Syndicat FO du personnel de la ville de Luynes », *AJFP*, 2010, p. 304 ; TA Lille, 26 avril 2001, « M. Ruther c. Commune de Maubeuge », *AJFP*, 2001-6, p. 23, et 2002-2, p. 32 : la discipline ne peut pas résumer, à elle seule, la valeur professionnelle ; TA Chalons, 25 septembre 2001, « M. Houin c. OPAC de Chalons-en-Champagne », *AJFP*, 2002-2, p. 30 : possibilité de tenir compte des difficultés relationnelles avec son chef de service, mais ces difficultés ne doivent pas constituer l'unique motif de la décision. Le juge administratif applique un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

[2] CE, 25 octobre 1996, « Mme Alba e. a. », *AJFP*, 1997, p. 27, concl. R. SCHWARTZ, p. 25 et comm. P. BOUTELET, *AJFP*, 1997, p. 28. Pierre BOUTELET estime ici que « *la norme de substitution au principe d'égalité de traitement des membres d'un même corps est l'égale admissibilité des citoyens à toutes dignités, places et emplois publics, telle qu'elle est mise en œuvre, à l'égard des fonctionnaires, par l'article 15 du décret du 14 février 1959* » ; cf. ibid. Le juge administratif interdit aussi aux collectivités ultramarines de tenir compte défavorablement, pour l'élaboration du tableau d'avancement préparatoire, de l'origine métropolitaine des agents ; cf. CAA Bordeaux, 24 mai 2005, n° 02BX00370, « Jean-Pierre X. ».

[3] TA Rennes, 30 juin 1999, « M. François Morvan », *AJFP*, 2000-2, p. 22 ; CE, 12 décembre 2008, Service départemental d'incendie et de secours de la Meuse », n° 297183, *AJFP*, 2009, p. 77, voir, P. LAGRANGE, « Les critères de notation face au principe d'égalité entre fonctionnaire appartenant à un même cadre d'emplois », note sous cet arrêt, *AJDA*, 2009, p. 940.

[4] CE, 15 janvier 1992, req n° 98498, « Devos ». Toutefois, il est possible d'invoquer l'illégalité de la notation d'un collègue pour faire annuler le tableau d'avancement ; cf. CAA, 15 mai 2001, Mme Werl, *AJFP*, 2002-2, p. 53. Caractère indivisible du tableau ; cf. CE, 27 avril 2011, M. Rouzet, req n° 326936, *AJDA*, 2011, p. 2139, note J.-M. STAUB.

[5] J.-C. SAVIGNAC, « Administration moderne et notation des fonctionnaires », *AJDA*, 1977, p. 591 ; S. VALLEMONT, *La notation des agents dans les trois fonctions publiques*, Berger-Levrault, 1997, pp. 68 et s.

[6] Loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 sur le dialogue social ayant prorogé cette expérimentation jusqu'en 2012. Son bilan positif a conduit à prolonger l'expérimentation en 2013 et 2014 en vue d'une généralisation en 2015 (cf. *AJDA*, 2013, p. 603). Application de l'expérimentation avec l'adoption des décrets d'application ; cf. TA Amiens, 18 décembre 2012, n° 1001456, « Syndicat CGT des fonctionnaires territoriaux de Saint-Quentin, e. a. », *AJDA*, 2013, p. 723.

[7] A l'expiration du délai de recours, il n'est plus possible d'exciper de son illégalité (CE, 18 mai 1979, « Menonville », Rec. p. 634) mais un recours hiérarchique reste possible (CE, 5 mai 1972, « Simi », Rec. p. 347).

[8] CE, Sect., 23 novembre 1962, « Camara », Rec. p. 627.

[9] CAA Nancy, 14 octobre 2004, « Weissgerber », JCPA, 2004, 1775, note D. JEAN-PIERRE : illégalité de la note de 18/20 alors que l'appréciation qui l'accompagne est très mauvaise. Sauf pour les jurys d'examen : CE, 3 novembre 1982, « Goure », *RDP*, 1983, p. 1111.

[10] CAA, Paris, 11 juillet 2001, n° 99PA00326, « Commune de Saint-Denis c. Godec » : illégalité d'un système de notation ne comprenant que 3 notes (10, 14 et 18) qui constitue un bare trop rigide pour évaluer réellement les mérites de l'agent.

b) La rémunération

199. Après l'avancement, ce sont les règles relatives à la rémunération qui uniformisent les statuts des fonctionnaires.

200. C'est le cas particulièrement de la rémunération principale[1], à caractère statutaire, fixée « *en fonction du grade de l'agent et de l'échelon auquel il est parvenu* »[2], qui place l'agent sur une grille indiciaire. Le classement d'un cadre d'emplois[3] sur la grille indiciaire dépend principalement de la catégorie – A, B ou C – à laquelle il appartient[4]. Ce classement s'effectue à titre principal eu égard au niveau de leur recrutement, puis subsidiairement en tenant compte de la nature des fonctions exercées[5], même si la jurisprudence récente les place sur le même niveau[6]. L'existence de la grille indiciaire constitue à l'évidence une garantie de l'homogénéité de la fonction publique[7]. Cependant, à l'occasion de la constitution de nouveaux cadres d'emplois ou de l'intégration d'agents de l'Etat dans la fonction publique territoriale, la question du classement indiciaire s'est posée. Tout d'abord, le Conseil d'Etat considère la différence de classement indiciaire justifiée au regard de la situation des anciens agents de l'Etat[8]. Puis, en 1996, le Conseil d'Etat sanctionne, en ce qu'elles sont contraires au principe d'égalité de traitement des fonctionnaires d'un même cadre, les décisions de classement plus

---

[1] Sur la problématique générale du traitement des similitudes et différences en matière de rémunération, J.-M. DUFAU, « Les rémunérations principales dans la fonction publique. Problématique générale », *RFAP*, 1983, p. 769.

[2] Art. 20, al 1er et 2, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc.

[3] Art. 87, Loi n° 84-53 du 2 janvier 1984, préc.

[4] CE, 18 janvier 1993, « Association nationale pour les ingénieurs techniciens au ministère de la Défense », T. p. 831 : n'est pas contraire au principe d'égalité le classement en catégorie B des corps de techniciens supérieurs du ministère de la Défense.

[5] CE, 12 décembre 1969, « Association interministérielle des secrétaires administratifs », T. p. 858, *AJDA*, 1970, p. 308.

[6] CE, 12 juillet 1995, « Syndicat national des puéricultrices diplômées d'Etat », T. p. 848.

[7] A cette fin, le statut issu de la loi de 1946 unifie dans une seule grille les régimes appliqués aux corps de l'Etat qui en comprenait plus de quatre cents (art. 13, Loi du 19 octobre 1946). Il revient au gouvernement de déterminer la parité entre les différents corps, selon des considérations de pure opportunité qui peuvent s'écarter de la logique d'équivalence des fonctions. Cf. CE, 20 avril 1951, « Bernhard », Rec. p. 207 ; CE, Ass., 10 octobre 1958, « Neuzil et Roche », Rec. p. 479.

[8] CE, 5 juillet 2010, req n° 325620, « Syndicat national FO des personnels techniques d'ateliers et de travaux de l'Etat et des collectivités territoriales » : la différence de classement indiciaire dans un cadre d'emplois entre agents territoriaux et anciens agents de l'Etat nouvellement intégrés « *trouve son origine dans une différence de situation indiciaire dans les emplois occupés avant l'intégration* ». Voir aussi, CE, Ass., 27 octobre 1989, « Fédération CGT des services publics », Rec. p. 210, *RFDA*, 1990, p. 47, concl. De GUILLENSCHMIDT, *AJDA*, 1990, p. 57, note N. B. ; CE, 12 février 1992, req. n° 99839, « Fédération CGT Services publics » : « *des agents qui occupaient avant l'intégration des emplois semblables avec la même ancienneté mais un indice de rémunération différent se trouvent reclassés avec une ancienneté différente dans le cadre d'emplois où ils sont intégrés, cette différence de traitement a son origine dans une différence de situation indiciaire dans les emplois occupés avant l'intégration* ».

favorables d'agents dotés d'une ancienneté moindre que d'autres agents antérieurement titulaires du même grade et du même emploi[1].

201. Pour faire davantage correspondre la rémunération à la réalité des fonctions exercées, le gouvernement a mis en place la « *nouvelle bonification indiciaire* »[2] qui récompense les emplois à responsabilité ou d'une technicité particulières. Le Conseil d'Etat y voit une « *dérogation au principe d'égalité de traitement des fonctionnaires […] justifiée par l'existence de conditions différentes d'exercice des fonctions* »[3].

202. Il convient d'ajouter à cette rémunération principale, les primes perçues qui ne tiennent compte que de la situation réelle de chaque agent et des services effectués. Elles ne sont donc pas des avantages statutaires mais dépendent de la collectivité, qui doit, là encore, respecter le principe d'égalité entre les agents[4].

203. Parce qu'ils sont définis par la loi, Alexis ZARCA constate que les critères d'avancement ou de rémunérations « *échappent pour l'essentiel au contrôle d'égalité* »[5]. La nouvelle bonification indiciaire ou les primes permettent de rapprocher la carrière de l'emploi. Toutefois, le principe demeure celui d'une fonction publique statutaire, à la carrière prédéterminée, sans qu'il y ait de vraies différenciations selon la manière de servir. Selon le Conseil d'Etat, « *cet esprit égalitariste pèse beaucoup plus qu'on pourrait le penser, non seulement sur le fonctionnement de l'administration par démotivation et démobilisation,*

---

[1] CE, 10 mai 1996, « Ville d'Evreux », Rec. p. 163.

[2] Art. 27, Loi n° 91-73 du 18 janvier 1991, préc.

[3] CE, 2 mai 1994, « M. Volat », Rec. Lebon p. 221 ; CE, 30 décembre 1998, n° 194165, « M. Papadacci ». Pour ce qui concerne la « NBI-Ville » attribuée à certains agents exerçant dans les quartiers prioritaires de la politique de la ville, le Conseil d'Etat considère que ce dispositif non seulement ne méconnait pas le principe d'égalité entre agents d'un même cadre d'emplois (cf. CE, 9 mai 2001, « Gloriod », *JCP Générale*, 2001, I, 344, obs. E. AUDIN : il s'agit d'assurer une meilleure répartition des effectifs sur le territoire en fonction des besoins de la population et des nécessités de services. Voir aussi, CE, 11 juillet 2001, n° 220062 et 220108, « Syndicat départemental CFDT DDE Gard », JurisData n° 2001-062615 ; Rec. p. 339) mais doit aussi s'appliquer de manière identique aux agents de cadres d'emplois différents exerçant les mêmes tâches dans les mêmes quartiers (cf. CE, Sect., 9 février 2005, n° 229547, « Syndicat national unitaire et indépendant des officiers de police » ; *AJDA*, 2005, p. 1238 ; comm. E. AUBIN, *AJDA*, 2005, p. 1238, « Les avantages de carrière des fonctionnaires, les quartiers urbains difficiles et le principe d'égalité »). Ainsi, dans le cadre de la « NBI-Ville », l'égalité des agents s'apprécie au regard des fonctions et non du cadre d'emplois (cf. CAA Douai, 7 juin 2005, n° 03DA00369, « Commune Boulogne-sur-Mer »).

[4] Voir not., K. DOUEDAR, « Les modulations de la rémunération dans la fonction publique territoriale », *Cahiers de la fonction publique*, janvier 2005, p. 10. Certains auteurs proposent de simplifier le système avec deux types de rémunération : statutaire et fonctionnelle. Il s'agit d'homogénéiser la première avec un avancement par échelon et de rendre variable la seconde sur la base du mérite ; cf. J.-L SILICANI, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p. 143.

[5] A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruylant, 2014, p. 334. Voir aussi, M. DRAN, « La rémunération principale : le traitement des fonctionnaires », *AJFP*, 1998-4, p. 4 : « *si le service est accompli, l'agent a droit à son traitement. Les traitements sont déterminés en fonction soit du niveau d'emploi, soit du grade des agents dans la hiérarchie administrative, c'est-à-dire du niveau hiérarchique des emplois et des grades. Ainsi, se trouve consacré le principe d'égalité : tous les agents placés dans la même situation doivent recevoir la même rémunération* ».

individuelle et collective, des agents, mais aussi sur son organisation, car l'égalitarisme a partie liée avec la centralisation et se trouve à l'origine du refus de la déconcentration de la gestion par de nombreux agents et certaines de leurs organisations syndicales »[1]. Il est vrai qu'en la matière, la Haute juridiction a toujours cherché à réduire la portée du principe d'égalité en le cloisonnant à l'intérieur des cadres d'emplois[2]. Face à cette jurisprudence *a minima*, le législateur est intervenu pour homogénéiser les situations entre les agents des différentes fonctions publiques dans le but assumé de rendre la fonction publique territoriale plus attrayante.

B) L'égalité entre les agents publics

204. En plus de devoir respecter l'égalité au sein d'un même cadre d'emplois, les collectivités territoriales sont aussi obligées par le législateur de respecter une forme d'égalité entre les agents publics, quel que soit leur statut. Elle se traduit d'abord par une obligation de parité entre les fonctionnaires territoriaux et les fonctionnaires de l'Etat qui bénéficie principalement à la fonction publique d'Etat (1). Le législateur a ensuite cherché à réduire les différences entre les agents contractuels et les agents titulaires à travers une politique de lutte contre la précarisation de la fonction publique (2). En la matière, la jurisprudence du Conseil d'Etat est demeurée en retrait du mouvement d'égalisation car il lui est impossible de pouvoir comparer la situation d'un agent titulaire avec celle d'un contractuel. Car leurs situations sont objectivement – ici statutairement – différentes, le principe d'égalité ne peut leur être appliqué.

1) La parité avec la fonction publique d'Etat

205. Au moment de l'adoption des statuts de 1984, la volonté du législateur était d'uniformiser l'ensemble des fonctions publiques, en particulier les fonctions publiques territoriale et d'Etat, en les plaçant au même niveau. « *La comparabilité synonyme d'égalité de traitement répondait à une revendication fortement ancrée de la fonction publique locale, celle d'une égale dignité, d'une égale reconnaissance statutaire et pécuniaire par rapport à la fonction publique de l'Etat* »[3]. L'idée de parité, entendue au sens large comme une équivalence

[1] CE, *Perspectives pour la fonction publique*, Rapport public, n° 54, La documentation française, 2003, p. 257.
[2] J.-P. CARTON, « Le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires », *AJFP*, mars-avril 2002, p. 4.
[3] O. SCHRAMECK, *La fonction publique territoriale*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995, p. 21

dans la valeur accordée à chaque fonction publique, est apparue comme un moyen d'assurer l'unité de la fonction publique[1] en facilitant la mobilité entre les fonctions publiques[2]. Au sens strict, telle qu'elle est appliquée par le Conseil d'Etat, la parité se concrétise sur le plan pécuniaire par l'impossibilité de rémunérer les agents publics locaux davantage que leurs homologues de la fonction publique d'Etat.

206. **La parité pour faciliter la mobilité entre les fonctions publiques.** Dès l'article 7 de la loi du 26 janvier 1984, il est indiqué que si « *les fonctionnaires territoriaux ont vocation à occuper les emplois de la fonction publique territoriale* » l'alinéa 2 ajoute que « *dans les conditions prévues à l'article 14 du titre Ier du statut général, tout fonctionnaire territorial peut accéder à un corps ou occuper un emploi relevant des administrations ou établissements publics de l'Etat* ». L'article 14 du statut général fait de la mobilité entre les trois fonctions publiques une « *des garanties fondamentales* » de la carrière de tout agent. « *Il s'agit là*, pour le Conseil d'Etat, *d'une option forte pour un système d'ensemble appelé à être structuré et à évoluer de façon homogène* »[3].

207. L'accès peut se faire par détachement suivi le cas échéant d'une intégration, par intégration directe, par concours interne ou de tour extérieur, ou par mise à disposition. L'alinéa 2 de l'article 13 *bis* fixe les conditions du détachement et de l'intégration directe qui doivent s'effectuer « *entre corps et cadres d'emplois appartenant à la même catégorie et de niveau comparable apprécié au regard des conditions de recrutement ou du niveau des missions prévues par les statuts particuliers* ».

208. Si l'exercice des fonctions dans le corps ou le cadre d'emplois d'accueil nécessite la détention d'un diplôme ou d'un titre « *l'accès à ces fonctions est subordonné à la détention de ce titre ou de ce diplôme* »[4]. Pour faciliter cette mobilité l'article 13 alinéa 3 du statut général dispose même qu'il est possible pour le pouvoir réglementaire de créer, pour les corps et cadre d'emplois relevant de la même catégorie, des dispositions statutaires communes et notamment prévoir la possibilité de pourvoir aux emplois vacants, des corps ou cadre d'emplois concernés, par voie de nomination ou de promotions. Lorsque la parité est ainsi expressément prévue,

---

[1] B. FAURE, « Le régime indemnitaire de la fonction publique territoriale. A propos du pouvoir réglementaire local », *RFDA*, 1994, p. 773 : « *dès l'instant où ce nouveau partage des compétences risquait d'entraîner des effets néfastes sur l'égalité entre l'ensemble des fonctionnaires, le gouvernement s'estimait fondé à intervenir pour protéger l'unité menacée de la fonction publique* ».

[2] Alexis ZARCA voit dans le principe de parité « *un des vecteurs de la modernisation de la fonction publique en tant qu'il favorise la mobilité des agents promue par les lois du 2 février 2007 et du 3 août 2009* » ; cf. A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, op. cit., p. 387. Voir aussi, CE, 08 avril 2009, n° 315227, « ADILVA », Inédit.

[3] CE, *Perspectives pour la fonction publique*, op. cit., p. 235

[4] Art. 13 *bis*, al. 5, Loi n° 83-634 du 13 janvier 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, JORF du 14 juillet 1983 p. 2174.

chaque modification intervenant pour l'un des corps ou cadre d'emplois doit être répercutée sur l'ensemble des régimes concernés dans un délai raisonnable[1].

209. **La parité pour limiter la rémunération des agents locaux.** Si les voies de la mobilité sont ouvertes, le phénomène n'est pourtant pas visible. Il semble, en effet, que les mouvements ne soient pas nombreux entre les fonctions publiques, notamment dans le sens des départs de l'administration d'Etat vers la fonction publique territoriale. L'explication tient peut-être dans l'article 88 de loi du 26 janvier 1984 qui contraint « *les organes délibérants des collectivités territoriales et de leurs établissements publics [à fixer] les régimes indemnitaires, dans la limite de ceux dont bénéficient les différents services de l'Etat* »[2]. Pourtant, l'ancien article 15 du statut, dans sa version d'origine, proposait une définition différente de la parité des rémunérations en disposant que « *les fonctionnaires appartenant à des corps comparables de la fonction publique de l'Etat et de la fonction publique territoriale bénéficient de rémunérations identiques* ». Abandonnée par la loi n° 87-529 du 13 juillet 1987, cette mention a fait place aux anciennes dispositions de la loi du 31 décembre 1937 interdisant les communes à allouer des rémunérations supérieures celles des agents de l'Etat pour des fonctions équivalentes[3].

210. C'est dans ce cadre que le Conseil d'Etat a fait appliquer le principe de parité « *comme mécanisme régulateur pour éviter un dérapage des rémunérations et avantages accessoires dans la fonction publique territoriale par rapport à l'État* »[4], autant pour les fonctionnaires titulaires que pour les agents contractuels[5]. Il exerce un contrôle de l'erreur manifeste

---

[1] CE, 15 novembre 2002, req. n° 239294, « Syndicat des personnels de l'expansion économique ». Dans la même logique, « *toute modification du traitement de base doit s'appliquer uniformément à tous les fonctionnaires régis par la loi du 19 octobre 1946 et prendre effet à une date unique* » ; cf. CE, Ass., 10 octobre 1958, « Neuzil et Roche », préc.

[2] Il ajoute que « *lorsque les services de l'Etat servant de référence bénéficient d'une indemnité servie en deux parts, l'organe délibérant détermine les plafonds applicables à chacune de ces parts et en fixe les critères, sans que la somme des deux parts dépasse le plafond global des primes octroyées aux agents de l'Etat* » ; art. 88, al. 1er, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, préc. Voir aussi, art. 31, Loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 pour les TOM et la Nouvelle-Calédonie ; TA Nouméa, 24 juin 1999, « Etat », *AJFP*, 2000-1, p. 22 comm. J. MEKHANTAR. Voir aussi, Art. 1er, Décret n° 91-875 du 6 septembre 1991 : « *le régime indemnitaire fixé pour les différentes catégories de fonctionnaires territoriaux ne doit pas être plus favorable que celui dont bénéficient les fonctionnaires de l'Etat exerçant des fonctions équivalentes* ».

[3] Art. L. 413-7, Loi du 31 décembre 1937, JORF du 1 janvier 1938, p. 4 : « *les rémunérations allouées par les communes à leurs agents ne peuvent en aucun cas dépasser celle que l'Etat attribue à ses fonctionnaires remplissant des fonctions équivalentes* ». L'absence de réaction à cette modification s'explique par le fait que la mise en place des cadres d'emplois s'est faite sur la base d'équivalences indiciaires plutôt favorables aux fonctionnaires territoriaux ; cf. O. SCHRAMECK, *La fonction publique territoriale*, op. cit., p. 85.

[4] CE, *Perspectives pour la fonction publique*, op. cit., p. 235.

[5] CE, 28 juillet 1995, « Delisle », Rec. p. 328 ; CE, 29 décembre 2000, « Région Nord-Pas-de-Calais », req n° 171377.

d'appréciation sur les équivalences proposées par les collectivités territoriales[1] sans pour autant avoir à se référer directement à la grilles d'emploi étatique[2], que ce soit pour le traitement[3] ou pour les compléments de rémunérations[4]. Il n'hésite pas à annuler un complément de rémunération attribué aux fonctionnaires territoriaux alors qu'il n'existe pas dans la fonction publique d'Etat[5], ou selon des modalités moins avantageuses[6], même s'il peut paraître dérisoire[7]. L'équivalence doit ainsi tenir compte de la réalité des fonctions[8], mais aussi du corps d'appartenance des fonctionnaires pris pour référence[9]. Le principe de parité, élevé au rang de principe général du droit par le Conseil d'Etat[10], apparaît donc comme un frein pour les collectivités territoriales, contraintes de ne pas accorder trop d'avantages à leurs agents[11]. S'il forme une garantie contre les dérapages des collectivités[12], il ne donne pas droit à un traitement

---

[1] CE, 15 avril 1970, « Minier e. a. », Rec. p. 250. Lorsqu'il n'y a pas d'équivalent dans la fonction publique d'Etat, le pouvoir local est compétent pour fixer le régime indemnitaire relatif aux fonctions concernées ; voir CAA Marseille, 9 décembre 2008, « Préfet de la région PACA, Préfet des Bouches-du-Rhône c. Communauté urbaine de Marseille Provence Métropole », *AJFP*, 2009, p. 82.

[2] CE, 29 décembre 1989, « département du Val-de-Marne », req n° 95739 : « *aucune disposition de la loi du 26 janvier 1984 ni aucun principe général du droit n'imposait au pouvoir réglementaire de faire, pour l'élaboration des statuts des différents cadres d'emplois, référence à des "grilles d'emploi étatique" afin d'assurer une parité alléguée entre la fonction publique d'Etat et la fonction publique territoriale* ».

[3] Le pouvoir central n'est pas compétent pour fixer le taux moyen des indemnités et rémunérations des agents de l'Etat. Il revient aux collectivités territoriales de le déterminer dans le respect des principes d'égalité et de parité ; voir, CE, 27 novembre 1992, « Fédération interco CFDT, e. a. », Rec. p. 426.

[4] CE, 2 octobre 1991, req n° 77060, « Grégoire e. a. ». A cet égard, la collectivité territoriale doit prouver la réelle équivalence des fonctions. La référence à la grille proposée par le décret ne suffit pas à faire présumer une telle équivalence ; voir, CAA Versailles, 14 décembre 2006, « Département du Val-d'Oise », *AJFP*, 2007, p. 84.

[5] CE, 13 janvier 1988, « Mutuelle générale des personnels des collectivités locales », Rec. p. 6, concl. M. ROUX.

[6] CAA Paris, 5 mars 2002, « Mme Deau », *AJFP*, 2002-6, p. 29 : annulation d'une prime versée de manière automatique pour les agents locaux alors qu'elle ne l'est que sur service rendu dans la fonction publique d'Etat.

[7] CE, 21 octobre 1994, « Département des Deux-Sèvres », T. p. 805 : annulation de l'augmentation d'une subvention pour les repas d'agents départementaux.

[8] CE, 8 avril 2009, req. n° 315227, « ADILVA ».

[9] CE, 1er octobre 2001, req. n° 211233, « Région Languedoc-Roussillon », *Revue général des collectivités territoriales*, 2001, p. 923, concl. F. SENERS : l'équivalence doit s'apprécier aussi en fonction des corps concernés et non pas uniquement au regard des fonctions exercées.

[10] CE, Ass., 2 décembre 1994, « Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, préfet du Nord » ; CE Ass., 2 décembre 1994, « Commune de Cuers », Rec. : la collectivité territoriale exerce son pouvoir conformément « *au principe de parité entre les agents relevant des diverses fonctions publiques dont s'inspire l'article 88 de la loi du 26 janvier 1984* ».

[11] Si la rémunération est le principal élément sur lequel s'applique le principe de parité, il s'étend aussi aux retraites (art 119-II, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, préc.) et aux conditions de travail (art. 7-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, issu de l'art. 21, Loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale, JORF n° 3 du 4 janvier 2001 p. 96 ; TA Rouen 27 mai 2002, « Préfet de la Seine-Maritime c. Commune de Petit-Quevilly », *AJFP*, 2002-5, p. 15) sans pour autant obliger le pouvoir réglementaire à « *prévoir des règles d'organisation du travail analogues dans les trois fonctions publiques* » (cf. CE, 30 juin 2006, req n° 243766, « fédération CFTC, e. a. »).

[12] Il apparaît même comme un contrepoids à cet autre aspect de la modernisation que constitue depuis le début des années 2000 l'objectif de différenciation des rémunérations, particulièrement en fonction de la performance ; voir A. FITTE-DUVAL, « Le Conseil d'Etat et la parité des rémunérations dans la fonction publique », *AJFP*, 2008, p. 13.

identique pour les agents locaux[1]. Cette limite témoigne des préoccupations contradictoires issues de l'élaboration des statuts : « *tout en affirmant la compétence des collectivités locales en la matière, il s'agissait de mettre l'exigence d'égalité entre fonctionnaires à l'abri des pouvoirs locaux* »[2]. Il convient toutefois de relativiser l'impact du principe de parité dès lors qu'il existe des possibilités pour la collectivité de maintenir les régimes dont bénéficiaient les agents antérieurement au décret de 1991[3] mais aussi d'utiliser des structures associatives pour recruter du personnel et ainsi contourner l'obligation de parité[4].

211. La parité apparaît davantage comme un principe propre à l'organisation de la fonction publique que comme un outil permettant de garantir l'égalité réelle de traitement de tous les agents. La logique paritaire invite le législateur à instaurer des conditions d'emploi homogènes à tous les agents. Or, le principe de parité ne s'appliquant pas entre les fonctionnaires titulaires et les agents contractuels[5], c'est au législateur de prévoir des mécanismes destinés à combler le fossé qui sépare leurs situations respectives. Pour cela, il a mis en place une politique visant à lutter contre le phénomène de précarisation de la fonction publique qui a vu se multiplier les recrutements d'agents contractuels.

2) La précarité des agents publics contractuels

212. L'emploi d'agents publics contractuels constitue une voie de recrutement dérogatoire, voire exceptionnelle si l'on s'en tient aux conditions qui lui sont rattachées. En effet, les articles

---

[1] CE, 27 avril 1994, req. n° 116043, « Association de défense des ingénieurs territoriaux » : prime de 40 % dans la fonction publique territoriale alors qu'elle peut s'élever jusqu'à 100% dans la fonction publique d'Etat ; CAA Bordeaux, 28 mai 2001, « Département des Pyrénées-Atlantiques », *AJFP*, 2001-6, p. 24, concl J.-L. REY : modulation de la prime dans la fonction publique territoriale alors qu'elle est attribuée de manière automatique dans la fonction publique d'Etat.

[2] B. FAURE, « Le régime indemnitaire de la fonction publique territoriale. A propos du pouvoir réglementaire local », *RFDA*, 1994, p. 770.

[3] Art. 70, Loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996, JORF n° 0293 du 17 décembre 1996 p. 18512 ; art. 60, Loi n° 98-546 du 2 juillet 1998, JORF n° 152 du 3 juillet 1998 p. 10127 : pérennise l'exception tirée de l'article 111 de la loi du 26 janvier 1984 sur le maintien des rémunérations accessoires (primes d'intéressements souvent forfaitaires, 13e voire 14e mois).

[4] B. JORION, « Le principe de parité entre les fonctions publiques, un principe peau de chagrin », *RFDA*, 1998, pp. 346-347

[5] Il existe toutefois des dispositions communes : Art. 7, Loi du 11 janvier 1984, il s'agit « *notamment, compte tenu de la spécificité des conditions d'emploi des agents non titulaires, des règles de protection sociale équivalentes à celle dont bénéficient les fonctionnaires, sauf en ce qui concerne les régimes d'assurance malade et d'assurance vieillesse* » ; art. 1er, décret 85-1148 du 24 octobre 1985 applicable aux trois fonctions publiques ; art. 136, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, les agents non titulaires de la fonction publique territoriale « *sont régis notamment par les mêmes dispositions que celles auxquelles sont soumis les fonctionnaires en application des articles… 20, premier et deuxième alinéa, du titre 1er du Statut général des fonctionnaires* ». Si la collectivité territoriale décide d'aligner la rémunération d'un agent sur un indice de titulaire, la revalorisation de la grille bénéficie aussi à l'agent non titulaire.

3, 3-1, 3-2 et 3-3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 autorisent, – par dérogation à l'article 3 du statut général imposant de recourir aux titulaires pour occuper un emploi permanent – les collectivités territoriales à faire appel à des agents non titulaires pour une durée limitée, afin de répondre notamment à une vacance momentanée d'emplois, un besoin saisonnier, ou pour exercer de fonctions exigeant des compétences techniques particulières. En pratique, ces voies de recours sont largement utilisées pour répondre à des besoins permanents. Elles sont donc à l'origine d'une précarisation exponentielle de la fonction publique territoriale à laquelle le législateur tente de répondre en facilitant l'accès à la titularisation ou au contrat à durée indéterminée (CDI) de droit public. En la matière, pour reprendre les mots de Fabrice MELLERAY, « *sécurisation rime […] avec plus de fonctionnaires et moins de contractuels à durée déterminée* »[1].

213. **La titularisation.** La titularisation des agents contractuels peut s'opérer soit par la voie du concours soit par l'intégration directe dans un cadre d'emplois. Concernant le concours, tout agent contractuel peut s'inscrire aux concours dits « externes » accessibles à tous les candidats admissibles, qu'ils soient en poste au sein de l'administration ou en dehors de l'administration. Pour faciliter l'intégration des agents contractuels, le législateur a prévu des concours dits « internes », accessibles uniquement aux agents déjà employés par l'administration à condition d'y figurer depuis un certain nombre d'années. Pour l'intégration directe, celle-ci est autorisée par les plans de résorption de l'emploi précaire dans la fonction publique. La dernière loi en la matière remonte au 12 mars 2012. Avant elle, on a pu dénombrer jusqu'à dix-sept[2] plans de titularisation dont le « *motif inavoué, mais incontestable, [est] de protéger l'édifice statutaire et les équilibres internes de la fonction publique* »[3]. L'agent contractuel est alors un fonctionnaire « *en puissance* »[4] dont « *l'existence même […] est perçue comme une anomalie* »[5] à traiter. La loi de 2012 emprunte les mêmes recettes que celles déjà utilisées dans

[1] F. MELLERAY, « La sécurisation des parcours professionnels des agents contractuels de la fonction publique », *AJDA*, 2012, p. 1095 et s.

[2] Selon le rapport du Conseil d'Etat, *Rapport public 2012*, La documentation française, 2012, p. 256. Il constitue le seizie plan selon l'étude d'impact du projet de loi (p. 8) et le quinzie suivant la rapporteuse du texte au sénat ; cf. C. TASCA, *Sur le projet de loi relatif à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique*, Rapport n° 260, déposé le 17 janvier 2012, p. 165-166.

[3] F. MELLERAY, « La sécurisation des parcours professionnels des agents contractuels de la fonction publique », art. cit.

[4] M. POCHARD, « Les agents contractuels ou la mauvaise conscience de la fonction publique », *Cahiers de la fonction publique*, juin 2012. 3 et s., spéc. p. 5.

[5] D. RUZIE, « Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français. Etude comparative de leur condition juridique », *LGDJ*, 1960, p. 37.

les plans précédents[1]. Valable pour une durée limitée, ces plans offrent la possibilité à certaines catégories d'agents contractuels d'être titularisés dans le cadre d'emplois dont ils occupent les fonctions[2] s'ils répondent à certaines conditions comme : la durée d'ancienneté, le type de contrat – contrat à durée déterminée (CDD) ou CDI – dont ils bénéficient[3], le fait d'occuper un emploi permanent ou encore la détention de diplôme ou de titre ou d'une équivalence en terme d'expérience professionnelle[4].

214. L'autorité territoriale jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour intégrer les agents éligibles[5] auquel le juge applique un contrôle de l'existence matérielle des faits, de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'erreur de droit et du détournement de pouvoir[6]. L'annulation de la décision de refus ne donne pas droit à titularisation[7] mais uniquement au réexamen de la demande. Quant au retrait d'une décision de titularisation, considérée comme une décision créatrice de droit, celui-ci est strictement encadré[8]. La nomination se fait dans les conditions propres au statut du cadre d'emplois concerné (obligation de stage, de formation initiale) et le classement sur la grille indiciaire tient normalement compte de l'ancienneté dans les services accomplis. Cette prise en compte n'est toutefois pas garantie dans tous les dispositifs – elle peut être totale, partielle ou inexistante – de sorte que l'effet de la titularisation peut parfois entraîner une baisse de la rémunération ; sur ces conditions d'intégration de l'agent, le juge administratif effectue un contrôle entier[9].

215. **La « CDIsation ».** L'autre facette de la résorption de la précarité se matérialise par l'amplification du recours au CDI de droit public. Le CDI a longtemps constitué une dérogation[10] en matière de recrutement par voie contractuelle afin de ne pas « *affaiblir le cadre*

---

[1] Plan « Le Pors », loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, préc. ; Loi « Perben » n° 96-1093 du 16 décembre 1996 relative à l'emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d'ordre statutaire, JORF n° 0293 du 17 décembre 1996 p. 18512 ; Loi « Sapin », n° 2001-2 du 3 janvier 2001, préc.

[2] L'intégration ne peut se faire que dans un cadre d'emplois correspondant aux fonctions occupées ; voir, CE 21 septembre 1992, req. n° 91391, « Département des Yvelines » ; CE, 31 juillet 1996, req. n° 124887, « Commune de Baillif ».

[3] Loi « Sapin », n° 2001-2 du 3 janvier 2001, préc. ; Loi « Sauvadet » n° 2012-347 du 12 mars 2012, préc.

[4] Par ex, Loi Sapin.

[5] CE, 19 octobre 1979, req. n° 09922, « Ville de Marseille », T. p. 784 ; CE, 3 avril 1992, « Ville de Lille et Lebrun », req. n° 108157 et 108268, T. p. 765 ; CE, 3 avril 1992, req. n° 107879, « Cassini », T. p. 765.

[6] TA Paris 20 décembre 1990, « Pérez », T. p. 826 ; CE, 3 avril 1992, « Ville de Lille et Lebrun », préc. ; CE, 3 avril 1992, « Cassini », préc.

[7] CAA Bordeaux, 24 août 2004, « Corinne X », req. n° 00BX01357, *JCP Adm.*, 2004, p. 1751, note P. TIFINE.

[8] Il faut une irrégularité dans la décision de titularisation et un retrait intervenu dans un délai de quatre mois maximum ; CE Ass., 26 octobre 2001, req. n° 1972018, « M. Ternon », Rec. Lebon p. 497, concl. SENERS.

[9] CE, 23 juin 1999, req. n° 178398, « Abitbol » ; CE, 23 juin 2004, « M. D. », req. n° 253594.

[10] En 2016, dans la fonction publique territoriale, ils ne seraient que 33,7 % des contractuels à être en CDI, alors que la moyenne des trois versants s'élève à 45,5 % ; cf. DGAFP, *Sur l'état de la fonction publique : Politiques et pratiques de ressources humaines. Faits et chiffres*, Rapport annuel, 2018, p. 89.

statutaire de la fonction publique »[1]. La première manifestation de la question a eu lieu avec la reprise des services publics administratifs par une collectivité territoriale[2]. Dans un premier temps, la jurisprudence a considéré qu'il n'y avait pas maintien des contrats de travail en cas de reprise d'une activité dans le cadre d'un service public administratif[3]. Sous l'impulsion du juge de l'Union européenne[4], suivi rapidement par la Cour de cassation[5], la jurisprudence[6] s'accorde désormais sur le maintien des contrats de droit privé en cas de reprise d'activité dans le cadre d'un service public administratif, libre à la collectivité, sauf dispositions législatives spécifiques[7], de leur proposer des contrats de droit public. Avec l'article 20 de la loi de 2005, la reprise des contrats se fait obligatoirement et sous un régime de droit public, y compris pour les contrats à durée indéterminée.

216. La résorption de l'emploi précaire passe aussi nécessairement par une réduction des CDD en les transformant en CDI. La loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 a commencé à limiter la possibilité de recourir indéfiniment à des CDD en imposant le recours au CDI dans certaines hypothèses. C'est le cas notamment lorsque la succession des CDD dépasse six années au sein de la même structure. La loi de 2012 autorise que cette période soit prise en compte de manière discontinue[8]. L'autorité territoriale qui souhaite prolonger la mission de son agent au-delà de ces six années ne pourra le faire qu'en proposant un CDI[9]. Des dispositions spécifiques sont aussi appliquées aux agents âgés de plus de cinquante ans[10]. La mesure est néanmoins limitée aux agents contractuels occupant un emploi permanent ; elle exclut donc les agents recrutés

---

[1] C. TASCA, *Sur le projet de loi relatif à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique*, Rapport n° 260, préc., p. 17.

[2] Voir not., D. KRUST, « La résorption de l'emploi précaire », *Encyclopédie Dalloz Collectivités locles*, 2007, n° 56-88, pp. 10732/15-10732/25.

[3] Dans son état antérieur, la jurisprudence considérait que la reprise d'une activité par une personne publique sous la forme d'un service public à caractère administratif n'emportait pas continuation de la même entreprise mais cessation de celle-ci ; cf. Cass. Soc., 7 février 1980, n° 78-41.168, « Andrieu e. a. », Bull. civ. V, n° 115. Voir aussi, Cass. Soc., 7 octobre 1992, n° 89-45.712, « Commune de Soulac », Bull. civ. V, n° 499.

[4] CJCE, 26 septembre 2000, aff. C-175/99, « Mayeur », Rec. p. I-7755, concl. P. LEGER ; CJCE, 14 décembre 2000, aff. C-343-98, « Rénato Collino et Luisella Chiappero », Rec. p. I-6659, concl. F. ALBERT.

[5] Cass. Soc., 25 juin 2002, « AGS de Paris e. a. », *AJDA*, 2002, p. 695, note S. PUGEAULT.

[6] Pour le Tribunal des conflits ; TC, 19 janvier 2004, n° 3393, « Devun », Rec. Lebon p. 509 ; TC, 21 juin 2004, n° 3415, « Commune de Saint-Léger-sur-Roanne », *AJDA*, 2004, p. 2061, note J. MARTIN.

[7] Plusieurs lois sont intervenues ponctuellement pour régler le sort de ces transferts ; voir par ex., art. 63, Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, JORF n° 160 du 13 juillet 1999 p. 10361, aujourd'hui abrogé (art. 21, Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, JORF n° 173 du 27 juillet 2005 p. 12183).

[8] Art. 41, Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012, préc.

[9] Art. 15, I, Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005, préc.

[10] Art. 15, II., Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005, préc. Ils peuvent avoir effectué leurs six années au sein de différentes structures.

pour un besoin occasionnel. La loi de 2012 leur ouvre cette possibilité[1] avec une dérogation pour les agents âgés de plus de cinquante-cinq ans[2]. Elle opère également une réécriture des dispositions législatives afin d'encadrer le recours aux CDD aux articles 3, 3-1, 3-2 et 3-3 de la loi du 26 janvier 1984. Delphine KRUST a constaté l'échec de cette politique en 2007[3]. La loi de 2012 ne semble pas avoir engendré une résorption massive de la précarité des agents contractuels[4] de la fonction publique territoriale[5]. Toutefois, malgré des résultats en demi-teinte, le législateur a créé ici une forme de « *statut négocié pour les non titulaires* »[6] qui contribue, au moins sur le plan juridique, à l'unité de la fonction publique[7].

217. D'aucuns constatent alors que « *la libre administration des collectivités territoriales impose au législateur de davantage préciser le régime de cette fonction publique que celui de ses deux homologues* »[8]. Le Conseil d'Etat a longtemps œuvré pour réduire la rigidité de cette bureaucratie statutaire issue de l'organisation légale-rationnelle du modèle wébérien. Toutefois, il ne saurait s'opposer aux principes qui fondent ce modèle et qui créent les conditions de cette égalité formelle de traitement des fonctionnaires[9]. Max WEBER expliquait ce régime statutaire par le fait que « *"l'esprit" de la bureaucratie rationnelle s'exprime d'une façon générale par le formalisme, réclamé par tous ceux qui sont intéressés de quelque façon que ce soit à la sécurité des chances personnelles de vie – parce que, sinon l'arbitraire en résulterait et que le*

---

[1] Art. 21, Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012, préc. L'employeur public est tenu de proposer, à la date de publication de la loi, la transformation de leur CDD en CDI à des agents, notamment ceux recrutés pour assurer le remplacement momentané de fonctionnaires ou pour faire face temporairement à la vacance d'un emploi, dès lors qu'ils ont accompli auprès du même employeur public une durée de services effectifs au moins égale à six ans au cours des huit années précédant la publication de la loi.

[2] Art. 22, Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012, préc. Les plus de 55 ans n'ont à justifier que de trois années de services tandis que les autres doivent justifier de six ans de service.

[3] D. KRUST, « La résorption de l'emploi précaire », op. cit., n° 6, p. 10732-2 : « *ces mesures n'ont toutefois pas eu l'efficacité escomptée. Les causes et les effets de l'emploi précaire demeurent, malgré les plans successifs censés y mettre un terme* ».

[4] Entre 2006 et 2016, le taux de contractuels à plutôt augmenté en moyenne pour les trois versants de la fonction publique pour atteindre 17,6 %, excepté pour la fonction publique territoriale où il a décru passant de 20,4 à 18,9 % des effectifs. Au 31 décembre 2016, en effectifs physiques, on comptait 356 806 contractuels contre 1 469 265 fonctionnaires titulaires dans la fonction publique territoriale ; cf. Ministère de la fonction publique, *Faits et chiffres : fiches thématiques*, Rapport annuel 2018, 27 septembre 2018, site : www.fonction-publique.gouv.fr.

[5] Le Conseil supérieur de la fonction publique territoriale constatait en 2011 une extension de la précarité aux agents statutaires ; cf. CSFPT, *Sur la précarité dans la fonction publique territoriale*, Rapport, 16 mars 2011.

[6] P. LINGIBE, « Résorption de la précarité dans la fonction publique territoriale », *AJCT*, 2012, p. 164.

[7] L'unité « *veut que le régime applicable aux agents publics soit un, quelle que soit la branche dans laquelle l'agent sert et quel que soit son niveau hiérarchique* » ; cf. M. POCHARD, « Quel avenir pour la fonction publique ? », *AJDA*, 2000, p. 3.

[8] F. MELLERAY, « La sécurisation des parcours professionnels des agents contractuels de la fonction publique », art. cit.

[9] Dans le modèle wébérien, les fonctionnaires payés par des « *appointements fixes* », « *traitent leur fonction comme unique ou principale profession* » et « *voient s'ouvrir à eux une carrière, un "avancement" selon l'ancienneté, ou selon des prestations de service, ou encore selon les deux, avancement dépendant du jugement de leurs supérieurs* » ; cf. M. WEBER, *Economie et société*, tome 1, Paris, Plon, 1971, p. 226.

formalisme est la ligne de la moindre force »[1]. C'est donc par l'application stricte de la loi que l'égalité de traitement des usagers doit se manifester. Elle est aussi rendue possible par la neutralité intrinsèque de ce modèle d'administration, laquelle contribue, en garantissant l'absence de partialité voire, plus largement, de subjectivité, dans la prise de décision des collectivités territoriales, à minimiser le risque de discrimination.

Section 2: La neutralité des décisions des agents locaux

218. « *Corollaire* » du principe d'égalité[2], plus qu'un simple principe[3], la neutralité constitue, sous certains aspects, une valeur[4] intrinsèque à l'administration. Elle constitue alors une garantie de l'uniformité de l'administration locale à la fois dans sa dimension organique – l'apparence de la neutralité[5] – et dans sa dimension normative – la neutralité des décisions[6] – avec pour objectif d'assurer l'égalité de traitement des agents comme des administrés[7]. Pour

---

[1] Ibid., p. 231.

[2] Cons. const., 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, Loi relative à la liberté de communication, JORF Lois et Décrets, p. 11296. Voir aussi, CE, 4 août 1905, « Sieur Lespinasse c. Min. de la Guerre », Rec. Lebon pp. 757-759, concl. SAINT-PAUL.

[3] J. BOULAY et E. CAMBER-ROUGE, *La neutralité politique des collectivités territoriales. L'obligation institutionnelle de ne pas prendre parti*, éd. Berger-Levrault, coll. Les indispensables, 2016, p. 15, n° 3 : le principe de neutralité « *n'a pas encore été consacré formellement par le Conseil d'Etat, à l'inverse de certaines juridictions administratives de première instance et d'appel* ».

[4] Sous l'angle de la laïcité, la neutralité est une valeur fondamentale ; cf. Comité interministériel, *Égalité et citoyenneté, la République en actes*, Rapport, 6 mars 2015, p. 13, site : www.cohesion-territoire.gouv.fr : le Gouvernement a souhaité « *réaffirmer la laïcité comme une valeur fondamentale de la fonction publique* ». Sous l'angle de l'impartialité, on peut y voir un principe éthique ; cf. E. MITARD, « L'impartialité administrative », *AJDA*, 1999, p. 478 et s.

[5] Comité interministériel, *Égalité et citoyenneté, la République en actes*, op. cit. : « *le statut des fonctionnaires énonce clairement que la manifestation de ses croyances et convictions religieuses par un agent public dans le cadre du service public constitue un manquement à ses obligations* ».

[6] Ibid. : « *le statut consacrera également le principe de neutralité, qui impose à tout agent public de traiter à égalité tous les usagers, quelles que soient leurs convictions ou croyances, dans le cadre des lois de la République* ».

[7] Voir not., Charte des services publics du 18 mars 1992, in Ministère de la fonction publique et des réformes administratives, *La fonction publique de l'Etat*, Rapport annuel, La documentation française, 1992, site : www.fonction-publique.gouv.fr, p. 37 : « *A cet égard, il faut rappeler que les principes fondamentaux sur lesquels est construit notre système de fonction publique, neutralité, égalité et continuité ont eu dès 1'origine pour objectif d'assurer le fonctionnement démocratique des services publics au service des citoyens. Ce sont ces principes fondamentaux qui donnent tout son sens au service public et qui doivent inspirer les agents qui le servent dans leur comportement quotidien à l'égard des usagers. En effet, la neutralité garantit le libre accès de tous aux services publics sans discrimination. Elle implique la laïcité de l'État, l'impartialité des agents publics et l'interdiction de toute discrimination fondée sur les convictions politiques, philosophiques, syndicales, religieuses ou tenant à l'origine sociale, au sexe ou à l'origine ethnique. Tout usager dispose donc des mêmes droits face à 1'administration et les procédures doivent être garantes de son impartialité. Indissociable du principe de neutralité, le principe d'égalité implique qu'aucune distinction ne soit faite entre usagers qu'il s'agisse de l'accès*

Georges DUPUIS le principe d'égalité serait ainsi « *la conséquence concrète de la neutralité de l'administration, neutralité qui n'est pas possible sans l'indépendance dans la subordination* »[1]. Dans le cas français, cette neutralité apparaît particulièrement nécessaire au niveau local compte tenu des dérives clientélistes observées dans les collectivités territoriales[2], de leur proximité avec leurs administrés-électeurs, mais aussi des compétences et des moyens dont elles disposent. Issue du modèle wébérien d'administration, elle trouve son fondement dans l'obligation faite aux agents d'assurer leur service de façon impartiale (§1). Sa mise en œuvre a donné naissance à une administration territoriale indifférente aux intérêts catégoriels, notamment politiques, philosophiques et religieux (§2).[3]

§1) Le fondement de la neutralité : l'impartialité

219. Éric MITARD rappelait que « *l'impartialité est considérée depuis fort longtemps comme une condition fondamentale, voire "naturelle", de la régularité des décisions administratives* »[4] puisqu'on en retrouve la trace dès 1302 dans une ordonnance de Philippe Le Bel[5]. La jurisprudence de la Cour européenne des droits l'homme l'appréhende selon deux approches que l'on retrouve dans le droit public français. L'une subjective, touche à la décision en elle-même. Son contrôle doit permettre de révéler le parti pris de l'autorité de décision, de savoir ce qu'elle « *pense dans son for intérieur à un moment donné* »[6] (A). L'approche objective de l'impartialité s'intéresse davantage aux garanties qui entourent l'autorité

au service public ou du service rendu lui-même. Chacun doit être à même de bénéficier des prestations du service public sans se trouver en position d'infériorité en raison de sa condition sociale, de sa résidence, ou de tout autre motif tenant à sa situation personnelle ou à celle du groupe social dont il fait partie ».

[1] G. DUPUIS, « Les fonctionnaires et l'action gouvernementale dans la France contemporaine », in *Parlement et Gouvernement – Le partage du pouvoir*, Actes du colloque de Florence, 10 et 11 octobre 1977, éd. Le Monzier, Publications de l'Institut universitaire Européen, Florence, 1979, pp. 20-34, spéc. p. 26.

[2] Par ex., A. MABILEAU, « De la monarchie municipale à la française », *Pouvoirs*, n° 73, 1995, pp. 7-17.

[3] Sur ce double aspect, voir V. KONDYLIS, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, LGDJ, Bib. Droit public, tome 168, 1994, p. 3 : la neutralité est à la fois positive et négative : l'aspect positif « *consiste à désigner un comportement impartial et objectif [tandis que] l'aspect négatif met l'accent sur la non-intervention, l'abstention, le refus de prendre parti, de s'engager d'un côté ou de l'autre* ». Voir aussi, *Encyclopaedia Universalis*, Paris, 1989, Corpus, 16, p. 292 : neutralis « *exprime dans une proportion indéterminée, une volonté d'abstention et un souci d'impartialité* ».

[4] E. MITARD, « L'impartialité administrative », *AJDA*, 1999, p. 478 et s.

[5] L'impartialité figure implicitement dans l'ordonnance du « lundi après la mi-carême » sur la réformation du royaume, parmi les obligations des agents royaux ; voir F. CHAMBON et O. GASPON, *La Déontologie administrative*, LGDJ, 1997, p. 17.

[6] Concl. HUBAC sur CE, 27 avril 1988, « Sophie », *AJDA*, 1988, p. 446 et 489.

administrative en visant à « *exclure tout doute légitime quant à son impartialité ou si par son statut ou ses fonctions [elle] ne peut susciter aucun doute quant à son impartialité* »[1] (B).

A) Les contrôles de l'impartialité

220. Dans le cadre de l'action des agents publics, Vassilios KONDYLIS considère que « *la neutralité se présente comme une obligation stricte d'impartialité imposée aux agents publics*[2] »[3]. Malgré une telle affirmation, on constate un usage parcimonieux de la notion par la jurisprudence. Aussi, le contrôle de l'impartialité des décisions s'effectue au-delà de la seule application du principe général du droit[4]. On le retrouve dans plusieurs éléments du contrôle de légalité du juge administratif (1) mais aussi dans l'application par le juge pénal d'infractions spécifiques à l'action publique (2).

1) La sanction de la partialité des décisions locales

221. Selon la commissaire du gouvernement Sophie HUBAC l'impartialité vise le comportement et l'intention personnelle de l'agent[5]. La partialité du fonctionnaire se manifeste par un intérêt personnel, une animosité personnelle, ou une prise de position publique antérieure

---

[1] Concl. VELU sur Cour de cassation (belge), 4 avril 1984, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1984, p. 679. F. TULKENS et H. D. BOSLY, La notion européenne de tribunal indépendant et impartial (la situation en Belgique), *RSC*, octobre-décembre 1990, p. 677. Voir aussi, CEDH, 1er octobre 1982, « Piersack », série A, n° 53, p. 30 ; CEDH, 28 septembre 1995, « Procola c. Luxembourg », série A, n° 326, note J.-L. AUTIN, F. SUDRE, *RFDA*, 1996, p. 777.

[2] Gavin DREWRY et Tony BUTCHER disent de façon caractéristique à propos de la neutralité politique des *Civil Servants* britanniques que non seulement ils doivent « *accomplir leurs devoirs avec une impartialité complète* », mais chacun qui se met en contact avec eux doit « *être persuadé qu'ils agissent ainsi* » ; cf. G. DREWRY et T. BUTCHER, *The Civil Service Today*, Oxford, Basil Blackwell, 1988 (259 p.), p. 128.

[3] V. KONDYLIS, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, op. cit., p. 9.

[4] CE, 4 mars 1949, « Trèbes », S., 1950, III, p. 21 ; CE, Sect., 29 avril 1949, « Bourdeaux », Rec. Lebon p. 488 ; CE Ass., 27 avril 1951, « Mélamède », Rec. Lebon p. 226 ; CE, 7 juillet 1965, « Fédération nationale des transporteurs routiers », Rec. Lebon p. 413. Les premières applications de la notion s'appliquent aux jurys (cf. CE, 10 février 1922, « Aldeguer et Branlière », Rec. Lebon p. 127 ; CE, 30 janvier 1931, « Vaulot », Rec. Lebon p. 113 ; CE, 1er mars 1940, « Société des secteurs électriques de Provence », Rec. Lebon p. 85) et aux conseils de discipline (cf. CE 26 décembre 1925, « Rodière », *RDP*, 1926, p. 32 ; CE, 4 mai 1928, « Dobler », Rec. Lebon p. 558 ; CE, 24 mai 1935, « Lamoudi Lamine ». Seul l'arrêt *Rodière* donne lieu à une annulation sur le fondement de l'impartialité de la décision.

[5] Cette acception subjective de l'impartialité s'oppose à l'acception objective de l'impartialité, qui vise, elle, le fonctionnement des organes administratifs, notamment leur composition et leurs processus de décision. Voir S. HUBAC, concl. sur CE, Sect., 27 avril 1988, « Sophie », Rec. Lebon p. 160, *AJDA*, 1988, pp. 446 et 489. Sur ce point, voir en particulier M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *RFDA*, 1998, p. 771 et s., spéc., pp. 713-714 ; E. MITARD, « L'impartialité administrative », *AJDA*, 1999, p. 478 et s., spéc. pp. 479-487.

à la décision[1]. Elle est alors étroitement liée au détournement de pouvoir mais reste toutefois peu exploitée par un juge de l'excès de pouvoir qui « *juge d'abord l'acte et s'interdit en principe de pénétrer les intentions de l'agent* »[2]. Il lui préfère le contrôle des motifs de fait qui permet également, à son niveau, de contrôler l'impartialité des décisions de l'administration[3].

222. **Le détournement de pouvoir.** Le détournement de pouvoir constitue un des moyens pour le juge de la légalité de sanctionner les décisions impartiales en lui permettant d'annuler les décisions prises dans un intérêt privé[4]. A cet égard, il a pu annuler la décision d'un maire de révoquer un agent de police ayant dressé un procès-verbal à l'une de ses parentes[5]. Il en a fait de même vis-à-vis d'un arrêté interdisant l'ouverture de tous les bals de la commune avant vingt heures à l'exception du sien[6]. La même solution sera appliquée à la transformation d'un emploi dans le seul objectif de permettre le recrutement de l'épouse du président du conseil d'administration d'un centre communal d'action sociale[7].

223. Le contentieux relatif au plan d'occupation des sols révèle également de nombreuses situations de partialité lorsque le faisceau d'indices est suffisant : ce peut être le cas notamment lorsque le document est modifié de façon hâtive, sans enquête et/ou sans motif d'intérêt général, et qu'il existe un intérêt privé pour l'autorité qui adopte la décision. Le juge administratif a ainsi annulé la modification du classement de terrains appartenant au maire sans enquête et sans motif d'intérêt général[8]. Il en a fait de même après la modification du document rendant un

---

[1] Voir S. HUBAC, concl. sur CE, Sect., 27 avril 1988, « Sophie », préc. Aux trois hypothèses mentionnées, Eric MITARD en ajoute une quatrième, à savoir le manque d'objectivité des agents, que certains commissaires du gouvernement considèrent comme un principe général du droit sans avoir été suivis par le Conseil d'Etat. L'impartialité subjective comme manque d'objectivité résumerait alors simplement un défaut de discernement ou d'appréciation ; cf. E. MITARD, « L'impartialité administrative », art. cit., p. 480. Voir, G. BRAIBANT, concl. sur CE, Sect., 13 novembre 1970, « Moreau e.a. », Rec. Lebon p. 661 ; D. LABETOULLE, concl. sur CE, 8 décembre 1982, « Marsac e.a. », *JCP*, 1983, p. 20016.

[2] M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », art. cit. Voir aussi, A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruylant, 2014, p. 145 : la préférence du juge administratif pour l'erreur de droit plutôt que le détournement de pouvoir en matière d'avancement de grade. Il cite aussi G.-E. LAVAU, « Le prétendu pouvoir discrétionnaire d'exclure un candidat d'un concours administratif », JCP, 1953, I., 1128 (§11) : « *sanctionner une décision fondée sur des motifs erronés en droit revient à considérer qu'elle a été prise dans un but autre que celui pour lequel elle devrait l'être légalement […] On peut imaginer une décision basée sur des motifs bien fondés en droit et correctement qualifiés mais inspirée réellement par des considérations étrangères au motif invoqué* ».

[3] Sur ce contrôle voir not., M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », art. cit.

[4] M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », art. cit. : « *Cela étant, le détournement de pouvoir n'épuise pas l'impartialité et ne censure pas que la partialité. Sur ce dernier point, il paraît difficile de voir une décision partiale lorsque l'autorité administrative agit dans un intérêt public autre que celui pour lequel la compétence en cause lui a été confiée* ».

[5] CE, 16 novembre 1900, « Maugras », Rec. Lebon p. 617.

[6] CE, 14 mars 1934, « Demoiselle Rault », Rec. Lebon p. 337.

[7] TA Limoges, 7 décembre 1989, « Mademoiselle Pachaud e. a. », Rec. Lebon p. 732 : en l'espèce, le Centre communal d'action sociale avait transformé l'emploi devenu vacant de secrétaire de mairie 1er niveau en celui d'agent de bureau. Or, sur la liste d'aptitude d'agent de bureau seule figurait l'épouse du président.

[8] CE, 3 avril 1987, « Commune de Viry-Châtillon », *LPA*, 22 avril 1988, p. 10, note F. MODERNE. *Revue de droit immobilier*, 1987, p. 340, C. D. LABETOULLE, Y. GAUDEMET.

terrain acheté quelques mois plus tôt par des parents du maire de la commune[1]. L'intérêt privé n'est pas forcément celui de l'autorité décisionnelle ou de l'un de ses parents. Il peut s'agir de celui de certains de ses administrés[2]. Dans toutes ces hypothèses, l'emploi du détournement de pouvoir revêt une « *portée symbolique* »[3] qui relève d'une forme de « *moralité administrative* »[4] en sanctionnant des « *comportements à la limite de la concussion et de la corruption* »[5].

224. **Le contrôle des motifs.** Le contrôle des motifs est un moyen plus courant pour sanctionner l'impartialité. S'il est moins symbolique, il a le mérite de l'efficacité en évitant les écueils liés à la preuve de l'intention coupable nécessaire en cas de détournement de pouvoir[6].

225. S'agissant d'abord des motifs de droit, constituerait une erreur de droit la violation d'un standard jurisprudentiel[7] laquelle ressort parfois d'un cas de partialité. Il en va ainsi d'une collectivité territoriale qui aurait pris une décision sans la fonder sur un intérêt général, un intérêt public ou un intérêt communal[8]. Si un tel standard revient « *à proscrire par la litote l'intérêt privé ou les intérêts de certains* »[9], il convient de rappeler que la poursuite d'intérêts privés peut également relever d'un intérêt général, ou que les deux peuvent se cumuler[10].

226. Ensuite, concernant l'analyse des motifs de fait, Michel DEGOFFE constate que « *chaque avancée du contrôle marque un progrès de l'impartialité. […] Que le contrôle des motifs passe par le chemin de la qualification juridique des faits ou par celui de l'erreur manifeste d'appréciation, le juge devine la partialité dans les mêmes conditions* »[11].

---

[1] CE, 19 juin 1991, n° 68885, « Epoux Johannet », Rec. Lebon p. 425. Voir aussi, CE, 5 mars 1954, « Demoiselle Soulier », *Revue juridique de l'Union française*, 1954, p. 624. A l'opposé, voir CE, 20 janvier 1989, « Association des amis de Chérence », Rec. Lebon p. 511.

[2] CE, Sect., 25 janvier 1991, « M. Brasseur », req. n° 80969 : annule un arrêté de police du maire fondé sur « *le souci de protéger les intérêts de certains commerçants de la localité* ».

[3] P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, LGDJ, 2014, pp. 537-538, n° 919.

[4] M. HAURIOU, note sous CE, 16 novembre 1900, « Maugras », S., 1901.3, p. 57.

[5] P.-L FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, op. cit., n° 916. Les auteurs relèvent ainsi que l'acte en question est souvent annulable sur un autre motif comme la violation du principe d'égalité (cf. par ex. CE, 14 mars 1936, « Demoiselle Rault, préc.) ou l'erreur de droit (cf. CE, 26 novembre 1875, « Pariset », Rec. Lebon p. 934).

[6] P.-L FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, op. cit., n° 919 : avec le détournement de pouvoir « *on se place donc sur le terrain de la psychologie de l'autorité, de son intention coupable, ce qui en rend la preuve difficile et la reconnaissance rare* ».

[7] S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, 1980.

[8] Par ex. CE, 17 octobre 1980, « Madame Braesch e. a. », Rec. Lebon p. 625 : les communes ne peuvent légalement prendre en charge que des dépenses d'intérêt général. Elles ne sauraient par conséquent participer à l'entretien des voies privées dont des propriétaires se réservent l'usage.

[9] M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », art. cit.

[10] D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ 1977, p. 308 : « *intérêts publics et intérêts privés peuvent être non seulement conciliés mais cumulés voire confondus* ». Voir, CE, 29 juin 1951, « Syndicat de la raffinerie de soufre française », p. 377, S., 1952-III-33, concl. BARBET, *D.*, 1951.

[11] M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », art. cit.

227. Ainsi, dans les deux situations de partialité qu'il relève, ces contrôles s'appliquent indifféremment. Il s'agit d'une part des cas où la collectivité territoriale adopte une décision injuste à l'encontre d'un administré[1] et d'autre part des décisions où elle doit choisir entre deux candidats[2]. Les deux hypothèses[3] postulent la comparaison, y compris la première dès lors que le requérant n'agit généralement que s'il considère que la règle qui lui a été appliquée l'a été de manière injuste. Toutefois, le contrôle des motifs de fait permet d'éviter d'opérer cette comparaison pas toujours aisée de sorte que le juge ne contrôle la décision que « *par rapport à la règle de droit* »[4].

228. Le contrôle de l'impartialité est donc étroitement lié au contrôle de légalité[5], à l'instar du contrôle d'égalité[6]. C'est dire si, une fois encore, le contrôle de légalité contient en son sein toutes les garanties d'une application de la loi normalement dénuée de tout arbitraire. A cela s'ajoute, depuis quelques décennies, l'accroissement d'un risque pénal engendré par la multiplication des infractions, suivant une quête toujours plus grande de moralisation de la vie publique[7] mettant en cause la probité des élus et des fonctionnaires.

2) La sanction de la partialité des décideurs locaux

229. Dans son étude sur l'impartialité administrative, Éric MITARD rappelle que dès 1889, Paul FERRAND avait fait de l'impartialité « *la seconde des obligations du fonctionnaire, après la probité* »[8]. Si l'impartialité vise davantage la décision en elle-même, la probité renvoie plus

---

[1] Par ex., l'admission à concourir, la notation d'un agent, ou la délivrance d'un permis de construire.

[2] Par ex., les nominations, le recrutement d'un contractuel, ou l'attribution d'une subvention ou d'un marché public.

[3] Sur ces deux hypothèses, Michel DEGOFFE y voit soit un choix de décisions à prendre soit un choix à faire entre deux personnes ; M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *RFDA*, 1998, p. 771 et s. Voir not., J.-P. HENRY, « Une nouvelle fonction pour l'erreur manifeste. Le contrôle du respect de l'obligation de diligence », *AJDA*, 1979, n° 6, p. 17

[4] M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », art. cit.

[5] E. MITARD, « L'impartialité administrative », *AJDA*, 1999, p. 478 et s. : « *En définitive, ce n'est pas tant le caractère relatif de l'obligation d'impartialité administrative que la discrétion de son principe qui étonne. En effet, si l'obligation s'impose, c'est avant tout dans sa dimension normative et non en sa qualité de règle juridique. Les décisions juridictionnelles se référant explicitement au principe général d'impartialité sont exceptionnelles. Il faut se reporter aux conclusions des commissaires du gouvernement pour le voir cité. Le juge, tout en reconnaissant l'atteinte à cette obligation, invoque essentiellement l'illégalité en raison des vices internes, tels l'erreur de droit ou le détournement de pouvoir, ou externes, tels les vices de procédure ou de forme. […] En réalité, la raison semble tenir plutôt à la quasi-absence de textes qui renvoient de manière explicite à l'impartialité de l'activité administrative, le juge n'étant pas alors contraint d'en faire usage* ».

[6] Voir supra, n° 153 et s.

[7] N. LAVAL MADER, « Les évolutions du risque pénal dans la gestion publique locale », *RFDA*, 2012, p. 707 et s.

[8] E. MITARD, « L'impartialité administrative », art. cit.

spécifiquement au comportement de l'agent ou de l'élu. Le contentieux disciplinaire demeure en la matière assez rare. La voie pénale s'avère la plus efficace.

230. **Le contentieux disciplinaire.** La faiblesse du contentieux disciplinaire s'explique non seulement par l'accroissement des pouvoirs du juge judiciaire, notamment pénal, mais également par la pratique ; les agents renonceraient à contester les sanctions en prenant conscience de leur gravité[1]. Cette gravité ressort tout d'abord de la nature de la faute. Faute personnelle, elle se détache de l'exercice des fonctions en raison des intentions de l'agent[2] ou du caractère excessif de son comportement[3]. Un lien avec le service peut être reconnu, même lorsqu'elle a été commise en dehors de l'exercice des fonctions, si le fonctionnaire a utilisé des informations à son profit ou au bénéfice d'un tiers[4].

231. Les sanctions encourues peuvent être relativement sévères[5] : il peut s'agir d'une rétrogradation, d'une exclusion temporaire, d'une mise à la retraite d'office ou d'une révocation[6]. En dépit des garanties disciplinaires du fonctionnaire, l'administration est contrainte de prononcer une mesure d'exclusion après la condamnation pénale de l'agent à l'interdiction d'exercer des fonctions publiques[7]. Au surplus, Éric MITARD note que les lois d'amnistie excluent généralement ce type d'infractions, d'autant que la sanction disciplinaire peut intervenir quand bien même l'agent aurait été amnistié ou innocenté par le juge pénal[8]. La sanction peut même s'appliquer à d'anciens agents dans certaines circonstances[9]. Toutefois, l'auteur constate certaines limites non négligeables[10]. D'une part, les sanctions les plus sévères

---

[1] Ibid.

[2] TC, 14 décembre 1925, « Navarro », Rec. Lebon p. 1007 : pour des faits de malveillance ; CE, 21 avril 1937, « Demoiselle Quesnel », Rec. Lebon p. 413 : pour des faits de détournement de fonds.

[3] TC, 28 février 1977, n° 02050, « Jouvent », Rec. p. 663 : pour des propos peu flatteurs ; TC, 17 juillet 1952, « Paray », Rec. Lebon p. 639 : pour un cas de dénigrement ; TC, 12 juin 1961, « Picot », Rec. Lebon p. 973 : pour de la calomnie ; Cass., 1re Civ., 19 octobre 1982, *JCP* 1983.IV, p. 11 : pour de la diffamation ; TC, 26 octobre 1981, n° 02213, « Préfet des Bouches-du-Rhône », Rec. Lebon p. 657 : pour des injures. Ces comportements relèvent de fautes personnelles, sauf s'ils n'ont pas été dictés par l'animosité et n'ont pas reçu de publicité hors du service ; cf. par ex., TC, 28 février 1977, « Jouvent », préc.

[4] Le caractère fautif de l'acte est également consécutif à un manquement aux obligations de désintéressement et de discrétion.

[5] Pour des décisions annulant la sanction pour disproportion manifeste, voir par ex., CE, 4 mars 1994, req. n° 115997, « Lascombes », Inédit.

[6] CE, 8 juin 1983, req. n° 33857, « Méléard » ; CE, 21 février 1994, req. n° 124117, « Bourges » ; CE, 10 mai 1995, req. n° 135431, « Arvieu ».

[7] Il y a là un principe général ; cf. CE, Sect., 28 mai 1952, « Rogé », Rec. Lebon p. 273. Voir, art. 432-17, Code pénal.

[8] CE, Sect., 13 juillet 1966, « Ministre des Finances c. Garrigue », Rec. Lebon p. 472.

[9] Décret n° 91-109 du 17 janvier 1991 pris pour l'application de l'article 72 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, JORF n° 25 du 29 janvier 1991 p. 1502 ; Décret n° 95-168 du 17 février 1995 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires placés en disponibilité ou ayant cessé définitivement leurs fonctions et aux commissions instituées par l'article 4 de la loi n° 94-530 du 28 juin 1994, JORF n° 43 du 19 février 1995 p. 2717..

[10] E. MITARD, « L'impartialité administrative », art. cit.

sont réservées aux hypothèses de partialité intentionnelle. D'autre part, certaines catégories d'agents ne sont pas assujettis à ce contentieux : il s'agit de ceux qui ne relèvent pas du statut général ou de ceux qui disposent d'un statut particulier[1], spécialement le personnel politique. Pour ces derniers, « *de fait, la voie pénale s'impose* »[2].

232. **Le contentieux pénal.** Un fonctionnaire agissant en tenant compte de ses convictions risque de commettre des abus d'autorité[3] et voir sa responsabilité pénale engagée. Le Code pénal condamne ainsi le fait, pour un agent, de prendre des mesures devant faire échec à l'exécution des lois[4]. D'autres abus d'autorité visent les particuliers comme les atteintes à la liberté individuelle, les discriminations ou, encore, les actes attentatoires aux droits fondamentaux des individus[5]. Surtout, parmi les « *manquements au devoir de probité* », définis aux articles 432-10 à 432-16 du Code pénal[6], « *figurent les deux délits les plus redoutables pour les élus locaux, la prise illégale d'intérêt, et le favoritisme dans les marchés ou délégations, dont le caractère intentionnel n'est pas toujours évident (au sens commun sinon au sens pénal), les autres délits, véritablement intentionnels y compris au sens courant du terme, pouvant au contraire être évités sans difficulté*[7] »[8].

233. Dans les deux cas, la jurisprudence interprète largement les éléments de l'infraction. L'élément intentionnel est constitué dès lors que l'agent ou l'élu a participé à la décision et qu'il possède un minimum d'expérience[9]. L'élément matériel est caractérisé, en matière de prise

---

[1] Il s'agit de ceux des agents non titulaires et stagiaires, des magistrats de l'ordre judiciaire, et des enseignants du supérieur.

[2] E. MITARD, « L'impartialité administrative », art. cit.

[3] Cass., 27 mars 1950, JCP 1950.II, p. 5623 : analyse l'abus d'autorité sous l'angle de la partialité.

[4] Art. 432-1 et 432-2, Code pénal. Voir CA Papeete, 1er septembre 2011, n° 292-133, JurisData n° 2011-021235.

[5] Successivement, les articles 432-4 à 432-5 du code pénal, et 432-7, 432-8 et 432-9, Code pénal.

[6] Les bases des délits d'ingérence (ou désormais de prise illégale d'intérêt) et de corruption remonte au Code pénal de 1810 ; cf. J. BENOIT, « Chapitre 4 (folio n°12060) – Statut général des élus locaux : les règles de transparence et devoir de probité », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, février 2014, n° 2.

[7] Il s'agit notamment de la concussion, de la corruption passive et du trafic d'influence. D'autres incriminations, non spécifiques à l'activité des fonctionnaires, sont susceptibles de participer à ce contrôle de l'impartialité. Eric MITARD évoque notamment la diffamation pour des propos tenus dans l'exercice des fonctions (par. ex. Cass. Civ., 19 octobre 1982, *JCP*, 1983.IV.11 : un ingénieur de l'Office national des forêts coupable de diffamation non publique lorsqu'il traite, par malveillance, un candidat à l'adjudication de lots de chasse de « braconnier » en séance de commission), les fraudes en matière de concours et d'examens (cf. art. 2 de la loi du 25 décembre 1901) ou encore, selon les circonstances et les moyens, le détournement de biens (art. 432-15, 432-16 et 433-4 du Code pénal ; Cass. Crim., 7 novembre 1991, Bull. crim. n° 401), la violation du secret professionnel (Art. 226-13 et 226-14 du Code pénal ; Cass. Crim., 5 janvier 1933, *Gaz. Pal.*, 1933.1, p. 411) ou le faux et usage de faux en écriture (Art. 152 à 162 du Code pénal ; Cass. Crim., 23 mai 1977, *RTD civ.*, 1978, p. 148).

[8] J. BENOIT, « Chapitre 4 (folio n°12062) – Règles de transparence et de probité », *Encyclopédie des collectivités locales*, op. cit., n° 152.

[9] Le principe d'impartialité peut être évoqué aussi à propos du niveau d'information des membres d'un organisme ; Cass. Crim., 14 janvier 2004, n° 03-83.396, *AJ Pénal*, 2004, p. 113 : l'élément intentionnel « *est caractérisé par l'accomplissement en connaissance de cause d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir l'égalité d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* ».

illégale d'intérêt[1], quand bien même l'agent ou l'élu n'y a pas d'intérêt matériel effectif et que la décision ne va pas à l'encontre de l'intérêt local[2]. A noter qu'il existe des dérogations pour les communes de moins de 3 500 habitants afin que les élus et agents puissent acquérir des biens immobiliers à titre personnel ou professionnel et traiter, dans certaines limites, avec la municipalité[3]. Ainsi, si la référence à l'impartialité ne figure pas dans ces articles, la Cour de cassation soulignait dès l'instauration du délit de prise illégale d'intérêt qu'il « *a essentiellement pour finalité tant d'éviter les abus de fonctions que de garantir les autorités publiques de l'exécution impartiale par ses agents de leur mission* »[4]. Pour les cas de favoritisme[5], la simple violation des règles de passation de marchés publics suffit, dès lors qu'elle est susceptible d'avantager une entreprise. Définie de manière large, l'infraction s'adresse à la fois aux personnels politique et administratif, quel que soit le montant du marché[6], et peut déboucher sur des sanctions lourdes[7], y compris à l'encontre de l'entreprise qui en a bénéficié[8].

234. Ainsi, bien que le statut général de la fonction publique fasse expressément de l'impartialité un principe éthique[9] et de la neutralité une obligation du fonctionnaire[10], la voie pénale demeure privilégiée – alors même que la notion n'apparaît pas dans le Code pénal. Le contrôle de l'impartialité englobe un ensemble de comportements d'une particulière gravité – souvent délictuelle, voire criminelle, rarement infractionnelle – que le juge pénal parvient à qualifier régulièrement à tel point que le manquement au devoir de probité est devenu le premier

---

[1] Art. 432-12, al.1er, Code pénal : « *Le fait, […] de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement […]* ».

[2] Cass. Crim., 22 octobre 2008, n° 08-82.068, Bull. crim. : « *qu'en effet, l'intérêt, matériel ou moral, direct ou indirect, pris par des élus municipaux en participant au vote des subventions bénéficiant aux associations qu'ils président […] ; qu'il n'importe que ces élus n'en aient retiré un quelconque profit et que l'intérêt pris ou conservé ne soit pas en contradiction avec l'intérêt communal* » ; Cass. Crim., 19 mars 2008, n° 07-84.288, Bull. crim. : « *le prévenu a présidé la séance du conseil municipal du 1er juillet 2003 et participé au vote, alors que cette séance portait sur une affaire dans laquelle il avait un intérêt direct* » ; la disposition « *n'exige pas que l'intérêt pris par le prévenu soit en contradiction avec l'intérêt communal* ».

[3] Art. 432-12, al. 2 à 4, Code pénal.

[4] Cass. Crim., 3 avril 1991, n° 89-86756.

[5] Art. 432-14, Code pénal : « *[…] le fait, […] de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* ».

[6] Cass. Crim., 14 février 2007, n° 06-81.924, *AJDA*, 2007, p. 853, note DREYFUS.

[7] Cass. Crim., 7 novembre 2012, n° 11-82.961, *AJDA*, 2012, p. 2143.

[8] Cass. Crim., 15 mai 2008, n° 07-88.369, *AJDA*, 2008, p. 1175. Voir not., J.-F. AUBY, « Services communaux (Responsabilité des) », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, janvier 2013 (actualité : janvier 2015), n° 445 à 450.

[9] Art. 25, al. 1er, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, JORF du 14 juillet 1983, p. 2174 : « *le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité* », tel que modifié par l'art. 1er, Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, JORF n° 0094 du 21 avril 2016.

[10] Art. 25, al. 2, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc. : « *Dans l'exercice de ses fonctions, il est tenu à l'obligation de neutralité* ».

motif de condamnation des élus et des fonctionnaires[1]. Ce nombre de condamnations n'est pas sans lien avec les garanties qui permettent d'assurer une prise de décision impartiale. Leur non-respect devient un élément déterminant de la décision du juge qui peut y voir l'élément intentionnel et/ou l'élément matériel de l'infraction.

B) Les garanties de l'impartialité

235. L'impartialité d'une décision se révèle soit parce que l'agent a exprimé un parti pris soit parce qu'il a un intérêt dans la décision. Pour éviter que ces situations ne se produisent, il est nécessaire que la collectivité territoriale agisse de manière transparente (1) afin de pouvoir appliquer un régime d'incompatibilités (2) permettant d'écarter du processus de décision les agents soupçonnés de partialité.

1) L'exigence de transparence de l'action publique locale

236. La transparence de l'action publique est une nécessité pour lutter contre la partialité de certaines décisions administratives dès lors que celle-ci n'apparaît que rarement dans la décision en elle-même. Ce sont alors les éléments qui entourent son processus d'adoption qui permettent de la dévoiler. Ainsi, très tôt l'impartialité a été associée à la publicité des décisions. « *Faute de cette publicité, la méconnaissance du principe d'impartialité ne saurait être invoquée* »[2]. Suite aux nombreux scandales intervenus dans la gestion publique, notamment locale[3], la nécessaire publicité des décisions s'est transformée en une exigence de transparence applicable à l'ensemble de la collectivité et de ses agents.

[1] J.-M. PASTOR, « Le manquement à la probité, premier motif de mise en cause pénale des élus, sur le Rapport d'activité 2015 du service central de prévention de la corruption », *Dalloz-actualité*, 05 décembre 2016. Les manquements au devoir de probité représentent 44,9 % de l'ensemble et constituent ainsi le premier motif de mise en cause des élus locaux (de même pour les fonctionnaires territoriaux avec 47,5 % des mises en cause).
[2] Concl. sur CE, 27 avril 1988, « M. Sophie », *AJDA*, 1988, p. 446 et 489.
[3] E. BOIZETTE, « Enquêtes sur la corruption en France », *LPA*, 1996, n° 35, p. 4 : « *Pourquoi la corruption est-elle un délit à la mode ? J'évoquerai la loi de décentralisation du 2 mars 1982 qui a été pour la France, à mon sens, une invitation au crime. […] en cas de corruption au sein d'une entreprise [thème de l'intervention] il faut inclure l'élu à tout niveau : le maire, le conseiller régional ou général, le député, un président de chambre de commerce : toutes personnes qui, par cette loi, se sont vues confier, dans les mêmes mains, à la fois, un pouvoir de décision considérable au niveau des marchés et un pouvoir de trouver, gérer et disposer des fonds. Là est la perversité.* »

237. **L'exigence de publicité des décisions.** L'impartialité étant une faute personnelle de l'agent[1], elle doit permettre de révéler ses faiblesses, ses passions, ses imprudences. Cette révélation n'est possible que par le « *caractère public de la prise de position, le caractère notoire de l'animosité, le caractère certain de l'intérêt personnel à la décision* »[2] selon les termes de la commissaire du gouvernement Sophie HUBAC dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat *M. Sophie* du 27 avril 1988. En cela, la publicité des séances est très vite apparue comme faisant partie de « *l'essence de la vie des assemblées délibérantes* »[3]. La publicité ne suffit pas. Il faut également une réelle animosité, une volonté de nuire à la personne[4]. Dans cette hypothèse, « *le juge détermine s'il existe un conflit entre le requérant et l'agent, ou si ce dernier a agi par esprit de malveillance* »[5].

238. Ainsi, le Conseil d'Etat considère que n'a pas bénéficié des « *garanties d'impartialité* » le requérant à l'égard duquel plusieurs membres de la Commission en cause ont « *manifesté leur hostilité* » et ont « *exprimé par avance leur opposition à sa candidature* »[6]. Parfois, l'hostilité peut être apparue en dehors des séances de délibérations[7] ou en amont de la décision. Lorsqu'une décision confirme une prise de position antérieure de la part de l'agent, le juge vérifie que la décision contestée a bien été prise en fonction des éléments du dossier de l'administré et non sur la base d'un préjugé[8]. La publicité des processus de décision est donc un moyen de contrôler que la décision a été prise en fonction de considérations légales et non de considérations personnelles.

239. **La consécration d'une l'obligation de transparence.** En dehors du processus de décision, la publicité ne peut plus être exigée. Elle ne protège pas non plus contre les infractions cachées. L'exigence de transparence a ainsi fait son apparition à la suite de scandales politiques

---

[1] Cass. 1er Civ., 19 octobre 1982, *JCP*, 1983, IV, p. 11.
[2] Concl. sur CE, 27 avril 1988, « M. Sophie », préc.
[3] William Henry WADDINGTON, Rapporteur de la Commission de décentralisation de 1871. Sur la jurisprudence relative à la publicité des séances des commissions permanentes des collectivités territoriales, TA Orléans, 8 juillet 1993, « Thalineau » ; CE Ass., 18 décembre 1996, « Région Centre », Rec. Lebon p. 495 ; Cons. const., 14 janvier 1999, n° 98-407 DC, Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux.
[4] Ce n'est pas le cas de ce rapporteur de la Commission de la concurrence qui, quelques années plus tôt, fut l'auteur d'un livre dans lequel il dénonçait des pratiques anticoncurrentielles dans la branche de production à laquelle appartient l'entreprise objet de son rapport, mais sans viser ni même citer cette entreprise ; cf. CE, 7 décembre 1992, n° 69632, « Sté Menigault Bretagne », p. 92.
[5] E. MITARD, « L'impartialité administrative », *AJDA*, 1999, p. 478 et s. Voir not., CE, 15 mai 1996, « Bergeault », req. n° 159105 ; CE, 12 avril 1995, « Paisnel », req. n° 33744.
[6] CE, 22 juin 1994, n° 131232, « M. Lugan » ; CE, 20 janvier 1960, « Mazières », p. 37 ; CE, 19 novembre 1958, « Butori », Rec. Lebon p. 565, *AJDA*, 1958.II. p. 450.
[7] CE, 27 octobre 1965, « Ministre de l'Education nationale c. Sudaka et Lamas », Rec. Lebon p. 557.
[8] CE Sect., 18 février 1949, « Viet », Rec. Lebon p. 84 ; CE, 19 janvier 1951, « Facchinetti », *RDP*, 1951, p. 929 ; CE Sect., 14 mars 1975, « Rousseau », Rec. Lebon p. 195 ; CE, 26 mai 1982, « Droulers », req. n° 15915 ; CE Sect. 6 janvier 1989, « Sté Automobiles Citroën », Rec. Lebon p. 5.

et administratifs[1]. Après la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, qui instaure notamment la déclaration de patrimoine des titulaires de certaines fonctions électives, a suivi la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés publics. Cette dernière soumet la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, en plus de créer le délit de favoritisme pour les marchés publics. Ces règles seront, par la suite, étendues à l'ensemble de la commande publique[2].

240. En 2013, deux lois sont venues compléter et renforcer l'arsenal des juges et de l'administration. La loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique vise à prévenir les conflits d'intérêts qui font désormais l'objet d'une déclaration spécifique. Elle instaure une Haute Autorité pour la transparence de la vie publique ainsi qu'une protection des « *lanceurs d'alertes* »[3]. La loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, concerne plus particulièrement les élus. Elle ouvre l'action civile aux associations agréées en matière de manquements au devoir de probité, de corruption active et de trafic d'influence commis par les particuliers et crée un procureur de la République financier pour les affaires d'une « *grande complexité* »[4].

241. Avec la transparence, c'est toute la collectivité territoriale qui est mise à nue. Elle oblige à déclarer auprès d'une autorité, ou à rendre public auprès des administrés, l'ensemble des éléments du processus de décision que ce soit les étapes de la procédure, les critères de décision, ou les délibérations, mais aussi les personnes qui y participent et leurs intérêts personnels. Ce ne sont plus seulement les règles qui sont publiées mais tout le processus qui doit être étroitement contrôlé afin que les décideurs ne puissent en tirer un avantage personnel. En cela la transparence est devenue indispensable afin de mettre en place un régime d'incompatibilités réellement efficace.

---

[1] Sur la question, voir not., J. BENOIT, « Chapitre 4 (folio n°12060) – Statut général des élus locaux : les règles de transparence et devoir de probité », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz , février 2014, op.cit., spéc. n° 1 à 90.

[2] La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite loi « Sapin » (JORF n° 25 du 30 janvier 1993 p. 1588), a notamment étendu le champ d'application du délit de favoritisme aux délégations de service public dont elle définit le régime de passation.

[3] A titre complémentaire, on peut aussi rappeler l'existence de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 (JORF n° 0284 du 7 décembre 2013 p. 19941) relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, qui concerne plus particulièrement les élus.

[4] Décret n° 2013-960 du 25 octobre 2013 portant création d'un Office central de lutte contre la corruption et les infractions financières et fiscales, JORF n° 0251 du 27 octobre 2013.

2) Les régimes d'incompatibilités dans l'action publique locale

242. « *L'organisation administrative peut engendrer [d]es risques de partialité. Le développement des groupes de travail, commissions et le nombre limité de fonctionnaires multiplient [c]es risques* »[1]. Ici, l'impartialité est objective et s'applique aux règles de fonctionnement de l'administration, plus particulièrement à la composition des organes de décision[2]. Elle s'exprime particulièrement par des régimes d'incompatibilités qui doivent permettre d'éviter qu'une décision soit prise par des personnes disposant d'un intérêt personnel[3] dans son adoption ou qu'elle soit influencée par les fonctions qu'elles exercent par ailleurs.

243. **Les incompatibilités d'intérêts.** L'impartialité objective est sanctionnée lorsqu'une personne ayant intérêt à la décision y participe. Ainsi, la décision d'un conseil « *n'a pas offert les garanties d'impartialité requises pour qu'elle pût être tenue pour régulière* » dès lors que le beau-frère d'un candidat y a siégé lors de la délibération[4]. Avant la loi de 1991 créant le délit d'avantage injustifié – ancêtre du délit de prise illégale d'intérêt – le juge pénal n'a pas hésité à condamner un maire qui n'a pas su mettre à part ses intérêts au cours d'une opération communale[5]. Les abus sont évidents dès lors qu'un agent ou un élu participe à une décision qui attribue une subvention ou un marché à une structure dont il a la charge, qu'il s'agisse d'une entreprise privée[6] ou d'une association[7].

244. En 1996, l'interdiction de participer aux délibérations a été codifiée à l'article L. 2131-11 qui rend « *illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme*

---

[1] M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *RFDA*, 1998, p. 771 et s.

[2] Jusqu'à la fin des années 1930, le Conseil d'Etat ne sanctionnait la composition des organes consultatifs qu'en cas d'incompatibilité prévue par les textes (CE 22 mai 1935, « Teissier », Rec. Lebon p. 379) et ne trouvait, que « *regrettable* » le choix de commissaires-enquêteurs (CE 5 juillet 1939, « Société Desmarais », Rec. Lebon p. 448).

[3] Voir not., E. LANDOT, *L'intérêt personnel des élus locaux en droit administratif*, Paris II, 1995.

[4] CE, 5 octobre 1955, « Bernard », Rec. Lebon p. 463 : « *qu'il est constant que, dans ledit conseil de perfectionnement, siégeait le beau-frère du sieur B, le sieur F, lequel a pris une part active à la délibération en soutenant la candidature de son beau-frère ; que, dans ces circonstances, la délibération du conseil de perfectionnement n'a pas offert les garanties d'impartialité requises pour qu'elle pût être tenue pour régulière* » ; Voir aussi CE, 19 janvier 1951, « Facchinetti », préc. Sur l'impartialité du jury, voir A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruylant, 2014, p. 223 et s. et p. 268 et s.

[5] Cass. Crim., 16 décembre 1975, Bull. crim. n° 279 ; Cass. Crim. 30 mars 1990, Bull. crim. n° 121 ; Cass. Crim., 27 mars 1991, n° 90-82600 ; Cass. Crim., 31 mars 1992, n° 92-80148 ; Cass. Crim., 9 novembre 1992, n° 92-84671.

[6] Cass. Crim., 9 mars 2005, n° 04-83615 : prise illégal d'intérêt de l'agent ayant validé une demande de subvention à une association en relation commerciale avec sa société et dans le but d'augmenter son chiffres d'affaires.

[7] Cass. Crim., 19 mai 1999, Bull. crim. n° 101 et Cass. Crim., 2 novembre 1961, Bull crim, n° 438 : interdiction de participer aux décisions attribuant des subventions aux associations où l'élu exerce des fonctions ou qu'il en est membre.

mandataires »[1]. En la matière l'intérêt personnel est entendu largement par le juge pénal comme un intérêt « *matériel ou moral, direct ou indirect* »[2] alors que le juge administratif exige que la participation à la délibération ait eu une influence effective sur la décision. D'autres règles d'incompatibilité spécifiques aux communes ont pour conséquence, dès lors que leur maire se trouve intéressé par la situation, d'obliger le conseil municipal à désigner un autre de ses membres pour le remplacer[3].

245. **Les incompatibilités de fonctions.** Les risques de partialité peuvent aussi apparaître dès lors qu'un agent ou un élu possède une connaissance *a priori* d'une situation liée à l'exercice de ses fonctions qui ne doit pas être utilisée en dehors de ce cadre. Ainsi, l'article 1596 du Code civil interdit les administrateurs des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins de se rendre adjudicataires de la commune. D'aucuns considèrent que cet article pourrait s'appliquer également aux départements et aux régions[4]. Il en va de même pour les personnes choisies pour l'élaboration des plans d'aménagement qui ne doivent, ni appartenir à l'administration expropriante, ni participer à son contrôle ou avoir un intérêt à l'opération[5].

246. On retient également les cas de « pantouflage » : le délit est constaté pour l'agent ou l'élu qui accepte, dans une période de moins de trois ans suivant la fin de ses fonctions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une des entreprises qu'il a eu à connaître dans le cadre de ses fonctions[6]. L'article 432-13 du code pénal

---

[1] CE, Sect., 16 décembre 1994, « Commune d'Oullins c. Association Léo Lagrange », Rec. Lebon p. 559 ; CE, 11 mars 1987, « Divier c. Ville de Paris », Rec. Lebon p. 167.

[2] Cass. Crim., 3 mai 2001, « Panzo Lucienne », Bull. crim. n° 10.

[3] D'autres règles d'incompatibilités spécifiques aux maires existent comme l'article L. 2122-26 du CGCT qui oblige le conseil municipal à désigner un autre de ses membres pour représenter la commune soit en justice soit dans les contrats si les intérêts du maire sont en opposition avec ceux de la commune et l'article L. 422-7 du Code de l'urbanisme qui prévoit que si le maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale compétent est intéressé à la délivrance d'une autorisation d'urbanisme, le conseil municipal ou l'organe délibérant de l'établissement désigne un autre de ses membres pour délivrer l'autorisation.

[4] E. BOEHLER, « L'article 1596, alinéas 1 et 4, du Code civil », *LPA*, 1991, n° 85, p. 14. En revanche, il ne saurait s'appliquer aux communes de moins de 3 500 habitants, pour les opérations expressément permises par l'article 432-12 du code pénal relatif à la prise illégale d'intérêt ; voir, CAA Paris 20 janvier 2000, « Commune de Vieux Champagne », req. n° 97PA01947, *RFDA*, 2000, p. 689 ; CAA Bordeaux 30 octobre 2001, « Commune de Lanteuil », req. n° 98BX00322.

[5] Décret n° 59-701 du 6 juin 1959 portant règlement d'administration publique relatif à la procédure d'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique, à la détermination des parcelles à exproprier, et à l'arrêté de cessibilité, JORF du 7 juin 1959 p. 5724. Voir, jurisprudence antérieure, CE, 20 mai 1966, « Dame veuve Pouvillon e. a. », Rec. Lebon p. 355, concl. G. BRAIBANT ; jurisprudence postérieure au décret, CE, 13 décembre 1985, « Association de défense des expropriés du projet concernant la suppression du passage à niveau n° 416 à Orange e. a. », *RFDA*, 1986, p. 611, note B. PACTEAU.

[6] Article 432-13, Code pénal : « *[…] le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que membre du Gouvernement, titulaire d'une fonction exécutive locale, fonctionnaire ou agent d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une*

précise que le pantouflage s'étend aussi aux entreprises publiques exerçant dans le secteur concurrentiel et selon les règles du droit privé[1]. Il convient de noter que le cas des sociétés d'économie mixte est strictement encadré par la loi dès lors que les collectivités territoriales participantes y possèdent de droit une représentation dans les différents conseils de direction[2]. D'autres incompatibilités existent également pour l'accès aux fonctions électives. Elles touchent d'une part les agents salariés de la collectivité et d'autre par les entrepreneurs de services publics de la collectivité[3].

247. Les régimes d'incompatibilités mis en œuvre contribuent à « *l'impératif d'impartialité* »[4]. Ils protègent à la fois contre l'intéressement personnel et contre les influences extérieures en établissant des règles de bon fonctionnement de l'administration. Aussi on constate progressivement un glissement de l'exigence d'impartialité. A l'origine appréciée de manière subjective – intérêt personnel, influence effective sur la prise de décision, contrôle « direct » sur les entreprises – elle est devenue une question d'organisation de la collectivité territoriale. Toutefois, les contentieux donnent rarement lieu à sanction car le juge, administratif comme pénal, reste attaché à la conception subjective. Plus largement, il admet la possibilité pour l'agent de faire des erreurs dans le cadre de ses fonctions. Pour Michel DEGOFFE, « *cela explique sans doute en grande partie pourquoi, le juge administratif ne consacre pas un principe général en vertu duquel un fonctionnaire ne peut participer à l'édiction d'une décision sur une matière dont il a connu précédemment ou qui présente un intérêt pour lui* »[5].

248. L'obligation d'impartialité de la décision administrative a servi de fondement à l'élaboration d'un régime plus large. D'abord règle éthique et déontologique, elle a donné naissance à l'adoption de « *garanties d'impartialité* »[6], pour reprendre les termes du Conseil d'Etat, qui constituent les éléments du principe général d'impartialité de la procédure administrative non contentieuse applicable à tout organisme de l'administration[7].

---

participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions ».

[1] Voir par ex., CE, 6 décembre 1996, « Société Lambda », *AJDA*, 1997, p. 152 ; voir aussi CE, 24 janvier 1969, « Ministre du Travail c. Syndicat national des cadres des organismes sociaux », *D.*, 1969, p. 440, note J. DUTHEIL De La ROCHERE : l'autorité de nomination du directeur du Crédit foncier de France doit éviter que la situation de pantouflage se produise.

[2] Voir sur ce point, J. BENOIT, « Chapitre 4 (folio n°12060) – Statut général des élus locaux : les règles de transparence et devoir de probité », op. cit., n° 110-117.

[3] Pour les communes, art. L. 231, al. 3, Code électoral ; pour les départements, art. L. 207, Code électoral ; pour les régions, art. L. 343, Code électoral.

[4] Cir. du 17 février 1995 prise pour l'application de l'article 1er, al. 2, du décret n° 95-168 du 17 février 1995.

[5] M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », art. cit.

[6] CE, 26 décembre 1925, « Rodière », préc.

[7] Consécration implicite du principe, CE, 4 mars 1949, « Trèbes », *La Revue administrative*, 1949, n° 9, p. 260. Consécration expresse sans utiliser le terme d'impartialité, CE, 29 avril 1949, « Bourdeaux », Rec. Lebon p. 488. Consécration définitive, CE, 7 juillet 1965, « Fédération nationale des transporteurs routiers », Rec. Lebon p. 413 :

Progressivement, ce régime s'est étendu vers une exigence de neutralité de l'administration, laquelle va plus loin dans la restriction du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Il ne s'agit plus seulement d'empêcher l'usage de prérogatives de puissance publique à des fins personnelles. La neutralité influence directement l'intérêt général poursuivi puisqu'elle s'applique au service dans son ensemble, et non plus uniquement au processus de décision[1]. Elle recouvre l'ensemble des règles qui doivent permettre l'adoption de décisions objectives, indifférente aux intérêts catégoriels, que l'autorité décisionnelle y ait un intérêt personnel ou non.

§2) La mise en œuvre de la neutralité : l'indifférence

249. La neutralité apparaît comme la version moderne de l'impartialité[2]. Elle est étroitement associée à la conception wébérienne de l'administration fondée sur des statuts et indépendante du pouvoir politique. La dépolitisation de l'administration marque le passage d'une impartialité fondée sur la légalité, exprimée par la loyauté du fonctionnaire, à une impartialité fondée sur l'égalité[3] manifestée par un devoir de neutralité vis-à-vis des administrés[4]. La neutralité apparaît alors comme un moyen de protéger les administrés de l'arbitraire du politique. L'agent neutre se situe « *au-dessus des clivages sociaux, des antagonismes de classes, qui sont censés ne pas atteindre la Fonction publique : il n'est plus partie prenante dans les conflits sociaux, mais arbitre, chargé de les apaiser et de les résorber* »[5]. Ainsi, la neutralité apparaît à la fois comme

« *l'obligation d'impartialité qui incombe aux comités techniques départementaux des transports, comme à tout organisme administratif* ». L'extension à tous les organismes administratifs se fait en 1995 ; cf. CE Sect., 5 mai 1995, « Burruchaga », Rec. Lebon p. 197.

[1] Cir. du 17 février 1995 prise pour l'application de l'article 1er, al. 2, du décret n° 95-168 du 17 février 1995 : l'interdiction faite aux fonctionnaires d'exercer une activité professionnelle privée est justifiée par le risque de voir cette activité « *compromettre [...] la neutralité du service* ».

[2] Voir par ex., G. KOUBI, « Le principe de neutralité des services publics, un principe corollaire de la modernisation de l'Etat ? », *La Revue administrative*, 1992, pp. 492-499 (1ère Partie) et *La Revue administrative*, 1993, pp. 9-14 (2e Partie).

[3] Michel DEGOFFE fait le rapprochement entre l'exigence d'impartialité et le contrôle du pouvoir discrétionnaire par le principe d'égalité ; cf. M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », art. cit. : « *Là encore, l'impartialité irradie le contrôle du juge de l'excès de pouvoir sans l'épuiser. Sans qu'il faille s'appesantir, notons simplement que lorsque le juge contrôle la qualification juridique des faits, il ne tend pas toujours à préserver l'impartialité* ». Sur le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, voir par ex., CE, 17 décembre 1986, « Syndicat de l'armagnac et des vins du Gers », *RFDA*, 1987, p. 21.

[4] CE, 8 décembre 1948, Rec. Lebon p. 464 ; CE, 3 mai 1952, Rec. Lebon p. 247 : « *devoir de stricte neutralité qui s'impose à tout agent collaborant à un service public* ».

[5] J. CHEVALLIER, « Un nouveau sens de l'Etat et du service public », in F. DE BAECQUE et J.-L. QUERMONNE (sous la direction de), *Administration et politique sous la Cinquième République*, Presses de la FNSP, 1982, Coll. Références, pp. 163-204, spéc. p. 176 et s.

un devoir d'indifférence de l'administration à l'égard des administré (A) mais aussi comme un droit à l'indifférence pour les agents garantissant leur indépendance vis-à-vis de l'appareil politique (B).

A) L'indifférence à l'égard des administrés

250. La neutralité, issue du mouvement de laïcisation de l'administration, apparaît d'abord comme un moyen de protéger les libertés individuelles des administrés contre les abus d'autorité qui émaneraient d'une mise en œuvre partisane, et donc partiale, des politiques publiques (1). Elle se traduit par une obligation de traitement identique des administrés quelles que soient leurs convictions, opinions, ou le groupe social auquel ils appartiennent (2).[1]

1) Une protection des libertés individuelles de l'administré

251. Pour Krister STAHLBERG, la politisation désigne un phénomène selon lequel « *le secteur public se développe et réglemente de plus en plus le domaine privé* »[2]. En ce qu'il contribue à dépolitiser l'administration, le principe de neutralité peut être considéré comme « *un don indéniable de la démocratie et du respect effectif de ses principes, telle que la liberté de conscience et d'expression de tous les citoyens* »[3]. Car, en effet, « *la neutralité présuppose un système politique pluraliste, qui garantit la coexistence et la libre concurrence d'idées et d'intérêts divers* »[4]. Initié, en France, par la séparation des Eglises et de l'Etat[5], l'établissement d'un Etat neutre apparaît comme le seul moyen de protéger les libertés individuelles contre les abus des pouvoirs publics.

252. **Le fondement de la neutralité dans un Etat laïque.** L'obligation de neutralité des fonctionnaires a été forgée, en France, sur la base du principe d'un Etat laïque qui doit rester insensible aux convictions religieuses de ses administrés. Jean BARTHELEMY indiquait ainsi

[1] Ces deux aspects se retrouvent à l'alinéa 4 de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui indique que les fonctionnaires doivent en même temps respecter la liberté de conscience et la dignité de toutes les personnes et les traiter de façon égale.
[2] K. STAHLBERG, « La politisation de l'Administration publique. Réflexions sur le concept, les causes et les conséquences de la politisation », *Revue internationale de science administrative*, Vol. 53, 1987, n° 3, pp. 423-446, p. 425.
[3] V. KONDYLIS, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, LGDJ, Bib. Droit public, tome 168, 1994, p. 495.
[4] Ibid.
[5] Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, JORF du 11 décembre 1905, p. 7205.

que « *l'intérêt général n'a dans un Etat laïque aucune connotation religieuse, et le service public y est entièrement voué à l'application de la loi et à l'accomplissement des missions qui lui sont confiées dans cet intérêt général, sans considération pour les opinions de ceux qui le servent et de ceux qui en bénéficient* »[1].

253. Pour rendre l'administration indifférente aux religions, il a fallu éliminer les références et les symboles religieux des services publics. Dès 1882, une circulaire du ministre de l'Instruction publique et des Beaux-Arts donnait autorisation aux préfets de prescrire l'enlèvement des emblèmes religieux dans les écoles « *quand et comme [ils] le [jugeront] à propos* ». La loi du 9 décembre 1905 de séparation des Eglises et de l'Etat en fait une obligation pour tous les monuments et emplacements publics[2], ce qui regroupe les rues, les places publiques ou les édifices publics qui relèvent de la propriété de l'Etat, du département ou de la commune[3] mais pas les façades des particuliers[4]. Ainsi, une commune ne saurait « *exiger le maintien dans un local affecté à un service public de l'Etat* » d'emblèmes religieux[5] ou laisser un crucifix dans la salle du conseil municipal[6]. L'appréciation du caractère religieux de l'emblème revient au juge administratif[7]. Le caractère religieux n'empêche pas automatiquement son exposition. Le juge peut l'autoriser dès lors que la collectivité démontre son rattachement à l'intérêt public local par sa dimension historique ou culturelle[8].

254. Toutefois, depuis 1905, le principe est clair : « *l'apposition d'un emblème religieux sur un édifice public, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 9 décembre 1905 méconnaît*

---

[1] J. BARTHELEMY, « La liberté de religion et le service public », *RFDA*, 2003, pp. 1066-1073.

[2] Art. 28, Loi du 9 décembre 1905, préc. : Il est « *interdit, à l'avenir, d'élever ou d'apposer aucun signe ou emble religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l'exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires, ainsi que des musées ou expositions* ». La loi du 14 novembre 1881, dite « sur la liberté des funérailles » et la loi du 5 avril 1884 ont posé le principe de neutralité des cimetières communaux et prohibé les espaces réservés à l'inhumation des personnes partageant la même religion, souvent dénommés « carrés confessionnels ».

[3] Pour reprendre les débats parlementaires, il est indiqué que « *ce domaine est à tous, aux catholiques comme aux libres penseurs* » ; cf. *Annales de la Chambre des Députés*, séance du 27 juin 1905, p. 1047.

[4] Ibid. : l'article 28 n'empêche pas qu'« *un particulier, si c'est son goût, de faire décorer sa maison de la manière qui lui plaira, même si cette maison a sa façade sur une place ou une rue* ».

[5] CE, 30 avril 1909, « Commune de Saint-Memmie », S. et P., 1910.3, p. 50.

[6] CAA Nantes, 4 février 1999, n° 98NT00207, « Association civique Joué Langueurs », Rec. Lebon p. 498 et CAA Nantes, 4 février 1999, n° 98NT00337, « Guillorel », Inédit : interdiction d'apposer un crucifix dans la salle du conseil municipal ou dans la salle des mariages, y compris lorsque l'installation du crucifix intervient à la suite du transfert de la mairie dans de nouveaux locaux.

[7] Pour une décision controversée, voir CAA, Nantes, 11 mars 1999, « Association "Une Vendée pour tous les Vendéens" », T. p. 668 : le logotype du département de la Vendée (deux cœurs entrelacés surmontés d'une couronne portant une croix) ne correspond pas « *en lui-même, à la transposition directe et immédiate d'une scène ou d'un objet du rituel d'une quelconque religion* ». Celui-ci n'a pas été réalisé « *dans un but de manifestation religieuse, ni n'a eu pour objet de promouvoir une religion* » ; ce n'est donc pas un « *emble religieux* ».

[8] CAA Nantes, 4 février 1999, n° 98NT00337, préc. : le crucifix peut néanmoins être placé dans une vitrine d'exposition au titre du patrimoine historique de la commune. Voir aussi, CE, 25 novembre 1988, « Dubois », Rec. Lebon p. 422 : possibilité pour une commune de placer dans un lieu public un buste représentant un cardinal archevêque de la ville, au motif qu'il avait été une personnalité locale.

la liberté de conscience […] et la neutralité du service public à l'égard des cultes quels qu'ils soient »[1]. Les mêmes interdictions d'affichage s'appliqueront aux noms[2] et aux logos[3] d'ordre politique[4]. La collectivité ne doit pas afficher son soutien à un engagement politique, que ce soit des manifestations[5], un débat[6] ou la lutte contre un parti d'extrême-droite[7] dès lors qu'ils ne présentent aucun intérêt local[8].

255. La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires situe la laïcité parmi les valeurs fondamentales de la fonction publique[9]. Elle modifie l'article 25 du Statut général de la fonction publique de 1983 qui précise désormais que

---

[1] CAA, Nantes, 11 mars 1999, « Association "Une Vendée pour tous les Vendéens" », préc.

[2] TA Montreuil, 4 juillet 2014, « Préfet de la Seine-Saint-Denis e. a. », n° 1400324, 1400353, 1400481, et 1401182 : « *désigner M. Abdallah citoyen d'honneur est de nature à porter atteinte à l'image de la ville de Bagnolet* », en tant qu'il est présenté comme un « *prisonnier politique* », qualification juridiquement fausse et objectivement contraire aux décisions de justice rendues. TA Lille, 18 décembre 2007, « Desurmont », *AJDA*, 2008, p. 709, note S. DELIANCOURT : interdiction d'appeler une école « Jack Lang » parce qu'aucun motif d'intérêt général ne le justifie. Voir plus généralement, C. LAVIALLE, « Le régime juridique des dénominations publiques », *LPA*, 21 novembre 1988, n° 140, pp. 4-12.

[3] CE, 27 juillet 2005, « Commune de Saint-Anne », Rec. Lebon p. 347 : drapeau représentant un triangle rouge attaché à la hampe, suivi de deux bandes égales verte et noire, posé sur le fronton de la commune qui correspond au drapeau nationaliste martiniquais, devenu le symbole du « Modemas », Mouvement des démocrates et écologistes pour une Martinique souveraine.

[4] En plus des aspects politique et religieux, la neutralité vise aussi les questions commerciales : elle interdit par exemple la publicité ou le *sponsoring* des services publics, notamment de l'école ; cf. Ministère de l'éducation nationale, « Principe de neutralité », Portail de l'éducation national, 2009, www.eduscol.education.fr.

[5] CE, 23 juin 2004, n°250294, « Commune de Dunkerque, Communauté urbaine de Dunkerque » : annulation de la décision de fermer les services publics en soutien à un mouvement de grève relatif à la défense des avantages sociaux de la fonction publique ; CE, 12 octobre 1990, n° 91325, « Commune de Champigny-sur-Marne » : même décision, alors que la commune est l'employeur des grévistes ; CE, 12 octobre 1990, n° 90468, « Val-de-Marne » : « *l'aide apportée à des grévistes par un conseil municipal […] ne peut présenter un objet d'intérêt communal, et par suite être légale, que si elle est utilisée à des fins exclusivement sociales, et n'a pas le caractère d'une intervention dans un conflit collectif du travail* ».

[6] CAA Bordeaux, 26 octobre 2010, n° 10BX00170, « Commune de Billière » : obligation de retrait d'une fresque relative à l'admission des étrangers sur le territoire national ; CE, 25 avril 1994, n° 145874, Rec. Lebon : annulation de la délibération proposant la diffusion de tracts en faveur du « non » au référendum sur la ratification du Traité de Maastricht. Reconnaissance par le juge d'un intérêt local, voir CE, 23 juillet 1986, « Divier c. ville de Paris », Rec. Lebon p. 208 : la ville de Paris est en droit de mener une campagne d'information et de communication sur le projet de loi dit « Paris, Lyon, Marseille (PLM) », parce que celui-ci modifie profondément le régime administratif de la capitale, ce qui assure un lien direct avec l'intérêt local. Pour des décisions relatives à des conflits internationaux, voir, CE, 16 juin 1997, n° 170069, « Département de l'Oise » : qualification d'un lien suffisant et effectif entre l'objet de l'échange et la population locale sous trois conditions : existence d'un intérêt public, l'objet doit répondre directement aux besoins de la population, l'initiative doit respecter le principe d'impartialité.

[7] CE, 28 octobre 2002, n° 216706, « Commune de Draguignan » : annulation de la subvention accordée à une association de lutte contre le FN, car l'action de l'association « *aurait été de nature politique et partisane* ». Le financement des cultes est aussi, par principe, interdits ; sur la question, voir infra, n° 1165 et s.

[8] La collectivité territoriale ne doit pas empiéter sur les compétences de l'Etat, sauf si celui-ci l'y a autorisé. Voir par ex., CAA Bordeaux, 13 mars 2007, n° 05BX01230, « Commune d'Ainhoa » : annulation de la subvention à une asso d'élus pour un département basque car le découpage territorial relève de la compétence de l'Etat ; CE, 16 novembre 1994, n° 148995, « Commune d'Awala-Yalimapo » : interdiction de consulter des électeurs au sujet du maintien sur le territoire de la commune de populations étrangères ; CAA Versailles, 23 octobre 2008, n° 08VE01555, « Commune de Clichy-la-Garenne » : annulation d'une consultation sur la question du droit de vote des étrangers aux élections locales.

[9] JORF n° 0094 du 21 avril 2016.

« *le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. A ce titre, il s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses* »[1]. Si le prosélytisme des agents est sanctionné, la question se pose encore de savoir si l'interdiction s'applique aux élus[2], aux collaborateurs[3] et aux personnes privées en charge d'une mission d'intérêt général[4].

256. **L'exigence de neutralité protectrice des libertés individuelles.** L'exigence de neutralité, porté sur les fonts baptismaux par la laïcisation des services publics[5], en particulier celui de l'éducation[6], a pour objectif de protéger les libertés des administrés[7] de tous bords politiques et de toutes croyances religieuses. Elle devient une garantie des libertés d'opinion, de culte, d'expression, et de réunion et protège ainsi contre les troubles à l'ordre public que les atteintes à ces libertés peuvent engendrer. La circulaire de 1882 relative au retrait des emblèmes prévoyait une application qui tienne compte du « *vœu des populations* » afin de ne pas « *porter le trouble dans les familles ou dans les écoles, froisser la conscience ou favoriser l'agitation factice qu'on voudrait créer* » [8]. En matière politique, le juge a pu considérer qu'une

---

[1] Art. 25, al. 3, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc.

[2] Pour les élus, ou pour les candidats aux élections, aucun fondement législatif ne permet de leur appliquer l'obligation de neutralité, sauf le maire et ses adjoints en leur qualité d'officiers de police judiciaire et d'officier d'état civil. Voir not., art. L. 2122-31, CGCT ; CE, 23 décembre 2010, n° 337079, « Association Arab Women's Solidarity » ; CE, 22 mai 1987, req. n° 70085, « Tête » ; CAA Nancy, 4 juin 1998, n° 97NC02102, « Ville de Metz c. Masson ».

[3] Pour le Conseil d'Etat, l'obligation de neutralité ne saurait leur être appliquée au risque de porter atteinte à leur liberté de religion (cf. CE, Ass., *Sur l'application du principe de neutralité religieuse dans les services publics*, Etude demandée par le Défenseur des droits, adoptée le 19 décembre 2013). Les seules limitations admises doivent être fondées sur des textes particuliers ou sur une atteinte à l'ordre public ou au bon fonctionnement du service ; cf. TA Nice, 9 juin 2015, n° 1305386, « Madame D. ».

[4] Cass. Ass., 25 juin 2014, n° 612, req. n° 13-28.369, « crêche "Baby Loup" ».

[5] CE, Avis, 3 mai 2000, « Mademoiselle Marteaux », n° 217017, Rec. Lebon p. 169 ; *RFDA*, 2001, p. 146, concl. R. SCHWARTZ : « *la laïcité est la neutralité, le respect de la liberté de conscience de chacun*. […] » ; CE, Sect., 7 mars 1969, « Ville de Lille », Rec. Lebon p. 141 ; *D.* 1969, J., p. 279, concl. G. GUILLAUME : « *Laïcité et neutralité en matière religieuse constituent un seul et même principe à valeur constitutionnelle* ». On pourrait même plaider pour une absorption de la laïcité dans la neutralité dans la mesure où « *la notion de neutralité ne se segmente pas en champs distincts, politique, philosophique ou religieux* » ; dès lors, on peut se demander s'il n'aurait pas « *mieux valu admettre, afin d'attribuer une effectivité certaine au principe évoqué, que le signe religieux [puisse] être aussi un signe politique ou philosophique, surtout comme s'agissant en l'espèce du port du foulard* » ; cf. G. KOUBI, note sous CE, Avis, 3 mai 2000, « Mademoiselle Marteaux », *D.*, 2000, p. 747.

[6] Le principe s'applique jusque dans l'enseignement supérieur ; cf. Art. L. 141-6, Code de l'éducation : l'enseignement supérieur est « *laïque et indépendant de toute emprise politique, économique, religieuse ou idéologique ; il tend à l'objectivité du savoir ; il respecte la diversité des opinions. Il doit garantir à l'enseignement et à la recherche leurs possibilités de libre développement scientifique, créateur et critique* ».

[7] La question de savoir si la neutralité peut être invoquée au titre d'une liberté fondamentale dans le cadre du référé-liberté n'a pas été tranchée ; cf. CE, 13 mai 2005, n° 280353, « Buffet e. a. » : la diffusion d'une brochure éditée et financée par la Commission européenne présentant le TECE auprès des élèves de lycées « *n'est pas constitutive d'une atteinte grave et manifestement illégale aux principes de la liberté d'expression du suffrage et de neutralité du service public* ».

[8] Cir. relative à l'application de la loi du 28 mars 1882, en ce qui concerne la neutralité de l'école au point de vue confessionnel du 2 novembre 1882, n° 3011 ; Cir. et instructions officielles relatives à l'instruction publique, Tome IX, des 29 mars 1882-26 octobre 1886, pp. 136-139 : « *il conviendra, à moins de raison grave, de reporter l'exécution de cette mesure à l'une des époques réglementaires de vacances et de ne jamais la laisser accomplir*

délibération visant à faire débaptiser la place Georges Marchais de la commune de Villejuif devait « *être considéré comme ayant heurté la sensibilité des personnes* »[1]. La neutralité apparaît sous ce premier aspect comme une protection de l'intimité, de la sphère privée. Elle trouve notamment une application en matière d'état civil avec l'interdiction faite aux officiers d'« *insérer dans les actes qu'ils recevront, soit par note, soit par énonciation quelconque que ce qui doit être déclaré par les comparants* »[2].

257. La neutralité est aussi une protection de la pratique du culte et de l'expression politique dans la sphère publique. A cette fin, les édifices religieux doivent pouvoir être reconnus « *extérieurement grâce à des signes ou des emblèmes spéciaux* »[3]. « *La liberté de culte exige que les adeptes des différentes religions aient le droit d'affirmer leurs croyances sur leurs sépultures particulières* »[4]. On retrouve ainsi une exigence de pluralisme politique qui s'applique notamment à la communication locale comme nationale[5]. Il est donc nécessaire que toutes les croyances et toutes les opinions politiques puissent s'exprimer dans la sphère publique

258. La neutralité se traduit par la mise en œuvre d'une relation de confiance où l'ensemble de la structure administrative, bâtiments et agents, doit apparaître, aux yeux des administrés, totalement indifférente à leurs croyances ou à leurs opinions politiques. Sous cet aspect, Alexis ZARCA voit dans l'obligation de neutralité « *une obligation indirecte de non-discrimination à*

---

d'une façon qui puisse froisser la conscience ou favoriser l'agitation factice qu'on voudrait créer ». L'interdiction des embles est « *indispensable pour prévenir les troubles et les désordres* ». Elle doit cependant se faire dans des conditions « *qui respectent les coutumes et les sentiments intimes des populations* » ; cf.. *Annales de la Chambre des Députés*, séance du 27 juin 1905, p. 1047.

[1] TA Melun, 13 janvier 2016, « Préfet du Val-de-Marne, M. F. AB. et a. », n° 1501201 et 1502333. La neutralité peut aussi être préservée sur la base de l'atteinte à l'image de la ville ; cf.. TA Montreuil, 4 juillet 2014, « Préfet de la Seine-Saint-Denis e. a. », n° 1400324, 1400353, 1400481, et 1401182.

[2] Art. 35, Code civil. Il interdit par exemple de mentionner la nationalité lorsque cela n'est pas prévu par un texte (T. civ. La Rochelle, 24 juin 1913 et T. civ. Poitiers, 14 janvier 1914, *DP*, 1916, 2, p. 1, note BINET). L'article 57 interdit quant à lui la mention « *de père ou de mère inconnu, ou non dénommé, ni aucune mention analogue* » (loi du 22 juillet 1922) lorsque rien n'est indiqué à l'officier d'état civil concernant les parents de l'enfant. Dans le même sens, la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 (JO 9 Janvier 1993) qui a modifié l'article 57 du Code civil, réduit le pouvoir de l'officier de l'état civil en matière de choix des prénoms dans l'intérêt de l'enfant. Elle a notamment permis de mettre fin à la politique de « francisation » des prénoms. L'action de l'officier est encadrée par le juge, cf. CE, 16 octobre 1981, n° 19374, « Tassin de Nonneville », T. p. 749 ; CE, 9 juin 1999, n° 198207, « Consorts d'Everlange de Bellevue », JurisData n° 1999-050570.

[3] A. BRIAND, *La séparation de l'Eglise et de l'Etat,* 4 mars 1905, Rapport au nom de la commission relative à la Séparation des Eglises et de l'Etat et de la dénonciation du Concordat chargée d'examiner le projet de loi et des diverses propositions de loi concernant la Séparation des Eglises et de l'Etat, n° 2302, Chambre des Députés, annexe au procès verbal de la deuxième séance du 4 mars 1905, Edouard Cornély, Éd. Paris, 1905, p. 334.

[4] Ibid. p. 334.

[5] Cons. const., 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, Loi relative à la liberté de communication, cons. 15. « *considérant enfin, que les obligations imposées aux sociétés et à l'établissement public composant le secteur public de la communication audiovisuelle sont précisées dans des cahiers des charges fixés par décret, qui doivent être préalablement soumis à la Commission nationale de la communication et des libertés, dont l'avis motivé est rendu public ; que ces cahiers des charges doivent nécessairement se conformer aux principes fondamentaux du service public et notamment au principe d'égalité et à son corollaire le principe de neutralité du service* ».

l'égard des usagers, qui a vocation à produire ses effets égalitaires en amont de l'action administrative[1] »[2]. Cette obligation préventive s'ajoute à une obligation de traitement identique de toutes les croyances et les opinions, la seule à même de garantir le pluralisme.

2) Une obligation de traitement identique des administrés

259. L'exigence de neutralité implique que tout agent assure « *un service public dans les mêmes conditions, de façon impartiale et sans discrimination de caractère politique, philosophique ou religieux entre les usagers et autres personnes* »[3]. Elle suppose une obligation de traitement identique des administrés qui s'impose aux collectivités territoriales[4]. Elle les oblige à ne pas les discriminer en raison de leurs croyances ou de leurs opinions. En cela, l'exigence de neutralité peut être considérée comme une exigence d'impartialité.

260. **La neutralité, une interdiction de discriminer.** Pour Jacques CHEVALLIER, l'agent neutre est celui qui « *tient la balance égale entre tous les administrés et les traite identiquement* »[5]. Il apparaît alors que la liberté d'opinion du fonctionnaire, pendant son service, est « *limitée par un devoir qui lui incombe envers les administrés : le devoir d'impartialité, de sérénité. Ce devoir découle de la nature de l'action administrative qui, dans le système administratif français, se veut essentiellement neutre* »[6], si bien qu'il se trouve, en quelque sorte, « *stérilisé* »[7]. Une administration non-neutre serait donc une administration politisée confiée « *à des hommes auxquels on donne mission de traiter de façon différente ceux*

---

[1] Parce qu'elle permet de « *ne pas compromettre leur confiance en l'impartialité de l'action administrative* » (cf. V. KONDYLIS, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, op. cit., p. 260). Elle ne disparaît d'ailleurs pas dans le cadre même d'une action en faveur de la lutte contre les discriminations : l'administration est ainsi tenue de s'assurer que le contenu d'interventions sur ce thème dans des établissements scolaires ne porte pas atteinte au principe de neutralité du service public et à la liberté de conscience des élèves ; TA Paris, 23 novembre 2012, « Confédération nationale des associations familiales catholiques e.a. », req. n° 1211193, *AJDA*, 2013, p. 427, concl., L. GUILLOTEAU.

[2] A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruylant, 2014, p. 770.

[3] V. KONDYLIS, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, LGDJ, Bib. Droit pub., tome 168, 1994, p. 8.

[4] Voir not., V. KONDYLIS, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, op.cit., pp. 259-260 : l'obligation de neutralité, « *sous son double aspect, c'est-à-dire de stricte limitation de la liberté d'expression des fonctionnaires et d'impartialité dans l'exercice de leurs fonctions, apparaît comme la condition* sine qua non *pour garantir l'égalité de traitement des administrés* ».

[5] J. CHEVALLIER, « Un nouveau sens de l'Etat et du service public », art. cit.

[6] C. FOURIER, *La liberté d'opinion du fonctionnaire : essai de droit public comparé*, LGDJ, coll. Bib. Droit public, tome VI, 1957, p. 314.

[7] Ibid.

qui sont en accord idéologique avec eux et ceux qui ont le malheur de s'écarter des schémas officiels »[1].

261. Dans l'administration française, l'obligation de « *neutralité garantit le libre accès de tous aux services publics sans discrimination. Elle implique la laïcité de l'État, l'impartialité des agents publics et l'interdiction de toute discrimination fondée sur les convictions politiques, philosophiques, syndicales, religieuses ou tenant à l'origine sociale, au sexe ou à l'origine ethnique* »[2]. Ainsi, « *le fonctionnaire, qu'il le veuille ou non, mais aussi, quelque part parce qu'il l'a voulu, appartient d'abord à la sphère publique, dont les raisons d'être sont le service de l'intérêt général et le traitement égalitaire de tous les usagers* »[3]. S'il tient compte de l'un des critères susmentionnés, son attitude vis-à-vis de l'usager pourra être considérée comme non-neutre, inégalitaire ou partiale. D'ailleurs les trois principes sont souvent invoqués simultanément[4]. Pour ces trois principes, seul l'intérêt général peut justifier la prise en compte des croyances ou des opinions des administrés. Il en va ainsi pour les agréments délivrés par les conseils départementaux en matière d'adoption, pour les parents[5] et pour les assistants familiaux[6].

262. **La neutralité, une exigence d'impartialité.** L'exigence de neutralité rejoint l'exigence d'impartialité lorsque par exemple la révocation d'un agent d'une morgue est motivée par son « *attitude partiale* » à l'égard des familles, manquant ainsi « *à la règle absolue de neutralité vis-à-vis des sociétés de pompes funèbres* »[7]. Plus largement, l'obligation d'impartialité, et partant de neutralité, peut s'interpréter comme une obligation d'objectivité, la seule à même d'éviter la rupture d'égalité. A défaut d'être un principe général[8], le manque d'objectivité a pu être

---

[1] J. RIVERO, « La politique de choix des fonctionnaires en Europe – Rapport de synthèse », *AEAP*, Vol. II, 1979, pp. 327-337, p. 332.

[2] Charte des services publics du 18 mars 1992, in Ministère de la fonction publique et des réformes administratives, *La fonction publique de l'Etat*, Rapport annuel, La documentation française, 1992, site : www.fonction-publique.gouv.fr, p. 37.

[3] Concl. KOLBERT sur CAA Lyon, 27 novembre 2003, « Mademoiselle Nadjet Ben Abdallah », *AJDA*, 2004, p. 154 ; *RFDA*, 2004, p. 588.

[4] CAA, Nantes, 11 mars 1999, « Association "Une Vendée pour tous les Vendéens" », T. p. 668.

[5] C'est le risque encouru par les enfants qui a justifié le refus d'adoption à une famille de témoins de Jéhovah ; voir CE, 24 avril 1992, « Département du Doubs c. F. », Rec. Lebon p. 195. Voir, J. FIALAIRE, « Chapitre 4 (folio n°4325) - Compétences des collectivités territoriales : cultes », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, mai 2017, n° 285-286.

[6] C'est le risque de marginalisation de l'enfant à qui il est refusé de fêter noël qui justifie le refus d'agrément pour une famille témoin de Jéhovah ; voir TA Lyon, 3 mars 1998, « Mme P. », *Journal du Droit des Jeunes*, juin 1998, p. 53, concl. G. VERNEY-CHANEL ; CAA Nantes 28 décembre 2001, « Département du Cher c. Mme G. », req. n° 98NT02067 ; J. FIALAIRE, voir J. FIALAIRE, « Chapitre 4 (folio n°4325) - Compétences des collectivités territoriales : cultes », op. cit., n° 287-288.

[7] CAA Paris, 7 mai 1996, req. n° 95PA00067, « Peufly ».

[8] Concl. G. BRAIBANT sur CE, Sect., 13 novembre 1970, « Moreau e. a., Rec. Lebon p. 661 ; Concl. D. LABETOULLE sur CE, 8 décembre 1982, « Marsac e. a. », *JCP*, 1983, p. 20016. Les deux commissaires y voient un principe général du droit.

sanctionné comme un défaut de discernement ou d'appréciation[1]. L'apolitisme exigé du fonctionnaire l'oblige à poursuivre « *les intérêts généraux de la société et non ceux d'un groupe social spécifique* »[2]. Il ne peut pas plus montrer son hostilité à l'égard d'un groupe social au risque d'être sanctionné pour partialité. Il en est ainsi de la décision d'un jury de concours annulée parce que son président, maire de la commune, avait adopté une position de principe hostile « *à l'égard des femmes candidates* »[3]. Dans ses conclusions, Guy BRAIBANT, indique que la présomption d'impartialité ne peut être levée par l'attitude objective du maire pendant les délibérations du jury. L'hostilité est donc source de partialité, qu'elle vise une personne en particulier[4] ou un groupe social. Toutefois, le juge considère que le défaut d'impartialité ne peut caractériser une faute au regard de l'interdiction de discriminer que lorsqu'il révèle une intention d'impartialité qui soit discriminante[5]. En revanche, le principe d'égalité n'implique pas de démontrer d'intention particulière[6].

263. Depuis 1998 la Charte des citoyens et des services publics reconnaît et renforce en tant que principe traditionnel et essentiel du service public la neutralité au même rang que l'égalité et la continuité. Elle donne une connotation à l'exigence d'égalité en obligeant à l'indifférence et au pluralisme. Il convient de noter toutefois que certains statuts historiques particuliers permettent de contrevenir à l'égalité religieuse dans les collectivités toujours sous concordat[7], ou à l'égalité en raison de l'orientation sexuelle pour certaines populations ultramarines[8]. Dans

---

[1] CE, 21 février 1994, req. n° 124117, « M. Bourges ».

[2] P. BIRNBAUM, « La conception durkheimienne de l'Etat : l'apolitisme des fonctionnaires », *Extrait de la Revue française de Sociologie*, Vol. XVII, n° 2, avril-juin 1976, pp. 247-258, spéc. p. 251 et s.

[3] CE, 9 novembre 1966, « Commune de Clohars-Carnoët c. Demoiselle Podeur » ; concl. G. BRAIBANT, *D.*, 1967, *JP.*, p. 92.

[4] Voir supra, n° 238 et s.

[5] A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruylant, 2014, p. 770. Par ex., CAA Marseille, 20 novembre 1997, n° 96MA00832, Inédit : Face à une demande en nullité de délibération de jury de licence en chimie pour discrimination, la Cour indique que le demandeur ne démontre pas qu'il a « *fait l'objet d'une discrimination négative résultant de considérations étrangères à sa valeur, ni qu'il [a] été porté atteinte à l'impartialité du jury en cause* » ; CAA Paris, 7 mai 1996, « Peufly », req. n° 95PA00067.

[6] TA Nice, 11 juin 1987, « Syndicat des commerçants non sédentaires des Alpes-Maritimes, MM. Bueno, Pineau et Suissa » ; concl. CALDERARO, *AJDA*, 1988.538 : impossibilité de mettre en œuvre l'article L. 121-35 du code des communes, mais annulation de la décision ayant pour objet de confier l'organisation de la foire municipale au syndicat des commerçants de la ville car les modalités d'organisation de la foire sont « *de nature à entraîner une rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques* ». Voir aussi, CE, 8 juillet 1970, « Commune de l'Hermitage », Rec. Lebon p. 469 ; CE, 15 mars 1996, « Cavin », *Revue de droit de l'immobilier*, 1996, p. 358 : « *la mise à disposition d'une salle communale à des associations, syndicats ou partis politiques qui en font la demande, peut être refusée (uniquement) pour des motifs tirés des nécessités de l'Administration des propriétés communales ou par celles du maintien de l'ordre public* ». Le refus de mise à disposition ne peut donc être motivé par la seule nature de la formation politique qui le demande.

[7] Voir infra, n° 635 et s. ; 1171.

[8] « La collectivité territoriale et le mariage pour tous. Veille », *JCP Adm.*, n° 46, 19 novembre 2012, act. 795. Les dispositions de la loi sur le mariage des personnes de même sexe « *n'ont pas vocation à s'appliquer aux citoyens relevant du statut personnel (de droit civil local) à Mayotte, en Nouvelle-Calédonie et dans les îles Wallis et Futuna* »

cette hypothèse, la neutralité n'est plus uniquement un devoir des agents mais aussi un droit qui les protège du politique.

B) L'indifférence à l'égard des agents publics

264. Dans une administration politisée, la forme la plus absolue « *qui ostracise toute idée de neutralité, signifie que la Fonction publique ne se distingue pas des autorités politiques. Elle se trouve liée et subordonnée à la fois à l'institution gouvernementale et, plus encore, à un parti politique*[1] »[2]. Ce conformisme de l'administration a été remis en question dès la Monarchie de Juillet, puis plus systématiquement au début de la IIIe République en dotant les fonctionnaires d'un statut indépendant leur permettant de se protéger contre les changements institutionnels (1). La dépolitisation de l'administration a ainsi été un moyen de protéger leurs opinions et leurs croyances en interdisant à leur employeur d'en tenir compte dans les décisions dont ils sont les destinataires (2).

1) Une protection des libertés individuelles de l'agent

265. La mise en place de l'administration moderne de type wébérienne a engendré la création d'un statut protecteur des agents publics associant indépendance et égalité de traitement[3]. Toutefois, cette indépendance est associée à des contreparties qui limitent la liberté du fonctionnaire, et qui sont justifiées par la spécificité des fonctions.

266. **L'indépendance statutaire garante des libertés de l'agent.** Dès la Monarchie de Juillet a commencé l'établissement progressif d'une fonction publique civile formée et bénéficiant d'un « *état* » qui les protège contre l'arbitraire du pouvoir politique[4]. Des propositions apparaissent d'Émile de GERARDIN ou d'Edouard LABOULAYE tendant à faire du concours suivi d'un stage qualifié « *d'auditorat* » ou de « *noviciat administratif* » le mode

[1] J.-Y. CALVEZ, « L'idée de dépolitisation jugement de valeur », in G. VEDEL (sous la direction de), *La dépolitisation, mythe ou réalité* ?, Armand Colin, 1962, *Cahiers de la FNSP*, Série Partis et élections, pp. 35-42, spéc. p. 39 : « *Nul doute que dans tout régime dictatorial, de gauche aussi bien que de droite, la "politisation", elle, est la règle* ».

[2] V. KONDYLIS, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, op. cit. p. 14.

[3] P. BIRNBAUM, « La conception durkheimienne de l'Etat : l'apolitisme des fonctionnaires », *Extrait de la Revue française de Sociologie*, Vol. XVII, n° 2, avril-juin 1976, pp. 247-258, spéc. p. 251 et s.

[4] Sur la genèse et les fondements de la fonction publique, voir not., R. GREGOIRE, *La fonction publique*, Armand Colin, 1954 et S. SALON, « Le statut général des fonctionnaires, la longue marche du siècle », *Cahiers de la fonction publique*, janvier 2000.

normal de recrutement. Elles inspirent la création éphémère d'une Ecole Nationale d'Administration en 1848. A suivi, parallèlement, une « *pression constante du législateur, dès 1843, puis en 1850, puis en 1883 pour que les diverses administrations prennent des textes d'organisation de leurs services, précisant en particulier la structure de leurs emplois et les moyens d'y pourvoir*[1] »[2]. La construction des statuts est ainsi devenu le préalable indispensable à une prise de décision impartiale. Par la neutralité de l'administration, les statuts créent aussi une prise décision « *de nature personnelle, au sens d'indépendance d'esprit* »[3]. La contrepartie de cette indépendance se traduit dans l'article 25 *bis* du titre I du statut de la fonction publique qui impose l'intégrité, l'objectivité parmi les obligations des fonctionnaires[4].

267. Indépendance, impartialité et neutralité sont, ici, étroitement liées. Ainsi, l'indépendance garantit l'impartialité et la neutralité des commissaires-enquêteurs[5], des membres des jurys[6], ou des conseils de discipline[7]. Le juge peut motiver sa décision sur les deux principes d'indépendance et d'impartialité[8], parfois uniquement sur le devoir d'indépendance[9]. Le statut de la fonction publique protège l'agent public contre les immixtions de son employeur dans sa sphère privée. L'article 18 de la loi du 13 juillet 1983 interdit par exemple à ce qu'il soit « *fait état dans le dossier d'un fonctionnaire, de même que dans tout document administratif, des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé* »[10]. Les fonctionnaires sont aussi en droit de demander des congés

---

[1] Art. 7, Loi de finances du 21 juillet 1843 : « *avant le 1er janvier 1845, l'organisation centrale de chaque ministère sera régie par une ordonnance royale [...]* » ; art. 1er, Loi du 5 juillet 1850 : « *dans l'année qui suivra la promulgation de la présente loi, des règlements d'administration publique détermineront les conditions d'admission et d'avancement pour tous les services publics où ces conditions ne sont pas réglées par une loi.* » ; art. 16, Loi du 29 décembre 1882, qui sera suivie de plus d'effets que les précédentes dispositions, quoique en dehors des délais prévus par le texte : « *avant le 1er janvier 1884, l'organisation centrale de chaque ministère sera réglée par un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique [...]* »

[2] CE, *Perspectives pour la fonction publique*, Rapport public, n° 24, La documentation française, 2003, p. 233.

[3] M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *RFDA*, 1998, p. 771 et s. ; E. MITARD, « L'impartialité administrative », *AJDA*, 1999, p. 478 et s.

[4] Art. 25 *bis*, I, Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux obligations des fonctionnaires, JORF n° 0094 du 21 avril 2016 : « *Le fonctionnaire veille à faire cesser immédiatement ou à prévenir les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles il se trouve ou pourrait se trouver* ».

[5] En vertu de l'article R. 11-5, Code de l'expropriation.

[6] CE, 8 octobre 1965, req. n° 55939, « Marfaing ».

[7] CE, 19 janvier 1951, « Facchinetti », préc.

[8] CE, 27 février 1985, req. n° 449760, « Panarani c. Hôpital de Roanne ».

[9] CE Sect., 18 février 1949, « Viet », préc. : le fait que le sieur Vivier « *avait pris parti publiquement antérieurement à cette séance [...] était de nature à lui retirer l'indépendance nécessaire pour siéger* ».

[10] Il s'agit d'une conséquence de l'affaire des fiches du général Louis ANDRE, ministre de la guerre de 1900 et 1904. Dans le but de républicaniser et de laïciser l'armée, le général avait fait appel au Grand Orient de France pour établir des fiches sur ses officiers, répertoriant leurs convictions religieuses ou politiques. La vente de ses fiches à un député nationaliste révéla le scandale, et fit tomber le gouvernement d'Emile COMBES. Voir not., G. THUILLIER, « Aux origines de l'affaire des fiches (1904) : le cabinet du général André », *La Revue administrative*, 2002, pp. 372-381.

pour leurs fêtes religieuses mais sans garantie de voir ces demandes acceptées[1]. Toutefois, si la collectivité territoriale a déjà accordé des autorisations à d'autres agents de confessions différentes, elle ne pourra pas les refuser au nouveau demandeur[2].

268. **L'encadrement des libertés de l'agent.** On constate progressivement, l'influence du principe de neutralité sur le statut des fonctionnaires « *vers une plus grande ouverture à la diversité des sensibilités philosophiques et religieuses* »[3]. En contrepartie de cette protection, le statut de la fonction publique impose aux agents qu'ils accomplissent leurs fonctions sans qu'il n'y ait de doute sur l'impartialité de ses décisions, qu'ils soient en contact avec le public ou non. « *L'agent public est tenu, par son comportement, ses manifestations, et son attitude, à ne pas susciter le doute parmi les usagers* »[4]. « *Cette obligation trouve à s'appliquer avec une rigueur particulière dans les services publics dont les usagers sont dans un état de fragilité ou de dépendance* »[5]. Son non-respect constitue une faute personnelle susceptible d'engager sa responsabilité[6].

---

[1] CE, 14 avril 1995, n° 157653, « Koen et Consistoire central des israélites », Rec. Lebon p. 168 ; CE, 12 février 1997, n° 125893, « Mademoiselle Henny », *Droit administratif*, 1997, n° 248 : l'agent a droit à ce que sa demande soit examinée, y compris si elle concerne une fête non comprise dans la circulaire indicative du 10 février 2012 (NOR : MFPF1202144C).

[2] CE, 12 février 1997, n° 125893, « Mademoiselle Henny », préc.

[3] CE, *Service public, services publics : déclin ou renouveau*, Rapport annuel, EDCE n° 46, 1995, p. 79.

[4] CE, Avis, 3 mai 2000, « Mademoiselle Marteaux », Rec. Lebon p. 169 ; *RFDA*, 2001, p. 146, concl. R. SCHWARTZ. [4] Il arrive que le Conseil d'Etat ne cherche pas à qualifier un tel comportement comme un manquement au devoir de neutralité. Voir par ex., CE, 10 janvier 2000, « M. M. », *AJFP*, 2000-5, p. 102, comm. F. BERGUIN : sanction sur la base de la loi Falloux du 15 mars 1850 pour manquement aux obligations de sa charge pour « *cause d'inconduite ou d'immoralité* » liée à des propos racistes proférés à l'égard des personnes de confessions musulmanes par un collaborateur du service public.

[5] TA Paris, 17 octobre 2002, « Madame E. », *AJDA*, 2003, p. 99, note M.-C. MONTECLERC : « *si les agents publics bénéficient, comme tous les citoyens, de la liberté de conscience et de religion (…) le principe de laïcité de l'Etat et de ses démembrements et celui de la neutralité des services publics font obstacle à ce que ces agents disposent, dans l'exercice de leurs fonctions, du droit de manifester leurs croyances religieuses notamment par une extériorisation vestimentaire. [Ce principe vise alors à protéger les usagers du service] de tout risque d'influence ou d'atteinte à leur propre liberté de conscience, concerne tous les services publics et pas seulement celui de l'enseignement. […] Cette obligation trouve à s'appliquer avec une rigueur particulière dans les services publics dont les usagers sont dans un état de fragilité ou de dépendance* ».

[6] Concl. TARDIEU, sur TC, 2 juin 1908, « Girodet c. Morizot », Rec. Lebon p. 597 ; *S.*, 1908, 3, p. 81, note M. HAURIOU, concl. TARDIEU : « *quand au lieu d'un exposé de principe, fait d'une manière sérieuse et décente, nous rencontrons des propos grossiers et injurieux, des définitions irrévérencieuses ou grotesques, des railleries malséantes ou de basses plaisanteries sur Dieu, sur les religions, sur les ministres des cultes, et des propos blessants à l'adresse des croyants, nous voyons apparaître, non plus le fonctionnaire accomplissant un service d'Etat, non plus l'instituteur, mais l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences* ».

269. Le port de signe religieux leur est strictement interdit[1] et peut constituer une faute grave de nature à justifier le licenciement d'une employée, y compris en période de grossesse[2]. Plus largement, la neutralité de l'agent implique nécessairement qu'il accomplisse sa mission avec loyauté obligeant à une certaine « *franchise* »[3] à l'égard de l'employeur, et plus largement des administrés. Vassilios KONDYLIS voit dans la neutralité de l'agent la source du devoir de réserve[4]. Ainsi ce loyalisme, « *loin d'éliminer la neutralité de la Fonction publique, [bien qu'il] entraîne une restriction à la liberté d'expression du fonctionnaire, contribue, au contraire, à la protection de la neutralité* »[5].

270. En tant qu'obligation du fonctionnaire, la neutralité implique l'impartialité de la décision et l'obligation d'apparaître neutre aux yeux des administrés[6]. Si l'obligation s'avère contraignante à l'égard de l'agent, c'est afin de le protéger contre les abus du politique, dès lors que la loyauté exigée ne vire pas au conformisme. L'exigence de neutralité de l'administration protège donc l'agent de l'arbitraire des décisions, ce qui implique un traitement identique de tous quelles que soient leurs opinions.

2) Une obligation de traitement identique des agents

271. L'exigence de neutralité de la collectivité territoriale vis-à-vis des agents s'exprime d'abord dans son obligation de non-discrimination en matière de recrutement. L'analyse sous l'angle de la neutralité apparaît comme l'aboutissement d'un ralentissement de l'entreprise de laïcisation de la fonction publique. Les convictions religieuses, comme les opinions politiques, sont alors placées au même titre que les autres critères de discrimination. Tout traitement différencié doit être justifié par des considérations liées à l'intérêt du service ou à l'intérêt général.

---

[1] Cette obligation ne s'applique pas aux élus ; voir not., Cass. Crim., 1er septembre 2010, n° 10-80.584 : en l'absence de risque de troubles à l'ordre public, le maire qui prive de parole un conseiller municipal, au motif qu'il porte un signe religieux, se rend coupable de discrimination ; CE, 23 décembre 2010, n° 337079, « Association Arab Women's Solidarity » : « *la circonstance qu'un candidat à une élection affiche son appartenance à une religion est sans incidence sur la liberté de choix des électeurs ; qu'aucune norme constitutionnelle, et notamment pas le principe de laïcité, n'impose que soit exclues du droit de se porter candidates à des élections des personnes qui entendraient, à l'occasion de cette candidature, faire état de leurs convictions religieuses* ».

[2] CAA, Versailles, 23 février 2006, Madame X, AJDA, 2006, p. 1237. Voir aussi, TA Paris, 22 février 2007, Madame B., et TA Versailles, 7 mars 2007, Madame L., AJFP, 2007, p. 208, note O. GUILLAUMONT.

[3] M. PIQUEMAL, *Le fonctionnaire : devoirs et obligations*, Berger-Levrault, 1976, p. 169.

[4] V. KONDYLIS, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, op. ci. pp. 269-282.

[5] Ibid., p. 15.

[6] G. KOUBI, « A la recherche d'une définition spécifique de l'obligation de neutralité des fonctionnaires et agents publics », *LPA*, n° 76, 1991, p. 21 et s.

272. **Les opinions comme critère de discrimination des agents.** Dès 1938, une inflexion de la politique de laïcisation de la fonction publique a pu être observée. Ainsi, le Conseil d'Etat a annulé un refus de titularisation d'une stagiaire au motif qu'elle avait invité, par une lettre privée, un collègue à des conférences à caractère religieux[1]. En 1939, il annule des mesures administratives d'exclusion des candidats à des emplois publics fondés sur le fait d'avoir étudié dans un établissement d'enseignement confessionnel tout en précisant que le candidat en question ne présentait pas « *les garanties nécessaires de laïcité* » pour pouvoir exercer la fonction d'enseignant[2]. Il en a fait de même pour le refus de titularisation au poste d'institutrice d'une candidate qui fréquentait à ses heures de loisirs un groupement à caractère confessionnel[3] ou encore pour une stagiaire ayant placé ses enfants dans un établissement confessionnel[4]. Dans le même ordre d'idée, le simple fait d'avoir des convictions religieuses ne saurait justifier un quelconque traitement discriminatoire, y compris à l'intérieur du service public de l'éducation[5]. Ainsi, ni l'appartenance à une religion, ni sa pratique à titre privé ne peuvent justifier une mesure défavorable à l'encontre de l'agent comme une mauvaise appréciation sur une feuille de notation[6], une sanction[7] ou un licenciement[8]. La neutralité ne saurait ainsi justifier une série d'affectations ayant pour effet d'entrainer une dégradation de la situation professionnelle et une perte de responsabilités d'un agent membre de l'Eglise de scientologie[9].

273. Transposée aux opinions politiques, cette jurisprudence a fait une entrée remarquée dans le contentieux de la fonction publique à la suite de l'arrêt *Barel* du 28 mai 1954[10]. Il annule le refus de concourir prononcé par le secrétaire d'Etat à la présidence du Conseil au motif non avoué d'appartenance au Parti communiste français des candidats. Le Conseil d'Etat se fonde, en l'espèce, sur le principe d'égal accès à l'emploi public et la liberté d'opinion, invoquant l'alinéa 5 du Préambule de 1946 en vertu duquel « *nul ne peut être lésé, dans son travail ou son*

[1] CE, 28 avril 1938, « Demoiselle Weiss », Rec. Lebon p. 379 ; *D.* 1939, 3, p. 41, concl. M. DAYRAS et note M. WALINE.
[2] CE, Sect., 25 juillet 1939, « Demoiselle Beis », Rec. Lebon p. 524.
[3] CE, 3 mai 1950, n° 98284, « Demoiselle Jamet », Rec. Lebon p. 247.
[4] CE, 5 janvier 1944, « Dame Tétaud », Rec. Lebon p. 1.
[5] CE, 8 décembre 1948, Demoiselle Pasteau, Rec. Lebon p. 464 ; S. 1949, 3, p. 41, 2e espèce, note J. RIVERO ; RDP, 1949, p. 73, note M. WALINE ; CE 3 mai 1950, Dlle Jamet, Leb. p. 247. Voir aussi, CE, 3 mai 2000, avis, « Mademoiselle Marteaux » et CEDH, 15 février 2001, « Dahlab c. Suisse », *AJDA* 2001, p. 480, comm. J.F. FLAUSS.
[6] CE, 16 juin 1982, n° 23277.
[7] CE, 28 avril 1938, Rec. p. 379.
[8] CE, 8 décembre 1948, Rec. p. 463.
[9] TA Versailles, 21 décembre 2009, n° 0703623.
[10] CE, Ass., 28 mai 1954, « Barel et a. », Rec. Lebon p. 308.

emploi, en raison de ses origines, de ses opinions et de ses croyances »[1]. Clément BENALBAZ constate : « *qu'il s'agisse du statut général de la loi du 19 octobre 1946, de l'ordonnance du 4 février 1959, ou encore de la loi du 13 juillet 1983, toutes ces dispositions insistent sur la liberté d'opinion et sur l'interdiction de discriminations. L'ignorance laïque de l'Etat face aux religions se transforme plutôt en indifférence vis-à-vis des convictions des agents* »[2].

274. Les contours difficilement identifiables du cadre juridique de l'obligation de neutralité empêchent une mise en œuvre apaisée des restrictions qu'elle impose à la liberté des agents. Ce faisant, elle peut être la cause d'un risque de discrimination en raison des opinions des agents locaux.

275. **Le contrôle des discriminations à raison des opinions des agents.** L'indifférence vis-à-vis de la religion ou de l'appartenance politique empêche tout traitement défavorable systématique ou *a priori* fondé sur ces critères. Désormais, le contrôle est opéré par le juge qui apprécie les convictions au regard des exigences du service ou de l'intérêt général. « *De façon générale, il est admis que l'Administration puisse refuser l'accès ou l'intégration d'un candidat dans la fonction publique, s'il y va de l'intérêt du service. En revanche, elle ne peut (sauf procédure disciplinaire ou abandon de poste) mettre fin aux fonctions d'un titulaire ou lui refuser un emploi correspondant à sa qualification, si cet agent ne se trouve pas dans une situation incompatible avec la poursuite de son activité* »[3].

276. Dans l'arrêt *El Haddioui* du 10 avril 2009[4], le juge administratif applique l'article 6 du statut général de la fonction publique pour annuler la décision du jury de sélection ayant posé plusieurs questions portant sur l'origine du candidat et sur ses pratiques confessionnelles ainsi que sur celles de son épouse. Pour lui, ces questions sont sans rapport avec les critères permettant au jury d'apprécier l'aptitude d'un candidat. Ce faisant, elles sont « *constitutives de l'une des distinctions directes ou indirectes prohibées par l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 et révèlent une méconnaissance du principe d'égal accès aux emplois publics* ». Il est intéressant de noter que d'une part, le juge ne cherche pas à qualifier précisément le type de discriminations dont il s'agit – directe ou indirecte – et d'autre part, qu'en plus des deux fondements évoqués dans les motifs, l'abstrats de la décision contient également le principe

[1] Al. 5, Préambule de la Constitution de 1946 : « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ».
[2] C. BENALBAZ, *Le principe de laïcité en droit public*, thèse de Droit public, Université de Bordeaux, 2009, p. 303.
[3] Ibid., p. 302.
[4] CE, 10 avril 2009, n° 311888, « El Haddioui », *JCP Adm.*, 2009, p. 2108, note D. JEAN-PIERRE ; *AJDA*, 2009, p. 1386, note G. CALVES.

d'égalité devant le service public. La discrimination n'est donc pas sanctionnée sur le fondement d'une mauvaise application de l'obligation de neutralité mais, de manière autonome, même si le juge reste hésitant sur la qualification exacte et le fondement à invoquer. A l'évidence, il s'agit d'une discrimination directe au regard du contenu des questions posées et de la réticence affirmée du juge administratif à contrôler les discriminations indirectes[1].

277. Pourtant, l'exigence de neutralité peut avoir des effets discriminatoires indirectes à l'égard de certains pratiquants de religion. En interdisant le port de signes ostentatoires à l'égard des élèves, la loi de 2004[2] a ouvert une brèche permettant au principe de laïcité de s'étendre, au-delà des agents. La question s'est posée pour les collaborateurs du service public[3] et les élus avec un impact très net sur la gestion des services publics locaux, et plus largement sur le vivre-ensemble au sein des collectivités territoriales. De manière générale, les exigences liées à l'apparence peuvent constituer des discriminations indirectes à l'égard des agents pratiquants une religion, que ce soit le port d'un signe, d'un vêtement, la coupe de cheveux ou la barbe. Elles peuvent aussi véhiculer des stéréotypes qui ne s'accordent pas avec l'identité de genre de certain.e.s agent.e.s. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Marseille considère comme justifiée la sanction d'exclusion de douze mois dont neuf avec sursis de l'agent de police ayant refusé délibérément et de manière persistante à se soumettre aux injonctions relatives à sa coupe de cheveux. Pour la Cour, « *la différence de perception sociale de l'apparence des genres masculin et féminin, notamment en termes de figures d'autorité, constitue une différence objective de situation entre policiers des deux sexes agissant en uniforme* »[4]. Dans la décision de renvoi, la même Cour invoque maladroitement l'article 6 *bis* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 sur le statut des fonctionnaires qui interdit les distinctions directes et indirectes en raison du sexe des fonctionnaires mais n'autorise pas, contrairement à ce qu'elle énonce, « *que des fonctionnaires soient traités différemment dès lors qu'ils ne sont pas placés dans une situation identique* ». Dans ce type de fonctions, appartenant à des « catégories spéciales », les exigences liées à l'apparence sont plus importantes qu'ailleurs dans la mesure où elles s'appliquent, bien souvent, à des services régaliens. Elles visent ainsi très précisément à garantir leur neutralité.

[1] Voir infra, n° 391 et s.
[2] Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, JORF n° 65 du 17 mars 2004 p. 5190.
[3] Normalement, l'obligation de neutralité ne leur est pas appliquée au risque de porter atteinte à leur liberté de religion (cf. CE, Ass., *Sur l'application du principe de neutralité religieuse dans les services publics*, op. cit.). Les seules limitations admises doivent être fondées sur des textes particuliers ou sur une atteinte à l'ordre public ou au bon fonctionnement du service ; cf. TA Nice, 9 juin 2015, n° 1305386, « Madame D. ».
[4] CAA Marseille, 27 janvier 2009, n° 06MA03390 et n° 06MA03389, « Crouzat ».

278. Ainsi, l'indifférence à l'égard des agents qu'implique l'obligation de neutralité se traduit, non pas par la recherche d'une plus grande jouissance de leurs libertés individuelles, mais par l'application d'un standard, plus ou moins restrictif, uniformément applicable à tous. Elle induit un régime particulier de la non-discrimination en matières religieuse et politique qui doit se concilier avec les exigences du service public[1]. Si la neutralité protège l'agent de l'influence du politique et du religieux et l'administré de la partialité des décisions, c'est aussi au prix d'un aveuglement, voire d'un effacement, des identités personnelles. Cette forme de stérilisation[2] est ainsi un moyen de faire passer l'administration dans la modernité en transformant les orientations politiques données par les élus en une action publique objective et rationnelle.

279. La neutralité est donc bien plus qu'une simple obligation. Véritable idéologie[3], inscrite parmi les valeurs de la fonction publique, elle « *permet de concentrer la responsabilité politique sur le gouvernement* »[4]. Gilles ARMAND constate « *le passage d'une neutralité combative, hostile à la religion, à une neutralité passive qui lui est simplement indifférente* »[5] que ce soit à l'égard des fonctionnaires ou des administrés. Cette indifférence, permet de refléter « *l'unité fondamentale sous-jacente, les divisions, les clivages et les conflits de notre société* »[6].

280. Marcel POCHARD indiquait ainsi que « *si l'on veut comprendre le système de fonction publique, il faut savoir que le maître mot qui caractérise son fonctionnement et la mentalité collective des agents et de leurs représentants est celui d'égalité de traitement* »[7]. La neutralité en constitue l'expression la plus aboutie et devient ainsi « *la condition du maintien d'une démocratie pluraliste. Sans neutralité, l'esprit de tolérance disparaît ; et le totalitarisme d'un bord ou de l'autre, toujours aux aguets, ressurgit. Sans impartialité de l'administration, sans sa soumission à l'autorité politique légale, c'est la fronde, le désordre ou l'étouffement*

---

[1] « *La notion de neutralité ne se segmente pas en champs distincts, politique, philosophique ou religieux* » ; dès lors, on peut se demander s'il n'aurait pas « *mieux valu admettre, afin d'attribuer une effectivité certaine au principe évoqué, que le signe religieux [puisse] être aussi un signe politique ou philosophique, surtout comme s'agissant en l'espèce du port du foulard* » ; cf. G. KOUBI, note sous CE, Avis, 3 mai 2000, « Mademoiselle Marteaux », *D.*, 2000, p. 747.

[2] Pour reprendre l'expression de C. FOURIER, *La liberté d'opinion du fonctionnaire : essai de droit public comparé*, LGDJ, coll. Bib. Droit public, tome VI, 1957, p. 314.

[3] V. KONDYLIS, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, LGDJ, Bib. Droit pub., tome 168, 1994, p. 491 : « *la neutralité ne peut donc constituer une doctrine inamovible mais une idéologie à cause de son caractère fonctionnel* ».

[4] D. ARGYRIADES, *Genèse et évolution de la neutralité de la fonction publique en Grande-Bretagne*, thèse de Sciences administratives, Paris I, 1974, dactyl. p. 239.

[5] G. ARMAND, note sous avis CE, 3 mai 2000, « Mademoiselle Marteaux », *RRJ*, 2001, p. 2107.

[6] D. ARGYRIADES, *Genèse et évolution de la neutralité de la fonction publique en Grande-Bretagne*, op. cit., p. 245.

[7] M. POCHARD, « Quel avenir pour la fonction publique ? », *AJDA* 2000, p. 5.

bureaucratique ; c'est très vite aussi la venue de l'autoritarisme brutal… »[1]. Ce « *lien organique entre la neutralité de la fonction publique et les principes de base de la démocratie* »[2] constitue alors un « *gage de l'acceptabilité, et, finalement de l'autorité de l'Etat* »[3]. Elle permet d'écarter les soupçons vis-à-vis des risques d'arbitraire et, donc, de discrimination, auxquels sont exposés les administrés et les agents dans leurs rapports avec l'administration en général, et les collectivités territoriales en particulier

[1] M. LIGOT, « Les fonctionnaires et la politique », *Promotions*, n° 100, pp. 9-11, spéc. p. 11.
[2] D. ARGYRIADES, *Genèse et évolution de la neutralité de la fonction publique en Grande-Bretagne*, op. cit., p. 242.
[3] J. CARRIERE, « Editorial », *Promotions*, n° 100, 1976, pp. 6-7, spéc. p. 6.

Conclusion Titre 1

281. « *La révolution s'est faite et la nation s'est construite sur une équation simple et juste en 1789 : l'unité exige l'égalité, l'égalité exige l'uniformité* »[1]. Cette uniformité s'est bâtie autour de deux postulats axiologiques majeurs : l'universalité de la loi[2] et la neutralité de l'administration. Le premier suppose une application uniforme de la loi par les collectivités territoriales ; le second implique la mise en place d'une fonction publique statutaire protégée des aléas de la vie politique locale. Ils garantissent ainsi l'uniformité des deux volets – normatif et opérationnel – de l'action administrative.

282. L'objectif de l'uniformité administrative vise « *à restreindre les espaces de discrétionnalité* »[3]. L'agent public devient un élément essentiel dans la mise en œuvre de ce droit moderne, « *formellement rationnel* » qui favorise « *l'interprétation logique de règles abstraites* »[4]. L'uniformité de l'administration locale participe ainsi au maintien de « *l'unité de la législation* » et à la prévention de « *la diversité de jurisprudence* » dont les révolutionnaires voulaient se prémunir pour construire la République[5]. Aujourd'hui la France est et demeure un Etat-Nation de type unitaire dont l'organisation du territoire repose sur des bases administratives. Son territoire reste gouverné par une loi unique et administré par une organisation uniforme décrivant « *un ordre territorial français* »[6].

283. L'application uniforme de la loi a permis de construire l'unité et l'indivisibilité de la République au prix de l'ignorance des discriminations. Cette ignorance s'opère sur les deux volets de l'action administrative. Sur le plan normatif, le droit se doit de « *rester aveugle aux différences* »[7]. Il est donc difficile pour le pouvoir normatif d'appréhender les phénomènes

---

[1] G. CARCASSONNE, « contributions au renouveau de la décentralisation », *Actes des IIIe Assises de la décentralisation*, 30 novembre et 1er décembre 2000, Institut de la décentralisation, 2000, p. 167, cité par D. GUIGNARD, *La notion d'uniformité en droit public français*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2004, p. 32.

[2] O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004, p. 6 : « *est universaliste la règle qui s'applique à tous, sans distinction* ».

[3] M. WEBER, *Economie et société*, tome 1, Paris, Plon, 1971, p. 226.

[4] F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA*, 1999, p. 722 et s., spéc. p. 727.

[5] A. BARNAVE, séance du 8 mai 1790, Réimpression de l'Ancien Moniteur, p. 319.

[6] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, 3e éd., Dalloz, 2014, n° 411, p 313 : « *l'unité française s'est construite au cours des siècles au prix d'un effort continu pour surmonter les disparités territoriales. L'installation d'un modèle unique d'administration valable partout (communes, départements) et le refus de prendre en compte les régions ont longtemps constitué la base d'un ordre territorial français* ».

[7] D. LOCHAK, « L'Autre saisi par le droit », in B. BADIE et M. SADOUN (sous la direction de), *L'Autre. Etudes réunies pour Alfred Grosser*, Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques, 1996, p. 179.

discriminatoires. Au niveau opérationnel, les agents agissent pour le compte de la loi. Ce faisant, leurs mesures peuvent être la cause de discriminations parfaitement couvertes[1], voire encouragées par le législateur[2]. L'apparente rationalité du dispositif ne doit pas cacher les failles que le système abrite. Alexis ZARCA a par exemple montré, en matière de fonction publique, comment « *l'espace d'appréciation subjective des mérites cré[e] un espace possible de discrimination qui, comme pour les salariés, trouvera sa seule véritable limite dans les textes prohibant expressément le recours à certains critères de distinction*[3]». En l'absence de critères de discrimination préalablement établis et interdits dans la loi, le droit peut devenir indifférent à certaines différences.

284. En traitant « *les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière* »[4], l'uniformité du droit conduit à ignorer les risques de discrimination contenus dans chaque processus de décision. Avec l'uniformité, on espère la victoire de l'égalité et de l'unité, « *la reconnaissance juridique et politique* », pour reprendre les termes d'Hannah ARENDT, « *du fait que la société a conquis le domaine public, et que les distinctions, les différences sont devenues affaires privées propres à l'individu* »[5]. Lever le voile d'ignorance, doit permettre de résoudre le risque de discrimination lié à l'uniformité de l'administration. L'inscription de l'interdiction de discriminer à l'égard de l'ensemble des collectivités publiques aura cet effet. Elle confirme en partie l'échec de l'entreprise révolutionnaire à égaliser la société par l'uniformité.

---

[1] Jean JAURES dans la revue de l'enseignement primaire et primaire supérieure publiés le 4 octobre 1908 (pp. 176-177) déclarait qu'« *il n'y a que le néant qui soit neutre* ».

[2] C. PERELMAN, « Egalité et intérêt général », in C. PERELMAN (sous la direction de), *L'égalité*, Travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université de Bruxelles, Vol. VIII, Bruylant, 1982 : le principe d'égalité devant la loi impose « *aux fonctionnaires, et plus particulièrement aux juges, une certaine uniformité dans l'application du droit ; il garantit les justiciables contre la partialité et l'arbitraire des agents du pouvoir. Mais il ne protège pas contre l'arbitraire et l'injustice du législateur qui pourrait introduire dans la loi elle-même des discriminations injustifiées* ».

[3] Voir par ex., analysant dans le détail le cas de la fonction publique (d'emploi) aux Pays-Bas, J.-L. BODIGUEL, « Fonction publique et intérêt général », in *Servir l'intérêt général. Droit du travail et droit de la fonction publique*, PUF, Les voies du droit, 2000, pp. 52 et s.

[4] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, [1762], Flammarion, 2012, p. 73 : « *Quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière*. »

[5] H. ARENDT, *Conditions de l'homme moderne*, Agora, 2002, p. 80.

Titre 2: L'émergence du risque de discrimination par la sanction juridictionnelle

285. Dès lors qu'elle a pour effet de « *choisir* », l'activité administrative est « *par nature, discriminatoire* »[1]. Ces choix qu'elle opère entrainent des différences de traitements de sorte « *qu'il se trouvera toujours des catégories de sujets de droit qui s'estimeront lésées par l'un ou l'autre des choix* » [2] de l'administration[3]. Dans la construction du droit public moderne, il revient au principe d'égalité, en tant que principe limitatif, d'assurer le contrôle des différences de traitement de l'action publique. Il revient ainsi au juge la charge de contrôle les collectivités publiques. Or, la France se distingue pour une faible légitimité attribuée aux juges, une méfiance originelle à l'égard de leur pouvoir[4] et une stricte séparation entre les autorités judiciaires et administratives. Il est peu étonnant que dans un tel contexte, la notion de discrimination, qui implique de s'intéresser aux effets de la norme, n'ait pas connu le même développement que devant les juges de l'Union européenne.

286. D'abord appréhendée par la science économique, la discrimination était initialement perçue comme un comportement néfaste au bon fonctionnement du marché[5]. C'est ainsi qu'on

---

[1] F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Aix-en-Provence, PUAM, Economica, coll. « Droit public positif », 1997, p. 18. cf. ibidem. Pour Charles Leben, « *aussi bien l'étude historique que la simple réflexion montrent à l'évidence que la loi n'est jamais "la même pour tous", contrairement à ce que semble dire l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* » ; cf. C. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, mars/avril 1982, p. 300.

[2] Ibid.

[3] Ce raisonnement appliqué au législateur par Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN nous semble également valable pour l'administration.

[4] On rappellera ainsi que l'article 66 de la Constitution de 1958 désigne une simple « autorité judiciaire », là où d'autres Etats reconnaissent aux juges la détention d'un véritable pouvoir indépendant.

[5] Voir not., A. GHIRARDELLO, « Economie et rationalité de la discrimination : comment les économistes appréhendent-ils les discriminations ? », in HALDE et DREES MIRe, *Mieux connaître pour mieux combattre : les discriminations à l'épreuve des savoirs et des pratiques*, colloque du 2 décembre 2009 à la Bibliothèque Nationale de France, site : www.urmis.unice.fr, pp. 14-16. Voir aussi, R. BOUMAHDI e. a., « Marché du travail

la retrouve en droit commercial et en droit de la concurrence afin de contrôler le comportement des opérateurs sur le marché. Elle pénètre notre droit positif principalement par l'entremise du droit de l'Union européenne. Bénéficiant de ses propriétés, la notion de discrimination a connu une diffusion exponentielle au sein de notre ordre interne, jusqu'à régir certains comportements des collectivités territoriales et de leurs membres.

287. Toutefois s'il faut mettre au crédit de l'Union européenne d'avoir largement conçu la notion juridique de discrimination, son application aux collectivités territoriales se nourrit d'autres influences (Chapitre 1). Aline PREVERT constate ainsi que « *la construction juridique de la lutte contre les discriminations en France doit très largement au contexte socio-historique national* »[1]. Ce que l'on peut désigner comme le droit français de la non-discrimination est moins le produit d'une construction d'ensemble que l'addition, par couches successives[2], de règles dont la cohérence fait parfois défaut. Aujourd'hui présente dans toutes les branches du droit, la notion de discrimination donne naissance à un contentieux protéiforme qui montre toutes ses nuances dans son application aux collectivités territoriales (Chapitre 2).

---

et lutte contre la discrimination : une approche pluridisciplinaire », *Droit et société*, n° 51-52, 2002/2, pp. 487-508.

[1] A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations. Genèse et usages d'une politique publique*, L'Harmattan, 2014, p. 61.

[2] Le premier critère de discrimination reconnu en droit français est celui de l'appartenance syndicale ; cf. Art. 3, Accord de Matignon, 7 juin 1936, site : http://travail-emploi.gouv.fr : « *Les employeurs s'engagent à ne pas prendre en considération le fait d'appartenir ou de ne pas appartenir à un syndicat pour arrêter leurs décisions en ce qui concerne l'embauchage, la conduite ou la répartition du travail, les mesures de discipline ou de congédiement (…)* ».

Chapitre 1: La notion juridique de discrimination applicable aux collectivités territoriales

288. La notion de discrimination est apparue en droit français sous l'effet des dispositions internationales et européennes visant à les interdire. L'influence la plus importante provient du droit de l'Union européenne dont l'approche va profondément remettre en question le contrôle de l'égalité tel qu'il existe en droit français.

289. Dans un premier temps, on retrouve la notion sous des aspects déjà connus du droit français. L'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) dispose ainsi que tous les individus « *sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination* »[1]. On retrouve dans le Pacte international relatif aux droits civils et politique de 1966 une formule similaire qui est cette fois complétée par une liste de critères de distinction prohibés *a priori*[2].

290. Le droit de l'Union européenne aborde une approche différente. D'une part son champ d'application est limité à certains critères et certains secteurs selon une logique de tableau à

[1] Voir aussi, art. 23 §2, DUDH : « *Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal ». L'influence de l'approche française de l'égalité ressort des autres dispositions de la Déclaration : l'article 1er proclame ainsi que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité* ».

[2] Art. 26, Pacte international relatif aux droits civils et politique : « *Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ».

double entrée[1]. D'autre part, l'interdiction de discriminer ne vise plus toute distinction mais les traitements moins favorables ou les désavantages particuliers. Ce faisant son contrôle est davantage focalisé sur la différence de traitement en elle-même que sur la comparaison des situations[2].

291. Telle qu'elle a été conçue, l'interdiction des discriminations en droit européen est directement liée aux spécificités du droit de l'Union européen (Section 1). Son imprégnation dans le droit interne a posé certaines difficultés, notamment dans son application aux collectivités territoriales[3] compte tenu de la diversité des relations juridiques qu'elles entretiennent (Section 2).

Section 1: La conception de la discrimination par le droit de l'Union européenne

292. L'interdiction des discriminations en droit de l'Union européenne n'est pas une disposition anodine ou accessoire. Elle dispose, bien au contraire, d'une fonction essentielle dans le processus d'intégration : un « *instrument placé au service de sa réalisation effective et limitée au champ d'application des traités* »[4]. Grâce à ses pouvoirs, le juge de l'Union européenne va alors définir les contours d'un droit de la non-discrimination qui suppose « *l'égalité entre les institutions, l'égalité entre les Etats membres et s'impose à tout acte des institutions communautaires et à tout acte national pris dans le champ d'application des traités* »[5]. Il sera définitivement consacré dans un paquet de directives adopté entre 2000 et

[1] G. CALVES, « "De manière générale…", le CE face au droit communautaire de la non-discrimination », *Recueil Dalloz*, 2009, note sous, CE, Ass., 30 octobre 2009, req n° 298348, « Perreux ».

[2] L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2011, p. 25.

[3] A. NOUREAU, *L'Union européenne et les collectivités locales*, thèse de Droit public, Université de La Rochelle, 2011, p. 162 : « *Les collectivités locales constituent des "prolongements" de l'Etat et par conséquent, elles sont soumises au respect des obligations communautaires contractées par celui-ci. En effet, par le truchement de l'organisation interne des Etats, "le droit communautaire impacte tous les échelons locaux, tant dans le champ économique qu'en dehors". Toutefois, la qualité de sujet du droit de l'UE ne peut être octroyée aux entités infra-étatiques. Si pour la bonne application du droit de l'UE, son utilité, son efficacité et son uniformité, les niveaux locaux se voient reconnaitre un rôle actif, ils "apparaissent comme des sujets mineurs, essentiellement contraints, de droit communautaire"* ».

[4] R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, Bib. de Droit public, tome 232, 2003, p. 246. Voir, CJCE, 13 juillet 1965, « Mannesmann », Rec. UE, p. 916 : « *il y a lieu surtout d'assurer l'égalité de traitement des assujettis en éliminant toute possibilité de discrimination entre eux* » ; voir aussi, CJCE, 13 juillet 1965, aff. 39/64, « Société des aciéries du Temple c. Haute autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier », Rec. UE, p. 955.

[5] M.-F., CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1996, n° spécial, p. 3 et s.

2006 (§1). Particulièrement efficace pour étendre l'influence du droit de l'Union européenne, l'interdiction des discriminations va devenir un instrument essentiel du processus d'intégration[1]. Ainsi, l'égalité qu'elle est chargée de réaliser[2] sera fonction des objectifs successifs qui jalonnent le processus d'intégration[3] (§2).

§1) L'influence des pouvoirs du juge de l'Union européenne

293. L'implémentation du droit de l'Union européenne dans les droits nationaux doit beaucoup à son juge. Son rôle a, depuis l'origine, été considéré comme primordial pour assurer la bonne application du droit de l'Union sans le dénaturer. A cet effet, il a été doté d'un pouvoir d'appréciation particulièrement étendu. Les juges ordinaires, en tant que juge de droit commun du droit de l'Union européenne, vont alors être obligés d'apprécier, à la manière du juge européen, le droit européen en général, et l'interdiction des discriminations en particulier (A). Progressivement, le juge de l'Union européenne, suivi par la Cour européenne des droits de l'homme et le législateur européen participent à la formation d'un droit européen de la non-discrimination relativement homogène réunissant un ensemble de notions et un contrôle identiques (B).

A) Les spécificités de l'office du juge de l'Union européenne

294. L'analyse de l'office du juge de l'Union européenne, sans même s'intéresser au contrôle des discriminations, montre à quel point il constitue un pilier de la construction européenne.

[1] Par ex. CJCE, 9 février 1999, aff. C-167/97, « R. c. Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith et Perez », Rec. UE, p. I-623, point 75 : « *Toutefois, s'il est vrai que, en l'état actuel du droit communautaire, la politique sociale relève, pour l'essentiel, de la compétence des États membres, il n'en reste pas moins que la marge d'appréciation dont les États membres disposent à cet égard ne saurait avoir pour effet de vider de sa substance la mise en œuvre d'un principe fondamental du droit communautaire tel que celui de l'égalité de rémunération entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins* ».

[2] La Cour de justice, dans un arrêt *Ruckdeschel* de 1977, indique expressément que « *l'interdiction de discrimination énoncée à la disposition citée* [article 40, §3, al. 2 TCEE] *n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire* » ; cf. CJCE, 19 octobre 1977, aff. jointes 117-76 et 16-77, « Ruckdeschel », point 7.

[3] Pour Marie-France CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, la Cour de justice de l'Union européenne a pu « *dégager "son" propre principe d'égalité, comme les autres principes généraux du droit communautaire, pour qu'il soit conforme aux objectifs de la Communauté et uniformément applicable dans tous les Etats membres* » ; cf. M.-F. CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, « Le principe d'égalité », art. cit.

Principal artisan d'une intégration avant tout juridique, la Cour de justice a particulièrement utilisé l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité pour aiguiser son contrôle. En s'appuyant sur une approche *in concreto* (1), elle applique aux différences de traitement un contrôle de proportionnalité extrinsèque[1] là où le juge administratif a plutôt tendance à se limiter à l'erreur manifeste d'appréciation (2).

1) Un contrôle in concreto

295. Le contrôle *in concreto* du juge de l'Union européenne se distingue fortement de l'office du juge administratif en ce qu'il lui permet d'élargir le champ de son analyse à des faits qui vont au-delà de la situation qu'il a à contrôler. Il présente un intérêt particulier en matière de discrimination.

296. **La consécration du contrôle *in concreto* :** Les juges européens, de l'Union européenne[2] et du Conseil de l'Europe[3], disposent, depuis leur création, d'un pouvoir de contrôle *in concreto* de principe. Là où le contrôle *in abstracto* se réduit à un simple contrôle de conformité, à l'instar du contrôle *a priori* du juge constitutionnel, le contrôle *in concreto* offre au juge une seconde possibilité de contrôler la norme contestée qui ne s'intéresse qu'à ses effets concrets résultant de son application au cas d'espèce[4]. Le juge administratif a toujours limité à des cas particuliers, qui relèvent de l'atteinte à certains droits fondamentaux, la mise

[1] Sur la légalité extrinsèque, voir not., B. SEILLER, « Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique », *AJDA*, 2003, p. 1472 et s.

[2] Ce pouvoir d'appréciation permet notamment d'assurer une juste réparation du préjudice engendré par la norme discriminatoire. Voir par ex., CJCE, 22 avril 1997, aff. C-180/95, « Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG », point 18 : « *la violation de l'interdiction de discrimination doit suffire pour engager, à elle seule, la responsabilité entière de son auteur, sans que puissent être retenues les causes d'exonération prévues par le droit national* ».

[3] « *La Cour européenne des droits de l'homme […] ne raisonne, […] à quelques exceptions près (v. pour la victime potentielle, CEDH 1er juillet 2014, n° 43835/11, S.A.S. c. France, AJDA, 2014, p. 1866, étude P. GERVIER), qu'*in concreto » ; cf. CE, Ass., 31 mai 2016, n° 396848, Rec. Lebon, note, L. DUTHEILLET DE LAMOTTE et G. OUDINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA*, 2016, p. 1398.

[4] Note L. DUTHEILLET DE LAMOTTE et G. OUDINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », art. cit. : « *Alors que le contrôle* in abstracto *conduit à raisonner sur l'ensemble de la loi ou par rapport à des ensembles de situations abstraitement définis, écarter la loi* in concreto *ne procède d'aucun critère prédéfini mais résulte simplement d'un ensemble de circonstances qui font estimer qu'en l'espèce l'objectif poursuivi ne justifie plus l'atteinte* ».

en œuvre d'un contrôle *in concreto* que ce soit dans des hypothèses de pouvoir discrétionnaire[1] ou dans des cas où les pouvoirs de l'administration sont strictement définis par la loi[2].

297. Sous l'impulsion de la jurisprudence des cours européennes, les juridictions françaises ont été contraintes d'appliquer un contrôle *in concreto* afin de rendre effectives les dispositions des ordres juridiques européens, notamment lorsqu'il s'agit de contrôler la conventionnalité d'une loi[3]. Depuis l'arrêt d'assemblée du 31 mai 2016, le Conseil d'Etat admet que le juge administratif doit effectuer un contrôle de conventionnalité *in concreto* « *pour toute disposition législative – ou, a fortiori, réglementaire – et au regard de tout engagement européen ou international de la France* »[4]. Les collectivités territoriales sont donc directement concernées. On note, cependant, que le contrôle *in concreto* n'apparaît pas nécessaire dès lors que la disposition européenne ou internationale qui sert de norme de contrôle est suffisamment précise[5].

298. **L'intérêt du contrôle *in concreto* en matière de discrimination.** Cette approche *in concreto* des juges européens se retrouve dans la définition de la discrimination que le législateur a consacrée. En la définissant dans ses directives comme un traitement « *moins*

---

[1] Ibid. Les auteurs évoquent notamment le cas du « *pouvoir d'affectation unilatéral des fonctionnaires et militaires de l'administration, qui est* in abstracto *compatible avec la convention, est soumis à un contrôle de second rang du juge qui vérifie, pour les militaires et policiers, qu'une affectation particulière n'est pas contraire au droit à la vie privée et familiale* » ; voir, CE, 10 décembre 2003, n° 235640, « Bouley », Rec. Lebon ; CE 2 février 2011, n° 326768, « Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c. Le Rasle », Rec. Lebon.

[2] L. DUTHEILLET DE LAMOTTE et G. OUDINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », art. cit.

[3] CEDH, 16 décembre 2003, req. n° 64927/01, « Palau Martinez c. France », §42 : *« La Cour estime dès lors qu'en l'espèce la Cour d'appel s'est prononcée* in abstracto *et en fonction de considérations de caractère général, sans établir de lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel. Cette motivation, bien que pertinente, n'apparaît pas comme suffisante aux yeux de la Cour* ». Pour un autre exemple d'appréciation *in concreto* : CEDH, 17 février 2004, req. n° 44158/98, « Gorzelik e. a. c. Pologne », *JCP Générale*, 2004, I, 161, n° 13, chr. F. SUDRE ; *RDP*, 2005, p. 797, chr. H. SURREL.

[4] L. DUTHEILLET DE LAMOTTE et G. OUDINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », art. cit.

[5] Par ex., CAA Marseille, 17 juillet 2012, n° 10MA04633, « Air France », Inédit, *JurisData* n° 2012-035208 : « *L'objectif de sécurité aérienne constitue un objectif légitime de sécurité publique susceptible de justifier une discrimination fondée sur l'âge et par suite de justifier pour les ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne la fixation d'une limite d'âge inférieure à la limite d'âge de droit commun. Toutefois, l'interdiction systématique de tout report d'activité au-delà de cette limite d'âge, sans que soit statutairement envisagée une obligation de reclassement dans un autre corps, ou que soit différenciée la situation des ingénieurs travaillant en salle de contrôle et celle de ceux travaillant hors salle de contrôle, ou qu'il soit tenu compte au cas par cas de l'aptitude physique de l'agent à la suite d'un examen médical spécialisé, n'est pas proportionnée à l'objectif légitime de sécurité aérienne recherché. Il s'ensuit que l'appelant est fondé à soutenir que l'article 3 de la loi du 31 décembre 1989 est incompatible avec les dispositions du paragraphe 5 de l'article 2 et du paragraphe 1 de l'article 4 de la directive n° 2000/78/CE* »

favorable »[1] – pour la discrimination directe – ou un « *désavantage particuliers* » [2] – pour la discrimination indirecte –, le droit de l'Union européenne focalise le contrôle sur la différence de traitement davantage que sur la comparaison des situations[3]. Aussi, comme l'indique Lucie CLUZEL-METAYER et Marie MERCAT-BRUNS, « *ce n'est pas le principe d'égalité qui est en lui-même limité, mais l'application qui en est faite. La limite intrinsèque au contrôle du principe d'égalité est de partir d'un raisonnement en deux temps. Le premier temps est l'étude de la comparabilité, autrement dit la recherche de l'équivalence des situations dans un espace donné. Ce n'est que dans un second temps qu'est opéré le contrôle des différences de traitement. En revanche, le droit des discriminations part d'emblée de cette deuxième étape : la recherche d'une différence de traitement, laquelle devra ensuite être objective pour ne pas être discriminatoire. Le risque pour le juge est, en appliquant le principe d'égalité, de ne jamais parvenir à la deuxième étape pour identifier la différence de traitement* »[4]. Le contrôle du juge administratif ne permet alors pas de renverser l'ancienne logique de l'égalité comme point de départ[5] qui empêche de remettre en question une norme générale[6] mais aussi l'absence de norme[7].

---

[1] Voir par ex. art. 2, § 2, point a), Dir. n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JOUE L 303 du 02/12/2000, p. 16-22 ; art. 2, § 1, point a), Dir. n° 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) ; art. 2, point a), Dir. n° 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès des biens et services et la fourniture de biens et services.

[2] Voir par ex. art. 2, § 2, point b), Dir. n° 2000/78/CE, préc. ; art. 2, § 1, point b), Dir. n° 2006/54/CE, préc. ; art. 2, point b), Dir. n° 2004/113/CE, préc.

[3] Sur le contrôle *in concreto* comme « *outil d'équité* » voir, A. LASSALE, « Le contrôle *in concreto* est-il un jugement en équité ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2018, chron. n° 18, dossier – La reconfiguration du juge de la conventionnalité de la loi, site : www.revuedlf.com.

[4] L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2011, p. 25.

[5] N. CATALANO, « Rapport général sur les notions d'égalité et de discrimination en droit international et en droit communautaire », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Journées luxembourgeoises de Luxembourg, travaux de l'Association Henri Capitant, tome XIV, années 1961-1962, éd. Dalloz, 1965, p. 433 : « *alors que le droit individualiste a choisi cette notion de l'égalité pour point de départ, le droit contemporain y voit au contraire un but à atteindre : la collectivité doit procurer à ses membres tout ce qui leur est nécessaire pour atteindre leurs fins* ».

[6] G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, Droit public, p. 113 : « *Si les juridictions françaises ne contrôlent que les différences de traitement, les juridictions européennes reconnaissent la possibilité d'une discrimination du fait d'un traitement identique de situations différentes. Cette différence révèle, du côté européen, une conception de l'égalité comme adéquation dans tous les cas, tandis que la jurisprudence française ne l'admet que comme justification d'une dérogation à un modèle permanent de généralité* ». Pour Jeanne MESMIN D'ESTIENNE, « *le légalisme peut indubitablement devenir une autre forme d'injustice en conduisant l'administration à traiter de manière identique des cas présentant pourtant des différences significatives* » ; cf. J. MESMIN D'ESTIENNE, « Le refus du contrôle d'opportunité : un mythe à déconstruire ? », *RFDA*, 2016, p. 545 et s.

[7] Voir infra, n° 383 et s.

299. Le contrôle *in concreto* du juge européen en permettant de mettre la lumière sur l'atteinte subie par le requérant et, partant, sur le préjudice qu'elle engendre, est plus à même de remettre en cause le pouvoir discrétionnaire d'une collectivité publique. Ce contrôle produit tous ses effets lorsqu'il s'applique à « *un principe, un objectif ou un droit de portée générale qui peut donner lieu à un contrôle de proportionnalité* »[1]. L'interdiction des discriminations s'inscrit parfaitement dans ce registre : énoncée sous forme principielle, établies sur la base d'une notion de discrimination souvent imprécise, hormis quelques cas particuliers[2], elle donne lieu, au niveau européen à un contrôle de proportionnalité de la mesure contestée. Ce n'est en revanche pas le cas devant le juge administratif lorsqu'il met en œuvre le principe d'égalité.

2) Un contrôle de proportionnalité

300. La façon dont les juges européens appliquent leur contrôle de proportionnalité en matière de discrimination est étroitement liée au contrôle *in concreto*. Chargés d'apprécier les effets des mesures à contrôler, ils vont étendre leur contrôle de proportionnalité au-delà de la seule légalité intrinsèque – motifs invoqués – pour s'intéresser aux circonstances qui ont mené à la différence de traitement – motif déterminant[3]. En revanche, devant le juge administratif, un tel contrôle ne saurait prospérer dès lors que celui-ci refuse toujours de juger en opportunité les décisions des collectivités publiques.

301. **L'évolution du contrôle de proportionnalité du juge administratif.** La pratique du contrôle de proportionnalité par le juge administratif est admise depuis 1933 et l'arrêt *Benjamin* en matière de police administrative exercée par un maire. Elle procède « *de l'absence de règle déterminant par avance les mesures que peut prendre l'administration* »[4]. S'il vise bien à contrôler l'atteinte portée en l'espèce à un droit ou à un intérêt juridiquement protégé au regard d'un objectif d'intérêt général – en la matière, la préservation de l'ordre public – on constate le

---

[1] L. DUTHEILLET DE LAMOTTE et G. OUDINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », art. cit. En accord avec leur position, il semble : « *que les droits fondamentaux et les principes ou objectifs généraux protégés dans l'ordre international seront le terrain d'élection de ce contrôle* in concreto » ; cf. Ibid. Sur les rapports entre approche *in concreto* par l'étude d'impact des normes et le contrôle de proportionnalité du juge constitutionnel, cf. T. PERROUD, « L'Etat d'urgence : pour un tournant empirique du contentieux constitutionnel », *JP Blog*, 31 juillet 2017, site : http://blog.juspoliticum.com.

[2] On pense aux cas prévus par le code pénal, aux harcèlements, à l'injonction de discriminer, ou encore au non-respect de l'obligation d'aménagement de poste à l'égard d'un employé en situation de handicap.

[3] Le juge français de l'excès de pouvoir « *semble réticent à rechercher le motif déterminant de la décision contestée* » ; cf. : L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, op. cit., p. 28.

[4] L. DUTHEILLET DE LAMOTTE et G. OUDINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », art. cit

plus souvent, qu'il s'agit « *davantage du contrôle de la nécessité de la mesure (l'objectif peut-il être atteint par une mesure moins attentatoire ?) que du contrôle de proportionnalité au sens strict (faut-il renoncer à l'objectif poursuivi en raison du caractère excessif de l'atteinte ?)* »[1]. Il en va de même de l'application de la théorie du bilan qui n'a jamais débouché sur une remise en question de l'utilité publique d'un projet ; le contrôle a, tout au plus, permis de les aménager[2].

302. Dans un cas comme dans l'autre, la mesure ne passe pas entièrement le « *triple test de proportionnalité* », consacré par la décision d'assemblée de 2011, *Association pour la promotion de l'image e. a.*[3], en vertu duquel la mesure doit être « *adaptée, nécessaire et proportionnée* » pour être légale. La possibilité donnée par le contrôle de conventionnalité d'appliquer un véritable contrôle *in concreto* a permis, par la même occasion, de renforcer le contrôle de proportionnalité notamment pour la Cour de cassation[4]. Ainsi, dans le cadre de l'application des droits européens, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, doivent appliquer un contrôle concret de proportionnalité qui apparaît, de fait, comme le contrôle le plus poussé qu'elles puissent appliquer à l'action d'une collectivité territoriale[5].

303. **L'application du contrôle de proportionnalité en matière de discrimination.** Calqué sur le contrôle des juges européens, le contrôle de conventionnalité *in concreto* emporte avec lui l'obligation pour les juges français d'apprécier les effets d'une disposition au-delà de son champ d'application immédiat. Il offre ainsi un contrôle de la légalité extrinsèque[6] de la norme,

---

[1] Ibid.

[2] Le constat est le même en matière de police des étrangers. Le contrôle, fondé sur la loi, ne donne au juge qu'une marge relativement faible pour apprécier la disproportion manifeste.

[3] CE, Ass., 26 octobre 2011, n° 317827, Rec. Lebon avec les concl. ; *AJDA*, 2012, p. 35, chr. M. GUYOMAR et X. DOMINO.

[4] L. DUTHEILLET DE LAMOTTE et G. OUDINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », art. cit. : « *Cette application de la convention par la Cour européenne des droits de l'homme a conduit la Cour de cassation à mener, depuis environ une année et demie, une réflexion sur la pratique du contrôle de proportionnalité in concreto par le juge du fond, pour lui permettre d'écarter l'application d'une loi lorsqu'au cas d'espèce elle porte une atteinte disproportionnée à un droit.* ». Elle a, par exemple, jugé qu'il fallait rechercher, au cas par cas, si l'action d'une commune, en application des règles d'urbanisme, consistant en l'enlèvement de caravanes dans une parcelle où le plan local d'urbanisme interdit les constructions et caravanes, ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile des occupants, eu égard à leurs situations ; cf. Cass. 3e Civ., 17 décembre 2015, n° 14-22.095, *AJDA*, 2015, p. 2467.

[5] Le Conseil constitutionnel a également semblé faire un pas vers la prise en compte des faits dans son appréciation des avantages sociaux liés à l'éducation et accordés aux femmes uniquement ; cf. Cons. const., 14 août 2003, n° 2003-483 DC, Loi portant réforme des retraites, cons. 25 : « *considérant, toutefois, qu'il appartenait au législateur de prendre en compte les inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet ; qu'en particulier, elles ont interrompu leur activité professionnelle bien davantage que les hommes afin d'assurer l'éducation de leurs enfants ; qu'ainsi, en 2001, leur durée moyenne d'assurance était inférieure de onze années à celle des hommes ; que les pensions des femmes demeurent en moyenne inférieures de plus du tiers à celles des hommes ; qu'en raison de l'intérêt général qui s'attache à la prise en compte de cette situation et à la prévention des conséquences qu'aurait la suppression des dispositions de l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale sur le niveau des pensions servies aux assurées dans les années à venir, le législateur pouvait maintenir, en les aménageant, des dispositions destinées à compenser des inégalités normalement appelées à disparaître* ».

[6] Voir supra, n° 162.

qui permet de remettre en cause son application à une espèce donnée, quand bien même elle serait intrinsèquement, c'est-à-dire abstraitement, conforme aux stipulations conventionnelles. Le caractère objectif et raisonnable « *doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques* »[1] selon un rapport de raisonnabilité[2]. Cette justification doit être fondée sur des éléments objectivement étrangers à toute discrimination[3].

304. La Cour de cassation renvoie aux juges du fond la mission de « *contrôler concrètement la réalité et la pertinence* » de la justification[4] en appréciant la 《 *proportionnalité de la disparité au regard des raisons invoquées* »[5]. Le traitement sera alors qualifié de proportionné « *s'il garantit un équilibre à la fois entre les avantages et les désavantages qui pèsent sur les individus faisant l'objet de la mesure ainsi qu'entre l'intérêt commun et les différents intérêts particuliers affectés par la mesure* »[6]. Le contrôle de proportionnalité en matière de discrimination, tel qu'il est appliqué par les juridictions européennes, est donc un contrôle plus poussé que celui mis en œuvre par le juge administratif en ce qu'il permet, en plus de contrôler – abstraitement – la valeur des intérêts à protéger, publics et privés, d'apprécier matériellement les effets de la mesure contestée à l'égard du requérant ou du groupe social auquel il appartient.

305. Là où le juge administratif se contente d'une approche individuelle, sans comparaison concrète, avec une précellence apportée à l'intérêt public invoqué par les collectivités territoriales, les juges européens adoptent une approche plus sociale, plus encline à reconnaître la valeur des intérêts privés, y compris collectifs, notamment lorsqu'ils s'expriment à travers des droits et libertés fondamentaux de premier ordre[7]. La proportionnalité concrète va au-delà de la proportionnalité abstraite, souvent limitée à la disproportion manifeste appréciée au regard

---

[1] CEDH, 23 juillet 1968, aff. 1474, 1677, 1691/62, 1769, 1994/63 et 2126/64, « Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », §10 : « *une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »

[2] Ibid.

[3] On retrouve ce raisonnement dans tous les domaines concernés par le contrôle de la discrimination indirecte. Voir par ex., CJCE, 9 septembre 1999, aff. C-281/97, « Krüger c. Kreiskrankenhaus Ebersberg », point 26 ; CJCE, 3 octobre 2000, aff. C-411/98, « Ferlini », point 58.

[4] Cass. Soc., 15 mai 2007, *Bull*. 2007, V, n° 75.

[5] E. VERNY (sous la direction de), *Les discriminations dans la jurisprudence de la cour de cassation*, Etude, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2008, p. 88.

[6] R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, Bib. de Droit public, tome 232, 2003, p. 434.

[7] Parmi ceux là on pense, pour la CEDH, au droit au respect de la vie privée et familial et au droit au juge, et pour le droit de l'Union européenne, aux libertés de circulation.

d'un standard ou d'une règle préétablie. Elle permet de tendre vers une égalité réelle matérielle[1]. Ce contrôle spécifique des juges européens a donné naissance à un droit européen de la non-discrimination[2].

B) La formation d'un droit européen de la non-discrimination

306. L'office particulièrement étendu des juges européens a donné naissance à une nouvelle façon d'aborder la discrimination. La notion de discrimination qui va s'en dégager sera bien plus large que celle du droit français. On constate qu'elle regroupe un ensemble de « *définitions homogènes […] déclinées dans les différentes directives de lutte contre les discriminations* »[3] (1). Surtout, l'action des juges européens, notamment de la Cour de justice de l'Union européenne, a pour but de rendre la plus effective possible l'interdiction de discriminer (2). Elle a ainsi été le premier artisan de la formation d'un droit européen autonome de la non-discrimination qui s'impose de manière effective aux Etats-membres et aux collectivités publiques chargées d'en assurer le respecter dans toutes ses composantes[4].

1) L'élargissement de la notion de discrimination

307. La notion de discrimination telle qu'elle a été portée par le droit de l'Union européenne témoigne d'une extraordinaire plasticité, plus grande encore que celle déjà constatée du principe d'égalité en droit français[5]. En partant d'une approche matérielle de la discrimination les institutions de l'Union européenne ont forgé une définition qui « *résulte d'un processus*

[1] Sur le lien entre proportionnalité et égalité matérielle, cf. D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, thèse de Droit privé, Université de Limoges, soutenue le 16 novembre 2006, n° 290, p. 288 : « *l'égalité matérielle ne peut se justifier que si elle est proportionnée, c'est-à-dire qu'elle parvient à l'égalité réelle* ».

[2] Ainsi, les autorités européennes ont confectionné ensemble un *Manuel de droit européen de la non-discrimination* ; cf. Agence des droits fondamentaux de l'UE et Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Office des publications de l'Union européenne, 2011.

[3] C. HUMMEL, *Sur le projet de loi n° 241 (2007-2008) portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, Rapport d'information n° 252 Sénat, Annexe au procès-verbal de la séance du 1er avril 2008, fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, p. 10.

[4] S'ils s'inspirent des droits étrangers, les juges européens ont « *conscience de faire œuvre originale* » à travers « *les idées de l'unité et de l'autonomie du droit européen* » ; cf. P. PESCATORE, « Le recours dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres », *Revue internationale de droit comparé*, 1980, p. 237.

[5] Voir supra, n° 142 et s.

d'intégration, de systématisation à partir d'un ensemble de cas pratiques »[1]. Cette construction par incrémentalisme a donné naissance à une notion protéiforme.

308. **Une approche matérielle de la discrimination.** Dans sa première formulation jurisprudentielle émise en 1956, la notion de discrimination recouvre celle de rupture d'égalité en s'appliquant à un traitement différent de situations similaires[2]. En 1963, la Cour de justice adopte sa propre vision de la discrimination prise dans un sens matériel. Elle estime alors que « *le traitement différent de situations non comparables ne permet pas de conclure automatiquement à l'existence d'une discrimination ; […] une apparence de discrimination formelle peut donc correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle ; […] la discrimination matérielle aurait consisté à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes* »[3].

309. Koen LENAERTS en conclut que « *l'aspect formel est neutre en ce qui concerne la seule véritable discrimination que la Cour reconnaît en tant que telle, à savoir la "discrimination au sens matériel"* »[4]. Le juge pointe ainsi la particularité de l'approche européenne qui s'exprime par un contrôle *in concreto* de la comparaison des situations et de proportionnalité de la différence de traitement. « *Il résulte d'une telle définition que le contrôle du juge porte donc à la fois sur la comparaison préalable des situations opérée par l'auteur du traitement et, d'autre part, sur les effets réels de la mesure. Cette définition sera appliquée à l'ensemble du droit communautaire* »[5] pour l'ensemble des personnes auxquelles il s'applique, y compris les collectivités territoriales.

310. **Une construction incrémentaliste de la discrimination.** Grâce à cette approche matérielle de la discrimination, la Cour va pouvoir dégager plusieurs qualifications qui relèvent de la discrimination.

---

[1] R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, op. cit., pp. 254-255.

[2] CJCE, 23 avril 1956, aff. 7/54, « Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoise », p. 94 : le traité « *tient pour discriminatoires les pratiques comportant dans le marché commun, l'application de conditions inégales à des transactions comparables* ». Il s'agit de la première formulation de ce qui deviendra la discrimination directe dans les directives des années 2000 ; cf. par ex. art. 2, a, Dir. n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JOCE L 180 du 19 juillet 2000, pp. 22-26 : « *une discrimination directe se produit lorsque […] une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable* ».

[3] CJCE, 17 juillet 1963, aff. 13-63, « République italienne c. Commission », p. 360.

[4] K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples », *Cahiers de droit européen*, n° 27 (1-2), 1991, pp. 3-41, spéc. p. 12.

[5] R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, op. cit., p. 257.

311. En plus de l'obligation de traiter différemment des situations différentes, la Cour de justice va dégager la notion de discrimination indirecte qui permet de sanctionner les dispositions, critères ou pratiques apparemment neutre susceptibles d'entraîner, dans leurs effets concrets, un désavantage particulier pour un ou des groupes sociaux par rapport à d'autres[1]. Le juge de l'Union interdit aussi les discriminations dites « par association » ou « conjointe », qui peuvent être directes[2] ou indirectes[3]. Il va même jusqu'à sanctionner une discrimination en l'absence de préjudice certain et de victime identifiée[4].

312. D'autres comportements, principalement observés dans le cadre du travail, ont été assimilés à des discriminations. Il s'agit d'abord du harcèlement qui est « *considéré comme une forme de discrimination lorsqu'un comportement indésirable se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* »[5]. Il en va de même de l'injonction faite à quiconque de pratiquer une discrimination[6]. Le manquement à l'obligation d'aménagement raisonnable, s'il n'est pas directement assimilé dans les directives au concept de discrimination, est considéré comme une atteinte à l'égalité de traitement[7] « *expression particulière* » du

---

[1] CJCE, 12 février 1974, aff. 152/73, « Sotgiu », point 11 : « *Attendu que les règles d'égalité de traitement, tant du traité que de l'article 7 du règlement n° 1612/68, prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat ; que cette interprétation, nécessaire pour garantir l'efficacité d'un des principes fondamentaux de la Communauté, est explicitement reconnu par le cinquième considérant du préambule du règlement n° 1612/68, qui exige que l'égalité de traitement des travailleurs soit assurée « en fait et en droit » ; qu'il n'est donc pas exclu que des critères tels que le lieu d'origine ou le domicile d'un travailleur puissent, selon les circonstances, constituer, dans leur effet pratique, l'équivalent d'une discrimination de nationalité prohibée par le traité et le règlement* ». Elle sera définie dans les directives des années 2000 ; cf. par ex. art. 2, §2, b, Dir. n° 2000/43/CE, préc. : « *une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes […] par rapport à d'autres personnes* ».

[2] CJCE, 17 juillet 2008, aff. C-303/06, « Coleman ».

[3] CJUE, 16 juillet 2015, aff. C-83/14, « CHEZ Razpredelenie Bulgaria », comm. H. PAULIAT, « Une discrimination par association peut résulter d'une discrimination indirecte », *JCP Adm.*, 11 janvier 2016, n° 1. Voir aussi, A. POPOV, « Mise au point et nouveaux développements européens sur la discrimination directe et la discrimination par association », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, mis en ligne le 08 mars 2016.

[4] CJCE, 10 juillet 2008, aff. C-54-07, « Firma Feryn NV », § 25 : « *le fait pour un employeur de déclarer publiquement qu'il ne recrutera pas de salariés ayant une certaine origine ethnique ou raciale, ce qui est évidemment de nature à dissuader sérieusement certains candidats de déposer leur candidature et, partant, à faire obstacle à leur accès au marché du travail, constitue une discrimination directe à l'embauche au sens de la directive 2000/43. L'existence d'une telle discrimination directe ne suppose pas que soit identifiable un plaignant soutenant qu'il aurait été victime d'une telle discrimination* ».

[5] Art. 2, §3, Dir. n° 2000/43/CE, préc. Pour une application, voir par ex. CE, 22 février 2012, n° 343410, « Chambre régionale d'agriculture de PACA ».

[6] Art. 2, §4, Dir. n° 2000/43/CE, préc.

[7] Art. 5, Dir. n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, préc. : « *Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas*

principe général de non-discrimination[1]. Cette obligation, que l'on retrouve en droit français, se déploie, avec tous ses effets, dans le champ d'action des collectivités territoriales.

313. A travers ses directives, le droit de la non-discrimination prend une autre dimension que lorsqu'il se limite au contrôle juridictionnel. Désormais, il s'agit d'une véritable politique de lutte contre les discriminations matérielles – ou d'égalité de traitement pour reprendre le vocabulaire des directives – où l'égalité constitue une fin[2]. Elle est accompagnée de plusieurs obligations et recommandations faites aux Etats membres afin que les discriminations disparaissent de certains secteurs. Toutefois, toutes ces avancées jurisprudentielles dans le champ d'application de l'interdiction des discriminations n'auraient pas d'incidence en droit interne si le droit de l'Union européenne n'avait pas cherché à la rendre réellement effective.

2) L'effectivité de l'interdiction des discriminations

314. La création du droit européen de la non-discrimination s'est faite avec la volonté de rendre effectives les mesures préconisées. Dans la logique de la construction par le droit de l'Union européenne, l'efficacité d'une politique de lutte contre les discriminations passe d'abord par l'effectivité de ses dispositions juridiques. L'ensemble de ces mesures doit permettre d'atteindre l'égalité de traitement des publics visés dans une situation donnée.

315. **Effectivité et discrimination en droit de l'Union européenne.** La recherche d'effectivité est une constante de l'ordre juridique de l'Union européenne. Essentielle pour garantir son existence, elle s'ajoute aux principes de primauté[3] et d'autonomie[4]. Appliquée à la discrimination elle prend une importance particulière, car de l'effectivité du droit de la non-discrimination dépend aussi l'effectivité du droit de l'Union européenne.

---

disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées ».

[1] CJCE, 9 novembre 1993, aff. C-132/92, « Birds Eye Wall c. Roberts », point 17.

[2] N. CATALANO, « Rapport général sur les notions d'égalité et de discrimination en droit international et en droit communautaire », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Journées luxembourgeoises de Luxembourg, travaux de l'Association Henri Capitant, tome XIV, années 1961-1962, éd. Dalloz, 1965, p. 433 : « *alors que le droit individualiste a choisi cette notion de l'égalité pour point de départ, le droit contemporain y voit au contraire un but à atteindre : la collectivité doit procurer à ses membres tout ce qui leur est nécessaire pour atteindre leurs fins* ».

[3] CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64, « Costa c. Enel », p. 1141.

[4] CJCE, 5 février 1963, aff. 26/62. « Van Gend and Loos », p. 1.

316. Rémy HERNU a pointé la concomitance entre le processus d'autonomisation de la notion de non-discrimination et celui de l'ordre juridique de l'Union européenne[1] : l'arrêt qui définit la discrimination matérielle intervient cinq mois après l'affirmation du caractère autonome de l'ordre juridique de l'Union européenne et de l'effet direct de certaines dispositions des traités, et une année avant la reconnaissance de la primauté du droit communautaire. Quant à la consécration jurisprudentielle de la discrimination indirecte, elle apparaît dans les années 1970 à la même période que les arrêts *Sacchi*[2], *Nold*[3], *Van Duyn*[4] ou *Dassonville*[5] qui renforcent également l'effectivité du droit de l'Union européenne. Cette recherche d'effectivité au cœur de la dynamique d'implémentation du droit de l'Union européenne dans les ordres juridiques nationaux se retrouve dans son approche de l'interdiction des discriminations. On constate ainsi que la Cour ne renvoie que rarement, contrairement à ce qui s'observe dans plusieurs droits nationaux, à la notion d'égalité devant la loi[6]. Elle « *préfère utiliser des notions spécifiques (l'égalité de traitement et les expressions précitées de discrimination) auxquelles elle confère un sens et une portée autonomes, plus précis et susceptibles de concourir le plus efficacement à la réalisation des fins portées par les traités* »[7]. La recherche d'effectivité de l'interdiction des discriminations a donc pour objectif d'assurer une mise en œuvre adaptée aux dispositions des traités. La politique européenne de lutte contre les discrimination se traduit par la recherche d'une égalité de traitement entre certains publics ciblés comme discriminables dans des situations données[8]. Les institutions européennes ont

---

[1] R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, op. cit., p. 271 : « *Le processus d'autonomisation a correspondu exactement à l'affirmation par le juge que l'ordre juridique communautaire était de nature spécifique* ».

[2] CJCE, 30 avril 1974, aff. 155/73, « Sacchi ».

[3] CJCE, 14 mai 1974, aff. 4/73, « J. Nold »

[4] CJCE, 4 décembre 1974, aff. 41/74, « Van Duyn ».

[5] CJCE, 11 juillet 1974, aff. 8/74, « Dassonville ».

[6] A l'exception de quelques arrêts ; cf. par ex. CJCE, 29 mars 1979, aff. 113/77, « NTN Toyo Bearing Company Ltd e. a. c. Conseil des Communautés européennes », point 21.

[7] R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, op. cit., p. 273. M.-F., CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1996, p. 3 et s. : « *En tout cas, les trois traités originaires n'énoncent pas un principe général d'égalité. Ils déterminent une application matérielle de l'égalité dans des secteurs : égal accès aux sources de production, égalisation de la main-d'œuvre dans le progrès, interdiction des mesures discriminatoires entre producteurs et acheteurs dans le traité CECA aux articles 3 b, 4 b, 60 § 1, 70 alinéa 2 ; « approvisionnement équitable » dans le traité Euratom, art. 2. […] Sinon il faut puiser dans quelques dispositions relatives aux libertés de circulation : égale rémunération des travailleurs masculins et féminins pour un même travail à l'article 119 du traité CEE ; discrimination interdite entre producteur et consommateur dans le cadre des marchés agricoles, article 40 § 3 du traité CEE ; discrimination interdite entre travailleurs, article 48, § 2 du traité CEE (5) ; interdiction de pratiques abusives de concurrence, articles 85 § 1 d et 86 § 2 c ; interdiction d'impositions intérieures discriminatoires, article 95 du traité CEE* ».

[8] Art. 2, 1°, Dir. n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, préc. : « *Aux fins de la présente directive, on entend par "principe de l'égalité de traitement" l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur un des motifs*

ainsi été les précurseurs en matière d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes sur le marché du travail[1].

317. Pour garantir l'effectivité de ce principe d'égalité de traitement, les juges nationaux disposent de pouvoirs particulièrement larges. Ils doivent faire « *tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle, même temporaire, à la pleine efficacité des normes communautaires* »[2], jusqu'à l'adoption de mesures provisoires, alors même que le droit interne ne l'aurait pas prévu, voire l'aurait exclu, s'ils y voient l'unique moyen de faire respecter le droit de l'Union[3]. Rémy HERNU observe ainsi, en matière de taxes d'effet équivalant à des droits de douanes, que « *l'exigence d'égalité effective permet d'écarter la règle du traitement national si les modalités de preuve rendent impossible ou excessivement difficile le remboursement des taxes incompatibles* »[4], et ce, en dépit du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres.

318. L'auteur propose, d'appliquer aux victimes de la discrimination le traitement le plus favorable[5], à l'exception des régimes spécifiquement attribués à des personnes vulnérables[6]. Si le juge ne peut aller jusqu'à obliger un employeur à embaucher un candidat discriminé, sauf cas exceptionnel[7], il peut cependant étendre un avantage salarial[8] à une personne ou à un groupe

---

visés à l'article 1er » ; voir aussi art. 2, 1°, Dir. n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, préc.

[1] Sur la base de l'article 119 du traité CE, Dir. n° 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, JOUE L 45 du 19. 2. 1975, p. 19 ; Dir. n° 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail, JO L 39 du 14. 2. 1976, p. 40 ; Dir. n° 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JOUE L 204 du 26 juillet 2006, pp. 23-36 ; Dir. n° 2010/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, et abrogeant la directive 86/613/CEE du Conseil, JOUE, L 180 du 15 juillet 2010, pp. 1-6.

[2] CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, « Simmenthal », points 22 et 23, Rec. p. 629.

[3] CJCE, 19 juin 1990, aff. C-213/89, « Factortame », point 21, Rec. CE, p. 2433.

[4] R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, Bib. de Droit public, tome 232, 2003, p. 170.

[5] Remy HERNU « *appelle ainsi "clause du traitement le plus favorable", l'application aux membres du groupe discriminé du traitement appliqué aux membres du groupe le plus favorisé* »[5] qu'il rattache « *à l'exigence d'égalité effective en droit communautaire* » ; R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, op. cit., p. 168.

[6] On entend par « vulnérables » l'ensemble des personnes placées dans des situations d'inégalité qui auraient des conséquences sur la vie sociale de sorte que le législateur a prévu des régimes spécifiques pour les protéger. Voir par ex., M.-T. LANQUETIN et H. MASSE-DESSEN, « Les droits particuliers pour les femmes dans les conventions collectives », *Droit social*, 1989, p. 27.

[7] CJCE, 10 avril 1984, aff. 14/83, « Von Colson et Kamann c. Land Nordrhein-Westafalen », point 18 ; CJCE, 10 avril 1984, aff. 79/83, « Harz c. Deutsche Tradax GmbH ».

[8] Notamment CJCE, 24 mars 1987, aff. 286/85, « McDermott et Cotter », Rec. CE 1987, p. 1453 ; CJCE, 27 juin 1990, aff. 373/89, « Kowalska », Rec. CE 1989 I, p. 2591 ; CJCE, 28 septembre 1994, aff. C-200/91, « Coloroll »,

discriminé. Cette solution, d'abord présente en matière d'égalité salariale entre les femmes et les hommes[1], a été étendue à tous les cas de discrimination[2] et à toutes les situations couvertes par la liberté de circulation des travailleurs[3]. Elle s'applique aux discriminations directes comme indirectes, qu'elles touchent les femmes ou les hommes[4]. Les autorités nationales ne sauraient d'ailleurs se prévaloir de principes tels que l'enrichissement sans cause, pour refuser l'extension de certains régimes de faveur[5]. En revanche, la réponse à la discrimination peut également être un alignement sur le régime le moins favorable[6].

319. **Effectivité et régime contentieux des Etats membres.** Cette approche européenne centrée sur l'effectivité de l'interdiction de discriminer a donné lieu à de nombreuses avancées sur le plan contentieux qui seront par la suite étendues à l'ensemble des cas de discrimination[7].

320. Il s'agit d'abord de l'aménagement de la charge de la preuve. Consacré en premier lieu par la Cour de justice dans un arrêt *Danfos* de 1989[8], il fera ensuite l'objet d'une directive du

---

Droit social, 1995, p. 424, note P. LANGLOIS ; CJCE, 28 septembre 1994, aff. C-7/93, « Beune », *AJDA*, 1995, p. 278 ; CJCE, 28 septembre 1994, aff. C-28/93, « Van den Akker ».

[1] Art. 4, §1, Dir. n° 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en oeuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale. Voir, CJCE, 28 sept 1994, « Van den Akker », point 17 ; CJCE, 24 mars 1987, aff. 286/85, « Mac Dermott et Cotter c. Minister for Social Welfare and Attorney General », point 18 : « *les femmes ont le droit d'être traitées de la même façon et de se voir appliquer le même régime que les hommes se trouvant dans la même situation, régime qui reste, à défaut d'exécution correcte de la directive, le seul système de référence valable* ».

[2] CJCE, 7 février 1991, aff. C-184/89, « Nimz c. Etat belge », Rec. CE 1991, I, p. 97 : « *le juge tenu d'écarter la disposition contraire du droit communautaire résultant d'une convention collective doit appliquer aux membres du groupe défavorisé par cette discrimination le même régime que celui dont bénéficient les autres travailleurs, régime qui, à défaut de l'exécution correcte de l'article 119 du traité en droit national, reste le seul système de référence valable* »

[3] CJCE, 15 janvier 1998, aff. C-15/96, « Schöning-Kougebetopoulou c. Freie und Hansestadt Hamburg », points 32 et 33.

[4] CJCE, 13 décembre 1989, aff. 102/88, « Ruzius-Wilbrink c. Bestuur van de Bredrijfsvereniging voor Overheidsdiensten », point 20. Dans le même sens, s'agissant de la directive n° 79/7 : CJCE, 27 juin 1990, « Kowalska », préc., point 20. S'agissant de l'application de cette jurisprudence à l'article 141 TCE : CJCE, 7 février 1991, « Nimz c. Etat belge », préc., point 20.

[5] CJCE, 13 mars 1991, aff. C-377/89, « Cotter et Mc Dermott c. Minister of Social Welfare et Attorney General », point 26. Voir aussi, art. 4, §1, Dir. n° 79/7/CEE, préc.

[6] En l'absence de disposition prévue pour les veufs de fonctionnaires, voir CJCE, 20 mars 1984, « Razzouk et Beydoun », point 19 : « *en attendant, il appartient à la Commission de réexaminer la demande du requérant en appliquant les dispositions statutaires relatives à la pension de veuve qui restent, à l'heure actuelle, le seul système de référence valable* ». CJCE, « Russell », préc., point 32 ; « Van den Akker », préc., point 19. CJCE, 28 septembre 1994, aff. C-408/92, « Ellen Smith c. Avdel Systems », point 26 : les traités ne s'opposent pas à « *des mesures qui rétablissent l'égalité de traitement par la réduction des avantages des personnes antérieurement privilégiées. L'article 119 exige en effet seulement que le travailleur masculin et le travailleur féminin reçoivent une même rémunération pour un même travail, sans pour autant en imposer un niveau déterminé* ».

[7] Voir not. Dir. n° 2000/43/CE, préc. et Dir. n° 2000/78/CE, préc.

[8] CJCE, 17 octobre 1989, aff. 109/88, « Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark c. Dansk Arbeidsgiverforening, Danfos », point 14 : « *le souci d'efficacité qui sous-tend […] la directive doit conduire à interpréter celle-ci comme impliquant des aménagements aux règles nationales relatives à la charge de la preuve dans les situations particulières où ces aménagements sont indispensables à la mise en œuvre effective du principe d'égalité* ». Voir aussi, CJCE, 13 décembre 1993, aff. C-127/92, « Enderby » ; Dir. n° 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, préambule §18 : « *considérant que la Cour de justice des Communautés européennes a affirmé en conséquence que l'aménagement des règles concernant la charge de la preuve s'impose dès qu'il existe une apparence de discrimination, et que,*

Conseil[1]. Son objectif affiché est de « *garantir que soient rendues plus efficaces les mesures prises par les Etats membres, en application du principe d'égalité de traitement, qui permettent à toute personne qui s'estime lésée par la non-application à son égard du principe de l'égalité de traitement de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle après, éventuellement, le recours à d'autres instances compétentes* »[2]. A cet effet, l'administration de la preuve en la matière doit se faire au bénéfice du requérant lequel doit regrouper « *les faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* »[3]. Il revient alors « *à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe d'égalité de traitement* »[4]. Il convient de noter que la disposition comprend une possibilité de dérogation ouverte à l'égard des procédures inquisitoriales[5].

321. A côté de l'aménagement de la charge de la preuve a été imposée aux Etat membres l'obligation de mettre en place des recours effectifs et accessibles à toute personne s'estimant lésée par la non-respect du principe d'égalité de traitement[6]. Par exemple, le juge de l'Union européenne a condamné les systèmes dans lesquels l'action devant le juge était rendue inutile à cause d'un délai trop bref[7]. Il en va de même si des obstacles spécifiques à la mise en œuvre de l'action devant le juge s'avèrent trop contraignants[8], qu'ils soient légaux, réglementaires ou

dans les cas où cette situation se vérifie, la mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement requiert que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse ».

[1] Dir. n° 97/80/CE, préc.

[2] Art. 1er, Dir n° 97/80/CE, préc. Voir aussi §17 préambule, Dir. n° 97/80/CE, préc. : l'Etat qui refuse d'appliquer un tel aménagement pourrait priver le requérant de tout moyen efficace de faire respecter l'égalité de traitement.

[3] Ibid., art. 3, 1°.

[4] Ibid.

[5] Ibid. art. 3, 3°. Les Etats membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente ; Art. 8, 5°, Dir. n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, préc. ; Art. 10, 5°, Dir. n° 2000/78/CE, préc. L'application de cet aménagement à la procédure devant le juge administratif pose encore quelques difficultés d'interprétation ; cf. G. CALVES, « "De manière générale..." : le Conseil d'Etat face au droit communautaire de la non-discrimination », *D.*, 2010, p. 553.

[6] Art. 7, 1°, Dir. n° 2000/43/CE préc. ; art. 9, 1°, Dir. n° 2000/78/CE, préc. En la matière, à la lumière de la convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation a considéré comme la procédure du contrôle d'identité telle qu'elle était en vigueur ne permettait d'engager de recours effectif en cas de contrôle au faciès. La CJCE érige le droit au juge en principe général de droit consacré par les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ainsi que par les articles 6 et 13 de la CSDH ; cf. CJCE, 15 mai 1986, aff. 222/84, « Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary », Rec. CE p. 1651, point 18. On note que l'interdiction des discriminations est le seul moyen, avec le manquement à l'obligation d'impartialité, qui peut faire annuler la décision d'un jury d'examen ; cf. par ex. CAA Nantes, 7 mars 2014, n° 12NT01549, Inédit. L'obligation d'ouvrir un recours pour discrimination a également permis de réduire le champ des mesures d'ordre intérieur ; cf. CE, 15 avril 2015, n° 373893, *AJCT*, 2015, p. 408, comm. M.-C. ROUAULT.

[7] CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-208/90, « Emmot », Rec. CE 1991, I, p. 4269.

[8] CJCE, 8 novembre 1990, aff. C-177/88, « Dekker », Rec. CE p. I-3941

conventionnels[1]. Cette obligation de recours effectif, que l'on retrouve dans le droit de la CEDH[2], a trouvé une application en France aux cas des contrôles de police au faciès[3].

322. Le droit de l'Union européenne impose également l'ouverture du contentieux aux organisations non-gouvernementales de type associations ou syndicats agissant pour le compte ou à l'appui du plaignant devant les juridictions[4]. Ils ont également l'obligation d'adopter les mesures nécessaires visant à protéger les requérants contre les éventuelles mesures de rétorsions consécutives à leur action en justice[5] ainsi que de porter à la connaissance des personnes concernées, par tous moyens appropriés, les dispositions prises en application de ces directives[6]. Enfin, la directive n° 2000/43/CE va plus loin en imposant aux Etats membres de désigner une autorité chargée « *d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination* »[7].

323. La réalisation de l'égalité de traitement passe donc, en premier lieu, par une législation qui parvient à produire des effets dans les ordres juridiques nationaux. Le juge de l'Union européenne, grâce à ses pouvoirs, a posé les premiers jalons d'un droit européen de la non-discrimination dont la particularité est d'être focalisé sur l'effectivité de ses mesures et la réussite de ses actions. Il s'appuie sur les obligations rattachées à l'égalité de traitement, « *expression particulière* » du principe général de non-discrimination[8], lequel constitue la manifestation du principe d'égalité[9]. L'ensemble de ces dispositions contribue à la lutte contre les discriminations dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Leur mise en œuvre aura des conséquences particulières pour les collectivités territoriales en fonction des objectifs qu'elles doivent poursuivre au fur et à mesure des progrès de l'intégration européenne.

---

[1] CJCE, 7 février 1991, aff. C-184/89, « Nimz », Rec. CE p. I-00297

[2] CEDH, 6 janvier 2005, n° 43577/98 et 43579/98, « Natchova e. a. c. Bulgarie », points 164 et s.

[3] CA Paris, 24 juin 2015, n° 13/24277 : l'absence de traçabilité de la procédure de contrôle d'identité ne permettait pas la démonstration des faits estimés arbitraires ou abusifs par le requérant et, qu'à ce titre, il constitue une « *entrave au recours au contrôle juridictionnel, susceptible en elle-même de priver la personne concernée de la possibilité de contester utilement la mesure en cause et son caractère éventuellement discriminatoire* ». Confirmée par, Cass., 1ère Civ., 9 novembre 2016, n° 1245, req. n° 15-25.873. Le Défenseur des droits avait déjà invité les juges à condamner les contrôles au faciès. Par ex. DDD, décision n° MSP-MDS-MLD-2015-021 du 3 février 2015 ; *contra*, DDD, décision n° MDS-2013-48 du 26 mars 2013. Voir not., T. DUMORTIER, « Les "contrôles au faciès" saisis par la justice », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 10 septembre 2015, n° 4.

[4] Art. 7, 2°, Dir. n° 2000/43/CE, préc. ; art. 9, 2°, Dir. n° 2000/78/CE, préc.

[5] Art. 9, Dir. n° 2000/43/CE, préc. ; art. 11, Dir. n° 200078/CE, préc.

[6] Art. 10, Dir. n° 2000/43/CE, préc. ; art. 12, Dir. n° 2000/78/CE, préc.

[7] Art. 13, 2°, Dir. n° 2000/43/CE, préc.

[8] CJCE, 9 novembre 1993, aff. C-132/92, « Birds Eye Walls c. Roberts », point 17.

[9] R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, op. cit., p. 247 : « *L'égalité de traitement en matière de rémunération est une expression du principe général de non-discrimination, manifestation du principe d'égalité* ».

§2) L'influence des objectifs de l'Union européenne

324. L'article qui sert généralement de fondement au « *principe général d'égalité* »[1] en droit de l'Union européenne n'est en réalité qu'une interdiction générale des discriminations en raison de la nationalité (ex-article 7 al. 1, du TCEE, devenu l'article 18 du TFUE[2]). Appliquée dans le cadre de l'établissement du marché intérieur, cette interdiction a permis d'étendre l'application du droit de l'Union européenne au-delà des domaines définis dans les traités (A). Toutefois, peu de directives furent adoptées sur le fondement de cet article[3]. C'est surtout l'article 19 du TUE, qui donne compétence au Conseil pour « *prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* »[4], qui constitue la base juridique pour adopter les directives en matière de discrimination. Cette clause insérée en 1992 témoigne du passage vers une dimension plus sociale de l'égalité[5]. Inscrite comme une caractéristique essentielle de la société européenne[6], la lutte contre les discriminations est ainsi placée au service d'une vision libérale de l'égalité des chances[7] (B).

---

[1] CJCE, 8 octobre 1980, aff. 810/79, « Peter Überschär c. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte » : l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité n'est qu'une expression spécifique du principe général d'égalité qui constitue un des principes fondamentaux du droit communautaire.

[2] Art. 18 (ex-article 12) TCE : « *Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent prendre toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations* ».

[3] L'article 18 du TUE est présent dès l'origine à l'article 7 du TCEE sans avoir été modifié.

[4] Il ajoute au paragraphe 2 la possibilité pour le Parlement et le Conseil, dans le cadre d'une procédure législative ordinaire, d'adopter « *les principes de base des mesures d'encouragement de l'Union, […], pour appuyer les actions des États membres prises en vue de contribuer à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1* »

[5] Avec la clause d'habilitation des institutions de l'Union européenne à agir pour la lutte contre les discriminations on passe, selon les mots de Ségolène BARBOU-DES-PLACES, d'une logique « *marchande* » à une logique « *éthique* » de l'interdiction de discriminer ; cf. S. BARBOU DES PLACES, « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », in L. POTVIN-SOLIS (sous la direction de), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 70.

[6] Art. 2, TUE : « *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes* ».

[7] Al. 11, Préambule, Dir. n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JOCE du 2 Décembre 2000 : « *la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle peut compromettre la réalisation des objectifs du traité CE, notamment un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de la vie, la cohésion économique et sociale, la solidarité et la libre circulation des personnes* ».

A) La réalisation du marché intérieur

325. L'interdiction des discriminations en raison de la nationalité est une condition essentielle de la construction européenne : elle garantit les libertés de circulation reconnues aux ressortissants des Etats membres sur tout le territoire de l'Union[1]. Apparue dans le cadre des libertés de circulation à l'égard des entreprises, l'interdiction des discriminations à raison de la nationalité a permis d'obliger les collectivités territoriales à ne pas limiter l'accès à leur marché local (1). Elle s'est ensuite déployée à l'égard des individus. D'abord consommateurs, puis travailleurs, les ressortissants européens sont désormais considérés comme des citoyens et peuvent, à ce titre, bénéficier des mêmes droits que les ressortissants français. Au niveau des collectivités territoriales, les conséquences se font sentir dans l'accès à la fonction publique locale (2).

1) L'ouverture du marché local aux entreprises de l'Union européenne

326. L'interdiction des discriminations en raison de la nationalité, telle qu'elle a été inscrite initialement dans les traités, s'apparente à une clause de traitement national[2] qui a pour but de construire le marché intérieur de l'Union européenne en garantissant l'effectivité des libertés de circulation prévues dans les traités[3]. Elle a permis de lever les barrières aux échanges, notamment celles dressées par les collectivités territoriales à l'égard de certaines entreprises. Dans ce domaine, la mise en œuvre de la non-discrimination s'est faite par étapes en vue d'établir progressivement les conditions d'une concurrence libre et non faussée quelle que soit la collectivité concernée.

327. **Le libre accès au marché local.** Dans un premier temps, l'interdiction des discriminations a été appliquée afin de supprimer les taxes d'effet équivalent à des droits de

[1] En cela, cette interdiction est à rapprocher de la clause de traitement nationale que l'on retrouve, dès le XIXe siècle, dans certains traités bilatéraux relatifs à la liberté d'aller et venir, à la liberté du commerce et de l'industrie et au droit de séjour ; cf. R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, Bib. de Droit public, tome 232, 2003, p. 2.

[2] D. NGUYEN QUOC, A. PELLET, P. DAILLIER, *Droit international public*, LGDJ, 1999, p. 1065 : la clause de traitement national peut se définir, de manière général, comme un « *standard selon lequel un Etat doit accorder à ses partenaires et à leurs ressortissants les mêmes droits et avantages qu'il reconnaît à ses propres ressortissants* ».

[3] Voir R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, op. cit., p. 2. Il y a d'ailleurs un principe par liberté. Dans ce contexte, la mention du principe de non-discrimination s'impose d'elle-même tant il est lié au régime juridique de ces libertés comme principe fondamental ; voir par ex., CJCE, 16 septembre 2004, Commission c. Autriche, aff. C-465/01, Rec. CE p. I. 8291.

douanes et les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives qui pouvaient être imposées à certaines frontières intérieures des Etats membres.

328. Plusieurs régimes spécifiques à certaines collectivités territoriales ont dû être annulés, quand bien même les situations relevaient essentiellement du droit interne. Ce fut le cas pour l'octroi de mer, taxe imposée aux produits importés sur le territoire d'une collectivité ultramarine[1]. On retrouve une jurisprudence équivalente relative à une taxe imposée par des communes italiennes sur l'exportation et l'importation de marbre[2]. La Cour de justice de l'Union européenne considère que « *lorsqu'elle a un champ d'application territorial limité parce qu'elle ne s'applique que sur une partie du territoire national, une mesure étatique ne saurait échapper à la qualification de mesure discriminatoire ou protectrice […] au prétexte qu'elle affecte aussi bien l'écoulement des produits provenant des autres parties du territoire national que celui des produits importés des autres États membres* »[3]. Toute mesure protectrice est donc considérée comme une mesure discriminatoire.

329. L'interdiction des aides d'Etat, qui comprend également les aides accordées par les collectivités territoriales[4], participe de cet objectif dès lors qu'elles sont considérées comme des avantages injustifiés, incompatibles avec les règles du marché intérieur[5]. Ainsi, les juges ont sanctionné la vente d'un terrain par une collectivité territoriale à des conditions avantageuses[6],

---

[1] CJCE, 16 juillet 1992, aff. C-163/90, « Legros e. a. », Rec. CE p. I-4625 : une « *taxe perçue à une frontière régionale en raison de l'introduction de produits dans une région d'un État membre constitue une entrave au moins aussi grave à la libre circulation des marchandises qu'une taxe perçue à la frontière nationale en raison de l'introduction des produits dans l'ensemble du territoire d'un État membre* » ; CJCE 9 août 1994, aff. C-363/94, C-407 à 411/94, « Lancry e. a. », Rec. UE, p. I-3957, à propos de l'octroi de mer. L'arrêt est rendu sur conclusions contraires de l'avocat général Tesauro, qui avait pourtant plaidé avec conviction : « *Le paradoxe d'un marché unique dans lequel sont interdits les obstacles aux échanges entre le Portugal et le Danemark alors que les obstacles aux échanges entre Naples et Capri ne sont pas pris en considération, n'échappe pas même au juriste le plus sévère. Cependant ni le traité ni la jurisprudence de la Cour ne sauraient porter remède à un tel paradoxe ; seule peut le faire la logique économique à laquelle même le législateur le moins averti n'est pas insensible* ». La Cour a, par la suite, confirmé sa jurisprudence : CJCE 14 septembre 1995, aff. C-485 et 486/93, « Simitzi et Kos », Rec. CJCE I-2696.

[2] CJCE, 9 septembre 2004, aff. C-72/03, « Carbonati Apuani c. Comune di Carrara », Rec. UE, p. I-8027, point 23.

[3] D. SIMON, « Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, août 2004 (actualisation : octobre 2015). Voir, CJCE, 25 juillet 1991, aff. jointes C-1/90 et C-176/90, « Aragonesa de Publicidad Exterior et Publivia », Rec. CE p. I. 4151, spéc. point 24.

[4] CJCE, 22 mars 1977, aff. 78/76, « Steinike c. Weinlig », Rec. CE, p. 595, point 21 : les aides d'Etat regroupe « *l'ensemble des aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le cas où l'aide est accordée directement par l'État ou par des organismes publics ou privés qu'il institue ou désigne en vue de gérer l'aide* ».

[5] Art. 108, TFUE.

[6] TPICE, 16 septembre 2004, aff. T-274/01, « Valmont c. Commission », Rec. CE, p. II-3145 : à propos de la vente d'un terrain de 3 hectares appartenant à une commune. Il faut alors rechercher si le prix de vente n'aurait pas pu être obtenu par l'acquéreur dans des conditions normales de marché. Voir, en ce sens, l'arrêt du Tribunal du 6 mars 2002, T-127/99, T-129/99 et T-148/99, « Diputación Foral de Álava e. a. c. Commission », Rec. CE, p. II-1275. Voir également, TPICE, 29 novembre 2007, aff. T- 366/00, « Scott SA c. Commission », Rec. CE p. II-797 où la ville d'Orléans et le département du Loiret avaient consenti la vente d'un terrain de 48 hectares à la société américaine Scott Paper SA à un tarif préférentiel.

un régime d'aides agricoles institué par la région de Sicile[1], un régime d'aides facilitant l'installation d'entreprises sur le territoire[2], ou un crédit d'impôt accordé sur la base d'une législation adoptée par une autorité infraétatique[3] .

330. **La libre concurrence dans le marché local.** L'intégration de plus en plus poussée du marché intérieur de l'Union européenne tend à faire disparaître les frontières intraétatiques. Une fois le marché établi, il est désormais admis et acquis que toutes les entreprises, quelle que soit leur nationalité, ont les mêmes droits sur le marché local. A cet égard, le droit français n'ignorait pas le principe d'égalité des candidats devant la commande publique[4]. Toutefois, l'absence de procédure formelle laissait libre cours à des pratiques souvent opaques qui étaient la source de risques importants de discrimination.

331. Le droit de l'Union européenne est alors devenu, depuis la directive n° 89/440/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux[5], la source principale du droit de la commande publique en organisant une mise en concurrence[6] qui doit respecter le principe de non-discrimination à raison de la nationalité. Ainsi, la CJCE[7] a sanctionné le fait, pour un Etat membre, de réserver une partie des travaux, faisant l'objet d'une procédure de passation de marchés publics, aux sociétés ayant leur siège social dans la région où les travaux sont exécutés (discrimination directe[8]) et d' instituer une préférence en faveur des associations temporaires auxquelles participent des entreprises exerçant leur activité principale dans cette même région (discrimination indirecte[9]). Le principe de non-discrimination s'applique aussi directement aux pouvoirs adjudicateurs dont font partie les

[1] CJCE, 27 mars 1984, aff. 169/82, « Commission c. République Italienne », Rec. CE, p. 1603 : aide à la production du froment dur.

[2] CJCE, 14 octobre 1984, aff. 248/84, « Allemagne c. Commission », Rec. CE, p. 4013 : à propos des aides que le Land de Nordrhein Westfalen accordait aux entreprises investissant sur son territoire. Voir aussi, CJCE, 11 septembre 2008, aff. jointes C-428 à 434/06, « UGT de la Rioja », Rec. CE, p. I-6747.

[3] TPICE, 6 mars 2002, « Diputación Foral de Alava e. a. c. Commission », préc.

[4] Concl. LEVASSEUR De PRÉCOURT sur CE, 21 mars 1890, « Caillette », Rec. Lebon p. 321 : « *la jurisprudence reconnaît aux entrepreneurs admis à une adjudication le droit d'en contester la régularité si tous les concurrents n'ont pas été, quant aux conditions à remplir, placés sur un pied d'égalité parfaite* » ; J. ROMIEU, concl. sur CE, 30 mars 1906, « Ballande », Rec. Lebon p. 281 : « *le soumissionnaire évincé a le droit de demander l'annulation de l'adjudication pour inobservation des règles fondamentales, même si elles sont édictées dans l'intérêt de l'administration, du moment où une inégalité a été créée entre les concurrents* ».

[5] Dir. n° 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989, modifiant la directive n° 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, JOUE L 210 du 21.7.1989.

[6] J. CAILLOSSE « "Surdétermination économique" du droit et nouvelles figures du service public », *Politiques et management public*, Vol. 29/3, 2012, pp. 305-324 : le droit français a opéré sa mutation en « *subordonnant au droit de la concurrence des activités publiques qui échappaient jusqu'alors à son attraction* ».

[7] CJCE, 3 juin 1992, aff. C-360/89, « Commission c. République italienne ».

[8] Ibid., points 7 et 8.

[9] Ibid., points 11 et 12.

collectivités territoriales[1]. Elles ne sauraient, par exemple, imposer, parmi ses clauses d'attribution ou d'exécution du marché, l'usage de la langue française[2]. Elles sont aussi soumises au principe de transparence[3] qui garantit, avec le principe de non-discrimination, l'égalité des candidats devant la commande publique. L'obligation de mise en concurrence concerne autant la passation des marchés publics que les délégations de service public, même si dans cette seconde hypothèse le principe d'égalité des candidats apparaît plus souple avec des procédures moins formelles[4]. En revanche, échappe à cette obligation de mise en concurrence les contrats de prestation dits « *in house* » qui concerne les contrats conclus entre une collectivité publique et un organisme qui lui est rattaché[5]. Quoi qu'il en soit, le juge de l'Union européenne rappelle régulièrement que les contrats exclus du champ d'application des directives « marché public » demeurent soumis aux dispositions du traité, notamment celles relatives à la non-discrimination prévues à l'article 17 du TFUE (ex-article 12 TCE)[6].

332. La liberté d'accès, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures de marchés publics sont désignés comme les trois principes de la commande publique. Ils disposent d'un fondement législatif[7] et d'une valeur constitutionnelle[8]. Il s'agit, selon les mots de la Commission européenne, de tenter d'instaurer un « *principe d'équité économique* »[9] au sein du marché par le biais de la non-discrimination. Elle a été « *entendue dans le sens de limiter la liberté d'action des pouvoirs publics quant aux interventions en matière économique, dans le but de protéger les entreprises des différences abusives de traitement* »[10]. Ainsi les

[1] Dir. n° 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989, modifiant la directive n° 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, JOUE L 210 du 21 juillet 1989.

[2] Instruction interministérielle du 27 avril 2017 relative aux délibérations et actes des collectivités territoriales imposant l'usage du français dans les conditions d'exécution des marchés - NOR : ARCB1710251J (Clause dite « Molière »).

[3] CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, « Telaustria Verglas GmbH, Telefonadress GmbH ». Pour une application par le juge administratif voir, CE, Ord., 1er avril 2009, n° 323585, « Communauté urbaine de Bordeaux, Société Kéolis ».

[4] Voir not., M.-C. BONTRON, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, thèse de Droit public, Université de Montpellier, 2015, p. 395 et s.

[5] CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, « Teckal sarl », Rec. CE, p. I-8121 : les procédures de passation d'un marché public s'appliquent normalement et « *il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent* ».

[6] CJCE, 13 septembre 2007, aff. C-260/04, « Commission c. République italienne », Rec. CE, p. I-7083.

[7] Voir art. 1er, I, Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n° 0169 du 24 juillet 2015 p. 12602 ; art. 1er, I, Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n°0025 du 30 janvier 2016.

[8] Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit.

[9] Commission européenne, *Sur la concurrence* , Rapport n° 9, 1979, p. 10.

[10] Concl. CAPOTORTI sur CJCE, 19 octobre 1977, « Ruckdeschel », p. 1178. Son application en droit français confirmée par A. De LAUBADÈRE, P. DELVOLVÉ et F. MODERNE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, tome 1, 1983, n° 576 : la discrimination s'entend « *en ce que toutes les entreprises doivent pouvoir accéder à la commande publique* [et] *en ce que durant la procédure de mise en concurrence, aucune discrimination ne saurait être opérée par la personne publique* ».

entreprises européennes sont en droit de réclamer un traitement identique à celui attribué aux entreprises françaises à l'intérieur des collectivités territoriales. Il en va de même à l'égard des individus, peu importe leur statut, dès lors qu'ils sont ressortissants de l'Union européenne.

2) L'ouverture de la fonction publique locale aux ressortissants de l'Union européenne

333. En tant que « *principe de protection des droits des ressortissants communautaires* »[1], l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité revêt une « *connotation sociale* »[2]. Elle est devenue d'autant plus essentielle que les ressortissants de l'Union disposent désormais d'un statut de citoyen européen qui leur confère un ensemble de droits subjectifs bien plus large que ceux dont disposent un simple travailleur. Ce statut leur permet notamment d'intégrer la fonction publique locale, dès lors qu'ils ne sont pas amenés à faire usage de prérogatives de puissance publique.

334. **L'accès à l'emploi public des ressortissants européens.** Les ressortissants de l'Union européenne peuvent invoquer l'article 45 2° du TFUE sur la libre circulation des travailleurs, laquelle « *implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail* ». Le point 4 précise que cette liberté ne s'applique pas aux emplois dans l'administration publique. Mais, la définition que le juge en retient est particulièrement restrictive en comparaison à celle du droit français. En effet, pour lui[3], les emplois de l'administration publique recouvre ceux pour lesquels l'agent fait usage de prérogatives de puissance publique[4]. Dans son avis du 31 janvier 2002, le Conseil d'Etat précise qu'il s'agit des cadres d'emplois « *dont les membres sont appelés à participer, en vertu des attributions définies par leur statut particulier, à l'exercice des activités telles que l'élaboration des actes juridiques, la mise en exécution de ces actes, le contrôle de leur application et la tutelle des organismes dépendants* »[5].

---

[1] Ibid. Voir, CJCE, 13 juillet 1977, aff. 22/77, « Fonds national de retraite des ouvriers mineurs c. Giovanni Mura » ; CJCE, 19 octobre 1977, aff. jointes 124/76 et 20/77, « SA Moulins et huileries de Pont-à-Mousson e. a. c. ONIC » ; CJCE, 12 décembre 1985, aff. 165/84, « Krohn ».
[2] M.-F. CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1996, p. 3 et s.
[3] Voir not., G. ALBERTON, « L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne entre exigences communautaires et reconnaissance nationale », *RFDA*, 2003, p. 1194.
[4] CJCE, 17 décembre 1980, aff. 149/79, « Commission c. Belgique », Rec. CE, p. 3880.
[5] CE, Ass., Avis du 31 janvier 2002, n° 366.313.

335. Dans tous les autres cas, l'obligation de non-discrimination s'applique de plein droit à l'ensemble des avantages sociaux perçus, qu'ils soient ou non liés aux contrats d'emploi, dès lors que ces avantages facilitent leur mobilité[1] ou qu'ils leur donnent une possibilité d'améliorer leurs conditions de vie et de travail et de faciliter leur promotion sociale[2]. Il peut s'agir de l'octroi d'une carte de réduction des tarifs de transport ferroviaire[3], des prêts à la naissance[4], d'un revenu garanti aux personnes âgées, ascendants à charge du travailleur migrant[5], d'une prestation sociale constituant un minimum de moyens d'existence[6], d'une allocation spéciale de vieillesse[7], d'une assurance chômage si le demandeur a déjà accédé au marché du travail, ou d'une indemnité funéraire destinée à couvrir les frais d'obsèques, d'inhumation et de crémation[8]. Entendue au sens large la notion de travailleur permet ainsi d'obliger les Etats membres et leurs collectivités territoriales d'appliquer de nombreuses prestations aux ressortissants de l'Union européenne sans discrimination[9].

336. **L'accès à l'emploi public local des ressortissants européens.** En droit de la fonction publique locale, l'impact du droit de l'Union européenne a causé de nombreuses difficultés relevées par le Conseil d'Etat dans son rapport de 2003[10].

337. Traditionnellement, la condition de nationalité fait partie des critères de sélection à l'entrée dans la fonction publique[11]. Elle continue d'ailleurs de s'appliquer pleinement pour les ressortissants des pays tiers non-membres de l'Union européenne[12]. En revanche, elle ne

---

[1] CJCE, 31 mai 1979, « Ministère public c. Even et Office national des pensions pour travailleurs salariés (ONPTS) », 207/78, point 22 : les avantages sociaux, « *liés ou non à un contrat d'emploi, sont généralement reconnus aux travailleurs nationaux, en raison principalement de leur qualité objective de travailleur ou du simple fait de leur résidence sur le territoire national, et dont l'extension aux travailleurs ressortissants d'autres Etats membres apparaît dès lors comme apte à faciliter leur mobilité à l'intérieur de la Communauté* ».

[2] CJCE, 21 juin 1988, aff. 39/86, « Sylvie Lair contre Universität Hannover », point 20.

[3] CJCE, 30 septembre 1975, aff. 32/75, « Cristini c. SNCF », point 13.

[4] CJCE, 14 janvier 1982, aff. 65/81, « Reina c. Landeskreditbank Baden-Württemberg », Rec. CE, p. 33.

[5] CJCE, 12 juillet 1984, aff. 261/83 « Castelli c. ONPTS ».

[6] CJCE, 27 mars 1985, aff. 249/83, « Hoeckx c. Centre public d'aide sociale de Kalmthout », point 20.

[7] CJCE, 6 juin 1985, aff. 157/84, « Frascogna c. Caisse des dépôts et consignations », Rec. CE, p. 3199.

[8] CJCE, 12 septembre 1996, aff. C-237/94, « O'Flynn », point 14.

[9] Pour une directive harmonisant la protection judiciaire des travailleurs sur le territoire de l'Union européenne et en particulier celle contre les discriminations, voir Dir. n° 2014/54/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative à des mesures facilitant l'exercice des droits conférés aux travailleurs dans le contexte de la libre circulation des travailleurs, JOUE L 128 du 30 avril 2014, pp. 8-14.

[10] CE, *Perspectives pour la fonction publique*, Rapport annuel 2003, La documentation française, 2004, pp. 278-287.

[11] M. MINE, « Discriminations : une transposition laborieuse... (suite), Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, JO 28 mai 2008 », *Revue de droit du travail*, 2008, p.741 : La France, à plusieurs reprises condamnée pour discrimination liée à la nationalité, modifie lentement les textes applicables (Loi n° 91-715 du 26 juillet 1991 sur l'accès des travailleurs de l'Union européenne à certains emplois publics ; voir, en dernier lieu, la loi n° 2008-324 du 7 avril 2008 relative à la nationalité des équipages de navire, à la suite de la condamnation par l'arrêt CJCE 11 mars 2008, aff. C-89-07, pour les emplois de capitaine et d'officier sur un navire, et l'ordonnance n° 2008-57 du 30 mai 2008 portant transposition de la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles).

[12] L'exigence de nationalité continue de prévaloir en France à l'encontre de tous les autres ressortissants étrangers quels que soient, par ailleurs, les emplois auxquels ils postulent (cf. CE, 24 mai 1991, « Hélali », Rec. Lebon p.

s'applique qu'aux emplois impliquant l'utilisation de prérogatives de puissance publique à l'égard des ressortissants de l'Union. Ainsi, le tribunal administratif de Lyon a annulé la décision du centre de gestion de la fonction publique territoriale du Rhône refusant l'inscription au concours de psychologue territorial d'un ressortissant belge au seul motif qu'il n'était pas de nationalité française[1].

338. Pour que cette ouverture soit effective, le droit de l'Union interdit non seulement l'opposabilité de ce critère aux ressortissants de l'Union mais aussi tout autre critère d'apparence neutre qui aurait pour effet de les empêcher d'avoir un accès effectif à la fonction publique locale[2] comme par exemple une exigence de diplôme[3], d'expérience professionnelle acquise en France ou encore la connaissance approfondie de la langue française[4]. Ainsi, le Conseil d'Etat a considéré incompatible avec le droit de l'Union européenne certaines dispositions du décret du 30 août 1994 fixant les conditions dans lesquelles les diplômes délivrés par un autre Etat membre de l'Union européenne peuvent être assimilés à des diplômes français pour l'accès aux concours de la fonction publique territoriale[5]. Comme le note Annie

---

203 (s'agissant d'un ressortissant algérien) et CE, 20 octobre 2000, « Madame Rias-Tims » (à propos d'une ressortissante américaine), *Europe*, 2001, n° 1997) dès lors qu'il s'agit d'un emploi titulaire (cf. CE, Avis, Assemblée générale, 17 mai 1973, req. n° 310715).

[1] TA Lyon, 10 Avril 1997, n° 9604610, Publié au Recueil Rec. Lebon : « *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que M. Y..., de nationalité belge, a présenté sa candidature au concours de recrutement de psychologue territorial ouvert par décision du 20 juin 1996 prise par le président du centre de gestion de la fonction publique territoriale du Rhône ; qu'en se fondant sur les dispositions du décret du 16 février 1994 susvisé pour écarter la candidature de l'intéressé au motif qu'il ne possédait pas la nationalité française, le président du centre de gestion a entaché d'illégalité sa décision du 8 octobre 1996 ; que M. Y... est, dès lors, fondé à en demander l'annulation* ».

[2] CJCE, 12 février 1974, aff. 152/73, « Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost », Rec. p. 162, point 11 : « *si l'article 39 impose l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité, cette exigence prohibe non seulement les discriminations ostensibles fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat* ».

[3] CAA Nancy, 27 janvier 2000, n° 96NC02421, « Délégation régionale du CNFPT de Franche-Comté », Inédit : « *Considérant que les attributions attachées à l'emploi d'assistant de service social dans une collectivité territoriale sont séparables de l'exercice de la souveraineté et ne comportent aucune participation directe ni indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique ; qu'ainsi l'accès à un tel emploi, qui ne saurait être regardé comme un emploi dans l'administration publique au sens du paragraphe 4 de l'article 48 précité, est régi par le principe de libre-circulation des travailleurs énoncé par le paragraphe 1 de ce même article ; que la disposition du décret susvisé du 28 août 1992, subordonnant l'accès à l'emploi d'assistant de service social dans une collectivité territoriale à la possession du diplôme d'Etat de service social délivré par les autorités françaises, fait obstacle à ce qu'un candidat puisse se prévaloir d'un diplôme obtenu dans un autre Etat membre de la communauté européenne, et ce quelle que soit l'appréciation susceptible d'être portée sur le niveau de ce diplôme et sur son adéquation à l'emploi ; que dans la mesure où cette entrave n'est pas rendue nécessaire par la poursuite d'un objectif légitime au regard du traité instituant la communauté européenne, l'article 4 du décret du 28 août 1992 doit être regardé comme méconnaissant le principe de libre-circulation des travailleurs concernés par l'article 48 du traité ; que, par suite, M. THIBAUT est fondé à exciper de l'illégalité dudit article 4 sur le fondement duquel la décision de refus d'admission à concourir lui a été opposée et à demander l'annulation de cette décision* ; »

[4] V. not., B. GODBILLON, « L'ouverture européenne de la fonction publique française : bilan et perspectives », *AJFP*, 2001/4, p. 13

[5] CE, 4 février 2004, n° 225310, *AJDA*, 2004, p. 554 : en l'espèce il s'agissait d'une demande d'homologation du diplôme belge d'éducateur spécialisé ainsi que de l'expérience professionnelle acquise dans cet Etat membre. Voir aussi, CJCE, 7 octobre 2004, aff. 402-02, « Commission c. France » ; CE, 27 juillet 2005, « Madame Weber » : la

FITTE-DUVAL, « *les critères de définition du secteur public étant ceux du pays d'origine, il n'est pas exclu qu'un Etat soit tenu de prendre en compte une ancienneté qui dans son propre système, relève du droit privé* »[1]. Une telle situation pourrait avoir des effets désavantageux pour les candidats français de sorte que le législateur est intervenu[2], à l'invitation du Conseil d'Etat[3], pour réduire les discriminations à rebours qui peuvent en découler.

339. L'ouverture des frontières pour les ressortissants de l'Union européenne a eu des conséquences très concrètes pour les collectivités territoriales qui sont dès lors obligées de les traiter au moins aussi bien que leurs propres administrés. Aujourd'hui le statut de citoyen européen suffit à justifier, indépendamment de l'exercice de la libre circulation, un traitement identique entre ressortissants nationaux et ressortissants des autres pays membres en établissant un lien de rattachement avec le droit de l'Union[4]. Si ce système a pu avoir pour conséquences de faire subir des discriminations à rebours pour les ressortissants nationaux, les juges administratif[5] et constitutionnel[6] se chargent désormais de les sanctionner en application du principe d'égalité.

340. La progression du processus d'intégration a donc modifié l'approche originelle, purement économique, de la discrimination. Désormais, avec l'élargissement des compétences de l'Union européenne dans des matières d'ordre social, la lutte contre les discriminations devient un moyen de construire un modèle de justice sociale fondée sur l'égalité des chances[7].

---

commission d'assimilation des diplômes européens pour l'accès à la fonction publique territoriale doit non seulement prendre en compte l'expérience professionnelle des candidats ressortissants mais aussi « *mettre à même les demandeurs de faire état de cette expérience* ». En la matière, le juge exerce un contrôle normal, Voir par exemple, CE 4 février 1994, req. n° 120792, « Poupart » ; CE 4 février 1994, req. n° 143765, « Thiaux ».

[1] A. FITTE-DUVAL, « Mutation et paradoxes de l'égalité dans la fonction publique », *AJFP*, 2006 p. 4.

[2] Loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique.

[3] CE, *L'administration française et l'Union européenne - Quelles influences ? - Quelles stratégies ?*, EDCE n° 58, 2007, p. 63-64.

[4] Sur ce point, voir A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruylant, 2008, p. 266 s.

[5] Voir not., CE, 6 octobre 2008, req. n° 310146, « Compagnie des architectes en chef des monuments historiques e. a. », RFDA, 2009, p. 132, note A. ILIOPOULOU et A. JAUREGUIBERRY, « La première condamnation d'une discrimination à rebours ». Voir aussi, F. MELLERAY, « L'arrêt Burbaud implique-t-il une discrimination à rebours ? », *AJDA*, 2003, p. 1911 ; L. DUBOUIS, « L'influence de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur l'ouverture de la fonction publique française en cours de carrière », *RFDA*, 1998, p. 106.

[6] Cons. const., 3 février 2016, n° 2015-520 QPC, « Société Metro Holding France SA », *Revue des sociétés*, 2016, p. 388, note G. PARLEANI, « Le conseil constitutionnel censure une "discrimination à rebours" contenue dans le régime fiscal des sociétés mères-filles ». Voir aussi, A. JAUREGUIBERRY, « La discrimination à rebours devant le juge national », *RTD eur.*, 2017, p. 39 et s.

[7] R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, Bib. de Droit public, tome 232, 2003, p. 6 : La notion de justice sociale « *inscrite expressément dans le préambule de l'Acte unique européen, exige notamment que soit assurée l'égalité de traitement* ».

B) La réalisation de l'égalité des chances

341. Jusqu'à récemment, l'égalité des chances n'était pas un terme fréquemment employé dans les textes de droit de l'Union européenne ou dans la jurisprudence de la Cour de justice[1]. Aujourd'hui, le concept apparaît plus explicitement comme le paradigme qui guide la mise en œuvre de l'interdiction des discriminations[2]. Elle vise à mettre en place une société juste[3] en plaçant la non-discrimination comme « *un principe fondamental de l'Union européenne [qui] devrait être pris en compte dans toutes les politiques de l'Union européenne* »[4]. Cette protection générale doit permettre d'assurer une égalité de départ pour tous les administrés dans toutes les situations prévues par le droit de l'Union européenne[5] (1). Elle a pour effet d'encadrer « *l'activité des autorités publiques au nom du caractère effectif de l'égalité de traitement et de la préservation des libertés individuelles* »[6] (2).

1) L'égalité des chances comme garantie d'une égalité de départ des administrés

342. L'approche européenne de la non-discrimination promeut une égalité des chances qui « *vise,* d'après Rémy HERNU, *à garantir un accès et des conditions égales de compétition* »[7]. Cette doctrine permet d'imposer l'application de traitements différenciés, notamment les dispositifs d'aide et d'action sociales, dès lors qu'ils permettent de lutter contre les inégalités

[1] Voir not., P. DALLIER, « Egalité de traitement et égalité des chances en droit communautaire », in G. KOUBI et G.-J. GUGLIELMI, *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, La découverte, Paris, 2000, pp. 173-183.
[2] Par ex., Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 2 juillet 2008, COM(2008)420 final, (SEC(2008)2172) – « Non-discrimination et égalité des chances : un engagement renouvelé ».
[3] Décision n° 771/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 relative à l'année européenne de l'égalité des chances pour tous (2007) — Vers une société juste (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JOUE L 146 du 31.5.2006, pp. 1-7.
[4] §1 Préambule Décision n° 771/2006/CE, préc. Voir aussi, art. 7, Décision n° 1672/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 2006 établissant un programme communautaire pour l'emploi et la solidarité sociale – Progress, JOUE L 315 du 15 novembre 2006, pp. 1-8 : Section 4 – Lutte contre la discrimination et diversité : « *La section 4 a pour objet de soutenir la mise en œuvre effective du principe de non-discrimination et de promouvoir son intégration dans toutes les politiques communautaires* ».
[5] §5 Préambule Décision n° 771/2006/CE, préc. : « *La législation européenne en matière d'égalité de traitement et de non-discrimination couvre toutes les personnes dans l'Union européenne* ».
[6] R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, op. cit., p. 156.
[7] Ibid., p. 157.

de départ[1]. Le concept d'égalité des chances est d'essence libérale en ce qu'il a pour objectif, non pas l'égalisation des conditions, mais l'égalisation de l'accès aux droits et libertés individuels[2]. Les mesures adoptées pour y parvenir doivent être adaptées en fonction des publics discriminés et des domaines concernés[3].

343. **La détermination de l'objectif d'égalité des chances.** En 2007, la Commission décide de mettre en œuvre l'Année européenne de l'égalité des chances pour tous avec « *pour objectif de sensibiliser la population aux avantages d'une société juste et solidaire. Elle préconise des initiatives de sensibilisation visant à lutter contre les attitudes et comportements discriminatoires ainsi qu'à informer les personnes de leurs droits et obligations légaux. Elle s'inscrit dans une approche transversale de la non-discrimination qui devrait permettre d'assurer l'application correcte et uniforme du cadre législatif communautaire dans toute l'Europe, en mettant en lumière ses principes essentiels et en gagnant le soutien actif du public envers la législation en matière de non-discrimination et d'égalité* »[4].

344. L'objectif d'égalité des chances se traduit par une politique d'accès aux droits rendu possible par « *une approche de l'égalité et de la non-discrimination plus cohérente* »[5]. Elle doit ainsi participer à la construction d'« *un ordre juridique à la mesure de la société qu'il doit régir* » : « *un droit conforme à l'idée de justice sociale et aux exigences de l'intégration européenne au niveau non seulement de l'économie, mais aussi des peuples* »[6]. La discrimination, vecteur de validation et de légitimation du droit de l'Union européenne, est perçue comme un pilier de ce projet qui doit permettre d'« *atteindre les objectifs économiques fixés par le traité selon des critères de justice sociale* »[7]. L'égalité des chances doit être ici entendue comme le trait d'union entre les projets économique et politique des institutions de l'Union.

345. A cet égard, la solidarité invoquée n'est pas de l'ordre de la socialisation des risques (par des organismes assurantiels) mais relève d'une prise de conscience globale de la nécessité

---

[1] Art. 3, §3, al. 3, TUE : L'Union européenne « *combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant* ». Pour une approche critique, voir M. BORGETTO, « Equité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions », in G. KOUBI et G-J. GUGLIELMI (sous la direction de), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, op. cit., pp. 115-138.

[2] Voir not., G. KOUBI, « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? », in G. KOUBI et G.-J. GUGLIELMI (sous la direction de), op. cit., pp. 69-89.

[3] Voir not. J. BIDET, « Egalité des chances et principe de différence. Un réinterprétation », in G. KOUBI et G.-J. GUGLIELMI (sous la direction de), op. cit., pp. 51-67.

[4] Année européenne de l'égalité des chances pour tous, vers une société plus juste – 2007, Synthèses de la législation de l'UE, dernière modification le 4 décembre 2009, site : www.eur-lex.europa.eu.

[5] §8 Préambule de la décision n° 771/2006/CE préc.

[6] Concl. TRABUCCHI sur CJCE, 17 juin 1975, aff. 7/75, « Epoux F c. Etat belge », p. 679.

[7] Concl. TESAURO sur CJCE, 30 avril 1996, aff. C-13/94, « P/S et Cornwall County Council », pp. 2156-2157.

de ne pas commettre de discriminations. Elle suppose des initiatives de sensibilisation afin d'« *abolir les stéréotypes, les préjugés et la violence, de favoriser de bonnes relations entre tous les membres de la société, en particulier les jeunes, ainsi que de promouvoir et de diffuser les valeurs qui sous-tendent la lutte contre les discriminations* »[1]. L'approche transversale constitue également un moyen pour sensibiliser les décideurs à la question. Cette nouvelle approche moderne du risque de discrimination se retrouve désormais inscrite dans la politique de la ville[2].

346. **Le renforcement de l'égalité de traitement dans l'Union européenne.** L'approche libérale de l'égalité des chances n'est pas tant un principe qu'une doctrine qui vise à rendre plus effective l'égalité de traitement[3].

347. A cette fin, elle invite l'ensemble des acteurs publics mais aussi privés à s'emparer de la lutte contre les discriminations dans leur champ de compétence selon une logique de subsidiarité. « *Dans ce contexte, les partenaires sociaux, les autorités locales et régionales ainsi que les ONG ont un rôle-clé à jouer* »[4]. Les directives obligent à mettre en place un dialogue social[5] et un dialogue avec les organisations non-gouvernementales[6]. Lorsque le compromis n'est pas trouvé, les institutions européennes prennent elles-mêmes en charge le problème. C'est le cas notamment de la situation des Rroms pointée par une résolution du

[1] Art. 2, d), de la décision n° 771/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006, préc.
[2] Voir infra, n° 1007 et s.
[3] Art. 1er, Dir. n° 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JOUE, L 204 du 26 juillet 2006 : « *La présente directive vise à garantir la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail. À cette fin, elle contient des dispositions destinées à mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement […]. Elle comprend également des dispositions visant à faire en sorte que la mise en œuvre de ce principe soit rendue plus effective par l'établissement de procédures appropriées* ».
[4] §13 Préambule décision n° 771/2006/CE, préc. : « *Une large adhésion de la population et une réelle volonté politique de changement sont indispensables au succès du cadre législatif de la Communauté en matière de lutte contre les discriminations. Dans ce contexte, les partenaires sociaux, les autorités locales et régionales ainsi que les ONG ont un rôle-clé à jouer. L'année européenne devrait servir de catalyseur pour sensibiliser le public et donner une impulsion. Elle devrait contribuer à cristalliser l'attention politique dans tous les États membres et à mobiliser tous les intéressés afin de faire avancer la nouvelle stratégie-cadre de l'Union européenne en matière de non-discrimination et d'égalité des chances, y compris après 2007* ».
[5] Art. 11, Dir. n° 2000/43/CE, du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JOCE L 180 du 19 juillet 2000, pp. 22-26 ; Art. 13, Dir. n° 2000/78/CE, du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JOUE L 303 du 02/12/2000, p. 16-22.
[6] Art. 12, Dir. n° 2000/43/CE, préc. ; Art. 14, Dir. n° 2000/78/CE, préc.

Parlement européen[1] ou de la discrimination multiple qui a fait l'objet d'une attention particulière lors de l'année européenne de l'égalité des chances[2].

348. Le législateur européen est intervenu séparément pour l'interdiction des discriminations à caractère racial qui s'applique à tous les domaines[3]. En matière d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes, il a adopté de nombreuses directives applicables principalement au domaine de l'emploi[4] mais pas seulement[5]. L'élargissement de l'égalité de traitement à d'autres critères de discrimination s'est faite dans le domaine de l'emploi uniquement. La jurisprudence fait aussi preuve d'un tel pragmatisme lorsqu'elle dégage de nouveaux cas de discrimination[6] ou lorsqu'elle applique l'interdiction des discriminations à des situations qui ne sont normalement pas régies par le droit de l'Union européenne[7]. Pour la Cour de justice, l'interdiction des discriminations est donc avant tout une disposition fonctionnelle qui permet d'établir une égalité de départ pour les compétiteurs à l'entrée sur le marché.

349. L'application pragmatique de l'interdiction des discriminations se justifie au regard de l'objectif d'égalité des chances en ce qu'elle permet de lever progressivement les obstacles aux droits individuels. Elle explique le caractère stratifié du droit européen de la non-discrimination où le critère de nationalité prédomine sur les autres[8] et s'applique surtout en matière de libre

---

[1] § 12 de la décision n° 771/2006/CE, préc. : « *Dans sa résolution du 28 avril 2005 sur la situation des Roms dans l'Union européenne (JO C 45 E du 23.2.2006, p. 129.), le Parlement européen attire l'attention sur la prédominance de la haine anti-Tsiganes et sur ses effets discriminatoires quant aux opportunités en termes d'emploi, d'enseignement et de services sociaux pour les groupes ethniques minoritaires les plus désavantagés de l'Union européenne* ».

[2] §14 Préambule de la décision n° 771/2006/CE, préc. : « *L'année européenne tentera également d'aborder les problèmes de discriminations multiples, c'est-à-dire de discriminations sur la base de deux ou de plusieurs des motifs énumérés à l'article 13 du traité. Elle s'efforcera aussi de favoriser un traitement équilibré de tous les motifs qui y sont énumérés* ».

[3] Dir. n° 2000/43/CE, préc.

[4] En 2006, la refonte a pour but de mettre en œuvre le principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

[5] Par ex., Dir. n° 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

[6] Voir supra, n° 310 et s.

[7] On pense aux situations purement interne.

[8] G. CALVES, « "De manière générale..." : le Conseil d'Etat face au droit communautaire de la non-discrimination », *D.*, 2010, p. 553 : « *Contre les discriminations, le droit communautaire offre une protection dont la portée varie en fonction du trait ou critère sur lequel repose la différence de traitement. En l'état actuel du droit dérivé ([…]), c'est le critère de la nationalité – d'un Etat membre de l'Union européenne – qui, sans surprise, trône au sommet de la hiérarchie des motifs protégés. Il est suivi par celui de la "race ou origine ethnique" ; vient ensuite le critère du sexe, puis - selon des modalités elles-mêmes différenciées - les autres chefs de discrimination énumérés par l'article 13 TCE (aujourd'hui 19 TFUE) : la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle. Selon le niveau de la hiérarchie auquel on se place, le ou les textes applicables délimitent, ratione materiae, un champ d'application plus ou moins étendu* ».

circulation[1], dans une moindre mesure à la compétition électorale[2]. L'interdiction des discriminations présente ainsi plusieurs degrés de normativité. Les situations qui ne relèvent pas du champ d'application des directives ne peuvent pas bénéficier de leur régime[3]. Il convient alors aux Etats membres et aux collectivités territoriales de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour parvenir à atteindre cet objectif d'égalité des chances. A cette fin, la politique d'égalité des chances encadre l'action publique locale.

2) L'égalité des chances comme restriction de l'action publique locale

350. La doctrine européenne d'égalité des chances implique nécessairement un encadrement de l'action publique afin que soient respectées ses trois composantes : le postulat de la précellence de la liberté sur la règle de droit, la règle ordonnatrice de l'égalité universelle des droits, et le mode de régulation autorisant les dérogations à l'égalité de traitement afin de faciliter l'accès aux droits et libertés individuels. En partant du postulat précité, il convient donc d'établir, dans un premier temps, les garanties nécessaires permettant d'assurer l'égalité universelle. La doctrine de l'égalité des chances aura par la suite des incidences sur la manière dont le juge appréciera les possibilités de dérogation à l'égalité de traitement, en particulier les actions positives dont l'objectif est de contribuer au progrès de ce modèle de justice sociale.

351. **Les obligations reliées à l'égalité des chances.** Pour parvenir à l'égalité universelle des droits, Rémy HERNU identifie trois obligations, à l'adresse de l'autorité publique, qui « *garantissent une connaissance réelle du droit, condition du respect de l'égalité, et qui représentent en outre un moyen d'en assurer le respect* »[4] : l'effectivité de la règle de l'égalité de traitement, l'obligation de transparence et la neutralité. Les deux dernières s'adressent directement aux collectivités territoriales.

---

[1] Concl. LEGER sur CJCE, 2 juillet 1996, aff. C-473/93, « Commission c. Luxembourg », p. 3233 : la liberté de circulation fait bénéficier aux travailleurs migrants « *d'une égalité des chances et non d'une certitude du résultat. Les ressortissants des autres Etats membres doivent, comme les nationaux, remplir toutes les conditions exigées pour le recrutement, notamment celle de la formation, d'expérience et de connaissances linguistiques* ». Voir aussi, Dir. n° 2014/54/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative à des mesures facilitant l'exercice des droits conférés aux travailleurs dans le contexte de la libre circulation des travailleurs, JOUE, n° L 128 du 30 avril 2014, pp. 8-14.

[2] CJCE, 23 avril 1986, aff. 294/83, « Parti écologiste "Les Verts" c. Parlement européen », point 53 : le système de remboursement des frais de campagne électorale ne tend qu'à assurer « *l'égalité des chances des divers candidats pendant la campagne* ».

[3] CJCE, 11 juillet 2008, aff. C-13/05, « Chacon Navas », point 56 : « *le champ d'application de la directive [ne peut pas] être étendu par analogie au-delà des discriminations fondées sur des motifs énumérés de manière exhaustive à l'article 1er de celle-ci* ».

[4] R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, Bib. de Droit public, tome 232, 2003, pp. 161-162.

352. Concernant l'obligation de transparence, son objectif est de renforcer « *le caractère démocratique des institutions, ainsi que la confiance du public envers l'administration* »[1]. Elle s'inscrit parfaitement dans la logique d'égalité des chances : en facilitant au plus grand nombre l'accès et la jouissance des droits et libertés individuels, elle permet d'instaurer une égalité des candidats devant la commande publique[2] ou l'emploi public[3]. La neutralité en droit de l'Union européenne diffère de celle mise en place en France[4] en ce qu'elle s'applique essentiellement à la matière économique dans un objectif de concurrence libre et non faussée[5]. Ainsi, « *l'égalité des chances commande la séparation […] entre fonction de réglementation des marchés et fonction de participation à l'échange en tant qu'opérateur économique* »[6].

353. L'effectivité de l'égalité de traitement, a pour but d'améliorer l'efficacité de la lutte contre les discriminations[7] par la sanction juridictionnelle. Elle se fonde sur l'idée que le juge demeure le premier organe de règlement des litiges. A ce titre, il lui revient en priorité la charge de réduire les discriminations, ce qui ne saurait être possible sans des sanctions qui soient à la

---

[1] Déclaration n° 17 annexée au traité de Maastricht, à propos de la transparence.

[2] Voir CJCE, 21 décembre 1954, aff. 1/54, « France c. Haute autorité », Rec. CE, p. 1, p. 24 : la publicité envisagée par l'article 60 du Traité CECA est une condition *sine qua non* de la participation des opérateurs économiques à la lutte contre les discriminations ; CJCE, 25 avril 1996, aff. C-87/94, « Commission c. Belgique », point 54 : la procédure rigide de comparaison des offres doit permettre de respecter, « à *tous les stades, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires que celui de la transparence, afin que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres* ». CJCE, 18 octobre 2001, aff. C-19/00, « SIAC Construction Ltd c. County Council of the County of Mayo », point 41 : « *le principe d'égalité de traitement implique une obligation de transparence afin de permettre de vérifier son respect* ». Voir supra, n° 330 et s.

[3] CJCE, 30 janvier 1985, aff. 143/83, « Commission c. Royaume du Danemark », point 10 : dans une hypothèse de sous-représentation des travailleurs « *il convient de veiller particulièrement et attentivement à ce que les droits qu'ils tirent de la directive soient respectés* ». Aussi, « *les principes de sécurité juridique et de protection des particuliers* » rendent nécessaire une « *formulation non équivoque* » de ses termes. La transparence doit permettre « *aux personnes concernées de connaître leurs droits et obligations d'une manière claire et précise et aux juridictions d'en assurer le respect* ». Voir aussi, CJCE, 30 juin 1988, aff. C-318/36, « Commission c. République française », point 27 : l'absence de publicité « *empêche toute forme de contrôle, de la part de la Commission et des juridictions aussi bien que de la part des personnes lésées par les mesures discriminatoires* ».

[4] Sur la neutralité de l'administration locale, voir supra, n° 218 et s.

[5] CJCE, 19 mars 1991, « République française c. Commission », C-202/88, point 51 : « *un système de concurrence non faussé, tel que celui prévu par le traité, ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée* ».

[6] R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, op. cit., pp. 171-172. Voir par ex., CJCE, 13 décembre 1991, aff. 18/88, « Régie des télégraphes et des téléphones c. GB-Inno, BM SA », point 25 : cumul des fonctions de contrôle et de producteur-distributeur de l'appareil concerné ; CJCE, 18 juin 1991, aff. C-260/89, « Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c. Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas e. a. », point 22 : cumul de diffusion et de retransmission de programmes télévisés « *dans un tel système, l'égalité des chances entre la diffusion des propres programmes et la retransmission des programmes d'autres Etats risque, dès lors, d'être sérieusement compromise* » ; CJCE, 13 mars 1979, aff. 91/78, « Hansen GmbH & Co c. Hauptzollamt Flensburg », point 13 : « *l'article 37 a pour but de soumettre la politique de vente d'un monopole public aux exigences de la libre circulation des marchandises et de l'égalité des chances qui doit être assurée aux produits importés d'autres Etats membres* ».

[7] Voir supra, n° 315 et s.

fois, selon les termes des directives, « *effectives, proportionnées et dissuasives* »[1]. La Cour de justice reconnait d'ailleurs qu'« *une égalité des chances effective ne peut être établie en dehors d'un système de sanction approprié* »[2]. Il doit « *avoir à l'égard de l'employeur un effet dissuasif réel* »[3].

354. **Le contrôle juridictionnel de l'égalité des chances.** La doctrine de l'égalité des chances, en plus d'un encadrement du processus de décision, influence également le contrôle juridictionnel des actions positives mises en place par les administrations.

355. La Cour de justice refuse ainsi les politiques de quotas francs à l'égard des femmes : « *une réglementation nationale qui garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lorsqu'une nomination ou promotion va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances et dépasse les limites de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive. Il convient d'ajouter en outre qu'un tel système […] substitue à la promotion de l'égalité des chances […], le résultat auquel seule la mise en œuvre d'une telle égalité des chances pourrait aboutir* »[4]. La Cour souligne la nécessité que chaque cas soit étudié individuellement avant d'attribuer le poste[5]. L'article évoqué par la Cour, issu de la directive n° 76/207 du 9 février 1976[6] qui vise « *une égalité des chances effective dans l'accès à l'emploi* »[7] entre les femmes et les hommes, laisse ouverte la possibilité pour les Etats membres de prendre des « *mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines* » concernés par la directive[8].

---

[1] Art. 15, Dir. n° 2000/43/CE, préc. : « *Les États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales adoptées en application de la présente directive et prennent toute mesure nécessaire pour assurer l'application de celles-ci. Les sanctions ainsi prévues, qui peuvent comprendre le versement d'indemnités à la victime, doivent être effectives, proportionnées et dissuasives* ».

[2] CJCE, 10 avril 1984, aff. 14/83, « Von Colson et Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen », préc., point 22.

[3] Ibid., point 23.

[4] CJCE, 17 octobre 1995, aff. C-450/93, « Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen », Rec. CE, p. I-03015, point 23.

[5] Dans le même sens, CJCE, 28 mars 2000, aff. C-158/97, « Georg Badeck e. a. », Rec. UE, p. I-01875, point 23 : « *Il s'ensuit qu'une action qui vise à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées doit être considérée comme étant compatible avec le droit communautaire : - lorsqu'elle n'accorde pas de manière automatique et inconditionnelle la priorité aux candidats féminins ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins et - lorsque les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats* ». Voir aussi, CJCE, 11 novembre 1997, aff. C-409/95, « Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen », Rec. CE, p. I-06363, point 33.

[6] Dir. n° 76/207 du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et aux conditions de travail, JOCE, n° L 39 p. 40.

[7] CJCE, 10 avril 1984, aff. 14/83, « Von Colson et E. Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen », préc., point 17.

[8] Pour une formulation actualisée, cf. Art. 3, Dir n° 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JOUE n° L 204 du 26 juillet 2006 : « *Les États membres peuvent*

356. Le paragraphe précédent du même article autorise, pour sa part, les « *dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité* »[1]. Si ces mesures s'inscrivent « *dans une conception marquée par la logique de répartition des rôles* »[2], la protection de la grossesse peut se justifier dès lors qu'elle est cantonnée à une certaine période de la vie d'une femme[3]. En revanche, s'il s'agit de répartir des tâches en fonction de la force physique, la Cour y détecte un « *risque de discrimination* »[4] indirecte.

357. L'approche européenne des actions positives est particulièrement pragmatique : le législateur autorise la possibilité de mettre en place des mesures spécifiques dans tous les domaines et pour tous les critères dès lors qu'elles permettent d'assurer une « *pleine égalité dans la pratique* »[5] ou « *dans la vie professionnelle* »[6] en prévenant ou compensant des désavantages liés à l'un des critères visés[7] dans le domaine concerné[8]. Il revient alors à la Cour d'apprécier au cas par cas la pertinence des mesures adoptées en vue d'améliorer l'accès et la jouissance effectifs des droits et libertés individuels[9]. Elle a ainsi sanctionné le système de retraite des fonctionnaires français, moins favorable aux hommes, sur le fondement du principe d'égale rémunération entre les femmes et les hommes[10].

---

maintenir ou adopter des mesures au sens de l'article 141, paragraphe 4, du traité, pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle. »

[1] Art. 2, §3, Dir. n° 76/207/CEE, préc.

[2] M.-T. LANQUETIN, « De l'égalité des chances – A propos de l'arrêt Kalanke », note sous CJCE, 17 octobre 1995, *Droit social*, 1996, p. 496.

[3] On peut considérer que la même logique prévaut pour les dispositions relatives à la protection de la santé et de la sécurité ou pour faciliter l'insertion des personnes en situation de handicap en matière d'emploi (art. 7, §2, Dir. n° 2000/78/CE, préc.) dès lors que les personnes n'en bénéficient que tant que leur situation perdure. Dans les faits, rares sont les déficiences qui disparaissent avec le temps.

[4] CJCE, 1er juillet 1986, aff. 237/85, « Rummler c. Dato-Druck GmbH », point 23.

[5] Art. 5, Dir. n° 2000/43/CE, préc. ; Art. 6, Dir. n° 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, JOUE, n° L 373 du 21 décembre 2004, p. 37 et s. : « *En vue d'assurer une pleine égalité entre les hommes et les femmes dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés au sexe* ».

[6] Art. 7, Dir. n° 2000/78/CE, préc. ; Art. 3, Dir n° 2006/54/CE préc.

[7] Il peut s'agir de mesures positives fondées sur la nationalité ; cf. par ex. sur la prime d'expatriation des fonctionnaires, CJCE, 16 octobre 1980, aff. 147/79, « Hochstrass c. CJCE », spéc. points 9 et 12 et TPICE, 5 octobre 1999, aff. T-81/96, « Apostolidis e. a. c. Commission », Rec. CE, p. II-607.

[8] Autre exemple, dans le cadre des organisations communes de marché, cf. CJCE, 12 juillet 1979, aff. 166/78, « Gouvernement de la République italienne c. Conseil », point 9 : « *compte tenu notamment du fait que l'absence d'une organisation commune des marchés dans le secteur des pommes de terre peut comporter, pour ce produit, une situation particulière exigeant des mesures spécifiques en vue d'établir l'égalité réelle avec les produits relevant de l'organisation commune dans le secteur des céréales* ».

[9] Voir aussi, CJCE, 11 novembre 1997, aff. C-409/95, « Hellmut Marschall », préc. ; CJCE, 6 juillet 2000, aff. C-407/98, « Abrahamsson et Anderson ».

[10] CJUE, 17 juillet 2014, aff. C-173/13, « Maurice Leone et Blandine Leone c. Garde des Sceaux, ministre de la Justice et Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales », *RDSS*, 2014, p. 1073.

358. L'appréciation de la Cour s'inscrit dès lors parfaitement dans la doctrine libérale d'égalité des chances. Fondée sur le postulat de la précellence de la liberté sur l'égalité, sa mise en œuvre a pour but d'ouvrir l'accès au marché au plus grand nombre. Ainsi, l'interdiction des discriminations a d'abord servi d'instrument à l'établissement du marché intérieur, avant de contribuer à son ouverture aux publics les plus vulnérables[1]. Au gré de l'intégration s'est forgé un droit européen de la non-discrimination qui fait office de boussole pour les autorités des Etats membres[2] en vue de concourir à l'objectif d'égalité des chances[3]. Ses spécificités, et notamment son effectivité, les obligent à remodeler, parfois en profondeur, leur droit national. C'est le cas particulièrement en France où l'influence du droit de l'Union européenne a fait tomber des pans entiers du droit administratif, des modes de gestion des collectivités publiques au contenu même des politiques sociales à l'égard des administrés. L'inscription de l'interdiction des discriminations dans le droit interne français n'a pas été sans incidence sur son contenu alors même qu'il dispose, depuis son origine, d'un principe d'égalité.

Section 2: L'intégration de la discrimination dans le droit interne

359. Le droit de l'Union européenne ne distinguant pas les organismes privés des collectivités publiques, l'interdiction des discriminations qui en est issue s'impose directement

[1] Takis TRIDIMAS observe ainsi que « *les différents objectifs que le principe d'égalité cherche à accomplir dans différents contextes sont essentiels à la compréhension de sa fonction en droit communautaire* » ; cf. T. TRIDIMAS, « The Application of the Principle of Equality to Community Measures », in De A. DASHWOOD et de S. O'LEARY, *The Principle of Equal Treatment in E.C Law*, Sweet & Maxwell, 1997, p. 218.

[2] Rémy HERNU évoque « *la communauté d'inspiration qui caractérise tous les contentieux de la non-discrimination* » ; cf. R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, Bib. de Droit public, tome 232, 2003, p. 272.

[3] Sur l'importance du droit de la non-discrimination dans la politique d'égalité des chances, cf. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 2 juillet 2008, COM(2008)420 final, (SEC(2008)2172) – « Non-discrimination et égalité des chances : un engagement renouvelé ».

aux collectivités territoriales[1]. La loi du 27 mai 2008, qui transpose définitivement[2] le paquet de directives adoptées dans les années 2000[3], indique ainsi expressément à son article 5 que ses dispositions « *s'appliquent à toutes les personnes publiques ou privées, y compris celles exerçant une activité professionnelle indépendante* ». Toutefois, ce travail d'implémentation pose un certains nombres de difficultés au regard de l'approche française de la non-discrimination, notamment en droit administratif.

360. Comme le remarquent Lucie CLUZEL-METAYER et Marie MERCAT-BRUNS[4], contrairement au droit de l'Union qui véhicule une conception très concrète de l'égalité en amalgamant le principe d'égalité à la non-discrimination[5], les juges français restent attachés à l'idée que « *le principe d'égalité siège essentiellement dans la généralité de la règle* »[6]. Ainsi, « *la jurisprudence du Conseil d'Etat comme celle, dans une moindre mesure, de la Cour de cassation*[7] *témoignent, sinon de résistances, au moins d'hésitations dans l'application du droit des discriminations parce que faisant primer le principe d'égalité* »[8]. Or, la sanction des discriminations à travers le principe d'égalité présente, devant le juge administratif, des différences non négligeables avec l'approche européenne de la discrimination (§1).

---

[1] Art. 3, 1°, Dir. n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, préc. : « *Dans les limites des compétences conférées à la Communauté, la présente directive s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics* ». Voir aussi, Art. 3, 1°, Dir. n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, préc. L'article 3, 3° précise cependant que « *la présente directive ne s'applique pas aux versements de toute nature effectués par les régimes publics ou assimilés, y compris les régimes publics de sécurité sociale ou de protection sociale* ».

[2] Cette transposition n'est pas dénuée de reproches. Voir sur ce point, M. MINE « Discrimination : une transposition laborieuse », *Revue de droit du travail*, 2008, p. 532 ; G. CALVES, « "De manière générale…" : le Conseil d'Etat face au droit communautaire de la non-discrimination », *D.*, 2010, p. 553 et s.

[3] Il s'agit de cinq directives : Dir. n° 2000/43/CE, préc. ; Dir. n° 2000/78/CE, préc. ; Dir. n° 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive n° 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail ; Dir. n° 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services ; Dir. n° 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

[4] L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2011, p. 14.

[5] Voir supra, n° 315 et s.

[6] CE, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, EDCE n° 48, La documentation française, 1997, p. 21.

[7] Voir par ex., Cass. Soc., 17 octobre 2006, Bull 2006, V, n° 306, pourvoi n° 05-40393 : rejet du moyen fondé sur le principe d'égalité salariale car la différence de classement et de rémunération d'un salarié est le fruit d'une procédure d'évaluation objective réalisée par un jury indépendant. Application du second moyen de discrimination syndicale car le supérieur hiérarchique a tenu compte des absences répétées liées à l'exercice du mandat syndical : « *une disparité de traitement justifiée n'exclut pas l'existence d'une discrimination* ».

[8] L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, op. cit., p. 14.

361. L'approche européenne de la discrimination apparaît comme un palliatif à l'application du principe d'égalité. Elle se développe et s'épanouit en dehors du principe d'égalité en permettant de lever les obstacles à la qualification juridique de discrimination qu'une conception trop abstraite de l'égalité peut engendrer[1]. Relayée par des directives, la politique européenne d'égalité de traitement oblige les Etats membres à mettre leur ordre juridique national en conformité d'abord en éliminant les dispositions nationales contraires aux directives, puis en transposant ces dernières. Se forge alors progressivement un droit français de la non-discrimination distinct du principe d'égalité (§2).

§1) L'interdiction des discriminations à travers le principe d'égalité

362. Inspirés par une conception abstraite de l'égalité, les juges français, administratif et judiciaire, connaissent des difficultés à intégrer la vision européenne de la lutte contre les discriminations. Empreinte de pragmatisme, cette dernière a pour objectif de combattre efficacement les discriminations. Le Conseil d'Etat comme la Cour de cassation ont tenté « *de conjuguer la mise en œuvre classique du principe d'égalité au droit des discriminations* »[2] sans parvenir au même résultat. Les spécificités du contrôle des discriminations à travers le principe d'égalité (A) limitent l'appréciation de la décision à son adéquation aux faits de l'espèce sans se soucier des effets qu'elle pourrait avoir sur certains groupes sociaux particulièrement vulnérables au risque de discrimination. On constate alors que le contrôle du juge administratif s'arrête trop souvent à l'exercice de comparaison des situations données, là où les juridictions européennes recherchent concrètement à évaluer l'ampleur de la différence de traitement[3]. Ce

[1] Ibid., p. 7 : « *La conception abstraite de l'égalité qu'il véhicule se heurte parfois à des obstacles que le droit communautaire des discriminations, sous-tendu par une approche plus concrète, peut aider à surmonter* ».
[2] Ibid., p. 10.
[3] Ibid., p. 25 : « *Ce n'est pas le principe d'égalité qui est en lui-même limité, mais l'application qui en est faite. La limite intrinsèque au contrôle du principe d'égalité est de partir d'un raisonnement en deux temps. Le premier temps est l'étude de la comparabilité, autrement dit la recherche de l'équivalence des situations dans un espace donné. Ce n'est que dans un second temps qu'est opéré le contrôle des différences de traitement. En revanche, le droit des discriminations par d'emblée de cette deuxième étape : la recherche d'une différence de traitement, laquelle devra ensuite être objective pour ne pas être discriminatoire. Le risque pour le juge est, en appliquant le principe d'égalité, de ne jamais parvenir à la deuxième étape pour identifier la différence de traitement. Il existe un double écueil : le juge ne parvient pas à évaluer la valeur égale d'un travail en raison de ses propres préjugés ; la règle ou la pratique qui segment le travail de manière potentiellement discriminatoire véhicule des préjugés systémiques (cloisonnement en corps ou segmentation par sexe de certains métiers).* »

faisant, la portée du contrôle des discriminations à travers le principe général d'égalité par le juge administratif s'en trouve particulièrement réduite (B).

A) Les spécificités du contrôle

363. Dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, la discrimination a, jusqu'à une date récente, exclusivement été envisagée à travers le prisme de l'égalité[1]. « *En résulte une véritable imbrication des principes* »[2] d'égalité et de non-discrimination. Or, le contrôle administratif de l'égalité aboutit à un contrôle formel de la décision administrative, là où les juges européens préconisent une approche concrète (1). Cette approche concrète, destinée à démasquer les traitements défavorables directs ou indirects, est rendue possible par l'existence de critères de distinction prohibés *a priori*. Or, le principe d'égalité n'en dispose pas (2).

1) Un contrôle formel de la discrimination

364. Pour le Conseil d'Etat, la non-discrimination ne serait finalement qu'une exigence qui découle du principe d'égalité[3]. Or, le contrôle de la discrimination qu'il opère par ce biais est, à bien des égards, différents de celui des juridictions européennes puisqu'il s'avère essentiellement formel.

365. **La nature formelle de l'application du principe d'égalité.** La nature formelle du contrôle des juges français procède d'abord de la logique propre aux juges des systèmes de droits civils. De manière générale, ceux-ci « *procèdent par syllogisme juridique déduisant la qualification juridique par référence à une règle générale, alors que l'appréciation des discriminations exige un raisonnement inductif : peu importe que la règle ou la décision s'applique de la même manière à tous, ce sont les effets, les différences effectives de traitement qui doivent être recherchées* »[4].

---

[1] D'après les recherches de Lucie CLUZEL-METAYER et Marie MERCAT-BRUNS, publiées en 2011, relatives au droit du travail et de la fonction publique, « *dans la base Légifrance, seuls trois arrêts [du Conseil d'Etat] mentionnent le principe de non-discrimination sans que celui d'égalité soit invoqué. Cela s'explique certainement par le choix des requérants de présenter les deux arguments* » ; cf. L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, op. cit., p. 18.
[2] Ibid.
[3] Ibid., p. 18.
[4] Ibid., p. 10.

366. Lucie CLUZEL-METAYER et Marie MERCAT-BRUNS constatent que « *le raisonnement juridique propre au droit des discriminations emprunte un raisonnement inductif qui diffère de la logique du syllogisme classique qui procède par déduction : à la différence du juge français, les juges de la Common Law, en raison de la logique du précédent, fondent leur argumentation sur la comparaison entre des situations pour indiquer ensuite seulement qu'une règle à vocation à s'appliquer. Le juge français, par le biais du syllogisme, énonce d'abord la règle et ensuite seulement l'applique à une situation de fait. Donc, la recherche de la qualification d'une discrimination qui suppose la recherche de différence de traitement et une comparaison est une démarche plus familière pour le juge anglo-saxon* »[1].

367. Ainsi, dans le cadre du principe d'égalité, c'est la notion même de discrimination qui change de nature. Les juges européens, focalisés d'abord sur la différence de traitement, vont s'intéresser aux effets concrets de la règle[2] alors que le juge administratif, notamment dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, concentre son office sur les motifs de la décision[3], et donc sur la légalité intrinsèque de la décision.

368. **La confusion des principes de non-discrimination et d'égalité.** Pour autant, dans la jurisprudence du juge administratif, « discrimination » et « égalité » continuent de se confondre.

369. On a pu lire ainsi que le « *principe de non-discrimination entre les sexes est le corollaire quant au recrutement des fonctionnaires du principe d'égal accès aux emplois publics* »[4] ou encore que telle « *discrimination n'est pas contraire au principe d'égalité de traitement entre fonctionnaire d'un même corps* »[5]. Il faudra attendre 2001 pour que le juge administratif mentionne pour la première fois un principe de non-discrimination de source européenne, dans l'arrêt d'Assemblée *Ministre de la Défense contre M. Diop*[6]. Toutefois, dans cette espèce, le juge se réfère à l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits et libertés fondamentaux

---

[1] Ibid., p. 13.

[2] Ainsi, même lorsque le juge européen est amené à adopter une approche *in abstracto* comme pour les cas de discrimination hypothétique, il l'associe à un contrôle de proportionnalité tenant compte des circonstances de fait extérieures à l'espèce.

[3] Axé sur la motivation présentée par la collectivité publique, le juge français de l'excès de pouvoir « *semble réticent à rechercher le motif déterminant de la décision contestée* » ; cf. : L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, op. cit., p. 28.

[4] CE, 24 novembre 1982, req n° 14775, 14776, 147805, 14814, « Confédération française démocratique du travail e. a. ».

[5] CE, 3 septembre 2008, req n° 299412, « Confédération des praticiens des hôpitaux » ; CE, 7 mai 1982, n° 20207, Rec. Lebon 1982 : « *que M. X n'est, par suite, pas fondé à soutenir que la circulaire attaquée aurait crée une discrimination illégale entre agents de même grade dans le même corps et qu'elle encourt, de ce chef, l'annulation* ».

[6] Rec. p. 605, concl. COURTIAL, *GAJA*, 16e éd., n° 112, *RFDA*, 2002, p. 573.

tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme « *très certainement parce qu'elle correspondait à sa conception de la discrimination, […] retenant un contrôle du juge limité* »[1]. A l'époque, Frédérique AST constatait que le droit à la non-discrimination tel que le juge de Strasbourg la concevait s'apparentait davantage à « *un principe général qu'à un droit subjectif, réel et effectif* »[2]. Elle correspondait ainsi à l'utilisation traditionnelle du principe d'égalité par le Conseil d'Etat.

370. Cette première occurrence du principe de non-discrimination montre à quel point le Conseil d'Etat « *n'a au départ pas conçu le droit des discriminations comme un enrichissement mais comme une redondance* »[3]. Cette vision se retrouve dans son rapport *Sur le principe d'égalité* dans lequel il affirme en 1996 que « *le principe d'égalité est, en tant que principe de non-discrimination, un élément essentiel de l'héritage républicain* »[4]. Il faudra attendre l'arrêt d'Assemblée (encore une fois) *Mme Perreux* de 2009[5] pour qu'il s'intéresse finalement à l'interdiction des discriminations émanant du droit de l'Union européenne[6]. Toutefois, là encore, il semble avoir sous-estimé l'apport du droit de la non-discrimination[7] puisqu'il ne l'a pas associé au contrôle *in concreto* habituellement utilisé par la Cour de Luxembourg.

371. Les spécificités de l'office du juge ont donc engendré une approche de la discrimination qui diffère de celle des juges européens par sa nature. Le Conseil d'Etat « *adopte une conception très extensive de la discrimination, réalisée dès lors qu'une différence de traitement n'est pas*

---

[1] L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, op. cit., p. 17.

[2] F. AST, « De l'(in)application de l'article 14 de la CSDH par la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », in F. SUDRE et H. SURREL (sous la direction de), *Le droit de la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, n° 81, 2008, p. 409.

[3] L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, op. cit., p. 18.

[4] CE, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, EDCE n° 48, La documentation française, 1997 cité dans L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, op. cit., p. 18.

[5] CE, Ass. 30 octobre 2009, req. n° 298348, « Madame Perreux ». Pour une décision ayant abouti à une annulation, cf. CE, 10 janvier 2011, n° 325268, « Madame Lévêque », *AJFP*, 2011, p. 162.

[6] On note une décision de 1999 dans laquelle le Conseil d'Etat cite au visa le Traité établissant la Communauté européenne sans le mettre en application. En revanche, il appuie sa décision à la fois sur le principe d'égalité entre les usagers d'un même service public et sur l'article 4 de l'arrêté du 25 janvier 1956 relatif aux conditions d'établissement et de perception des redevances d'atterrissage et d'usage des dispositifs d'éclairage qui s'inspire vraisemblablement de la législation européenne en autorisant « *à percevoir sur les aérodromes ouverts à la circulation aérienne publique, "des réductions sur les taux de la redevance peuvent être accordées par l'exploitant de l'aéroport avec l'accord du ministre chargé de l'aviation marchande, si les conditions particulières du transport ou du travail aérien le justifient, sans que lesdites réductions puissent comporter une discrimination entre les entreprises de transport ou de travail aérien"* ». Il en conclut qu'« *en raison de leur ampleur, ne peuvent être regardées comme limitées à ce que permettait, eu égard aux exigences du principe d'égalité, la prise en compte des considérations d'intérêt général invoquées* » ; cf. CE, 13 octobre 1999, n° 193195, « Air France c. Aéroport de Paris », Rec. Lebon

[7] L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, op. cit., p. 18.

justifiée : les différences de traitement injustifiées sont des discriminations portant atteinte au principe d'égalité »[1]. Cette conception est aussi la conséquence de l'absence de critère de distinction prohibé *a priori* dans la formulation des principes d'égalité. L'existence de tels critères constitue habituellement le point de distinction entre une interdiction de discriminer et un principe d'égalité.

2) L'absence de critères prohibés a priori

372. Le principe d'égalité, une fois quitté le contrôle de la généralité de la règle, va servir à contrôler la légalité de la différence de traitement. En cela, il permet de contrôler les discriminations mise en œuvre par l'administration[2]. Toutefois, ici, le juge administratif conçoit la discrimination de manière extensive comme « *toute différence de traitement qui n'est pas justifiée* »[3] alors que les dispositions issues du droit de l'Union européenne lui préfèrent une conception restrictive désignant « *le traitement défavorable dont sont victimes des personnes particulièrement vulnérables en raison de leur appartenance à un groupe défini par une caractéristique particulière (le sexe, la race ou l'origine ethnique, le handicap, l'orientation sexuelle…)* »[4]. L'existence de ces critères de distinction comme critères prohibés *a priori* constitue le véritable apport des interdictions des discriminations au droit positif.

373. **La multiplication des listes de critères.** Apparue dans l'ordre juridique français par les droits international et européens, les interdictions de discriminer sont doublement limitées : d'une part elles ne s'appliquent souvent qu'aux droits qu'elles contiennent, d'autres part, elles sont associées à des critères précis définis *a priori.*

374. Elles prennent pour modèle l'article 2 § 1 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 en vertu duquel « *chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion,*

---

[1] Ibid.

[2] Les premières applications du principe d'égal accès à la fonction publique illustrent la capacité du principe à lutter contre les discriminations ; cf. CE, 28 avril 1938 « Weis », Rec. p. 379 et CE, Sect., 25 juillet 1939, « Beis », Rec p. 524 : interdiction du refus d'entrer dans la fonction publique en raison des convictions religieuses (pour les avoir exprimées en privé) ; CE, Ass., 28 mai 1954, « Barel », Rec. Lebon p. 309 : interdiction du refus d'admissibilité au concours de l'ENA pour des opinions politiques.

[3] D. LOCHAK, « La notion de discrimination », *Confluences Méditerranée*, n° 48, 2003-2004, p. 16. Elle note toutefois que l'article 1er de la Constitution, en assurant « *l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* », énonce un principe d'égalité qui s'apparente à un principe de non-discrimination ; cf. ibid.

[4] Ibid.

d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de tout autre situation ». On notera ici que la liste est non-exhaustives puisqu'elle indique « *ou tout autre situation* »[1]. Si l'on retrouve un certain nombre de critères récurrents (origine, sexe, opinion politique…), l'harmonisation est loin d'être parfaite entre les différents textes. Des confusions peuvent aussi s'établir entre critères d'une même liste. Or, le régime juridique applicable peut varier sensiblement en fonction du critère retenu[2]. Le juge administratif français doit alors se soumettre à des interprétations et des régimes parfois contradictoires, qu'il doit articuler en tenant compte du champ d'application et de l'effectivité des dispositions internationales et européennes[3].

375. Ces listes de critères font souvent l'objet de nombreuses critiques : certains sont parfois considérés comme illégitimes (race[4], sexe[5]) ou maladroits (perte d'autonomie, précarité sociale[6]), voire « *risibles* » (domiciliation bancaire[7]). Leur multiplication, leur diversification, et le caractère non-exhaustif de certaines listes laissent suggérer que nous serions peut-être « *tous discriminés ?* »[8]. Plusieurs lois[9] sont venues récemment modifier et tenter d'harmoniser les listes et les régimes applicables en droit français, sans toutefois emporter l'unanimité des commentateurs[10].

---

[1] D'autres conventions disposent de listes non-exhaustives comme la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales ; cf. Art. 14 : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

[2] Par ex. entre les critères de la race, de l'ethnie, de la couleur, du patronyme, de l'origine... etc. ou encore entre ceux du sexe, de l'identité de genre, de l'orientation sexuelle ou des mœurs…etc. ou encore état de santé, âge, caractéristique génétique, apparence physique, handicap…etc. Sur la discrimination multiple, voir infra, n° 918 et s.

[3] Gwénaële CALVES rappelle ainsi que « *les praticiens comme les observateurs du droit de la non-discrimination se trouvent, partout en Europe, confrontés au problème de l'articulation entre les niveaux normatifs communautaire et national* » et précise que ce problème est « *très aigu dans le cas français* » ; cf. G. CALVES, « "De manière générale..." : le Conseil d'Etat face au droit communautaire de la non-discrimination », *D.*, 2010, p. 553.

[4] Sur la question, voir not., D. LOCHAK, « La race : une catégorie juridique ? », *Mots*, n° 33, 1992, p. 26 ; S.-L. BADA, « De l'(in)opportunité de la proposition de loi visant à la suppression du mot "race" de notre législation », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, juin 2013, p. 7.

[5] Sur la question, voir par ex., E. FONDIMARE, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *La Revue des droits de l'homme*, n° 5, 2014.

[6] Voir not., G. CALVES et D. ROMAN, « La discrimination à raison de la précarité sociale : progrès ou confusion ? », *Revue de droit du travail*, 2016, p. 526 et s.

[7] G. CALVES, « Le droit de la non-discrimination, un droit pour rire », *D.*, 2017, p.653.

[8] T. GRUNDLER, « Tous discriminés ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017, chron. n° 33, site : www.revuedlf.com.

[9] Voir not., Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016.

[10] Voir not. G. CALVES, « Motifs illicites de discrimination : poussée de fièvre à l'Assemblée nationale », *D.*, 2016, p.1500 ; G. CALVES, « Le droit de la non-discrimination, un droit pour rire », *D.*, 2017, p. 653 ; Y. PAGNERRE, « Nouveau domaine du principe de non-discrimination, entre forces créatrices et subversives », *Droit social*, 2017, p. 44.

376. **Le changement de regard apporté par les critères.** L'inscription et la multiplication de ces critères symbolisent l'entrée de la sociologie politique[1] dans le droit de l'égalité[2] par la reconnaissance de catégories suspectes *a priori*[3]. Elles renversent le postulat de départ de l'égalité des individus et guident le juge dans l'appréciation qu'il doit avoir de la situation en pointant les catégories les plus vulnérables face au risque de discrimination[4].

377. Si l'énumération des critères semble les placer à égalité, la diversité des dérogations qui les accompagnent montre qu'une telle hypothèse ne saurait être admise. Bien au contraire, l'inscription des critères interdits et de leurs régimes respectifs a pour but de mettre en exergue différents degrés de vulnérabilité. Ceux-ci dépendent alors du domaine et de la situation dans lesquels la différence de traitement intervient[5].

378. Les droits européens sont en première ligne pour contester les dispositifs mis en place par le législateur français[6]. Concernant la fonction publique, l'influence de l'Union européenne

---

[1] Marie-Laure IZORCHE s'interroge ainsi sur le double aspect, sociologique et politique, de l'inscription des critères de discrimination dans la loi ; cf. M.-L. IZORCHE, « Réflexions sur la distinction », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 53 et s., n° 33, p. 65 : « *Il serait d'ailleurs intéressant de se demander pourquoi et comment le législateur a lui-même opéré une distinction entre les critères qui méritaient d'être cités dans l'article 225-1, et ceux qu'il n'a pas retenus : on pourrait avancer au moins deux hypothèses, la première étant que les discriminations retenues dans ce texte seraient, de fait, les plus fréquentes, la seconde étant que ce seraient les distinctions les plus intolérables pour le corps social … les deux explications n'étant nullement incompatibles* ».

[2] L'inscription des critères dans la législation, encore aujourd'hui, suit l'histoire et subit l'innfluence des mouvements sociaux. Pour un regard critique, voir par ex., M. DANTI-JUAN, « La sanction pénale », in F. LEMAIRE et B. GAURIAU, *Les discriminations*, Actes du colloque organisé les 13 et 14 octobre 2011 par le Centre Jean Bodin de l'Université d'Angers, éd. Cujas, Coll. Actes & Etudes, 2012, pp. 133-141,

[3] G. CALVES, « "De manière générale..." : le Conseil d'Etat face au droit communautaire de la non-discrimination », *D.*, 2010, p. 553 et s. : « *reste, en toute hypothèse, que "l'article 13 TCE et la directive [2000/78/CE] ont pour objectif de protéger la dignité et l'autonomie de personnes appartenant aux catégories visées par les classifications suspectes qui y sont mentionnées" (cf. Concl. P. Maduro sur l'arrêt CJCE 17 juillet 2008, aff. C-303/06, Coleman, point 10). Le droit communautaire de la non-discrimination fonctionne de manière strictement catégorielle, ce qui explique les enjeux associés à une interprétation généreuse de son champ d'application* ratione personae, *clé de son développement* ».

[4] Voir, C. FERCOT et M. PICHARD, « La lutte contre les discriminations dans le discours législatif. Étude légistique », in T. GRUNDLER et J.-M. THOUVENIN, (sous la direction de), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, Rapport de recherche, 2016, pp. 136-177, spéc. p. 175 « *l'écriture des motifs de discrimination dans la loi dessine moins une échelle de l'intolérable qu'un tableau de la perception du risque de discrimination* ».

[5] Gwénaële CALVES indique que « *contre les discriminations, le droit communautaire offre une protection dont la portée varie en fonction du trait ou critère sur lequel repose la différence de traitement. En l'état actuel du droit dérivé, c'est le critère de la nationalité – d'un Etat membre de l'Union européenne – qui, sans surprise, trône au sommet de la hiérarchie des motifs protégés. Il est suivi par celui de la "race ou origine ethnique" ; vient ensuite le critère du sexe, puis – selon des modalités elles-mêmes différenciées - les autres chefs de discrimination énumérés par l'article 13 TCE (aujourd'hui 19 TFUE) : la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle. Selon le niveau de la hiérarchie auquel on se place, le ou les textes applicables délimitent,* ratione materiae, *un champ d'application plus ou moins étendu* » ; cf. G. CALVES, « "De manière générale..." : le Conseil d'Etat face au droit communautaire de la non-discrimination », *D.* 2010, p. 553 et s.

[6] Par ex., à propos des discriminations fondées sur la nationalité, voir CE, Ass., 31 mai 2006, n°27368, « GISTI » ; CE, Ass., 11 avril 2012, n° 322326, « GISTI et FAPIL ». Voir, sur cette évolution de la jurisprudence : S. SLAMA, « Délégitimer les discriminations fondées sur la nationalité. Une stratégie politique et contentieuse », in *Défendre la cause des étrangers en justice*, sous l'égide du Gisti, Dalloz-Gisti, 2009, pp. 99-125.

a permis d'annuler de nombreuses limites d'âge à l'exercice de certaines fonctions[1]. Elle a aussi permis l'extension aux personnes pacsées des droits attribués aux conjoints d'agents publics[2]. De manière générale, le droit français a des difficultés à mettre en conformité avec les droits européens son système de discriminations positives à l'égard des femmes, notamment dans l'emploi, y compris public[3].

379. Lorsqu'il s'agit d'une mesure de police, les requérants peuvent plus aisément faire appel à la Cour européenne des droits de l'homme : on pense par exemple à l'affaire relative au refus, prononcé par un président de Conseil général, d'attribuer un agrément d'adoption en raison de l'homosexualité de la demanderesse[4].

380. L'existence de critères de discrimination a pour conséquence de replacer le principe de non-discrimination dans sa dimension collective[5]. Ils obligent le juge à une analyse plus

---

[1] CE, 24 janvier 2011, n° 308753, « Ministère des affaires étrangères », *AJFP*, 2011, p. 164 : le Conseil d'Etat définit le principe d'égale admissibilité dans les mêmes termes que l'interdiction des discriminations issue du droit de l'Union européenne, pour protéger les agents contre les discriminations fondées sur l'âge. Voir aussi, CAA Marseille, 17 juillet 2012, n° 10MA04633, Air France, Inédit, JurisData n° 2012-035208, inconventionnalité des dispositions d'une loi qui instaure une limite d'âge sans tenir compte des « mérites » de l'agent pour l'exercice des fonctions de contrôleur aérien.

[2] CE, Ass., 28 juin 2002, n° 220361, « Villemain », Rec. Lebon : les agents pacsés ne sont pas dans la même situation que les agents mariés. Modification apportée par la loi n° 2011-267, 14 mars 2011, à l'art. 122 sous la pression de la CJCE (cf. CJCE, 1er avril 2008, aff. C-267/06, « Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen ») et de la HALDE (cf. HALDE, délibération n° 2010-20 du 1er février 2010, relative au caractère discriminatoire des dispositifs législatifs soumettant l'ouverture du droit à pension de réversion à une condition de mariage).

[3] Sur toute la question, voir not., G. CALVES, « Deux décennies mouvementées pour les politiques françaises de discrimination positive en faveur des femmes (1988-2009) », *RDSS*, 2009, p. 991 et s. L'auteure met en avant deux affaires : 1/ CJCE, 29 novembre 2001, aff. C-366/99, « Joseph Griesmar », Rec. UE, p. I-09383 : la majoration de durée d'assurance accordée aux fonctionnaires mères de famille a été jugée contraire à l'article ex-119 TCE. Confirmé par le Conseil d'Etat, CE, 29 juillet 2002, n° 141112, Rec. Lebon. La modification apportée par le législateur (cf. loi du 21 août 2003) n'a pas convaincu la Commission (cf. avis rendu public le 25 juin 2009) en ce qu'elle remplaçait une discrimination directe par une discrimination indirecte. Les juges français n'y ont rien vu à redire ; cf. Cons. const., décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003 ; CE 26 septembre 2005, n° 26179, « Guerder »). 2/ CJCE 30 septembre 2004, aff. C-319/03, « Briheche », Rec : les conditions plus favorables réservées à certaines catégories de femmes pour accéder aux emplois publics comme la suppression de certaines limites d'âge ou des conditions de diplômes sont contraires au droit de l'Union européenne. La loi du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique a rendu neutre les dispositions en évoquant soit les « *mères ou pères de famille* », soit les « *personnes* ».

[4] TA Besançon, 10 novembre 2009, n° 900299, « M. B. » : illégalité d'un refus d'agrément opposé à une femme homosexuelle relevant que « *les motifs retenus […] n'étaient pas susceptibles de justifier légalement la décision de rejet de la demande d'agrément* » et que « *les conditions d'accueil offertes par la requérante sur les plans familial, éducatif et psychologique correspondent aux besoins et à l'intérêt d'un enfant adopté* », il conclut que le président du conseil général a, en rejetant par deux fois sa demande d'agrément, fait une inexacte application des dispositions légales. Ce jugement, qui clôt une procédure de douze ans, tire les leçons de la condamnation prononcée le 22 janvier 2008 par la Cour européenne des droits de l'homme à l'encontre de la France (CEDH, 22 janvier 2008, « E. B. c. France » ; voir contra, CEDH, 26 février 2002, « Fretté c. France », Rec. 2002-I). Le tribunal précise, eu égard au motif d'annulation, qu'il y a lieu d'enjoindre au président du conseil général de délivrer à la requérante l'agrément qu'elle sollicite en vue de l'adoption dans un délai de quinze jours à compter de la notification du jugement, sous astreinte de 100 euros par jour de retard. La somme réclamée en vue de la réparation du préjudice moral n'est, en revanche, pas accordée.

[5] En cela, certains commentateurs considèrent que ces critères iraient à l'encontre de la tradition universaliste française qui ne reconnaît pas les groupes sociaux ; cf. B. MATHIEU, « Le délit d'homophobie ou la violation de

concrète des rapports et des conflits sociaux qui surgissent devant lui et qui, bien souvent, dépassent le seul cadre de l'espèce[1]. Ils ont permis de reconnaître la notion de discrimination indirecte, qui ne saurait exister en l'absence de critères prédéfinis[2].

381. L'existence de critères prédéterminant des catégories sociales vulnérables permet de guider l'interprétation *in concreto*. Toutefois, elle n'empêche pas l'apparition de divergences d'appréciation entre les juridictions françaises et les juridictions européennes[3]. Le juge administratif, toujours contraint par la formulation du principe d'égalité et par les limites propres à son office, n'est pas en mesure d'appliquer un contrôle aussi poussé. Sa portée s'avère plus réduite que celle du contrôle des juges européens.

B) La portée du contrôle

382. Les spécificités du contrôle des discriminations à travers le principe d'égalité ont des conséquences notoires sur sa portée vis-à-vis des administrations. Les limites de son office – refus du contrôle en opportunité[4], limitation de son appréciation aux faits de l'espèce – associées à l'application d'un principe d'égalité formelle ont réduit le contrôle des discriminations à un simple contrôle de la motivation des décisions. Ce faisant, le juge administratif continue de résister à la méthode des juges européens en refusant de reconnaître une obligation, pour les autorités administratives, de traiter différemment des situations différentes sur le fondement du principe d'égalité (1). Les difficultés sont les mêmes avec

---

la Constitution par consensus », *AJDA*, 2005, p. 113 ; *contra*, G. CALVES, « "Communauté homosexuelle" et communauté des citoyens : pour qui sonne le glas ? », *D.*, 2005, p. 1497.

[1] L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, op. cit., p. 26 : « *Le droit de la discrimination oblige le juge à cerner, dans le cadre de la justification, en défense de [l'auteur], tout élément qui pourrait renvoyer directement ou indirectement à un critère discriminatoire* ».

[2] D. SABBAGH, *L'égalité par le droit*. *Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Economica, 2003, p. 346 : « *La prohibition de la discrimination indirecte involontaire implique nécessairement de procéder à la sélection d'un nombre restreint de* groupes de référence*, appelés dès lors à bénéficier d'une forme de protection spécifique* ».

[3] Le contentieux relatif à l'affaire Griesmar en donne une bonne illustration ; cf. CJCE, 29 novembre 2001, « Joseph Griesmar », préc. : la décision n'a été suivie par le Conseil d'Etat que dans le cadre de l'application des dispositions du droit de l'Union européenne ; cf. CE, 29 juillet 2002, n° 141112, préc. Le Conseil constitutionnel est intervenu pour considérer que le législateur avait bien agi dans la marge de manœuvre qui lui était laissée en la matière avec une analyse particulièrement fine de la réalité sociale ; cf. Cons. const., 14 août 2003, n° 2003-483 DC, Loi portant réforme des retraites. Sa solution a alors été reprise par le Conseil d'Etat ; cf. CE, 13 juin 2012, n° 333798, 337185, 337186, « Ministère de l'économie, des finances et du commerce extérieur », Inédit.

[4] L'article 10 de la loi des 16-24 août 1790 interdit aux tribunaux d'empêcher de suspendre l'exécution des lois, et l'article 11, oblige à les transcrire. L'article 13 du titre II veut éviter d'autres abus des parlements, consistant à prendre des règlements de police et à citer des agents à soi, notamment pour leur donner des instructions. Voir, notamment, P. DELVOLVE, « Paradoxes du (ou paradoxe sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », in *Mélanges René Chapus*, « Droit administratif », Montchrestien, 1992, p. 135 et s. ; G. VEDEL, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA*, 1990, n° 17.

l'interdiction des discriminations indirectes, laquelle ne peut prospérer convenablement à travers ce type contrôle (2).

1) Le refus d'obliger de traiter différemment les situations différentes

383. C'est dans un contexte hostile au pouvoir du juge que le principe d'égalité a été amené à s'appliquer à l'administration. En tant que principe, l'égalité est d'abord une technique de contrôle juridictionnel qui s'identifie « *à la généralité de la règle et au principe de l'identité de traitement* »[1]. Il reprend la même logique d'égalité formelle par la généralité[2]. Ainsi, ne sont pas considérées comme des différences de traitement les normes qui s'appliquent de la même manière à tous les administrés[3] ou qui ont vocation à s'appliquer de la même manière à tous les administrés[4]. Elles ne peuvent donc pas tomber sous le coup de l'application du principe d'égalité. Contrairement aux juges européens, le juge administratif refuse ainsi d'obliger une collectivité territoriale à traiter différemment une situation différente. D'autres moyens peuvent être envisagés pour les requérants.

384. **Le refus de consacrer une obligation de traitement différent fondée sur le principe d'égalité.** Refusant de rendre tout jugement en opportunité qui s'apparenterait à un arrêt de règlement, les juges français s'interdisent d'obliger l'administration à adopter des régimes différenciés en présence de situations différentes. Le juge administratif l'a confirmé dans un arrêt d'assemblée *Société Baxter* dans lequel il indique expressément que « *le principe d'égalité*

---

[1] G. CALVES, *L'*affirmative action *dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Le problème de la discrimination « positive »*, LGDJ, 1998, p. 8.

[2] Voir, B. GENEVOIS, « Les principes généraux du droit », *Encyclopédie Dalloz Contentieux administratif*, 2010, n° 140-143.

[3] Il en va ainsi lorsqu'un régime de cotisations de sécurité sociale s'applique de la même façon à l'ensemble des rémunérations versées par l'employeur et que les intéressés sont appelés à cotiser sur des rémunérations d'un montant identique (CE, Sect., 8 juin 1962, n° 52434, « Gibaut », Rec. Lebon p. 381), ou lorsque des limitations à l'exercice du droit de chasse édictées par une association communale s'appliquent à l'ensemble des chasseurs (CE 19 octobre 1979, « Camps », T. p. 607 ; voir aussi, CEDH, 29 avril 1999, « Chassagnoux », *RFDA*, 1999, p. 451). De même, on ne saurait voir une quelconque rupture d'égalité dans le fait, pour le règlement intérieur d'une entreprise, d'accorder aux agents neuf journées payées pour fêtes légales, et ceci bien que les neuf fêtes légales retenues soient différentes « *pour les agents non musulmans* » et « *pour les agents musulmans* » (CE, Sect., 16 mars 1962, Cie des tramways électriques d'Oran, Rec. Lebon p. 175, JCP 1962. II. 12912, note J. Savatier).

[4] Le Conseil d'État l'a admis, en ce qui concerne la création, au sein des maisons centrales, de « centres de détention » caractérisés par un régime plus libéral (CE, Sect., 4 mai 1979, Comité d'action des prisonniers, Rec. Lebon p. 182). De même, le concours apporté par des membres d'une congrégation religieuse à l'administration pénitentiaire sous la forme d'actions de soutien en faveur des détenus n'est pas contraire au principe d'égalité dès lors qu'il repose sur des considérations d'intérêt général et qu'est réservée la possibilité pour l'administration d'avoir recours à d'autres partenaires extérieurs (CE 27 juillet 2001, Syndicat national pénitentiaire Force Ouvrière-Direction, req. n° 215550 et 220980, Rec. Lebon p. 393). Est sans effet au regard du principe d'égalité, la délibération d'un conseil général prévoyant le principe du versement d'une subvention sans désigner l'attributaire (CE 16 janvier 2006, req. n° 258320, « Département des Landes », T. p. 744).

n'implique pas que des [personnes] se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents »[1]. Le Conseil constitutionnel l'a suivi en précisant que « *si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes* »[2].

385. Pourtant, cette obligation figure dans la jurisprudence des deux cours européennes[3]. Aussi, le Conseil d'Etat a reconnu que dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union européenne, une telle obligation pouvait exister[4]. En revanche, la Cour de cassation, dans une application *contra legem* de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, a pu dire que « *l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme n'exige* […] *pas que la loi nationale applique des dispositions identiques à des situations différentes* »[5]. Une telle jurisprudence, qui refuse la dimension « *bilatérale* »[6] de l'égalité, « *est souvent présentée comme l'expression de la persistance d'une conception formelle sans d'ailleurs que l'on puisse bien saisir en quoi elle relève réellement d'une telle logique puisque si l'égalité doit s'entendre "toute chose égale par ailleurs", elle devrait précisément impliquer une différence de traitement pour chaque différence de situations* »[7].

386. Ce refus est plutôt à trouver dans les limites de l'office de juge ; celui-ci ne peut imposer des injonctions à l'administration que dans les cas où un droit subjectif serait en jeu. Or, le principe d'égalité ne saurait constitué en lui-même une liberté ou un droit directement invocable

---

[1] CE, Ass., 28 mars 1997, « Société Baxter e. a. », *RFDA*, 1997, p. 450. Voir aussi, CE 22 mars 1950, « Société des ciments français », Rec. Lebon p. 175 ; CE, Sect., 12 mars 1965, « Club aérien Les Gerfauts », Rec. Lebon p. 169 ; CE, Sect., 13 février 1970, « Dame Vigan », Rec. Lebon p. 110 ; CE, Sect., 25 juillet 1975, « Chaigneau », Rec. Lebon p. 436 ; CE, 8 mai 1981, « Union des organismes de groupement des collectivités et organismes de groupement du Massif Central », T. p. 632 ; CE, 14 octobre 2009, n° 300608, « Commune de Saint-Jean d'Aulps ».

[2] Cons. const., 29 décembre 2003, n° 2003-489 DC, Loi de finances pour 2004, cons. 37. Voir aussi, Cons. const., 21 janvier 1981, n° 80-128 DC, Loi relative au travail à temps partiel : « *le principe d'égalité impose seulement qu'à des situations semblables soient appliquées les mêmes règles* ». A l'inverse des cours constitutionnelles portugaise et italienne ont reconnu l'obligation de traitement différent ; cf. Voir, *CCC*, n° 6, p. 43.

[3] CJCE, 17 juillet 1963, aff. 13/63, « Gouvernement de la République Italienne c. Commission », Rec. p. 341 ; CEDH, 6 avril 2000, « Thlimmenos c. Grèce », *RTD civ.*, 2000, p. 434, chr. J.-P. MARGUENAUD. Voir not., R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, Bib. de Droit public, tome 232, 2003, pp. 435-436 : « *L'égalité proportionnelle consiste donc à assurer un équilibre entre des situations qui, sur le plan juridique, appartiennent à des catégories différentes. Ce modèle, émergeant à l'occasion du contrôle de proportionnalité, accompagne l'égalité par la généralité de la règle et dépasse l'interdiction de la discrimination matérielle, dans la mesure où elle exige davantage que des situations différentes soient traitées de manière différente et que des situations similaires soient traitées de manière identique* ».

[4] CE, 20 avril 2005, req n° 266572, « Union des familles en Europe », T. p. 712.

[5] Cass. Crim., 12 mars 2002, n° 01-82510, Inédit ; voir aussi, Cass. Com., 18 avril 2000, n° 98-10250, Inédit ; Cass. Com., 21 mars 2000, n° 97-22116, Bull, 2000, IV, n°66, p. 55 ; Cass. Soc., 16 novembre 2000, n° 99-10608, Bull, 2000, V, n° 376, p. 288.

[6] O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, 1999, p. 69 et s.

[7] X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, 2013, p. 315 et s.

devant le juge[1]. Il ne peut l'être qu'à l'appui d'une décision faisant grief. En cela, il ne dispose pas, selon les termes Olivier JOUANJAN, d'une « *véritable autonomie normative* »[2].

387. **L'inadéquation aux faits, fondement de l'obligation de traitement différent.** En matière d'égalité, les requérants ont dû faire preuve d'ingéniosité pour faire accepter la nécessité, pour une collectivité publique, de traiter différemment des situations différentes. Ils ont dû, pour cela, démontrer l'inadéquation aux faits de l'intervention de l'administration[3].

388. Ce fut le cas, dans un premier temps, au niveau du plein-contentieux, car l'évaluation du préjudice causé invite le juge à apprécier les faits et les effets de l'acte sur le requérant[4]. Ils se sont également appuyés sur les changements de circonstances de droit[5] pour faire reconnaître l'apparition d'une discrimination entre catégories juridiques qui n'existaient pas avant[6]. Dans ce cas « *il appartient au pouvoir réglementaire, afin d'assurer la pleine application de la loi, de tirer toutes les conséquences de cette situation nouvelle en apportant, dans un délai raisonnable, les modifications à la réglementation applicable qui sont rendues nécessaires par les exigences inhérentes à la hiérarchie des normes et, en particulier, aux principes généraux du droit tels que le principe d'égalité* »[7]. Dans cette situation, le Conseil d'Etat s'est interrogé sur le régime à accorder aux agents pacsés pour considérer qu'ils ne devaient pas être totalement

---

[1] CE, Ord., 26 juin 2003, n° 257938, « Conseil départemental des parents d'élèves de Meurthe-et-Moselle » : « *si certaines discriminations peuvent, eu égard aux motifs qui les inspirent, constituer une atteinte à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, la méconnaissance du principe d'égalité ne révèle pas, par elle-même, une telle atteinte* ».

[2] O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, 1999, p. 69 sq., cité par O. JOUANJAN, « Egalité », *in* D. ALLAND et S. RIALS (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1ère éd., PUF, 2003, pp. 585-586. C'est la raison pour laquelle la France refuse toujours de ratifier le protocole n° 12 annexé à la CSDH.

[3] Voir not., B. GENEVOIS, « Les principes généraux du droit », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, octobre 2010, n° 125.

[4] CE, 23 juin 1965, « Société aérienne de recherches minières », Rec. Lebon p. 380 ; CE, 9 février 1983, « Société anonyme Affichage niçois », Rec. Lebon p. 50.

[5] C'est notamment le cas à la suite de l'édiction d'une loi créant une situation juridique nouvelle.

[6] CE, Sect., 11 juin 1999, « Sadin », Rec. Lebon p. 174 : « *tant les modalités de préparation du concours d'entrée que la durée et le déroulement de la scolarité ainsi que le niveau du diplôme qui est conféré à ceux des élèves qui ont subi avec succès les épreuves de classement final sont devenus similaires entre les deux écoles ; que, par suite, l'article R. 10 du code des pensions civiles et militaires de retraite est devenu illégal en tant qu'il crée une discrimination, qui n'est justifiée par aucune considération d'intérêt général, entre l'école navale et l'école spéciale militaire de Saint-Cyr pour l'attribution des bonifications prévues par les dispositions de l'article L. 11 du code des pensions civiles et militaires de retraite ; que dès lors, en refusant à M. X le bénéfice d'une année de service, au titre de ses études préliminaires, pour la liquidation de sa pension, le ministre de la défense a entaché sa décision d'illégalité ; que celle-ci doit donc être annulée* »

[7] CE, Ass., 28 juin 2002, req. n° 220361, « Villemain », Rec. Lebon, *AJDA*, 2002, p. 589, chr. F. DONNAT et D. CASAS, p. 585.

exclus des prestations sociales dont bénéficient les agents mariés[1] ; il s'est en revanche refusé à un alignement complet[2].

389. C'est surtout par son contrôle des motifs de fait dans le cadre du recours pour excès de pouvoir[3] que le juge administratif a pu tenir compte des différences de situation. Bruno GENEVOIS évoque cette possibilité pour le juge de sanctionner l'erreur manifeste d'appréciation de l'administration qui édicterait « *une réglementation à l'évidence inappropriée face à une situation de fait donnée* »[4]. C'est le cas notamment dans l'affaire des pharmacies de Guyane où la transposition des quotas métropolitains dans un territoire sous-peuplé « *aurait vraisemblablement nui à la réalisation de chacun [des] deux objectifs* » du gouvernement d'assurer l'intérêt économique des pharmaciens et les besoins en médicament d'une population[5]. En l'espèce, « *l'erreur était manifeste et le seul moyen de l'éviter était de réglementer spécifiquement le cas de la Guyane. Le contrôle des motifs et l'erreur manifeste autorisent donc naturellement une garantie complète de l'égalité concrète* »[6]. Pour Jean-Michel GALLARDO « *parce que l'erreur manifeste est un instrument naturel de garantie du principe d'égalité, le contrôle restreint a vocation à devenir un palliatif universel au refus du Conseil d'Etat de reconnaître le droit à un traitement différent* »[7]. Xavier SOUVIGNET considère cependant que, dans une telle hypothèse, qui relève « *davantage d'une problématique de*

---

[1] CE, Ass., 28 juin 2002, req. n° 220361 et 228325, « Villemain », Rec. Lebon p. 229 : « *le principe d'égalité n'impose pas à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'étendre à l'identique les avantages dont il vient d'être question aux seconds et lui permet, en particulier, de subordonner cette extension à une condition de durée minimale du pacte, cette autorité ne peut, sans créer une différence de traitement manifestement disproportionnée par rapport aux différences qui séparent ces deux formes d'organisation de la vie commune, exclure totalement les partenaires liés par un pacte civil de solidarité du bénéfice des avantages évoqués par la circulaire* ».

[2] Ibid. Voir aussi, CE, 13 juin 2012, req. n° 357793, « Gillotin, Pinot », *AJDA* 2012 p. 1189, obs. De MONTECLER. Le décret du 10 janvier 2011 relatif à la prise en compte du pacte civil de solidarité (PACS) dans le régime indemnitaire des militaires a prévu de n'assimiler, pour le calcul de l'indemnité pour charges militaires, la situation des personnes pacsées à celles des personnes mariées qu'au bout de deux ans de PACS.

[3] Par ex., CE, 14 décembre 1981, req. n° 20157, « Forest » : « *le requérant n'établit pas qu'en fixant au mois d'octobre [...], l'envoi en possession provisoire des nouvelles parcelles ensemencées en céréales, sans prévoir de date différente pour les terres ensemencées en escourgeons, le préfet du Nord ne se serait pas conformé aux usages locaux, ni que sa décision reposerait sur une erreur d'appréciation* ». A propos de cet arrêt, Jean-Michel GALLARDO remarque ainsi que « *l'erreur d'appréciation aurait pu autoriser le juge à décider que l'administration avait l'obligation de prévoir deux dates différentes d'envoi en possession si des parcelles se révélaient différentes. Nous retrouvons donc bien ici le droit à un traitement différent. En bref, la garantie du droit à un traitement différent est nécessairement impliquée par le contrôle des motifs* » ; cf. J.-M. GALLARDO, « La garantie indirecte du droit à un traitement différent dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *AJDA*, 2003, p. 219.

[4] B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, octobre 2010, n° 128.

[5] J.-M. GALLARDO, « La garantie indirecte du droit à un traitement différent dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », art. cit.

[6] Ibid.

[7] Ibid.

rationalité voire de moralité de la règle de droit[1]*[...] il ne résulte jamais que l'administration [ait] l'obligation de traiter différemment des situations différentes* »[2].

390. « *Le principe d'égalité n'a dès lors jamais permis au Conseil d'Etat de sanctionner le traitement égalitaire de situations différentes* »[3]. « *Cette résistance qui*, selon Lucie CLUZEL-METAYER et Marie MERCAT-BRUNS, *peut s'expliquer par l'impossibilité de remettre systématiquement en cause la généralité de la règle, empêche le juge administratif de mettre en évidence certaines discriminations, précisément dissimulées par l'application uniforme de la règle. C'est ainsi que le principe d'égalité semble parfois inopérant à mettre en évidence les discriminations indirectes* »[4].

2) L'impossibilité de sanctionner la discrimination indirecte

391. Si le contrôle des discriminations adopté par les cours européennes permet de sanctionner les discriminations indirectes[5], l'opération paraît bien plus délicate pour le juge administratif. L'absence de critères prohibés prédéfinis associée à un contrôle *in abstracto* de la différence de traitement ne lui permettent pas d'apprécier, dans de bonnes conditions, les effets réellement discriminatoires à l'égard d'un groupe social d'une norme qui s'appliquerait à tous de la même manière[6].

---

[1] Voir, l'œuvre de Maurice HAURIOU, en particulier sa note sous CE 2 août 1907, « Abbé Garcin », n° 23677, Rec. Lebon p. 756.

[2] X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, 2013, p. 315 et s.

[3] L. CLUZEL-METAYER, et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2011, p. 19.

[4] Ibid., p. 19.

[5] CJCE, 12 février 1974, aff. 152/73, « Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost », Rec. CE p. 162, point 11 : « *les règles de l'égalité de traitement [...], prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent, en fait au même résultat* ».

[5] CEDH, 13 novembre 2007 (GC), n° 57325/00, « D.H. et al. c. République tchèque », §175 : « *peut être considérée comme discriminatoire une politique ou une mesure générale qui [est] apparemment neutre mais [a] des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes même si elle ne [vise] pas spécifiquement ce groupe* ». Voir aussi, CEDH, 9 juin 2009, n° 33401/02, « Opuz c. Turquie », §183 ; CEDH, 20 juin 2006, n° 17209/02, « Zarb Adami c. Malte », §80 : « *une différence de traitement peut aussi consister en l'effet préjudiciable disproportionné d'une politique ou d'une mesure qui, bien que formulée de manière neutre, a un effet discriminatoire sur un groupe* ».

[6] A cet égard, le Conseil d'Etat a pu affirmer, dans son rapport sur le principe d'égalité de 1996, qu'est « *infondé, voire inopérant, tout moyen tiré de ce que l'application d'une règle uniforme aurait causé un préjudice à un individu ou une entreprise se trouvant dans une situation particulière* » ; cf. CE, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, EDCE n° 48, La documentation française, 1997, p. 42.

392. **Une consécration tardive de la notion par le juge administratif.** D'origine anglo-saxonne[1], « *la théorie des "discriminations indirectes", […] entend traquer celles-ci non plus seulement dans les normes mais également dans les faits, non plus seulement dans les intentions qui les animent mais également dans leurs effets* »[2]. Le juge de Strasbourg a usé de la notion pour chercher à promouvoir les valeurs de « *société démocratique* »[3] en l'appliquant par exemple aux « *situations particulièrement difficiles de certaines minorités, notamment dans les nouveaux États membres d'Europe centrale et orientale* »[4]. La Cour de Luxembourg y a vu, pour sa part, un moyen de rendre plus effectif les libertés de circulation par lesquelles se construit le marché intérieur de l'Union. Elle permet ici de faire tomber les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives[5] ou les taxes d'effet équivalent à des droits de douane, et plus généralement toutes les mesures qui entraînerait une différence de traitement à l'égard de marchandises, de services, de capitaux, et des citoyens européens à raison de leur nationalité.

393. Alors que la Cour de cassation avait déjà consacré la notion[6] en application du principe d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes avant de l'étendre à d'autres situations[7], le Conseil d'Etat est demeuré silencieux jusqu'à l'arrêt *Spaggiari* de 2002[8] qui l'applique dans toute son entièreté. Avant cette date, il l'avait soit évoquée pour écarter le

---

[1] Cour suprême des Etats-Unis, « Griggs v. Duke Power Co », 401 US 424 (1971), p. 432 : « *Le* Civil Rights Act *tel que l'a conçu le Congrès vise [aussi] les conséquences des pratiques d'embauche, et non simplement leur motivation sous-jacente* », traduit par D. SABBAGH, in *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Economica, 2003, p. 62. On en trouve aussi la trace dans la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965 à l'article 1er qui prohibe « *toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...)* ».

[2] D. SABBAGH, in *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, op. cit.

[3] CEDH, 7 décembre 1976, « Handyside c. Royaume-Uni », A. 24, §49 ; ces valeurs sont « *le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture* ».

[4] X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », art. cit.

[5] M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2002, p. 66 : une discrimination indirecte constitue une « *mesure d'effet équivalent à une discrimination* ».

[6] Cass. Soc., 23 novembre 1999 et Cass. Soc. 28 mars 2000 reproduits et commentés par M.-T. LANQUETIN, « Un tournant en matière de preuve des discriminations », *Droit social*, 2000, p. 589. Pour une étude d'ensemble, J.-P. LHERNOULD, « Les discriminations fondées sur le sexe et la Cour de cassation », *Revue de jurisprudence sociale*, n° 11/12, p. 731.

[7] Voir, M. MINE, « Le droit communautaire dans la pratique du droit social ; brefs propos sur les apports du droit communautaire en matière de discrimination », *Droit ouvrier* 2000, p. 101. L'auteur considère l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes comme « *la locomotive potentielle de l'action contre toutes les discriminations* » opérant « *un transfert de technologie de l'apport conceptuel élaboré en matière de discrimination sexuelle vers les autres discriminations* ».

[8] CE,18 octobre 2002, « Spaggiari », n° 224804 et 236744, *AJDA*, 2003, n° 36, concl. R. SCHWARTZ. Voir not., S. SLAMA, « Discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *AJFP*, 2003, p. 4.

moyen soulevé par le requérant[1] soit appliquée par référence au traité[2] ou à une jurisprudence[3], mais sans l'invoquer explicitement, y compris dans des cas entrant pleinement dans la définition[4]. Dans l'affaire *Spaggiari*, le Conseil d'Etat indique que les dispositions du traité doivent s'entendre « *comme interdisant non seulement les discriminations fondées sur la nationalité, mais encore toutes les formes de discrimination, qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat* »[5]. Même dans les décisions relatives à la libre circulation des travailleurs pourtant soumises au droit de l'Union, on a pu constater que le juge administratif emploie « *des périphrases relativement au "résultat" ou aux "effets" des mesures en cause, [et] fait montre de manière générale d'une très grande pudeur. Comme si ne pas dire le mot permettait d'ignorer la chose* »[6].

394. **Une consécration limitée de la notion en droit administratif.** Après son arrêt *Spaggiari* le Conseil d'Etat confirme son refus de principe de reconnaître la notion en dehors des cas d'application du droit de l'Union européenne. En 2010, dans une affaire *Union des jeunes chirurgiens-dentistes* le rapporteur public indiquait qu'il fallait considérer comme « *infondé, voire inopérant, tout moyen tiré de ce que l'application d'une règle uniforme aurait*

---

[1] CE, 30 avril 1997, n° 180299/180328, « Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes-rééducateurs », Rec. Lebon ; CE, 10 avril 2002, n° 221314, « Syndicat national des professeurs d'arts martiaux ».

[2] En se référant à l'article 39 du TCE, voir CE, 22 septembre 1997, « Iorio », n° 171903, Rec. Lebon p. 322.

[3] Voir CE, 13 mars 2002, « Courbage », *Droit administratif*, juin 2002, p. 26 : le juge se réfère, sans citer le considérant, à l'arrêt de la CJCE du 23 février 1994, *Ingetraut Scholz c. Opera Universitaria di Cagliari* (aff. C-419/92, Rec. CE p. I-505) qui « *interdit non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat. Il doit de ce fait être interprété en ce sens qu'un organisme public d'un Etat membre, lorsqu'à l'occasion du recrutement de personnel pour des postes ne relevant pas du champ d'application de l'article [39], paragraphe 4, du traité, il prévoit de prendre en compte les activités professionnelles antérieures, exercées par les candidats au sein d'une administration publique, ne peut, à l'égard des ressortissants communautaires, opérer de distinction selon que ces activités ont été exercées dans le service public de ce même Etat membre ou dans celui d'un autre Etat membre* ». Dans le même sens, CJCE 15 janvier 1998, aff. C-15/96, « Kalliope Schöning-Kougebetopoulou ».

[4] TA Marseille, 23 avril 2001, n° 01-1684, « Association Droit au logement Marseille-Provence », obs. J.-P. BROUANT, *Actualité juridique du droit immobilier*, juillet/août 2001, pp. 145-148 : le tribunal administratif de Marseille a été amené, suite à un référé, à suspendre les critères d'attribution du règlement intérieur de la commission d'attribution d'un office HLM parce qu'ils tendaient à exclure les candidats les plus modestes et en particulier les familles nombreuses.

[5] CE, 18 octobre 2002, « Spaggiari », préc. Le commissaire du gouvernement Rémy SCHWARTZ, se référant expressément à l'arrêt « Scholz », indiquait que le refus de recrutement qui choisit d'« *opposer l'inexpérience du système français à un universitaire communautaire constitue une discrimination "dissimulée" contraire au principe communautaire* » puisque ce critère apparemment neutre a pour effet de défavoriser, sans justification objective, les non-nationaux ; cf. Concl. R. SCHWARTZ, *AJDA*, 2003. 36.

[6] X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », art. cit. Voir not., CE, 24 janvier 2011, n° 308753, « Ministère des affaires étrangères » : « *le principe d'égal accès aux emplois publics posé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à laquelle renvoie le Préambule de la Constitution implique en principe qu'aucune distinction, directe ou indirecte, ne soit faite pour l'accès à un emploi public en raison de l'âge des candidats, des conditions d'âge peuvent cependant être fixées notamment lorsque les caractéristiques de l'emploi les rendent nécessaires et à condition qu'elles ne soient pas manifestement disproportionnées aux buts légitimes en vue desquels elles sont instituées* ».

causé un préjudice à un individu ou une entreprise se trouvant dans une situation particulière »[1]. Même dans les hypothèses d'application des traités européens, le juge administratif demeure réticent, malgré l'affaire *Spaggiari*, à appliquer l'intégralité du raisonnement. Jusqu'à cette affaire, le Conseil d'Etat n'avait pas repris à son compte la seconde partie du raisonnement relative à la justification de la discrimination indirecte, en cas de motif légitime et de rapport raisonnable de proportionnalité démontrés par la collectivité territoriale[2]. Dans l'arrêt du 8 mars 2012, *Association Racing club de Cannes Volley*, le Conseil d'Etat opère une inflexion en acceptant la justification pour des raisons impérieuses d'intérêt général d'une discrimination indirecte « *supposée* »[3]. Ce faisant, il évite de se prononcer sur l'existence de la discrimination indirecte en tant que telle et demeure ainsi dans le cadre de son contrôle abstrait[4].

395. Alors que l'on était en droit de s'attendre à ce que la notion trouve un terrain d'élection dans les contentieux impliquant des personnes en situation de handicap (les inégalités subies y sont plus « objectives »[5]), le juge administratif demeure réticent à reconnaître les cas de discrimination indirecte, notamment parce qu'ils ont pour conséquence d'obliger l'administration à adopter des mesures spécifiques[6]. Pour l'entrée dans la fonction publique, la décision *Monnier*[7] a semblé constituer le point de départ d'une nouvelle approche en reconnaissant l'erreur manifeste d'appréciation d'une administration ayant écarté la possibilité d'un aménagement de poste. Mais, la décision du 14 novembre 2008 *Fédération des syndicats*

---

[1] CE, 12 mai 2010, req. n° 328162, « Union des jeunes chirurgiens-dentistes – Union dentaire e. a. », concl. DEREPAS.

[2] On a pu imaginer que cette « *anomalie* » avait pour objectif « *de ne pas abandonner la question de la preuve aux parties, fût-ce au prix de l'annulation d'une décision administrative […] le juge devant toujours disposer de pouvoirs d'instruction* » ; X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », art. cit. Sur la question de la preuve, voir infra, n° 447 et s. ; 464 et s.

[3] CE 8 mars 2012, n° 343273, « Association Racing club de Cannes Volley », Rec. Lebon.

[4] Le rapporteur public Damien BOTTEGHI estime que s'il n'est pas convaincu de l'effet discriminatoire de ces critères, il estime devoir « *cependant supposer que ces critères constituent une discrimination indirecte à raison de la nationalité, ce que la Cour de justice ferait certainement, compte tenu de l'approche abstraite et exigeante qui est la sienne* » ; cf. D. BOTTEGHI, « La composition des équipes nationales de sport : la question de la nationalité des joueurs », *RFDA*, 2012, p. 500.

[5] Voir notamment, C. ROGER-LACAN, concl. sur CE, Ass., 22 octobre 2010, n° 301572, « Madame Bleitrach », Rec. Lebon : « *le handicap se distingue […] en ce que l'entrave à la vie professionnelle qu'il est susceptible d'entraîner n'est pas uniquement le fruit de la discrimination, mais préexiste, dans une large mesure, à celle-ci* ».

[6] Par ex. loi d'orientation n° 75-534 du 30 juin 1975 en faveur des personnes handicapées, JORF du 1 juillet 1975 p. 6593 ; Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, qui pose l'appartenance à la catégorie juridique des personnes handicapées comme génératrice de droit à la compensation du handicap, JORF du 18 janvier 2002, p. 1008. Voir par ex. E. AUBIN, « L'accès des personnes handicapées aux emplois publics, la compensation et l'erreur d'appréciation », *AJDA*, 2004, p. 1718. Sur la question des aménagements, voir infra n° 974 et s.

[7] CE, 30 avril 2004, n° 254106, « Madame Monnier », Rec. Lebon pp. 572 et 712.

généraux de l'éducation nationale[1] apparaît comme « *un recul difficilement compréhensible* », selon les termes mêmes du commissaire du gouvernement Remi KELLER[2], en refusant de sanctionner l'absence de mesure compensatoire pour l'examen d'aptitude physique au concours de professeur d'Education physique[3]. Pour l'accès aux bâtiments publics, le juge ne semble pas plus enclin à faire sien le raisonnement tiré de la notion de discrimination indirecte lorsqu'il condamne à verser des dommages et intérêts à une avocate ne pouvant accéder aux tribunaux dans le cadre d'une responsabilité sans faute[4]. En l'espèce, il l'écarte expressément, en contradiction avec les conclusions du rapporteur public[5]. Il a également écarté le raisonnement de la HALDE reconnaissant la discrimination indirecte subie par un demandeur de carte de résident handicapé constituée par la condition de disposer de ressources suffisantes[6]. Dans un autre registre, il a également écarté l'argumentation d'une requérante considérant que l'interdiction de porter des signes religieux de manière ostentatoire pour les accompagnateurs de sorties scolaires constituait une discrimination indirecte à raison de la religion[7].

396. Xavier SOUVIGNET constate qu'« *au-delà du malaise patent du juge administratif devant son nouvel outil, sa jurisprudence semble même révéler quelquefois une franche hostilité et une volonté d'étouffer toute potentialité de développement* »[8]. Cette réticence s'explique par le fait que l'usage de la notion implique un changement brutal dans la manière de concevoir l'office du juge administratif. L'ancrage dans la réalité sociale par le contrôle *in concreto* induit

---

[1] CE, 14 novembre 2008, n° 311312, « Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique », Rec. Lebon p. 778.

[2] R. KELLER, « Dans quelles conditions les personnes handicapées peuvent-elles enseigner le sport à l'école ? », *AJDA*, 2009, p. 380 : « *s'il ne crée pas, bien entendu, une discrimination de droit à l'encontre des personnes handicapées, [le décret litigieux] interdit de fait à beaucoup d'entre elles d'accéder à la profession d'enseignant en éducation physique. C'est bien en raison de leur handicap que certains ne parviendront jamais à obtenir la qualification en sauvetage aquatique – alors qu'une personne valide pourra le plus souvent, à force de volonté, apprendre à nager et à plonger* ».

[3] Un décret prévoit une épreuve de secourisme et de sauvetage aquatique pour le concours de professeur d'EPS sans prévoir les aménagements pour les personnes en situation de handicap. Dès lors que la même règle s'applique à tous les candidats elle n'entraîne pas de rupture d'égalité. Dans cette hypothèse « *le principe d'égalité semble […] inopérant à mettre en évidence les discriminations indirectes* » ; cf. L. CLUZEL-METAYER, M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2011, p. 19.

[4] CE, Ass., 22 octobre 2010, n° 301572, « Madame Bleitrach », Rec. Lebon.

[5] C. ROGER-LACAN invite le juge à adopter « *une conception de l'égalité de traitement [imposant la recherche] de solutions concrètes aux difficultés imposées par le handicap* ». Il considère que « *le maintien en l'état d'accès, de circulations intérieures et de salles d'audience formant un environnement de travail identique pour tous, mais dépourvu d'aménagements permettant de résoudre ou de réduire les difficultés des personnes handicapées constitue bien une "pratique apparemment neutre" susceptible d'entraîner pour elles un "désavantage particulier", en raison de leur handicap* » ; cf. C. ROGER-LACAN, concl. sur CE, Ass., 22 octobre 2010, « Madame Bleitrach », *RFDA*, 2011, p. 141. Voir aussi, D. BOTTEGHI et A. LALLET, « L'aménagement des lieux publics pour l'accès des personnes handicapées : l'État face à sa responsabilité », *AJDA*, 2010, p. 2207.

[6] CAA Bordeaux, 23 octobre 2012, n° 12BX00290.

[7] TA Montreuil, 22 novembre 2011, n° 1012015, « Osman », *AJDA*, 2012, p. 163, note S. HENNETTE-VAUCHEZ.

[8] X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », art. cit.

nécessairement le caractère « *toujours provisoire,* rebus sic stantibus, *de l'affirmation suivant laquelle telle mesure est compatible, ou non, avec l'interdiction de la discrimination indirecte* »[1]. La discrimination indirecte, inscrite souvent dans le temps long, oblige à observer les effets d'une norme, là où le contrôle du juge administratif, notamment dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, se distingue par sa capacité à anticiper l'application des mesures illégales[2].

397. Le juge administratif attache un soin particulier à ne conférer aucune autonomie normative au l'interdiction de discriminer, préférant la rattacher au principe d'égalité[3]. La transposition de la notion serait même « *en deçà de la réalité juridique ; comme si, au-delà de l'objectivité des normes et du langage, une forme de sur-moi juridique collectif résistait* »[4]. Elle s'oppose fondamentalement au contentieux administratif[5] dont « *la logique de légalité objective favorise le développement d'une matrice conceptuelle égalitariste* »[6]. L'interdiction des discriminations indirectes se retrouve cantonnée, dans la jurisprudence administrative, par le champ d'application des dispositions textuelles dont celles de la loi de 2008 qui « *est tout sauf un texte généraliste* »[7]. On remarque alors que « *l'exigence de "réalisme" du droit*

---

[1] O. De SCHUTTER, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) », in E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (sous la direction de), *Union européenne et nationalité. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruylant, 1999, p. 22.

[2] En effet, « *parmi les facteurs exogènes qui induisent une certaine résistance des juges face au droit des discriminations, le mécanisme de discrimination indirecte, la prise en compte des discriminations qui se construisent dans le temps, au cours de la carrière, incorporés progressivement en droit interne sous l'impulsion communautaire, font l'objet d'une jurisprudence par tâtonnement* » ; cf. L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2011, p. 13.

[3] Par ex., CE, 10 avril 2009, n° 311888, « El Haddioui, Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (MRAP), Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) », Rec. Lebon p. 158 ; *AJDA* 2009. 1386, note G. CALVES. Ici le juge se fonde à la fois sur le statut général de la fonction publique prohibant certaines « *distinctions directes et indirectes* » et sur le principe général de l'égal accès aux emplois publics. Pour une affaire similaire n'aboutissant pas au même résultat, à propos du critère de l'âge, CE, 11 juillet 2014, n° 370773, inédit au Rec. Lebon. Si l'arrêt cite, aux visas, la loi du 27 mai 2008, il évoque dans son considérant 3 le principe de non-discrimination : « *3. Considérant que si, lorsque qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, c'est au défendeur qu'il incombe de produire tous les éléments permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte au principe de non-discrimination ; 4. Considérant que les questions et propos de membres du jury dont l'intéressé fait état, qui selon lui révèleraient, par leur ton et leur contenu, un préjugé à l'égard des candidats "d'âge mûr" sollicitant un recrutement direct dans le corps des magistrats judiciaires ne peuvent, à eux seuls, être regardés comme permettant de présumer l'existence d'une discrimination ; que l'unique moyen soulevé par le requérant tiré de ce que la décision de la commission d'avancement procéderait d'une telle discrimination doit dès lors être écarté ; que, par suite, M. B...n'est pas fondé à demander l'annulation de la décision qu'il attaque* ; »

[4] X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, 2013, pp. 315 et s.

[5] Ibid. Il ajoute qu'en droit privé, « *les relations interindividuelles gouvernées par la liberté contractuelle impliquent davantage une appréhension en termes de non-discrimination* ». Voir par ex., M. SWEENEY, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, thèse de Droit public, Paris X, 2010.

[6] Ibid.

[7] G. CALVES, « "De manière générale..." : le Conseil d'État face au droit communautaire de la non-discrimination », *D.*, 2010, p. 553. Le champ d'application de la loi demeure limité aux directives qu'elle transpose.

communautaire, exigence au fondement essentiellement économique, paraît difficile à atteindre pour le droit plus social et idéologique qu'est le droit administratif français »[1]. La mise en œuvre de l'interdiction des discriminations telle qu'elle résulte de cette nouvelle rationalité indexée sur le fait[2] se fait alors principalement en dehors du principe d'égalité[3].

§2) L'interdiction des discriminations sans le principe d'égalité

398. Robert PELLOUX indiquait, à raison, que l'interdiction des discriminations apparaissait comme une « *forme perfectionnée, et sans doute plus réaliste, du principe d'égalité* »[4] en ce qu'elle rend opératoire cette norme constitutionnelle fortement indéterminée. Le principe de non-discrimination participe ainsi, à son niveau, tout en restant inscrit dans un certain formalisme, à cette nouvelle configuration de l'égalité[5] qui imposerait l'adoption d'obligations positives pour parvenir à une égalité de traitement. Il trouve un relai à travers un ensemble de dispositions spéciales adoptées le plus souvent sous la contrainte d'organisations internationales, notamment de l'Union européenne, afin de garantir plus concrètement l'égalité des droits (A). Progressivement, par « *pression* » ou par « *répercussions* », pour reprendre les mots de Marie-France CHRISTOPHE-TCHAKALOFF[6], le droit de l'Union va pousser le législateur français à enrichir le corpus de règles applicables aux collectivités territoriales de multiples interdiction de discriminer (B).

---

[1] M.-F. CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, « Le principe d'égalité », *AJDA* 1996 p.168 et s.

[2] O. De SCHUTTER, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) », in E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (sous la direction de), *Union européenne et nationalité. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruylant, 1999, p. 21. Le Conseil d'Etat y voit une nouvelle configuration de l'égalité (cf. CE, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, EDCE n° 48, La documentation française, 1997, p. 38-39, 91 et s.) au point qu'il considère que l'évolution idéologique entrainée par la notion de discrimination invite à considérer aujourd'hui que « *le principe d'égalité joue davantage sa crédibilité sur le terrain de l'égalité des chances* » (cf. ibid., p. 49).

[3] Pour le Conseil d'Etat, « *l'exigence d'équité vise ici toutes les politiques tendant à rompre l'égalité des droits pour rétablir une égalité des chances au bénéfice d'individus ou de groupes défavorisés* » ; cf. ibid., p. 85.

[4] R. PELLOUX, « Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit public français », *Revue du droit public*, 1982, pp. 913-927.

[5] Sur cette nouvelle configuration, voir, CE, *Sur le principe d'égalité*, op. cit.

[6] M.-F. CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1996, p.168.

A) L'élaboration du droit français de la non-discrimination

399. Dès 1972, le législateur français avait déjà intégré la notion de discrimination dans le droit pénal (1). Plus tard, l'adoption des directives européennes visant à interdire les discriminations a forcé les Etats membres à adapter d'autres branches de leurs ordres juridiques à l'approche réaliste des institutions de l'Union en matière de lutte contre les discriminations. La France s'est distinguée par son retard à mettre en place une transposition satisfaisante des dispositions contenues dans ces directives, notamment parce qu'elles remettent sensiblement en cause sa conception formaliste de l'égalité (2).

1) L'apparition de la non-discrimination dans le droit pénal

400. Si les directives de l'Union européenne ont joué un rôle déterminant dans l'édification du droit français de la non-discrimination, elles n'en constituent pas l'unique source. Exclu du champ d'application du droit de l'Union, le droit pénal de la non-discrimination, applicable aux personnes privées comme publiques[1], s'est forgé très tôt, et de manière autonome.

401. En matière pénale, le délit de discrimination a été consacré par la loi « Pleven » de 1972[2] suite à la ratification par la France de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale[3]. Elle introduit dans le code pénal aux articles 187-1 et 416 des sanctions contre plusieurs comportements discriminatoires : refus ou offre conditionnelle d'un bien ou d'un service, refus d'embauche et licenciement déterminés par l'appartenance ou la non-appartenance de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Elle modifie également le dispositif de la loi du 29 juillet 1881 modifiée par le décret-loi « Marchandeau » de 1939 relatif aux délits de diffamation et d'injure à caractère raciale et instaure un nouveau délit de provocation à la discrimination raciale[4]. Ainsi, en matière pénale, la lutte contre les discriminations est souvent associée à la lutte contre les expressions malveillantes à

[1] Pour son application aux collectivités territoriales, voir le chapitre suivant, spéc. n° 444 et s.

[2] Loi n° 72-546 du 1er juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme (JORF n° 0154 du 2 juillet 1972, p. 6803) adoptée à l'unanimité dans les mêmes termes par l'Assemblée nationale et le Sénat reprenait presque mot pour mot le texte porté par la commission juridique du Mouvement contre le Racisme et pour l'Amitié entre les Peuples (MRAP) depuis 1959 sous l'influence de Pierre LYON-CAEN.

[3] Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 21 décembre 1965, elle entre en vigueur en juillet 1969 et fut ratifiée par la France le 10 novembre 1971.

[4] Art. 24, al. 9, Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, JORF du 30 juillet 1881 p. 4201. Sur la question voir not. U. KOROLITSKI, *Punir le racisme ? Liberté d'expression, démocratie et discours racistes*, CNRS Editions, Paris, 2015.

l'égard d'un groupe social[1], la loi de 1881 punissant désormais les propos sexistes, homophobes[2] et handiphobes.

402. Serge SLAMA énumère les différents apports du législateur en la matière : « *la loi n° 77-574 du 7 juin 1977 a […] ajouté les articles 187-2 et 416-1 incriminant l'entrave à une activité économique pour des motifs discriminatoires. La loi "Roudy" n ° 83-635 du 13 juillet 1983 a supprimé la possibilité d'invoquer, à titre de fait justificatif, un "motif légitime" en matière d'embauche et de licenciement. La loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 l'a étendu, en cas de discrimination raciale, en toute matière. Enfin, la loi "Gayssot" n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe a créé aux articles 187-3 et 416 des peines complémentaires applicables au délit de discrimination raciale, et a instauré notamment la possibilité pour le juge pénal de prononcer certaines peines complémentaires comme la publication de la condamnation au Journal officiel* »[3].

403. Le nouveau code pénal, entré en vigueur le 1er mars 1994 a simplifié les dispositions interdisant les discriminations désormais comprises aux articles 225-1 et suivants[4] et permis l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales[5]. On note qu'il existe également, à l'article 432-7, un délit spécifique de discrimination pour les personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public qui s'adresse donc, notamment, aux collectivités territoriales et à leurs membres, élus comme agents. Exposées à une sanction plus lourde que les autres justiciables, leur responsabilité s'avère donc plus grande en matière de discrimination. Depuis les années 2000, les avancées résident surtout dans l'ajout régulier de nouveaux critères de discrimination[6], mais aussi dans l'extension de la

---

[1] L'article 12 de la loi du 13 juillet 1990 modifie ainsi l'article 48-1 de la loi du 29 juillet 1881 pour permettre non plus seulement aux associations se proposant dans leurs statuts de lutter contre le racisme, mais aussi celles se proposant d'assister les victimes de discrimination raciale, ethnique, nationale ou religieuse d'intervenir aux côtés des victimes de délits de presse. Pour Ulysse KOROLISTKI, « *il est assez étrange que cette possibilité ait été ouverte à ces associations : elles ne sont pas censées se préoccuper que des discriminations, et non du racisme d'expression. Mais on peut tenter une explication : il s'agit peut-être de reconnaître l'importance de la défense des intérêts des victimes* » ; cf. U. KOROLISTSKI, *Punir le racisme ? Liberté d'expression, démocratie et discours racistes*, op. cit., p. 83.

[2] R. GRAEFFLY, « Vers une unification des politiques publiques de lutte contre les discriminations, Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », *AJDA*, 2005, p. 934. D'aucuns ont pu critiquer l'extension de ces délits aux propos homophobes ; cf. B. MATHIEU, « Le délit d'homophobie ou la violation de la Constitution par consensus », *AJDA*, 2005, p. 113.

[3] S. SLAMA, « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *La Revue des droits de l'homme*, n° 9, 2016, n° 12.

[4] Ibid., n° 9 : « *ce droit constitue encore aujourd'hui, avec son article 225-1 du Code pénal, le texte de référence du droit français ; servant souvent de patron (au sens couturier du terme) ou de tuteur (au sens horticole du terme) aux autres textes antidiscriminatoires* ».

[5] Article 225-1, al. 2 : « *des membres ou de certains membres de ces personnes morales* ».

[6] S. SLAMA, « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », art. cit., n° 18 et 19.

circonstance aggravante issue de la commission d'un délit à l'égard d'une personne en raison d'un des critères susvisés[1].

404. Si les lois de transposition ont peu apporté à la matière pénale, on note tout de même l'insertion par la loi du 27 mai 2008 à l'article 225-3 d'une nouvelle exception à l'interdiction des discriminations en matière d'emploi public[2] : en plus d'être admises lorsqu'elles sont fondées sur l'inaptitude médicalement constatée, des discriminations à l'emploi peuvent aussi être fondées « *sur la nationalité lorsqu'ils résultent de l'application des dispositions statutaires relatives à la fonction publique* ». Il s'agit ici de maintenir le critère de la nationalité toujours en vigueur en matière d'emploi public et ce, malgré la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne[3].

405. Comme on peut le constater, le droit pénal de la non-discrimination dispose d'un ensemble important de dispositions interdisant les discriminations, sanctionnant les expressions malveillantes à l'égard de groupes sociaux identifiés par certains critères, et aggravant toutes les infractions commises sur le fondement de l'un des critères prohibés. Cette législation, considérée comme suffisante, a été un élément de justification des réticences à transposer les directives de l'Union.

2) Le cycle de transposition des directives interdisant les discriminations

406. La loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations[4] transpose cinq directives de l'Union

[1] En modifiant l'article 2-1 du code de procédure pénale, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (JORF n° 59 du 10 mars 2004 p. 4567) élargit aux menaces, vol et extorsion la liste des infractions pour lesquelles la circonstance aggravante à caractère raciste ou antisémite peut être retenue. En outre elle a prévu une aggravation des peines lorsque le refus discriminatoire de fournir un bien ou un service, prévu au 1° de l'article 225-2 du code pénal, est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès. Ces peines sont alors portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende.

[2] L'article 225-3, 2°, admettait déjà la non-application de l'article 225-1 « *aux discriminations fondées sur l'état de santé ou le handicap, lorsqu'elles consistent en un refus d'embauche ou un licenciement fondé sur l'inaptitude médicalement constatée soit dans le cadre du titre IV du livre II du code du travail, soit dans le cadre des lois portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique* ».

[3] Art. 7, Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, JORF n° 0123 du 28 mai 2008 p. 8801. Toutefois, de l'aveu même du rapporteur : « *cet ajout ne correspond pas à une exigence communautaire directe mais est fondé sur les spécificités du statut de la fonction publique en France* » qui réserve en principe les emplois de fonctionnaire aux nationaux ; cf. I. VASSEUR, *Sur le projet de loi (n° 514) portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, Rapport n° 695, fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, 6 février 2008, p. 47. Voir supra, n° 333 et s.

[4] JORF n° 0123 du 28 mai 2008 p. 8801.

européenne[1]. Elle intervient dans l'urgence « *alors que la France pensait avoir satisfait aux exigences de transposition des trois premières directives* »[2] donnant lieu à l'engagement par la Commission européenne de trois procédures d'action en manquement contre elle[3]. On note cependant que le processus a abouti à un résultat que d'aucuns qualifieront de « *laborieux* »[4] compte tenu des difficultés qu'il soulève dans l'articulation entre le droit français et le droit de l'Union européenne.

407. **L'insuffisance des premières lois de transpositions.** En vue de satisfaire à l'exigence de transposition des directives de l'année 2000, le gouvernement français avait, dans un premier temps, fait adopter la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations[5]. Celle-ci a élargi les critères et les domaines jusqu'alors concernés par la discrimination, introduit la notion de discrimination indirecte, mis en place un dispositif d'aménagement de la charge de la preuve[6], un devoir de ne pas discriminer, ainsi qu'un droit à la non-discrimination dans la fonction publique[7].

408. La loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale a, quant à elle, permis d'interdire les mesures discriminatoires à l'égard de personnes ayant subi, refusé de subir ou révélé des agissements de harcèlement moral ; elle a également renforcé le dispositif de lutte

---

[1] Dir. n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, préc. ; Dir. n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, préc. ; Dir. n° 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive n° 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, préc. ; Dir. n° 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, préc. ; Dir. n° 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, préc.

[2] C. HUMMEL, *Sur le projet de loi n° 241 (2007-2008) portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, Rapport d'information n° 252 Sénat, Annexe au procès-verbal de la séance du 1er avril 2008, fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, p. 8. Voir aussi, Rapport AN, n° 695, 2007, p. 12.

[3] Deux mises en demeure en date du 21 mars 2007 concernant respectivement les directives n° 2000/78/CE et 2002/73/CE, et un avis motivé du 27 juin 2007 portant sur la directive n° 2000/43/CE.

[4] M. MINE, « Discriminations : une transposition laborieuse... Loi n° 2008-496, 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations », *Revue de droit du travail*, 2008, p. 532 et s. ; M. MINE, « Discriminations : une transposition laborieuse... (suite). Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 », JO 28 mai », *Revue de droit du travail*, 2008, p.741 et s.

[5] Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, JORF n° 267 du 17 novembre 2001 p. 18311.

[6] Uniquement dans le code du travail et non dans le Statut général de la fonction publique, ce qui ne manquera pas de soulever des difficultés pour les litiges dont les faits sont intervenus entre 2001 et 2008 ; cf. G. CALVES, « "De manière générale…", le juge administratif face au droit communautaire de la non-discrimination », art. cit.

[7] Voir A. FITTE-DUVAL, « Le fonctionnaire et la discrimination : approche administrative et pénale », *AJFP*, 2003, n° 1, p. 6 et 16.

contre les discriminations dans l'accès au logement. A cette période, les codes du travail et pénal disposaient déjà de sections entières consacrées aux discriminations.

409. La loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité[1] « *va, sans le codifier, compléter cet édifice épars et complexe* »[2]. Elle vise à achever le processus de transposition[3] en élargissant, à nouveau, les critères et les domaines de la non-discrimination[4] et en créant la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), une autorité administrative indépendante aux pouvoirs assez modestes[5] qui a fini par disparaître à la naissance du Défenseur des droits[6]. Bénéficiant d'un contexte favorable, tant au niveau national qu'européen[7], l'ambition de cette loi était pourtant de remédier à la « *crise du modèle français d'égalité* » décrite dans le rapport « Stasi »[8].

410. Or, elle n'a même pas réussi à clore le chapitre de la transposition des directives n° 2000/43/CE et 2000/78/CE, de sorte qu'à la veille de prendre la présidence du Conseil de

[1] JORF 31 décembre 2004 p. 22567.

[2] R. GRAEFFLY, « Vers une unification des politiques publiques de lutte contre les discriminations. Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, JO 31 décembre 2004, p. 22567 », *AJDA*, 2005 p. 934.

[3] Titre II de la loi du 30 décembre 2004 : Mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction d'origine ethnique et portant transposition de la directive n° 2000/43/CE du 29 juin 2000. Voir not., P. CLEMENT, *Sur le projet de loi, modifié par le Sénat (n° 1952), portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,* Rapport n° 1965 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Assemblée Nationale, 1er décembre 2004, spéc. pp. 13-14.

[4] Le Gouvernement français y affirme, voire réaffirme, le principe d'égalité de traitement des individus en matière « *de protection sociale, d'éducation, d'accès aux biens et services, de fournitures de biens et services, d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, ainsi que d'accès à l'emploi, d'emploi et de travail indépendants et salariés* » et ce « *quelles que soient [leur] origine nationale, [leur] appartenance ou non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie ou à une race* » ; cf. J. CHEVALLIER, « Lutte contre les discriminations et Etat-providence », in D. BORILLO (sous la direction de), *Lutter contre les discriminations*, La découverte, coll. Recherches, avril 2003, p. 38.

[5] Voir not., R. GRAEFFLY, « Vers une unification des politiques publiques de lutte contre les discriminations. Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », *AJDA*, 2005.

[6] Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, JORF n° 0075 du 30 mars 2011 p. 5504. Le Défenseur des droits a repris les missions de la HALDE mais aussi celles de la Commission nationale de déontologie de la sécurité, du Médiateur de la République et du Défenseur des enfants auxquelles a été ajoutée par la loi organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 une compétence en matière d'orientation et de protection des lanceurs d'alerte. La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (JORF n° 0287 du 10 décembre 2016) précise les conditions dans lesquelles le Défenseur des droits exerce ses missions.

[7] Voir not., R. GRAEFFLY, « Vers une unification des politiques publiques de lutte contre les discriminations… », art. cit.

[8] B. STASI, *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, La documentation française, 16 février 2004.

l'Union européenne, la France s'est empressée d'adopter dans l'urgence, une loi de transposition sur mesure reprenant point par point les critiques adressées par la Commission[1].

411. **L'aboutissement de la transposition par la loi n° 2008-496.** La méthode employée a fait l'objet de vives critiques puisqu'elle n'a pas abouti à la clarification tant attendue. Non seulement les définitions générales reprises dans la loi de 2008 ont été superposées à celles déjà existantes[2], mais, de surcroît, le législateur français s'est permis d'en modifier légèrement le contenu.

412. Ainsi, alors que les directives définissent la discrimination directe comme le fait de traiter une personne « *de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable* »[3], l'article 1er de la loi de 2008 remplace le conditionnel « *ne le serait* », par du futur antérieur « *ne l'aura été* »[4]. De ce fait, il ampute la définition de l'analyse *in abstracto* de la discrimination[5] qui existe pourtant depuis longtemps dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne[6]. Comme le précise Marie-Thérèse LANQUETIN, « *la transposition n'étant pas conforme, le juge national, qui a l'obligation d'interpréter le droit français à la lumière du droit communautaire, va devoir prendre en considération des comparaisons au présent, au passé, au futur antérieur mais aussi au conditionnel* »[7]. L'article 1er alinéa 2 reprend mot pour mot la définition de la discrimination

---

[1] O. GABRIEL-CALIXTE, « La loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations », *LPA*, 7 janvier 2009, n° 5, p. 3 : « *Selon la Commission, le droit français ne reprenait pas précisément les définitions communautaires de discrimination directe et indirecte, n'appréhendait pas la notion de harcèlement discriminatoire, et ne prévoyait pas de protection suffisante contre les personnes victimes de mesures de rétorsion. Enfin, la Commission reprochait à la France d'avoir restreint le champ d'application des discriminations prohibées et de ne pas avoir défini strictement les dérogations au principe de non-discrimination* ».

[2] L'article 225-1 du code pénal comme l'article 6 du Statut général de la fonction publique définissent la discrimination comme une « *distinction opérée entre des personnes* » à raison d'un critère précis alors que le code du travail évoque des « *mesures discriminatoires* ». On remarque que, contrairement à la définition générale de la loi de 2008, l'idée de traitement défavorable n'est jamais explicitée dans ces dispositions, même si les exemples donnés relèvent généralement de refus ou d'entrave à l'exercice d'un droit ou à la jouissance d'une liberté.

[3] Art. 1er, Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, JORF n° 0123 du 28 mai 2008 p. 8801.

[4] Ce point a fait l'objet de nombreuses discussion en commission mixte paritaire de la part des parlementaires. Certains voyaient, en effet, dans l'emploi du conditionnel une source d'insécurité juridique pouvant donner lieu à des condamnations fondées sur des hypothèses invérifiables, quand d'autres, au contraire, reconnaissaient à l'adoption littérale du texte européen l'utilité de pouvoir mieux établir les comportements discriminatoires affectant notamment l'embauche ou la carrière d'un salarié. Cf. M. DINI et I. VASSEUR, *Sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, Rapport n° 324, fait au nom de la commission mixte paritaire, 13 mai 2008.

[5] M. MINE, « La discrimination dans l'emploi », *Semaine sociale Lamy*, 2001, n° 1055 : « *Grâce à cette novation [...] le droit permet désormais d'appréhender, par le biais des comparaisons hypothétiques, les situations de travail qui ne concernent que des personnes répondant à un motif (quel serait le traitement de tels emplois occupés par des femmes ou par des personnes de couleur ou autre s'ils étaient occupés par des blancs, d'origines nationale ?)* ».

[6] Par ex., en matière d'accès à l'emploi, CJCE, 8 novembre 1990, aff. C-177/88, « Dekker ».

[7] Note M.-T. LANQUETIN, *Semaine sociale Lamy*, n° 1355, 26 mai 2008.

indirecte contenue dans la directive[1]. On note cependant, que si le code du travail renvoie expressément aux définitions de la loi de 2008 pour interpréter l'article L. 1132-1, il n'en va pas de même de l'article 6 du Statut général de la fonction publique. En renvoyant à l'article 1er dans son ensemble, le code du travail renvoie également à la notion de harcèlement ainsi qu'à l'injonction de discriminer, deux comportement assimilés à des discriminations[2]. Or, le code du travail[3] et le Statut de la fonction publique[4] possèdent des dispositions spécifiques communes sanctionnant des formes de harcèlements, aux définitions proches mais pas identiques à celle du harcèlement « *discriminatoire* » de la loi de 2008.

413. Finalement, l'impact de la loi de 2008 sur les collectivités territoriales est relativement faible. Elle ne modifie ni le statut des fonctionnaires, ni le code général des collectivités territoriales. Pour cette raison Gwénaële CALVES considère qu'elle « *est tout sauf un texte généraliste* »[5]. Alors même que son article 5 précise que les dispositions qu'elle contient « *s'appliquent à toutes les personnes publiques ou privées* », sa cible principale est la matière civile[6] sans apport aux droits pénal et administratif. Il semble même que la matière administrative ait été complètement oubliée des débats[7] alors même que ces directives sont à l'origine de contentieux importants pour l'administration en général, et les collectivités territoriales en particulier.

414. Depuis 2008, le législateur a eu d'autres occasions de clarifier – codifier ?[8] – le droit de la non-discrimination français, notamment dans ses rapports au droit de l'Union européenne.. Les lois intervenues depuis se sont avérées décevantes sur ce point. Elles ont, bien au contraire,

---

[1] Art. 1er, al. 2, Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, préc. et art. 2, §2, b), Dir. n° 2000/43/CE, préc.

[2] Art. 1er, al. 3, Loi n° 2008-496, préc. : « *La discrimination inclut : 1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ; 2° Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2.* »

[3] Il dispose d'un titre entier « Harcèlement ».

[4] Pour le harcèlement sexuel, l'article 6 *ter* et pour le harcèlement moral l'article 6 *quinquies* du statut général de la fonction publique ; voir infra, n° 515 et s.

[5] G. CALVES, « De manière générale... » : le Conseil d'Etat face au droit communautaire de la non-discrimination, *D.* 2010, p. 553 et s.

[6] Par ex., la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (JORF du 18 janvier 2002, p. 1008) est venue transposer l'interdiction des discriminations dans le logement en modifiant l'article 1er de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 (JORF du 8 juillet 1989 p. 8543). Elle y inclut l'interdiction de discriminer dans l'accès au logement, en faisant directement référence, depuis la loi du 23 mars 2014, à l'article 225-1 du Code pénal. Elle y adjoint au surplus et de manière expresse le régime d'aménagement de la charge de la preuve.

[7] Sur la question de la preuve, voir not., G. CALVES, « De manière générale... » : le Conseil d'Etat face au droit communautaire de la non-discrimination, *D.* 2010, p. 553 et s. : « *la justice administrative, dans la première partie des années 2000, est presque totalement ignorée des débats parlementaires ou doctrinaux relatifs à la charge de la preuve en matière de discrimination (L'art. 19 de la loi du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE est une exception qui confirme d'autant plus la règle qu'il est issu d'un amendement parlementaire adopté presque sans débat)* ».

[8]

contribué à développer les particularités du droit français par rapport au droit européen de la non-discrimination. Face à cette exercice de transposition, les collectivités territoriales se trouvent particulièrement fragilisées : alors que la transposition incombe à l'Etat, elles doivent, en cas de défaillance de celui-ci, écarter, en vertu de l'effet vertical ascendant des directives, les dispositions nationales non conformes aux objectifs de la directive non transposée « *de sorte que la charge de la transposition peut se trouver déplacée de l'Etat vers les collectivités* »[1].

B) Les règles interdisant les discriminations aux collectivités territoriales

415. Dans les relations qu'entretiennent les collectivités territoriales, ce sont principalement les principes d'égalité, l'obligation de neutralité, ainsi que le contrôle de légalité qui permettent de lutter contre les pratiques discriminatoires[2]. L'existence de dispositions textuelles interdisant les discriminations, en dehors du droit pénal, est apparue nécessaire sous la pression des droits européens qui ont mis en avant certaines limites du droit public français. Les relations de travail demeurent, ici aussi, comme en droit privé, le principal secteur dans lequel est intervenu le législateur. Il a constitué, dans le statut de la fonction publique, un corps de règles solide, semblable aux dispositions du code du travail (1). A l'opposé, les dispositions relatives aux administrés se retrouvent éparpillées dans plusieurs codes (2).

1) Les interdictions de discriminer dans les relations de travail

416. Si les relations de travail dans les collectivités sont principalement régies par le statut de la fonction publique, il convient de rappeler que certains agents locaux sont soumis aux dispositions du code du travail, notamment celles qui concernent la lutte contre les discriminations[3]. En la matière, on constate que sous l'effet des directives, les dispositions de ces deux corps de règles tendent à s'harmoniser. Ainsi, si l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13

[1] M. BOULET, « I. Les collectivités territoriales françaises dans le processus d'intégration européenne », *Droit et gestion des collectivités territoriales*, tome 32 : Transports et politiques locales de déplacement, 2012, pp. 785-799, spéc. 788. Voir, CE, 20 mai 1998, « Communauté de communes de Piémont de Barr », *RFDA*, n° 14, mai-juin 1998, pp. 609-619.
[2] Voir supra, n° 362 et s. ; 218 et s. ; 142 et s.
[3] Par ex., les assistants familiaux et maternels (art. L. 423-2, Code de l'action sociale et des familles) et les accueillants familiaux (art. L. 444-2, Code de l'action sociale et des familles) sont expressément soumis aux dispositions du code du travail relatives aux discriminations et aux harcèlements.

juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires[1] existait avant l'adoption des directives, il fut largement modifié par la suite ; les autres articles sont venus après. On constate ainsi qu'il y a bien un avant et un après l'adoption des directives[2].

417. Avant l'adoption des directives, l'article 6 visait à établir la neutralité de l'administration en garantissant la liberté d'opinion des fonctionnaires[3]. Pour le législateur de 1983 cette garantie s'exprime d'abord par l'interdiction de distinguer les fonctionnaires « *en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur sexe ou de leur appartenance ethnique* »[4]. On peut y voir une forme de « codification » de la jurisprudence relative à l'égale admissibilité et à l'égalité des agents d'un même cadre d'emplois[5]. Son second alinéa précise que « *toutefois, des recrutements distincts pour les hommes ou les femmes peuvent, exceptionnellement, être prévus lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue une condition déterminante de l'exercice des fonctions* ». Il était alors largement admis que le genre d'une personne pouvait être rattaché à des fonctions ou des tâches particulières. Sur ce point, quand bien même le législateur avait pour objectif de « protéger » les femmes, contre la pénibilité du travail par exemple, ou à tenir compte des inégalités de fait qui pèsent sur elles, les juges européens n'ont pas hésité à sanctionner les régimes qui leur semblaient insuffisamment justifiés[6]. La loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap[7] vient y ajouter deux nouveaux critères – l'état de santé et le handicap – ainsi qu'une nouvelle dérogation possible en cas d'inaptitude physique[8]. La loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle[9] modifie à son tour l'article 6 en protégeant les victimes et les témoins de harcèlement sexuel contre les mesures de rétorsions[10]. Ici, ce n'est

[1] JORF du 14 juillet 1983, p. 2174.
[2] Voir not., J. MEKHANTAR, « La lutte contre les discriminations en matière d'accès aux emplois publics », *AJFP* 2011, p.146 et s.
[3] Voir supra, n° 265 et s.
[4] Art. 6, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, version initiale.
[5] Voir supra, n° 171 et s. ; 190 et s.
[6] Par ex., CJCE, 29 novembre 2001, « Joseph Griesmar », préc. et CJCE, 30 septembre 2004, aff. C-319/03, « Briheche », préc.
[7] Loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, JORF n° 161 du 13 juillet 1990 p. 8272.
[8] Au même moment, la loi « Gayssot », n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe vient élargir le champ d'application des discriminations à raison des « origines » : son article 1er dispose que « *toute discrimination fondée sur l'appartenance ou la non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion est interdite. L'Etat assure le respect de ce principe dans le cadre des lois en vigueur* ». Ces dispositions, ayant un champ d'application maximal, s'appliquent également aux statuts de la fonction publique.
[9] Loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail et modifiant le code du travail et le code de procédure pénale.
[10] Art. 6, al. 5 et 6, Loi n° 92-1179, préc. Voir infra, n° 522 et s.

pas tant le harcèlement sexuel en lui-même qui est assimilé à une discrimination mais les mesures de rétorsions qui sont prises à l'égard des victimes ou des témoins : le fait d'être victimes ou témoins serait ainsi un autre critère de distinction prohibé par la loi.

418. En 2001, le législateur décide d'une nouvelle organisation de ces dispositions par deux lois. La première relative à l'égalité entre les femmes et les hommes[1] ampute l'article 6 du critère du sexe et de la dérogation qui l'accompagne. Ceux-ci font l'objet d'une disposition à part spécialement créée à l'article 6 *bis*[2], laquelle introduit également une possibilité de dérogation qui a pour objectif d'améliorer le paritarisme de genre dans la composition des jurys d'examen[3]. L'article 6 *ter* reprend désormais les dispositions interdisant les mesures de rétorsions en cas de harcèlement – ce qui laisse penser que le législateur français ne les assimile pas vraiment à de la discrimination. Enfin, l'article 6 *quater* impose l'adoption, tous les deux ans par le gouvernement, de rapports de situations comparées entre les femmes et les hommes[4]. La seconde loi de 2001, relative à la lutte contre les discriminations[5], modifie l'article 6 pour préciser que l'interdiction s'applique aux distinctions directes et indirectes. Elle ajoute également de nouveaux critères (l'origine, l'âge, le patronyme, l'orientation sexuelle, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée à une ethnie ou à une race[6]), une dérogation relative aux limites d'âge[7] – qui a, elle aussi, suscité un contentieux devant les juridictions européennes[8] –, ainsi qu'une protection des victimes et des témoins de discriminations contre les mesures de rétorsions sur le même modèle que les victimes et les témoins de harcèlement sexuel[9]. A partir de ce moment-là les modifications vont se succéder.

---

[1] Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, JORF n° 108 du 10 mai 2001 p. 7320.

[2] En matière de promotion, par ex. CAA Versailles, 29 décembre 2009, n° 08VE00296, « Madame Delaunay, *AJDA*, 2010 p. 742, concl. DAVESNE.

[3] Voir infra, n° 1074.

[4] Il sera abrogé par l'article 102 de la loi n° 2007-1824 du 25 décembre 2007 de finances rectificative pour 2007 avant de réapparaître en 2013.

[5] Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, préc.

[6] On remarque que la formulation reprend celle de l'article 225-1 du code pénal.

[7] Art. 6, al. 4, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc.

[8] La Cour de justice de l'Union européenne a validé le mécanisme de mise à la retraite d'office existant en droit de la fonction publique français au motif que la politique nationale de l'emploi et du marché du travail, et, en particulier l'objectif consistant à favoriser l'emploi des plus jeunes, sont de nature à justifier un tel procédé, en particulier dans un système de carrière où « *l'entrée des jeunes pourrait être freinée en raison de la nomination à vie des fonctionnaires concernés* » ; cf. CJUE, 18 novembre 2010, « Georgiev », aff. C-250/09, point 61 ; CE, 22 mai 2013, « M. A », req. n° 351183 ; *AJDA*, 2013, p. 1079, à propos d'un professeur de musique, fonctionnaire territorial que demandait la possibilité de travailler jusqu'à 68 ans : « *qu'au nombre de ces objectifs légitimes figure, compte tenu de la marge d'appréciation dont disposent les Etats membres en matière de politique sociale, la politique nationale visant à promouvoir l'accès à l'emploi par une meilleure distribution de celui-ci entre les générations* ».

[9] Art. 6, al. 5, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc.

419. La loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale vient ajouter un article 6 *quinquies* interdisant le harcèlement moral[1] et l'interdiction, désormais classiques, des mesures de rétorsions visant les victimes et les témoins. De plus, elle étend cette protection ainsi que celle de l'article 6 *ter* (harcèlement sexuel) aux agents non titulaires de droit public. Il faudra attendre la loi du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique[2] pour que les articles 6 et 6 *bis* bénéficient aussi aux agents non titulaires[3]. Cette loi harmonise la protection contre les rétorsions en matière de discrimination et de harcèlement (sexuel et moral)[4] et élargit les sanctions disciplinaires aux agents ayant enjoint quelqu'un de procéder à ces agissements[5]. Avant elle, la loi n° 2005-102 du 11 février de la même année[6] a créé l'article 6 *sexies* qui impose l'obligation d'aménagement de poste pour les travailleurs handicapés. Elle précise qu'une telle prise en charge constitue une garantie de l'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés[7]. Son non-respect équivaut à une discrimination pénalement sanctionnée sur le fondement des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal[8].

---

[1] Art. 178, al. 1er, Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JORF du 18 janvier 2002, p. 1008 : « *Aucun fonctionnaire ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel*. ».

[2] Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, JORF n° 173 du 27 juillet 2005 p. 12183.

[3] La mention sera retirée par l'article 39 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires (JORF n° 0094 du 21 avril 2016). Il est désormais prévu à l'article 32 (II et III) du titre I du statut général : « *sauf dispositions législatives ou réglementaires contraires, sont applicables aux agents contractuels le chapitre II [dont l'article 6]* » ; « *un décret en Conseil d'Etat fixe la liste des actes de gestion propres à la qualité d'agent contractuel qui ne peuvent être pris à l'égard des intéressés lorsqu'ils bénéficient des garanties mentionnées aux articles 6 à 6* ter *et 6* quinquies *de la présente loi* ». Selon les travaux parlementaires, « *il s'agit notamment, comme l'a précisé la rapporteure de l'Assemblée nationale à l'origine de cette disposition, d'adapter à ces agents les mesures de protection des lanceurs d'alerte introduites par l'article 3 du projet de loi pour les fonctionnaires* » ; cf. A. VASSELLE, *Sur le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires*, Rapport n° 274 (2015-2016), fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 16 décembre 2015.

[4] Elle contient trois volets : 1° Le fait qu'il a subi ou refusé de subir des agissements contraires aux principes énoncés au premier alinéa ; 2° Le fait qu'il a formulé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire respecter ces principes ; 3° Ou bien le fait qu'il a témoigné d'agissements contraires à ces principes ou qu'il les a relatés.

[5] Avant cette loi, ces sanctions ne s'appliquaient qu'aux agents ayant effectivement procédé à ces agissements.

[6] Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF n° 36 du 12 février 2005.

[7] Art. 6 *sexies*, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc. : « *afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, les employeurs visés à l'article 2 prennent, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux […] d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer et d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée, […]. Ces mesures incluent notamment l'aménagement de tous les outils numériques concourant à l'accomplissement de la mission des agents, notamment les logiciels métiers et de bureautique ainsi que les appareils mobiles* ».

[8] Cass. Crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-85888, Inédit.

420. En 2012, deux lois viennent modifier de nouveaux ces articles. Tout d'abord, la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012[1] redonne vie à l'article 6 *quater* supprimé en 2007. Désormais celui-ci comprend un objectif d'au moins 40 % de femmes nommées dans la haute fonction publique, notamment dans les emplois de direction des régions, des départements ainsi que des communes et des établissements publics de coopération intercommunale de plus de 80 000 habitants. La loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel modifie l'article 6 en y ajoutant le critère de l'identité sexuelle[2], l'article 6 *bis* en y ajoutant l'obligation pour le gouvernement d'établir un rapport sur les mesures adoptées en vue d'améliorer la situation des femmes dans l'emploi public[3] et enfin l'article 6 *ter* auquel elle inclut une nouvelle définition du harcèlement sexuel[4].

421. L'article 6 *ter* A a été créé par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 et modifié à deux reprises. Il prévoit la protection contre toute mesure de rétorsion à l'égard des fonctionnaires ayant relaté ou témoigné, de bonne foi, aux autorités judiciaires ou administratives des faits constitutifs d'un délit, d'un crime ou susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts au sens du I de l'article 25 *bis* dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. L'article ajoute qu'aucun fonctionnaire ne peut être sanctionné ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, pour avoir signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Enfin, il convient de noter que cet article prévoit expressément d'appliquer aux contentieux relatifs à ces dispositions l'aménagement de la charge de la preuve applicable aux cas de discriminations, ce qui laisse entendre que ces mesures de rétorsions sont assimilables à une discrimination.

[1] Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, JORF n° 0062 du 13 mars 2012 p. 4498.

[2] Elle sera remplacée par l'identité de genre par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

[3] Art. 50 de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel : « *Le Gouvernement présente devant le Conseil commun de la fonction publique un rapport sur les mesures mises en œuvre pour assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Ce rapport annuel, dont les modalités de mise en œuvre sont définies par décret, comprend notamment des données relatives au recrutement, à la féminisation des jurys, à la formation, au temps de travail, à la promotion professionnelle, aux conditions de travail, à la rémunération et à l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle. Ce rapport est remis au Parlement*. »

[4] Art. 8 de la loi n° 2012-954 préc. Voir infra, n° 519 et s.

422. En 2016, la loi n° 2016-1088[1] ajoute à l'article 6 *bis* qu'aucun fonctionnaire ne doit subir d'agissement sexiste sur son lieu de travail[2] en plus d'étendre l'interdiction des rétorsions à la rémunération. La loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté y ajoute un dernier élément en demandant à ce que les dérogations, prévues afin d'améliorer la parité dans la composition des jurys et des comités de sélection, tiennent aussi compte de leur présidence.

423. On constate ainsi que les dispositions prévues dans le statut général de la fonction publique ont fait l'objet de nombreuses modifications prouvant, s'il en était encore nécessaire, que l'emploi demeure la matière la plus investie par le droit de la non-discrimination. Elles sont la marque d'un accroissement certain du risque de discrimination en la matière. En revanche, s'agissant des discriminations à l'égard des administrés, les interdictions sont beaucoup plus rares et ne font pas l'objet d'un régime général tel qu'on peut l'observer en droit de la fonction publique.

2) Les interdictions de discriminer dans les relations avec les administrés

424. Les dispositions textuelles interdisant les discriminations à l'égard des administrés ne sont pas toutes réunies dans un corps de règles homogène, à l'instar de celles applicables aux relations de travail. La diversité des situations étant déjà couverte par les multiples principes d'égalité[3], le législateur n'est intervenu qu'avec parcimonie, en dehors des domaines d'intervention des droits européens, pour diffuser la notion de discrimination. On distingue les matières directement impactées par le droit de l'Union européenne, qui concernent, *largo sensu*, la matière économique, de celles qui relèvent davantage de la compétence des autorités nationales, plutôt orientées vers les questions sociales. Enfin, en droit de l'urbanisme, on retrouve des dispositions spécifiques, reprenant la notion de discrimination, afin de protéger des catégories de personnes vulnérables.

425. **L'interdiction des discriminations en matière économique.** En matière économique, les dispositions que l'on retrouve dans les codes régissant l'activité des collectivités territoriales s'inscrivent directement dans l'objectif d'ouverture du marché imposé par l'Union européenne.

[1] Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n° 0184 du 9 août 2016.
[2] Il s'agit de « *tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* » ; cf. art. 6 *bis*, al. 2, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc.
[3] Voir supra, n° 151 et s.

A cet effet, on retrouve, dans le code général des collectivités territoriales, une clause selon laquelle les interventions des collectivités et de leurs établissements publics de coopération, dans le cadre de certains services publics[1], doivent garantir « *l'utilisation partagée des infrastructures* » et s'effectuer « *dans des conditions objectives, transparentes, non discriminatoires et proportionnées* ». Alors que le droit de l'Union européenne régit, pour une large part, la commande publique, le code de la commande publique demeure assez peu disert, en particulier sa partie législative. L'article L. 1212-1 précise tout de même que le fait d'accorder des droits d'exclusivité à un organisme privé « *à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires* »[2] ne lui confère pas la qualité d'entité adjudicatrice soumis au code de la commande publique. De manière notable, l'article L. 2393-4 impose que, pour les sous-contrats d'exécution d'un marché public, « *il ne peut être exigé du titulaire qu'il se comporte de façon discriminatoire à l'égard de ses sous-contractants potentiels, notamment en raison de leur nationalité* ». Plus généralement, le code de la commande publique oblige à adopter des critères de décision et d'accès aux marchés publics qui ne soient pas discriminatoires. Les activités d'opérateurs de réseau[3] sont plus spécialement visées par le droit de l'Union européenne. On retrouve son influence dans les codes régissant leur régulation. S'agissant des transports, par exemple, le code des transports instaurent des règles garantissant « *une concurrence non discriminatoire* »[4] entre les opérateurs de service, auxquelles sont soumises les collectivités territoriales en tant que pouvoir adjudicateur. Lorsqu'elles gèrent elles-mêmes l'activité, les collectivités territoriales ne doivent pas non plus commettre de discriminations à l'égard des usagers. Concernant plus particulièrement les télépéages, que les villes sont en droit d'installer à leurs entrées, le code de la voirie routière interdit expressément les discriminations en raison de la nationalité[5]. L'économie générale de l'emploi des interdictions de discriminer en matière économique s'inscrit donc dans l'objectif de libéralisation du marché intérieur mettant fin aux

[1] Il s'agit des réseaux et services locaux de communication électronique (art. L. 1425-1, CGCT), de l'eau et l'assainissement (art. L. 2224-11-6, CGCT), et de l'énergie (art. L. 2224-36, CGCT).
[2] Art. L. 1212-1, Code de la commande publique.
[3] Pour la liste des activités d'opérateurs de réseaux, voir art. L. 1212-3, Code de la commande publique.
[4] Art. L. 1211-3, Code des transports.
[5] Sont visées, en accord avec les dispositions des traités sur les libertés de circulation, les marchandises (art. L. 119-5, Code de la voirie routière), les prestataires de service (art. L. 119-4, Code de la voirie routière), et les personnes (art. L 119-9, Code de la voirie routière). Dans la même veine, l'article L. 324-3 du code des relations entre le public et l'administration (créé par l'ordonnance n° 2016-307 du 17 mars 2016) indique que le montant des redevances établies pour la réutilisation d'informations publiques, qui peuvent appartenir à des archives municipales par exemple, doit être fixé « *selon des critères objectifs, transparents, vérifiables et non discriminatoires* ».

anciens monopoles d'Etat en faisant des collectivités territoriales des acteurs de la régulation de ces domaines. En matière sociale, les interdictions de discriminer rejoignent l'objectif d'égalité des chances consistant à orienter les décisions vers la prise en compte des personnes les plus vulnérables.

426. **L'interdiction des discriminations en matière sociale.** En matière sociale, la notion de discrimination est apparue dans la loi pour mettre un terme à différents contentieux. Concernant les aides et de prestations sociales, l'article L. 1111-5 du Code général des collectivités territoriales dispose, à son cinquième alinéa, que « *lorsqu'ils attribuent des aides sociales à caractère individuel, en espèces ou en nature, ou un avantage tarifaire dans l'accès à un service public, les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les groupements de collectivités et les organismes chargés de la gestion d'un service public veillent à ce que les conditions d'attribution de ces aides et avantages n'entraînent pas de discrimination à l'égard de personnes placées dans la même situation, eu égard à l'objet de l'aide ou de l'avantage, et ayant les mêmes ressources rapportées à la composition du foyer* ». Cet alinéa renvoie à des pratiques discriminatoires déjà jugées par le passé en matière d'aide sociale facultative[1]. La notion de discrimination a également fait son apparition dans le code de l'éducation par le biais de la loi n° 2013-595 du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République[2] dans le cadre des activités périscolaires facultatives prévues par le projet éducatif territorial. L'article L. 551-1 indique, à cet effet, que « *le projet éducatif territorial vise notamment à favoriser, pendant le temps libre des élèves, leur égal accès aux pratiques et activités culturelles et sportives et aux nouvelles technologies de l'information et de la communication. Les établissements scolaires veillent, dans l'organisation des activités périscolaires à caractère facultatif, à ce que les ressources des familles ne constituent pas un facteur discriminant entre les élèves* ». Il renvoie ainsi à un contentieux relativement fourni concernant la mise sous conditions de ressources ou de situations professionnelles de l'accès à certaines prestations dans le cadre scolaire, en particulier les cantines[3]. Dans la même perspective, la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté[4] a inscrit à l'article L. 131-13 du Code de l'éducation le fait que « *l'inscription à la cantine des écoles*

[1] En 1989, le Conseil d'Etat annula, pour rupture d'égalité, la décision de la Mairie de Paris de conditionner l'octroi d'une aide à la naissance à la nationalité des bénéficiaires (cf. CE, 30 juin 1989, « Ville et Bureau d'action sociale Paris c. Lévy », *Droit social*, 1989. 767, note X. PRETOT). Quelques années plus tard, c'est devant le juge pénal que la maire de Vitrolles fut condamnée pour avoir fait adopter le même type de décision par son conseil municipal (cf. CA Aix-en-Provence, 18 juin 2001, n° 914M2001). Cet article concrétise l'obligation de ne pas discriminer les bénéficiaires d'aide sociale en raison de leur nationalité.
[2] JORF n° 0157 du 9 juillet 2013, p. 11379.
[3] Voir not., CE, 23 octobre 2009, n° 329076, « Commune d'Oullins ».
[4] JORF n° 0024 du 28 janvier 2017.

primaires, lorsque ce service existe, est un droit pour tous les enfants scolarisés. Il ne peut être établi aucune discrimination selon leur situation ou celle de leur famille ». Ces dispositions servent à mettre un point final à des contentieux observés devant le juge administratif.

427. **L'interdiction de discriminer en matière d'urbanisme.** En matière d'urbanisme, deux cas de discrimination peuvent être relevés. Le premier concerne l'aménagement d'aire d'accueil pour les gens du voyage, devenu une obligation pour les communes de plus de 5000 habitants avec la loi du 31 mai 1990[1]. Cette obligation de non-discrimination dans les documents d'urbanisme concrétise l'objectif définit au 3° de l'article L. 101-2 du nouveau code de l'urbanisme pour qui l'action des collectivités publiques visent « *la diversité des fonctions urbaines et rurales et la mixité sociale dans l'habitat, en prévoyant des capacités de construction et de réhabilitation suffisantes pour la satisfaction, sans discrimination, des besoins présents et futurs de l'ensemble des modes d'habitat, d'activités économiques, touristiques, sportives, culturelles et d'intérêt général ainsi que d'équipements publics et d'équipement commercial […]* »[2]. L'autre cas de discrimination possible réside dans l'obligation, créé par la loi du 11 février 2005[3], de mise en accessibilité aux personnes en situation de handicap des établissements accueillant du public, insérée à l'article L. 111-7-3 du code de la construction et de l'habitation. Dans une interprétation extensive reprenant le raisonnement du juge de l'Union européenne, le Conseil d'Etat considère, dans un arrêt d'assemblée du 22 octobre 2010, qu'une telle obligation constitue une mesure de transposition de l'article 2 de la directive n° 2000/78/CE[4] interdisant les discriminations, directes et indirectes, en matière d'emploi, « *nonobstant le fait [que l'Etat] n'est pas l'employeur des avocats* »[5]. Plus largement, on constate que les collectivités territoriales se voient attribuées un

[1] Art. 28, Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, JORF n° 0127 du 2 juin 1990 p. 6551 abrogé (art. 10) et repris (art. 1er) par la loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage, JORF n° 0155 du 6 juillet 2000 p. 10189.

[2] Il reprend, les dispositions de l'ex-article L. 121-1 tel qu'il a été modifié par la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 - art. 1 (V) relative à la solidarité et au renouvellement urbain.

[3] Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, préc.

[4] Dir. n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

[5] CE, Ass., 22 octobre 2010, n° 301572, Rec. Lebon : « *si cette directive, qui concerne le cadre de l'emploi et du travail, impose à titre principal, en ce qui concerne les aménagements raisonnables à réaliser pour les personnes handicapées, des obligations aux employeurs, elle a également pour effet d'imposer à l'Etat, alors même qu'il n'est pas l'employeur des avocats, des obligations à l'égard de ces derniers lorsque ceux-ci, qui ont la qualité d'auxiliaire de justice et apportent un concours régulier et indispensable au service public de la justice, exercent une part importante de leur activité professionnelle dans des bâtiments affectés à ce service public ; qu'en particulier, l'Etat est tenu de prendre des mesures appropriées pour créer, en fonction des besoins dans une situation concrète, des conditions de travail de nature à permettre aux avocats handicapés d'exercer leur profession, sauf si ces mesures imposent une charge disproportionnée ; que ces mesures appropriées doivent inclure, en principe, l'accessibilité des locaux de justice, y compris celles des parties non ouvertes au public mais auxquelles les avocats doivent pouvoir accéder pour l'exercice de leurs fonctions ; que l'article 41 de la loi du 11*

rôle de plus en plus important, en matière de lutte contre les discriminations, grâce à leur position centrale dans le cadre de la politique d'aménagement du territoire. Dans le cas français, l'appréhension du risque de discrimination en tant que risque autonome se fera d'ailleurs sous un angle territorial dans le cadre de la politique d'aménagement du territoire[1].

428. Au final, dans les rapports avec les administrés, en dehors du droit pénal, peu de dispositions peuvent véritablement être assimilées à des interdictions de discriminer en tant que telle. Ce n'est que lues à la lumière des directives ou d'un objectif de non-discrimination qu'elles apparaissent ainsi. Ce faisant elles demeurent particulièrement rares. Ce constat s'explique par le champ d'application des directives et de leur transposition limitée à la matière civile et à l'emploi. C'est ainsi que les dispositions interdisant les discriminations en droit administratif sont, pour ainsi dire, quasi exclusivement issues du Statut général de la fonction publique. Les administrés en sont réduits à invoquer le droit pénal avec les limites qu'on lui connait en matière de discrimination : absence d'aménagement de la preuve et de sanction de la discrimination indirecte.

429. L'intervention du législateur français a contribué à faire émerger encore davantage un risque de sanction pour discrimination des collectivités territoriales en allant au-delà de ce que les directives avaient préconisé. Or, ces multiples retouches peuvent, aussi, constituer un frein à son efficacité dès lors qu'elles aboutissent à une trop grande disparité de régimes[2]. En l'absence de codification ou de principe uniformisateur[3], elles freinent la constitution d'un droit cohérent et d'une jurisprudence homogène. L'absence d'« *une véritable autonomie normative* »[4] fait que « *l'égalité* […] *n'atteint à la concrétude d'une norme que par la*

---

février 2005, qui a créé l'article L. 111-7-3 du code de la construction et de l'habitation, constitue une mesure qui contribue à la mise en œuvre de la directive en ce qu'il met à la charge de l'Etat, nonobstant le fait qu'il n'est pas l'employeur des avocats, l'obligation de rendre accessible aux personnes handicapées la partie ouverte au public des locaux judiciaires. »

[1] Voir infra, n° 1007 et s. ; 1115 et s.

[2] S. SLAMA, « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », art. cit., n° 6 : « *cette profusion des textes a provoqué un phénomène de stratification de ceux-ci sans grande lisibilité, interroge sur la cohérence de l'ensemble du dispositif, son inutile complexité et sa relative efficacité* ». Sur l'articulation avec le droit pénal, voir par ex. O. GABRIEL-CALIXTE, « La loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations », *LPA*, 07 janvier 2009, n° 5, p. 3 et s., spéc. p. 8.

[3] Seul manque pour certains un principe à valeur constitutionnelle autonome ; cf. F. LEMAIRE, « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, mars-avril 2010, p. 301 et s. La ratification du Protocole n° 12 de la CSDH qui reconnait la non-discrimination comme un droit fondamental d'application générale pourrait aussi combler cette lacune ; sur la question, voir Conseil de l'Europe, « La non-discrimination : un droit fondamental », Séminaire marquant l'entrée en vigueur du protocole n° 12, Strasbourg 11 octobre 2005, éd. du Conseil de l'Europe, 2006, site : www.coe.int).

[4] O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, 1999, p. 69 et s., cité par O. JOUANJAN, « Egalité », *in* D. ALLAND et S. RIALS (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1ère éd., PUF, 2003, pp. 585-586.

médiation des droits »[1]. Or, comme l'indique Rémy HERNU, « *la médiation des droits fournit une hypothèse selon laquelle le contenu de la notion de discrimination n'est pas aussi uniforme que le juge le laisse entendre. L'égalité étant, dans une large mesure consubstantielle à la notion de légalité et étant en particulier contingente des finalités poursuivies par la règle de droit, chaque domaine imprime à l'égalité de traitement et à la non-discrimination leur propre "coloration"* »[2].

430. L'introduction de la notion de discrimination, et des dispositifs visant à l'interdire, a toutefois conduit à repenser l'ensemble des principes d'égalité à travers une approche plus réaliste. Elle a contribué à faire émerger un risque de contentieux pour les collectivités territoriales, à la fois bien réel mais particulièrement difficile à cerner compte tenu de l'hétérogénéité des dispositifs[3]. Si l'on tient compte de l'ensemble des cas impliquant les collectivités territoriales, susceptible d'être qualifiés de discrimination, ce contentieux ne peut qu'être qualifié de protéiforme.

.

[1] Ibid., p. 44

[2] R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, Bib. de Droit public, tome 232, 2003, p. 260.

[3] Sur la question, voir par ex., T. GRUNDLER, « Tous discriminés ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017, chron. n° 33, site : www.revuedlf.com.

Chapitre 2: Le contentieux pour discrimination applicable aux collectivités territoriales

431. La notion de discrimination, importée du droit de l'Union européenne, participe du courant victimologiste apparue dans la seconde moitié du XXe siècle. Définie comme un droit à protéger, la discrimination n'est plus seulement le résultat d'une application inégale de la règle de droit. Elle est désormais perçue comme une atteinte à la dignité susceptible d'engager la responsabilité de la personne qui en est à l'origine[1]. Ainsi focalisée sur la différence de traitement subie par le requérant, elle devrait davantage s'accommoder du plein contentieux que du recours pour excès de pouvoir qui enferme le contrôle du juge dans une analyse abstraite limitée aux faits de l'espèce qui lui est soumise[2].

432. Appliquée au contentieux de la responsabilité des collectivités territoriales, l'utilisation de la notion demeure particulière. Son insertion délicate dans le droit administratif, marqué par la prédominance du principe d'égalité, n'incite pas les requérants à soulever le moyen de l'interdiction de discriminer dans le cadre d'un recours de pleine juridiction. Les administrés s'estimant victime de discrimination se dirigeront plus facilement vers la voie pénale pour faire condamner l'auteur des faits plutôt que vers une réparation *in solidium* de la collectivité. Ici, aussi, l'articulation des différentes dispositions textuelles et des voies de recours constituent un frein à l'efficacité de la lutte contre toutes les formes de discriminations.

433. Au-delà du manque d'harmonisation, l'absence de cohérence entre les différents éléments de la notion pose également problème. Le rattachement de la notion de harcèlement à

[1] Par ex., CJCE, 30 avril 1996, aff. C-13/94, « P./S. et Cornwall County Council », pp. 2156-2157 : discrimination à raison de l'identité sexuelle du travailleur (transgenre) : « *tolérer une telle discrimination reviendrait à méconnaître, à l'égard d'une telle personne, le respect de la dignité et de la liberté auquel elle a droit et que la Cour doit protéger* ».

[2] Par ex., CE, 30 octobre 2009, n° 298348, « Madame Perreux ».

la discrimination par la directive n° 2000/78/CE a posé des difficultés de transposition pour le législateur habitué à traiter séparément les deux comportements. Tandis que les discriminations sont constituées pour tout traitement différent, le harcèlement nécessite un comportement offensant ou humiliant[1]. Bien que les requérants invoquant des faits de harcèlement invoquent souvent conjointement l'existence d'une discrimination, la réciproque n'est pas vrai. Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité étant sensiblement différentes entre les faits de discrimination (Section 1) et les faits de harcèlement (Section 2), il serait inopportun de vouloir les regrouper[2].

Section 1: Les responsabilités pour faits de discrimination

434. Si les faits pouvant être qualifiés de discrimination sont particulièrement variés – discrimination directe, indirecte, mesures de rétorsions – les conditions d'engagement de la responsabilité d'une collectivité territoriale ou de l'un de ses membres sont les mêmes dans tous les cas de figure. Le cas des faits de harcèlement doit cependant être distingués compte tenu de leur régime spécifique et des liens parfois hasardeux entre les deux. En effet, dans tous les autres hypothèses de discrimination, celle-ci entraîne la mise en jeu d'une responsabilité pour faute, alors que le harcèlement peut également engager la responsabilité de la collectivité pour manquement à son obligation de sécurité de résultat vis-à-vis des risques professionnels[3] (§1).

435. Il en va de même des régimes de sanction qui diffèrent entre les deux notions. S'agissant des faits de discrimination, dès lors qu'ils peuvent également être constitués par un acte – et non uniquement par des comportements comme les harcèlements – leur sanction « naturelle » serait l'annulation. C'est la raison pour laquelle le contentieux de la responsabilité est encore peu investi par les justiciables. Pour autant, il présente de nombreux avantages à commencer par la possibilité de réparer plus largement les dommages subis, voire de sanctionner

[1] Ainsi, selon une jurisprudence constante de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, les qualifications de discrimination syndicale et de harcèlement moral peuvent se cumuler puisqu'elles sanctionnent des intérêts distincts (préjudice lié à la discrimination syndicale ayant freiné une évolution de carrière, préjudice propre consécutif au harcèlement moral) ; cf. par ex., Crim. 6 février 2007, n° 06-82.601, Bull. crim. n° 29, *RSC* 2007. 527, obs. E. FORTIS ; *AJ pénal* 2007. 179, obs. G. ROYER ; *RSC* 2007. 824, obs. A. CERF-HOLLENDER).

[2] Par ex., T. GRUMBACH, « Pour conclure et tenter de distinguer entre la gestion disciplinaire affichée, la discrimination inavouée, et le harcèlement dissimulé », *Droit ouvrier*, mai 2001, pp. 218-227.

[3] Voir aussi infra, n° 574 et s. ; 981 et s.

symboliquement l'auteur de la discrimination lorsque le litige est porté devant le juge pénal. Les conséquences de la qualification des faits de discrimination peuvent ainsi être pour une collectivité territoriale, comme pour ses membres, particulièrement néfastes (§2).

§1) Les conditions de la responsabilité pour faits de discrimination

436. Face à des faits de discrimination, il est souvent difficile pour les victimes de savoir comment agir. Les difficultés d'accès à la justice des personnes discriminées, plusieurs fois documentées[1], ont notamment mis en avant le manque de clarté et d'intelligibilité du droit de la non-discrimination ainsi que l'impossibilité, technique et matérielle, de parvenir à réunir les éléments de preuve susceptibles d'engager la responsabilité de l'auteur. L'évolution du régime contentieux de la discrimination a pu sembler salutaire en aménageant notamment les conditions d'administration de la preuve. Toutefois, il apparaît finalement qu'elle a eu peu d'impact pour les collectivités et leurs membres puisque d'une part, elle modifie peu, voire pas du tout, le mécanisme de construction de la preuve devant le juge administratif (A) et, d'autre part, que cet aménagement de la charge de la preuve n'est pas applicable, en vertu de la présomption d'innocence, devant le juge pénal[2] (B).

A) Les conditions de la responsabilité devant le juge administratif

437. Que ce soit devant le juge administratif ou devant le juge pénal, la discrimination constitue une faute, plus exactement une violation de la loi, susceptible d'entraîner l'illégalité interne de l'acte et, partant, son annulation ou son abrogation ainsi que l'obligation de réparer les conséquences produites par cet acte. Sur ce point, les principes d'égalité et les interdictions de discriminer inscrites dans la loi se rejoignent. Ce n'est pas le cas, en revanche, de leurs régimes contentieux respectifs puisque les victimes de discrimination *stricto sensu* (telle que prévue par les directives et les lois de transposition) bénéficient de plusieurs aménagements. Il leur est donc nécessaire, lorsqu'elles sont confrontées à de tels faits, de déterminer dans un

[1] Voir not., K. BUMILLER, « Victimes dans l'ombre de la loi. Une critique du modèle de la protection juridique », *Politix*, n° 94, 2011/2, pp. 131-152. Voir infra, n° 942 et s.
[2] Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, *AJDA*, 2002, p. 1163, étude F. RENEAUD.

premier temps s'ils entrent dans le champ d'application de la notion de discrimination (1) pour pouvoir tirer profit de son régime avantageux (2).

1) Le champ d'application de la non-discrimination

438. Il est difficile de dresser un panorama de toutes les situations, impliquant une collectivité territoriale ou l'un de ses membres, qui pourraient potentiellement entrer dans le champ des discriminations invocables devant le juge administratif. C'est particulièrement le cas pour les administrés qui sont susceptibles d'invoquer un nombre important de principes d'égalité, et un nombre finalement assez faible de dispositions interdisant les discriminations *stricto sensu*. Pour les agents, au contraire, il existe plusieurs interdictions de discriminer, à caractère général et particulier, qui couvrent un panel très large de situations rencontrées dans le cadre des relations de travail à l'intérieur des collectivités territoriales.

439. **Le champ d'application de l'interdiction de discriminer dans les relations avec les agents publics territoriaux.** L'introduction de la notion de discrimination en droit administratif s'est faite principalement par le biais du statut général de la fonction publique qui contient huit articles spécifiquement dédiés à la question.

440. L'article 6, en plus de garantir la liberté d'opinion des agents[1] interdit, de manière générale, toute « *distinction, directe ou indirecte, […] faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, de leur âge, de leur patronyme, de leur situation de famille, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race* »[2]. Ce sont douze critères[3] qui sont protégés par l'interdiction d'établir toute distinction sur leur fondement. L'article précise également que la collectivité territoriale ne peut pas prendre de mesures de rétorsions à l'égard d'un agent parce « *qu'il a subi ou refusé de subir* » des faits de discrimination, « *qu'il a formulé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire respecter ces principes* », ou bien « *qu'il a témoigné*

[1] Voir supra, n° 265 et s.

[2] Art. 6, al. 2, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, JORF du 14 juillet 1983 p. 2174. Les alinéas suivants instituent les voies de dérogation possibles à cette interdiction : les conditions liées à l'aptitude du fonctionnaire et celles liées à l'âge.

[3] On ne tient pas compte ici des précisions relatives aux opinions – « *politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses* », ni de celles relatives à l'ethnie ou la race – « *appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée* ».

d'agissements contraires à ces principes ou qu'il les a relatés »[1]. Tous ces cas sont susceptibles de bénéficier du régime contentieux de la discrimination. Avec eux, d'autres hypothèses plus particulières entrent également dans ce régime : les discriminations spécifiquement liées au sexe[2], les mesures de rétorsions et les mesures discriminatoires à l'égard des lanceurs d'alertes[3], les faits harcèlement sexuel et assimilés[4], de harcèlement moral[5] et le manquement à l'obligation d'aménagement raisonnable des conditions d'emploi des travailleurs handicapés[6].

441. L'article 6 précise aussi les cas dans lesquels peuvent apparaître les distinctions prohibées. Selon le législateur, il peut s'agir notamment des mesures concernant « *le recrutement, la titularisation, la rémunération, la formation, l'évaluation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation* »[7]. Il convient d'y ajouter la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les actes administratifs créateurs de droit, circulaires[8] puis instructions[9], adressés aux agents contre lesquels il devient possible d'agir en cas de discrimination. A propos d'une mesure d'ordre intérieur, il a considéré que « *dès lors qu'elles ne traduisent aucune discrimination, ces décisions, qui ne portent atteinte ni aux perspectives de carrière ni à la rémunération de l'intéressée, ont le caractère de simples mesures d'ordre intérieur* »[10]. Il laisse supposer ainsi que l'existence d'une discrimination serait de nature, en elle-même, à porter atteinte à un droit subjectif de l'agent, ce qui rendrait la mesure contestable devant le juge administratif. On remarque ainsi que ces actes, par nature difficilement contestables, deviennent justiciable devant le juge administratif dès lors qu'ils sont à l'origine d'une discrimination[11]. Au surplus, on notera la jurisprudence de la Cour de cassation considérant qu'aucun pouvoir de

---

[1] Art. 6, al. 5, 1°, 2°, et 3°, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc.
[2] Art. 6 *bis*, al. 1er, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc.
[3] Art. 6 *ter* A, al. 1 et 2, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc.
[4] Art. 6 *ter*, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc.
[5] Art. 6 *quinquies*, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc.
[6] Art. 6 *sexies*, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc. Voir par ex., CE 28 décembre 2012, n° 350043. ; pour une obligation d'aménagement en raison de l'état de santé fondée sur l'article 6, voir CAA Versailles, 30 avril 2015, n° 14VE00212, Inédit, cons. 11.
[7] Art. 6, al. 5, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc.
[8] CE, Sect., 11 décembre 1970, req. n° 78880, « Crédit Foncier de France », Rec. Lebon p. 750.
[9] CE, Sect., 4 mai 1990, « Association Freudienne », Rec. Lebon p. 111.
[10] CE, 15 avril 2015, n° 373893, « Mme A. c. Direction régional Guadeloupe de Pôle emploi », *AJCT*, 2015, p. 408, comm. M.-C. ROUAULT.
[11] On note également que l'interdiction des discriminations est le seul moyen, avec le manquement à l'obligation d'impartialité, à pouvoir faire annuler la décision d'un jury d'examen ; cf. par ex. CAA Nantes, 7 mars 2014, n° 12NT01549, Inédit : relative à la décision d'un jury de concours interne sur titres et sur épreuves d'agent territorial spécialisé des écoles maternelles 1ère classe organisé par le centre de gestion de la fonction publique territoriale de Loire-et-Cher ; ou encore, CE, 12 mars 2012, n° 354062, « Ministère de la justice et des libertés », Inédit, JurisData n° 2012-005042 : « *que contrairement à ce que soutient le requérant, la circonstance qu'un certain nombre de postes ouverts au titre du concours interne aient été reportés sur le concours externe ne révèle par elle-même aucune partialité de la part du jury ; que le moyen tiré de la discrimination dont il ferait l'objet à raison de ses fonctions de surveillant n'est pas assorti de précisions suffisantes permettant d'en apprécier le bien-fondé* ».

l'administration, fut-il hiérarchique, ne saurait justifier de discrimination *per se*[1]. Une telle attitude serait constitutive d'une voie de fait. Cette jurisprudence s'inscrit dans l'approche européenne de la non-discrimination qui en fait un vecteur de la garantie des droits en général, et du droit à un recours effectif en particulier[2].

442. **Le champ d'application des interdictions de discriminer dans les relations avec les administrés.** Contrairement au droit de la fonction publique, il n'existe pas d'interdiction générale de discriminer dans le cadre des relations avec les administrés mais seulement des dispositions éparses qui peuvent se répartir dans trois volets : économique, social et urbain. Parmi elles, seules les obligations qui se fondent sur les droits européens– en matière économique et urbaine[3] – sont opposables aux collectivités territoriales.

443. En matière économique, l'application des directives sur les marchés publics devant le juge administratif a contribué à garantir l'égalité de traitement des candidats. En application de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne[4], le Conseil d'Etat a sanctionné la procédure de passation du marché public de transport public de la ville de Bordeaux pour « *méconnaissance des principes de transparence et de non-discrimination à l'égard des opérateurs établis hors de France* » car sa publicité n'avait pas été assurée « *dans un support bénéficiant d'une diffusion européenne* »[5]. Plus récemment, le Conseil d'Etat[6] a pu admettre que lorsqu'une clause de marché publics imposant aux candidats la présence d'interprètes en langue française est « *susceptible de restreindre l'exercice effectif d'une liberté fondamentale garantie par le droit de l'Union* », elle constitue un « *manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence* » si elle ne remplit pas les trois conditions imposées[7]. En revanche, il considère « *que cette clause, qui s'applique indistinctement à toute*

---

[1] Cass., 1ère Civ., 19 mars 2015, n° 14-14571, Rec. : l'exercice d'un pouvoir quelconque, même hiérarchique, ne saurait se confondre avec un droit de discriminer.
[2] Voir supra, n° 315 et s.
[3] La matière sociale ne contient que des incitations. Voir supra, n° 426.
[4] CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, « Telaustria Verglas GmbH, Telefonadress GmbH ».
[5] CE, Ord., 1er avril 2009, n° 323585, « Communauté urbaine de Bordeaux, Société Kéolis » : « *compte tenu de l'objet, du montant financier et des enjeux économiques de la délégation de service public à passer, susceptible d'intéresser des opérateurs implantés hors de France, une insertion devait nécessairement être assurée dans un support bénéficiant d'une diffusion européenne* ».
[6] CE, 04 décembre 2017, n° 413366, « Min. de l'Intérieur c. Région Pays de la Loire », T.
[7] Ibid., cons. 6 : « *qu'une mesure nationale qui restreint l'exercice des libertés fondamentales garanties par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne peut être admise qu'à la condition qu'elle poursuive un objectif d'intérêt général, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de celui-ci et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif* ».

entreprise quelle que soit sa nationalité, n'est pas discriminatoire ni ne constitue une entrave à la libre circulation »[1] contrairement à ce que l'instruction interministérielle semblait indiquer[2].

444. En matière d'aménagement du territoire, les collectivités territoriales sont soumises à deux obligations dont les manquements sont assimilables à des discriminations. La première, tirée de la loi du 31 mai 1990[3], oblige les communes de plus de 5000 habitants à aménager des aires d'accueil pour les gens du voyage. Sous l'influence du droit de la CEDH[4], la Cour administrative d'appel de Marseille a considéré qu'il s'agit d'une des « *obligations de non-discrimination à l'égard de l'accueil des gens du voyage* »[5]. Elle rejoint les considérations liées au droit au logement des Rroms et des gens du voyage qui s'impose au législateur[6] et aux autorités locales[7]. En second lieu, dans une interprétation extensive reprenant le raisonnement du juge de l'Union européenne, le Conseil d'Etat considère, dans un arrêt d'assemblée du 22

---

[1] Ibid. Voir aussi, TA Nantes, 7 juillet 2017, n° 1704447 : « *si elles ne sont pas neutres sur la formation des offres, elles trouvent à s'appliquer sans discrimination, même indirecte, à toutes les entreprises soumissionnaires, quelle que soit la nationalité des personnels présents sur le chantier […] ; il ne résulte pas davantage de l'instruction qu'elles s'appliqueraient de manière discriminatoire* » ; CE, 8 février 2019, n° 420296, « Veolia Eau et SIIAP », T.

[2] Instruction interministérielle du 27 avril 2017 relative aux délibérations et actes des collectivités territoriales imposant l'usage du français dans les conditions d'exécution des marchés, NOR : ARCB1710251J (Clause dite « Molière ») : est « *interdite toute mesure constituant une discrimination indirecte, entendue comme une mesure apparemment neutre mais susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour les entreprises étrangères, alors même qu'elle n'est pas justifiée par un objectif légitime et qu'elle ne consiste pas en un des moyens appropriés et nécessaires pour réaliser cet objectif* ». Voir, CJCE, 3 juin 1992, aff. C-360/89, « Commission c. République Italienne », point 11 : sont prohibées « *non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat* ».

[3] Art. 28, Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, JORF n° 0127 du 2 juin 1990 p. 6551 abrogé (art. 10) et repris (art. 1er) par la loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage, JORF n° 0155 du 6 juillet 2000 p. 10189.

[4] CEDH, 17 octobre 2013, req. n° 27013/07, « Winterstein c. France » ; voir, A. BILLARD, J.-P. FOEGLE, T. MARTIN et A. TAMOUZA, « Un cinglant désaveu de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de logement des gens du voyage », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 5 décembre 2013. Le Comité des régions, institution de l'Union européenne, met en avant le rôle central des collectivités territoriales sur la question ; cf. § 28, Avis du Comité des régions sur « L'intégration sociale et économique des Roms en Europe », JOUE C 42 du 10 février 2011, pp. 23–27 : le Comité « *estime que dans le cadre de leurs politiques d'urbanisation et de logement, les collectivités locales peuvent jouer un rôle stratégique qui peut avoir, à son tour, une incidence très forte sur l'élimination des conditions favorisant l'exclusion et les risques pour la population rom* ».

[5] CAA Marseille, 12 avril 2007, n° 04MA01237 : « *considérant que, […] le rapport de présentation annexé à la révision du plan d'occupation des sols n'apporte ni information ni précision sur les modalité selon lesquelles la commune de Cagnes-sur-Mer entend se conformer à ses obligations de non-discrimination à l'égard de l'accueil des gens du voyage ; […] qu'en conséquence, ladite délibération, qui ne respecte pas les dispositions de l'article L-121-10 ancien du code de l'urbanisme est entachée d'illégalité ; que c'est, dès lors, à bon droit, contrairement à ce que soutient la commune de Cagnes-sur-Mer, que le Tribunal administratif de Nice en a prononcé l'annulation* ».

[6] Cons. const., 30 septembre 2011, n° 2011-169 QPC, *AJCT*, 2012, p.51.

[7] TA Bordeaux, 25 juillet 2012, n° 1003860, *AJCT*, 2012, p. 633, Redevance d'occupation sans titre du domaine public imposée aux gens du voyage, comm. R. BONNEFONT.

octobre 2010, que l'obligation de mise en accessibilité des lieux accueillants du publics[1] constitue une mesure de transposition de l'article 2 de la directive n° 2000/78/CE[2] interdisant les discriminations, directes et indirectes, en matière d'emploi, « *nonobstant le fait [que l'Etat] n'est pas l'employeur des avocats* »[3]. Toutefois, en l'espèce, il refuse de retenir la qualification de « *discrimination indirecte* » proposée par le rapporteur public pour lui préférer la responsabilité sans faute pour rupture d'égalité devant les charges publiques[4].

445. La notion de discrimination, transposée des droits européens, du droit de l'Union européenne en particulier, a bien pénétré le droit de la fonction publique en couvrant l'ensemble des situations de discrimination possibles dans le cadre des relations de travail à l'intérieur des collectivités territoriales. Dans ce domaine, la notion fait concurrence aux principes d'égalité – égale admissibilité, égalité dans un même cadre d'emplois, et entre les cadres d'emplois – devant le juge administratif. S'agissant des relations avec les administrés, l'emploi des principes d'égalité – égalité devant le service public, les charges publiques, le domaine public, ou les normes[5] – demeure largement la règle ; la discrimination n'est invoquée qu'à titre éminemment supplétif dans les quelques situations couvertes par les droits européens. Par conséquent, il est rare qu'un administré puisse bénéficier du régime contentieux de la discrimination devant le juge administratif.

2) Le régime contentieux devant le juge administratif

[1] Art. L. 111-7-3, Code de la construction et de l'habitation, créé par la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF n°36 du 12 février 2005, p. 2353.

[2] Dir. n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

[3] CE, Ass., 22 octobre 2010, n° 301572, « Madame Bleitrach », Rec. Lebon : « *si cette directive, qui concerne le cadre de l'emploi et du travail, impose à titre principal, en ce qui concerne les aménagements raisonnables à réaliser pour les personnes handicapées, des obligations aux employeurs, elle a également pour effet d'imposer à l'Etat, alors même qu'il n'est pas l'employeur des avocats, des obligations à l'égard de ces derniers lorsque ceux-ci, qui ont la qualité d'auxiliaire de justice et apportent un concours régulier et indispensable au service public de la justice, exercent une part importante de leur activité professionnelle dans des bâtiments affectés à ce service public ; qu'en particulier, l'Etat est tenu de prendre des mesures appropriées pour créer, en fonction des besoins dans une situation concrète, des conditions de travail de nature à permettre aux avocats handicapés d'exercer leur profession, sauf si ces mesures imposent une charge disproportionnée ; que ces mesures appropriées doivent inclure, en principe, l'accessibilité des locaux de justice, y compris celles des parties non ouvertes au public mais auxquelles les avocats doivent pouvoir accéder pour l'exercice de leurs fonctions ; que l'article 41 de la loi du 11 février 2005, qui a créé l'article L. 111-7-3 du code de la construction et de l'habitation, constitue une mesure qui contribue à la mise en œuvre de la directive en ce qu'il met à la charge de l'Etat, nonobstant le fait qu'il n'est pas l'employeur des avocats, l'obligation de rendre accessible aux personnes handicapées la partie ouverte au public des locaux judiciaires.* »

[4] C. ROGER-LACAN, concl. sur CE, Ass., 2 octobre 2010, « Madame Bleitrach », *RFDA*, 2011, p. 141

[5] Voir supra, n° 148 et s.

446. En matière administrative, une collectivité territoriale pourra voir sa responsabilité pour faute engagée pour des faits de discrimination dès lors que cette faute constitue une faute de service ou non dénuée de tout lien avec le service. En cas de discrimination directe à l'encontre d'un administré, l'agent sera plus probablement poursuivi, à titre personnel, au niveau pénal[1] ou civil[2], de sorte que la collectivité pourra facilement s'exonérer de toute responsabilité ou obtenir le recouvrement des indemnités versées en solidarité avec son agent. En cas de discrimination indirecte, l'administré devra invoquer le principe d'égalité. Dans cette hypothèse, la faute de service sera facilement retenue. Ce sont donc principalement les agents qui peuvent bénéficier du régime contentieux de la non-discrimination. Toutefois, les avantages accordés, que ce soit le régime d'administration de la preuve ou les possibilités de tierce intervention, n'ont pas bouleversé le traitement contentieux des discriminations[3].

447. **L'aménagement de l'administration de la preuve.** Appliquant le principe de liberté de la preuve[4], comme le juge pénal, le juge administratif a admis deux types d'aménagement en matière d'administration de la preuve. Le premier porte sur la charge de la preuve qui ne revient plus exclusivement au requérant[5]. Le second porte sur les modes de preuve permettant de déceler le caractère discriminatoire d'une mesure ou d'un comportement.

448. L'article 19 de la loi du 30 décembre 2004 indique que « *toute personne qui s'estime victime d'une discrimination […] établit devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* »[6]. Le Conseil constitutionnel a précisé que le requérant devait « *établir la matérialité* » des éléments de faits « *précis et concordants* »[7] pour parvenir à renverser la charge de la preuve[8]. La question de l'application de cet aménagement au juge administratif s'est posée

---

[1] Voir infra, n° 488 et s.

[2] La Cour de cassation considère que la discrimination directe entre dans les hypothèses de la voie de fait ; cf. Cass. 1ère Civ., 19 mars 2015, n° 14-14571, Bull. civ.

[3] L'assimilation des mesures de rétorsions à de la discrimination entre également dans cette logique de protection des situations de vulnérabilité face à l'action en justice dont sont victimes les personnes discriminées et celles et ceux qui souhaitent les aider.

[4] Par ex., CE, Sect., 16 juillet 2014, n° 355201, « Ganem », Rec. Lebon.

[5] Le législateur, en 2001, avait souhaité établir un renversement complet de la charge de la preuve que le Conseil constitutionnel a censuré ; cf. Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, *AJDA*, 2002, p. 1163, étude F. RENEAUD.

[6] Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, JORF n° 0304 du 31 décembre 2004 p. 22567 ; Art. 4, Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, JORF n° 0123 du 28 mai 2008 p. 8801.

[7] Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, préc.

[8] Voir aussi, concl. M. GUYOMAR, sur l'affaire « Perreux », *RFDA*, n°6, 2009, p. 1125 : il évoque des éléments « *suffisamment nombreux, précis et concordants* ».

dans la mesure où les directives accordait une exception pour les procédures inquisitoires[1]. Le Conseil d'Etat[2] a finalement adopté ce régime au regard « *des difficultés propres à l'administration de la preuve [en matière de discrimination] et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes* »[3]. Il ajoute que « *la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu [des] échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile* »[4]. Cette reconnaissance par le juge administratif n'a finalement rien apporté puisque cette méthode en trois temps lui est déjà « *familière* »[5] : 1/ la partie demanderesse apporte, à l'appui de ses allégations, tous les moyens de preuve dont elle dispose[6] ; 2/ si la requête est imprécise ou vague elle sera rejetée[7] ; 3/ en cas de présomption sérieuse[8], le juge pourra compléter le dossier en ordonnant des mesures

---

[1] Le gouvernement français exprimait ainsi une idée très répandue lorsqu'il soutenait, devant le Comité européen des droits sociaux (cf. Résolution ResChS (2006) 5, 12 juillet 2006, « Sud Travail c. France »), que « *la procédure administrative contentieuse à laquelle sont soumis les agents de droit public entre dans le champ de la dérogation prévue [par l'article 10, § 5 de la directive], car elle est inquisitoriale* ». Cette façon de voir a été confirmée par la Commission européenne qui, dans sa mise en demeure du 21 mars 2007, n'a pas cru devoir reprocher à la France le manquement aujourd'hui décelé par l'assemblée du contentieux.

[2] Sanction d'une cour administrative d'appel n'ayant pas appliqué le régime d'aménagement de la jurisprudence *Perreux*, voir CE, 22 février 2012, n° 343410, Chambre régionale d'agriculture de Provence-Alpes-Côte d'Azur ; refus du régime de la directive, voir CE, 13 juin 2012, n° 333798, 337185, 337186, « Ministère de l'économie, des finances et du commerce extérieur », inédit.

[3] CE, 30 octobre 2009, n° 298348, « Mme Perreux », Rec. Lebon ; G. CALVES, « De manière générale... » : le Conseil d'Etat face au droit communautaire de la non-discrimination », *D.*, 2010, p. 553 : la référence aux « *exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense* » dans la jurisprudence *Perreux* permet de penser que le Conseil d'Etat aligne le régime de la preuve en matière de discrimination dans la fonction publique sur celui du logement. « *Il en résulterait qu'en matière d'emploi, il serait nettement plus difficile de faire naître une présomption de discrimination dans le secteur public que dans le secteur privé, solution fort peu satisfaisante, et même choquante. Un tel choix mettrait par ailleurs le juge administratif en contravention avec les exigences du droit communautaire* ». Voir aussi, CE, 3 avril 2014, n° 355846, « Mme B. et Syndicat de la magistrature ».

[4] CE, 30 octobre 2009, n° 298348, « Madame Perreux », Rec. Lebon ; concl. M. GUYOMAR, *RFDA*, n°6, 2009, p. 1125. Pour une affaire au contexte similaire où le Conseil d'Etat donne gain de cause à la requérante, voir CE, 10 janvier 2011, « Madame Lévêque », n° 325268, *AJFP*, 2011, p. 162.

[5] M.-C. ROUAULT, « La discrimination sort de l'ordre administratif interne pour accéder au prétoire », comm. CE, 15 avril 2015, n° 373893, *AJCT*, 2015, p. 408. Voir not., CE, Ass., 28 mai 1954, n° 28238, Rec. Lebon p. 308 ; *AJDA*, 2014, p. 88, chr. J.-H. STAHL : les requérants soutenaient n'avoir été éliminés de la liste des candidats autorisés à prendre part au concours d'admission à l'ENA qu'à raison de leurs opinions politiques et se prévalant « *à l'appui de leurs allégations de circonstances et de faits précis constituant des présomptions sérieuses* ».

[6] CE, Sect., 23 décembre 1955, « Lévy », Rec. Lebon p. 608.

[7] CE, 9 juillet 1954, « Cordelet », Rec. Lebon p. 439.

[8] Certains jugent montrent une certaine sévérité à l'égard de ces commencements de preuve ; voir par ex., TA Poitiers, 1er décembre 2010, req. n° 0803037, « M. Guerin » : relatif à un retard de carrière d'un agent public non justifié et sans que la valeur de l'agent ne soit contestée (confirmée par CE, 21 novembre 2012, « M. Guerin ») ; CAA Paris, 3 décembre 2013, n° 10PA04562, « El Hadj » : refus d'une allocation de recherche à une étudiante libanaise validé alors que la requérante avait apporté une lettre du doyen dans laquelle ce dernier avouait avoir voulu privilégier une étudiante de nationalité française ainsi que la signature d'une transaction avec le co-major de la promotion pour attribuer l'allocation. Voir encore, CE, 25 janvier 2012, n° 348269, inédit.

d'instruction[1]. Généralement le juge administratif fait un usage parcimonieux de son pouvoir d'instruction[2].

449. A propos des modes de preuve cette fois, les juges ont reconnu la valeur probante des nouvelles méthodes d'évaluation et d'enquêtes issues des sciences sociales avec pour objectif essentiel de révéler le caractère discriminatoire d'une mesure ou d'un comportement : les rapports de situation comparées. La valeur probante du *testing*, ou test de situation[3], a été pour la première fois reconnue devant les juridictions pénales[4] puis civiles mais pas devant le juge administratif. Le second mode de preuve provient d'une méthode statistique consistant à utiliser des panels d'individus[5] pour révéler la discrimination indirecte subie par certains publics dans l'évolution de leur carrière. Le juge administratif se l'est appropriée en réalisant lui-même ses propres statistiques pour écarter une demande de réparation du préjudice subi pour un retard dans l'avancement de carrière[6]. Compte tenu des difficultés à mettre en place les nouveaux modes de preuve, par testing ou statistiques[7], cette initiative du juge administratif est à saluer. On note enfin la particularité offerte par l'article 18 du statut général de la fonction publique qui crée une présomption irréfragable de causalité en interdisant d'inscrire les opinions de l'agent dans son dossier, comme dans tout document administratif[8]. A défaut, l'agent victime

---

[1] Le Conseil d'Etat a réaffirmé ses « *pouvoirs généraux d'instruction des requêtes* » ; cf. CE, 26 novembre 2012, n° 354108, « Madame Cordière », Rec. Lebon p. 394.

[2] Toutefois, dans une espèce marquante, après avoir rappelé qu'il lui revient la « *responsabilité* » d'obtenir les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction, il rappelle qu'en matière de discrimination, son pouvoir doit « *s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences* » ; cf. CE, 20 novembre 2013, n° 362879, « DCNS », inédit.

[3] L. BERENI et V.-A. CHAPPE, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix*, n° 94, 2011/2, pp. 7-34, spéc. p. 17. Pour une analyse des différences entre l'emploi scientifique et judiciaire de la méthode du *testing*, cf. G. CALVES, « Au service de la connaissance et du droit : le *testing* », *Horizons stratégiques*, n° 5, 2007/3, pp. 8-16. Art. 4, al. 2, Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 indique, concernant les testeurs que « *le fait que la victime ait seulement poursuivi l'objectif de démontrer l'existence d'un agissement ou d'une injonction discriminatoire n'exclut pas, en cas de préjudice causé à cette personne, la responsabilité de la partie défenderesse* ».

[4] Voir aussi, M. BECKERS, « La licéité des enregistrements clandestins en matière de harcèlement sexuel », *Semaine sociale Lamy*, 2015, n° 1680, p. 9 et s.

[5] Voir par ex., V.-A. CHAPPE, « La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, n° 23, 2011/2, pp. 45-55.

[6] CE, 20 novembre 2013, n° 362879, « DCNS », inédit. Voir, CAA Nantes, 19 juillet 2012, n° 10NT01079 et 10NT01080 ; CAA Nantes, 19 juillet 2012, n° 10NT01075 et 10NT01076 ; CAA Nantes, 10 janvier 2013, n° 10NT01069 et 10NT01070.

[7] Voir, O. LECLERC, « Égalité des personnes et modes de preuve. À propos des usages du raisonnement statistique dans la preuve des discriminations », in G. BORENFREUND et I. VACARIE, *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Dalloz, 2013, pp. 77-94 ; V.-A. CHAPPE, « La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, n° 23, 2011/2, pp. 45-55

[8] CE, 28 septembre 1988, « M. Merlinghi », *AJDA*, 1989, obs. S. SALON : pour l'inscription à un concours interne ; CE, 27 septembre 2000, req. n° 189318, « M. Rocca », *AJDA*, 2000, p. 955 ; *AJFP*, 2001-1, p. 34 : pour l'établissement d'un tableau d'avancement de grade qui comprend la manière dont est exercée l'activité syndicale. En revanche, les troubles médico-sociaux peuvent y figurer ; CAA Nantes, 14 mai 2004, « Mme Danielle X », n° 00NT01548.

de discrimination en raison de ses opinions devra prouver qu'elles étaient connues de l'administration[1].

450. « *En définitive, les règles de preuve dépassent le champ de la technique juridique. Il apparaît que l'enjeu des règles de preuve correspond davantage à la capacité de la culture juridique française à intégrer le concept de vulnérabilité du justiciable* »[2]. Les victimes de discrimination entrent évidemment dans cette catégorie de vulnérables. L'inconvénient majeur réside dans les moyens nécessaires pour réaliser ces méthodes. A cet effet, le droit garantit et encourage l'accompagnement des victimes de discrimination.

451. **Les mécanismes d'accompagnement des victimes.** Pour soutenir les victimes de discrimination, le droit de l'Union européenne encourage leur accompagnement par des organes indépendants : associations[3], syndicats et autorités administratives.

452. La loi du 16 novembre 2001[4] autorise les associations, régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans et ayant comme objet la lutte contre les discriminations, à ester en justice au côté des victimes de discrimination avec leur accord écrit[5]. En matière administrative, l'article R. 779-9 du code de justice administrative indique que l'association peut, après accord, « *exercer les actions en justice qui naissent de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 en faveur de la victime d'une discrimination* ». Or, on sait que cette loi ne couvre que peu de cas qui concernent les collectivités territoriales. L'article ajoute que l'intéressé pourra, à tout moment, intervenir dans l'instance engagée par l'association ou y mettre fin[6]. Les directives de l'Union

---

[1] HALDE, délibération n° 2009-40 du 9 février 2009 ; HALDE, délibération n° 2009-411 du 21 décembre 2009 : le maire « *ne pouvait ignorer les opinions politiques* » de l'intéressé.

[2] A. GRANERO, « L'adaptation des règles de preuve à raison de la vulnérabilité du justiciable en droit administratif », in V. DONIER et B. LAPEROU-SCHENEIDER, *L'accès à la justice de la personne vulnérable en droit interne*, éd. L'Epitoge, 2016, pp. 157-170, spéc. p. 170.

[3] Art. 7, Dir. n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; art. 9, Dir. n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; art. 17, Dir. n° 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) : les États membres doivent désormais prévoir que « *les associations, les organisations ou les personnes morales qui ont, conformément aux critères fixés par leur législation nationale, un intérêt légitime à assurer que les dispositions de la présente directive sont respectées puissent, pour le compte ou à l'appui du plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue pour faire respecter les obligations découlant de la présente directive* ».

[4] Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, JORF n° 267 du 17 novembre 2001, p. 18311.

[5] Devant le juge du travail, les syndicats sont dispensés d'obtention de l'accord de la victime de discrimination qui peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat. Il suffit que celle-ci ait été avertie par écrit de cette action et qu'elle ne s'y soit pas opposée dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention d'agir. Cf. article L. 1134-2, Code du travail.

[6] Art. R. 779-9, Code de justice administrative. Voir, CE, 4 novembre 2015, n° 375178, *AJCT*, 2016, p. 222 : une association ayant un ressort d'action national peut contester un acte dont la portée est purement locale.

européenne[1] ont également obligé les Etats membres à instituer un organisme chargé de la lutte contre les discriminations avec pour compétences d'assister les victimes de discriminations en apportant une aide indépendante en vue d'engager une procédure[2]. En plus d'accompagner les victimes dans leur démarche, le Défenseur des droits, anciennement la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), peut également intervenir lors d'un procès pour émettre un avis sur l'espèce. On note qu'il peut adopter des délibérations et des recommandations sur les affaires dont il est saisi qui ne manqueront pas d'intéresser le juge lorsqu'il aura à se prononcer sur les affaires correspondantes.

453. Dans sa thèse, Vincent-Arnaud CHAPPE montre comment le travail du syndicaliste François CLERC sur la méthode des panels, associé au réseau de Tiennot GRUMBACH au sein du Syndicat des avocats de France, ont permis de réunir « *un collectif d'aidants, composé d'avocats mais aussi d'inspecteurs du travail, capables de prendre en charge les dossiers de discrimination syndicale sur toute leur longueur* »[3]. Cet accompagnement a été décisif lors de plusieurs espèces et a donné naissance à ce nouveau mode de preuve qui permet de démontrer la discrimination indirecte subie par un groupe de salariés[4]. Les associations constituent aussi une aide précieuse, pour l'utilisation du *testing* par exemple : l'association SOS Racisme en a fait une arme de dissuasion à l'égard de certains établissements[5]. Elles peuvent aussi intervenir dans la procédure aux côtés de la victime. Le Défenseur des droits agit de manière similaire en accompagnant les victimes tout au long de la procédure, y compris lors d'opérations de *testing*.

454. Le régime contentieux de la discrimination est un régime volontairement plus protecteur afin de faciliter le recours au droit des victimes. Toutefois, dans son bilan d'activité de 2014, le Défenseur des droits constatait que nonobstant « *le dispositif d'aménagement de la charge de*

---

[1] Art. 11, Dir. n° 2000/43, n° 2002/73 et 2006/54, n° 2010/41/UE concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante. Sur l'application par les États membres, voir not. R. HOLTMAAT, *Des catalyseurs du changement ? Les organismes de promotion de l'égalité de traitement aux termes de la directive 2000/43/CE. Existence, indépendance et efficacité*, Rapport de la Commission européenne, mars 2006.

[2] Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, préc.

[3] Voir, V.-A. CHAPPE, *L'égalité en procès : sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, thèse de Sociologie, Ecole normale supérieure de Cachan, 2013, p. 463. Il ajoute, « *la méthode de preuve par panel fonctionne donc comme un dispositif de mise en relation de différents acteurs juridiques avec F. Clerc : en les "formant" à cette méthode qu'il s'approprie progressivement, il les fait rentrer dans son réseau de connaissances mobilisables, augmentant alors du même coup son efficacité, c'est-à-dire sa capacité à "monter" des dossiers* » (cf. ibid.).

[4] Voir aussi, V.-A. CHAPPE, « Le droit au service de l'égalité ? Comparaison des sociologies du droit de la non-discrimination française et états-unienne », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, n° 27, 2014 ; V.-A. CHAPPE, « La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, n° 23, 2011/2, pp. 45-55.

[5] SOS Racisme est à l'origine de la reconnaissance du *testing* devant les juridictions françaises ; cf. Cass. Crim., 11 juin 2002, Bull. crim. n° 131. L'association mène régulièrement des campagnes de *testing* à plus ou moins grande échelle.

la preuve institué par le droit de l'UE, puis le droit français, celle-ci restait difficile à apporter, les indices laissant présumer la discrimination demeurant délicats à rassembler par la personne concernée »[1]. A la lecture des décisions des juridictions administratives, il semblerait que « *le fardeau de la preuve continue à reposer sur le requérant dans la mesure où d'une part les juges du fond semblent difficilement intégrer le mécanisme d'allègement de la charge de la preuve*[2]*, et, que, d'autre part, l'évolution des règles de preuve ne conduit pas à rompre l'inégalité réelle des parties* »[3]. Finalement, devant le juge administratif[4], il semble que les avancées en provenance du droit de l'Union européenne n'aient pas eu l'effet escompté. Il en va différemment de la matière pénale où certains modes de preuve ont été particulièrement bien accueillis par les victimes.

B) Les conditions de la responsabilité devant le juge pénal

455. Si devant le juge administratif l'interdiction des discriminations concerne principalement les agents territoriaux, le droit pénal est plus naturellement destiné aux contentieux surgissant dans le cadre des relations entre les collectivités territoriales et les

[1] DDD, *Bilan d'activité 2014*, janvier 2015, site : www.defenseurdesdroits.fr, p. 34.

[2] Par ex., TA Cergy-pontoise, 15 septembre 2011, req . n° 0809428 ; CE, 22 février 2012, n° 343410, « Madame Arnaud-Eraud » : le Conseil d'Etat censure pour erreur de droit l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille qui, pour écarter le moyen tiré des pratiques discriminatoires alléguées par la requérante, « *n'a pas recherché si celle-ci lui soumettait des éléments de faits susceptibles de faire présumer une atteinte au principe d'égalité de traitement des personnes, puis si le défendeur produisait ceux permettant d'établir que les décisions critiquées comme discriminatoires reposaient sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, mais au contraire recherché si la requérante établissait elle-même la discrimination alléguée* ».

[3] A. GRANERO, « L'adaptation des règles de preuve à raison de la vulnérabilité du justiciable en droit administratif », art. cit., spéc. p. 165. En matière de discriminations, Aurore GRANERO « *constate que si le juge ne neutralise pas les règles du jeu de la preuve en intervenant lui-même dans la procédure en utilisant ses moyens d'investigation, le justiciable reste démuni face à la difficulté [à en] prouver l'existence […]. Le rôle du juge est donc particulièrement déterminant puisque tout allègement ou renversement de la charge de la preuve est conditionné par son intime conviction, c'est-à-dire, que tout dépend du seuil d'exigence ou de précision des éléments de preuve demandés à la victime d'une discrimination* » (ibid., pp. 169-170).

[4] Pour une critique du mécanisme devant le juge judiciaire, voir M.-T. LANQUETIN (sous la direction de), *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, Note n° 2 du Conseil d'orientation du Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations, octobre 2000, p. 30. Certains auteurs invitent mêmes les salariés victimes de discrimination à renoncer à invoquer cette règle allégeant le fardeau de la preuve pour apporter directement « *des éléments de nature à emporter la conviction du juge (…) et profiter de la règle suivant laquelle le doute profite au salarié* » ; voir aussi, L. GAMET, « La preuve en droit du travail », in L. CADIET, C. GRIMALDI et M. MEKKI, *La preuve : regards croisés*, Dalloz, 2015, p. 29 et s., spéc. p. 50 ; N. FERRE, « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », Presses de Sciences Po, *Revue Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004, p. 33 et s., spéc. p. 49 ; S. BENICHOU, *Le droit à la non-discrimination « raciale », Instruments juridiques et politiques publiques*, thèse de Droit public, Université Paris Ouest-Nanterre-La Défense, 2011, not. p. 181.

administrés. Applicable à tous les individus, quel que soit leur statut, le code pénal interdit les discriminations dans un certain nombre de situations pouvant impliquer les membres de la collectivité territoriales – agents et élus – en lien avec l'exercice de leurs fonctions (1). Le régime contentieux associé à ces cas de discrimination pénalement répréhensibles est propre à la matière avec des aménagements similaires au contentieux administratif pour les affaires de discrimination (2).

1) Le champ d'application de la non-discrimination

456. Le droit pénal est la première branche du droit français à avoir intégré la notion de discrimination suite à la loi « Pleven » de 1972[1] qui met en application dans l'ordre juridique interne les dispositions de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciales entrées en vigueur en 1969. Elle inscrit trois délits de presse – la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, l'injure et la diffamation à caractère raciste[2] – et le délit de « discriminations raciales ». Depuis, l'incrimination s'est étoffée de nombreux critères et de nouvelles situations, ainsi que des dérogations y afférentes, de sorte que l'on peut distinguer ses fondements et leur portée au regard des particularités de la matière.

457. **Les fondements de l'interdiction de discriminer dans le code pénal.** Aujourd'hui, une collectivité territoriale ou l'un de ses membres peuvent être condamnés pour discrimination sur la base de deux fondements différents. Tout d'abord, l'article 225-1 du Code pénal dispose à l'alinéa 1er que « *constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion*

[1] Loi n° 72-546 du 1er juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, JORF n°0154 du 2 juillet 1972, p. 6803
[2] Art.24, 32 et 33, Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, préc. Voir supra, n° 401 et s.

déterminée ». Ce sont donc vingt-trois critères[1] qui sont protégés dans une liste harmonisée avec les dispositions de la loi de 2008[2] et du code du travail[3].

458. Le second alinéa applique les mêmes dispositions aux personnes morales. L'article 225-2 expose six comportements auxquels l'interdiction s'applique : « *refuser la fourniture d'un bien ou d'un service* », « *entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque* », refuser d'embaucher, de sanctionner ou de licencier une personne, « *subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 […]* », « *subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 […]* », et « *refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale* ». On constate que les situations visées sont décrites assez largement de sorte que ces dispositions couvrent de nombreux cas pouvant s'inscrire dans le champ des compétences des collectivités territoriales.

459. Le second fondement constitue une disposition particulière, comprise à l'article 432-7[4] du même code qui sanctionne les discriminations commises « *par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission […] lorsqu'elle consiste […] à refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi*[5] *[ou] à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque* ». Il s'adresse plus particulièrement aux agents[6]. Malgré son champ d'application étendu, qui rejaillit sur les éléments matériel et moral constitutifs de l'infraction[7], l'interdiction de discriminer demeure circonscrite dans sa portée, par comparaison avec le traitement dont elle fait l'objet devant les juridictions européennes, par les spécificités de la matière pénale.

460. **La portée des interdictions de discriminer dans la matière pénale.** La matière pénale contient des particularités qui influent sur la portée de la notion de discrimination. En premier

---

[1] On ne compte pas les précisions relatives à la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, « *apparente ou connue de son auteur* » et celles relatives à l'ethnie, la Nation, la race ou la religion – « *de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée* »

[2] Art. 1er, Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, préc.

[3] Art. L. 1132-1, Code du travail.

[4] Loi n° 77-574 du 7 juin 1977 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, JORF n° 0131 du 8 juin 1977 p. 3151.

[5] Le refus de droit exclut les actes avec une part d'aléa comme un concours par exemple ; cf. Cass. Crim., 24 mars 1998, Bull. crim. n° 108 ; *Droit Pénal* 1998, p. 95, obs. VERON (ordonnance de refus d'instruction confirmée pour ne pas avoir été reçu aux épreuves écrites du troisième concours de l'ENA pour des raisons liées à ses opinions politiques).

[6] Par ex., CA Papeete, 1er septembre 2011, n° 292-133, JurisData n° 2011-021235, *JCP Générale*, 2011, p. 1132.

[7] Sur ce point, voir, M. DANTI-JUAN, « La sanction pénale », in F. LEMAIRE et B. GAURIAU, *Les discriminations*, Actes du colloque organisé les 13 et 14 octobre 2011 par le Centre Jean Bodin de l'Université d'Angers, éd. Cujas, Coll. Actes & Etudes, 2012, pp. 133-141, spéc. pp. 134-135.

lieu, Michel DANTI-JUAN évoque les inconvénients liées à l'élément légal de l'infraction qui « *semble contraindre le législateur à faire continuellement œuvre d'énumération et de définition, avec tous les risques que peut présenter à terme l'élaboration et la tenue d'un aussi fastidieux catalogue* »[1]. Il vise notamment le risque de « *fatalité du catalogue* »[2] avec la multiplication exponentielle des lois venues ajouter de la confusion avec de nouveaux critères et de nouvelles situations[3], et le risque de « *perversité du catalogue* »[4] au sens où il amplifierait, en le portant sur la place publique, le phénomène des discriminations. On rappellera surtout que la pratique du catalogue par le législateur, au-delà des considérations politiques, est aussi un moyen de mettre en échec le principe d'interprétation stricte de la loi pénale qui rend les listes de critères nécessairement exhaustives. Quand bien même le juge pénal a parfois fait preuve de liberté, rattachant par exemple l'orientation sexuelle au mœurs, l'inscription de l'orientation sexuelle parmi les critères de la discrimination est le seul moyen d'éliminer le risque de revirement de jurisprudence. Au surplus, l'élément intentionnel nécessaire à la caractérisation de l'infraction empêche de reconnaître l'existence de discriminations indirectes dont la qualification ne ressort que d'éléments matériels définis de manière vague[5]. En effet, il n'est pas possible d'« *ériger un délit de simples situations qui ne trouveraient pas leur origine dans des sentiments et des agissements susceptibles de se traduire en éléments constitutifs suffisamment concrets et clairement indentifiables* »[6].

461. Enfin, on retiendra également la présence de six dérogations inscrites à l'article 225-3 qui refusent l'application de l'incrimination aux « *discriminations fondées sur l'état de santé lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture* » de certains risques, « *aux discriminations fondées sur l'état de santé ou le handicap, lorsqu'elles consistent en un refus d'embauche ou un licenciement fondé sur l'inaptitude médicalement constatée* », « *aux discriminations fondées, en matière d'embauche, sur un motif*

---

[1] M. DANTI-JUAN, « La sanction pénale », art. cit., spéc. p. 140.
[2] Ibid., p. 140.
[3] Art. 225-1-1, créé par Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 (art. 3) : « *constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33 ou témoigné de tels faits, y compris, dans le cas mentionné au I du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés* » ; Art. 225-1-2, créé par Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 (art. 177) : « *constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de bizutage définis à l'article 225-16-1 ou témoigné de tels faits* ».
[4] M. DANTI-JUAN, « La sanction pénale », art. cit., spéc. p. 141.
[5] Une discrimination indirecte est constituée « *lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre, est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes* » ; art. 2, 2, b), Dir. n° 2000/73 du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JOUE L 180 du 19 juillet 2000, p. 0022 - 0026
[6] M. DANTI-JUAN, « La sanction pénale », art. cit., spéc. p. 140.

[discriminatoire], lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée », « *aux discriminations fondées, en matière d'accès aux biens et services, sur le sexe lorsque cette discrimination est justifiée par la protection des victimes de violences à caractère sexuel, des considérations liées au respect de la vie privée et de la décence, la promotion de l'égalité des sexes ou des intérêts des hommes ou des femmes, la liberté d'association ou l'organisation d'activités sportives* », « *aux refus d'embauche fondés sur la nationalité lorsqu'ils résultent de l'application des dispositions statutaires relatives à la fonction publique* », ainsi qu'« *aux discriminations liées au lieu de résidence lorsque la personne chargée de la fourniture d'un bien ou service se trouve en situation de danger manifeste* ». Sur ce dernier point, l'article précise que « *les mesures prises en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques et visant à favoriser l'égalité de traitement ne constituent pas une discrimination* »[1]. Toutes ces dérogations intéressent, en tant qu'employeur et en tant que régulateur du social[2], les collectivités territoriales.

462. La matière pénale a servi à bâtir sur les fonts baptismaux la politique de lutte contre les discriminations en la plaçant, de prime abord, dans une logique répressive. Elle a pu notamment inspirer le juge administratif, lorsqu'il indique par exemple que l'interdiction des discriminations à caractère raciste constitue un « *principe, rappelé par la loi du 1er juillet 1972, selon lequel aucune offre d'emploi ne peut être subordonnée à une condition fondée sur l'origine ethnique* »[3]. Il confirme ainsi l'empreinte laissée par cette genèse qui a également eu pour effet de d'élever la matière pénale et l'action en justice dans le débat public et inversement de faire entrer les enjeux politiques liées au phénomène de la discrimination devant les tribunaux. Cette politisation de l'usage du droit pénal de la non-discrimination[4] s'est déroulée à la faveur d'un régime contentieux pouvant faire intervenir des acteurs extérieurs, notamment associatifs, dans la procédure, jusqu'à l'instance.

---

[1] Art. 225-3, 6°, al. 2, Code pénal.

[2] Voir infra, n° 1138 et s.

[3] CE, 27 juin 1990, req. n° 52380, « Association et promotion des langues de France », inédit : « *considérant, d'autre part, que la disposition contestée, qui offre seulement aux candidats la possibilité de subir une épreuve facultative dans la langue de leur choix, ne saurait être regardée comme méconnaissant le principe, rappelé par la loi du 1er juillet 1972, selon lequel aucune offre d'emploi ne peut être subordonnée à une condition fondée sur l'origine ethnique* ». Ce renvoie à la loi pénale n'était pas nécessaire puisque l'interdiction existait, dès 1983, dans le statut général de la fonction publique.

[4] Sur la question voir, V.-A. CHAPPE, *L'égalité en procès : sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, thèse de Sociologie, École normale supérieure de Cachan - ENS Cachan, 2013. Voir plus largement, D. LOCHAK, « Les usages militants du droit », *La Revue des droits de l'homme*, 10, 2016, en ligne depuis le 22 juin 2016.

2) Le régime contentieux devant le juge pénal

463. A l'instar du droit administratif, le droit pénal autorise quelques aménagements permettant de faciliter le recours à la justice des victimes de discriminations. Toutefois, là encore, les spécificités de la matière empêchent l'application de certains avantages, notamment en matière de preuve. Pour ce qui concerne l'accompagnement, les associations et le Défenseur des droits peuvent aussi avoir un rôle à jouer dans la procédure.

464. **L'aménagement de l'administration de la preuve.** Procédure inquisitoriale, la procédure pénale met en place un régime de liberté de la preuve qui autorise les parties à constituer des preuves par tout moyen[1], même illégal[2], renvoyant au juge la tâche d'apprécier leur valeur probatoire et, au besoin, de les compléter par ses propres moyens. S'agissant des faits de discrimination, ceux-ci s'avèrent particulièrement délicats à prouver, notamment l'élément intentionnel de l'infraction. Constitué par le motif discriminatoire, il est rarement porté à la connaissance de la victime ou de témoins. Le juge pénal a ici fait preuve d'innovation en reconnaissant la valeur probatoire du *testing*, ou test de situation[3], dans un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 11 juin 2002[4]. Réalisé par téléphone, par courrier ou encore sur le terrain, le *testing* permet de comparer « *les réponses apportées d'abord à un individu ou un groupe susceptible d'être discriminé en raison de son origine réelle ou supposée puis à un individu ou un groupe de référence – les deux groupes étant dans une situation similaire eu égard au bien visé. Cette épreuve expérimentale permet de s'assurer que celui qui est soumis au test ne pourra exercer de sélection entre les candidats qu'en mobilisant le motif*

---

[1] Art. 427, Code de procédure pénale : « *Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui* ».

[2] Cass. Crim., 15 juin 1993, Bull. crim. n° 210, *D.*, 1994, p. 623, note C. MASCALA ; Cass. Crim., 6 avril 1994, Bull. crim. n° 136, *Gaz. Pal.*, 1994, p. II.489, note J-P DOUCET : « *aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de manière illégale* ».

[3] L. BERENI et V.-A. CHAPPE, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix*, n° 94, 2011/2, pp. 7-34, spéc. p. 17 : « *la méthode la plus typiquement associée à l'étude des discriminations en sciences sociales est sans doute la régression statistique dite « logistique », qui cherche à mesurer l'effet sur une variable (revenu, taux de chômage, etc.), toutes choses égales par ailleurs, d'une modalité qu'on cherche à tester, en l'occurrence un critère supposément à l'origine de comportements discriminatoires. La technique du test de situation, ou testing, met en œuvre dans une forme d'expérience in vivo cette procédure d'isolement des variables : en envoyant par exemple à des entreprises des couples de curriculum vitae ne se distinguant que par une caractéristique renvoyant à un critère prohibé (le sexe, le patronyme renvoyant à une origine supposée, etc.), on peut calculer, à partir des taux de réponse obtenus pour chacun des CV, l'écart de probabilité de recevoir une réponse positive pour un entretien d'embauche* ».

[4] Cass. Crim., 11 juin 2002, Bull Crim n° 131.

prohibé pour les départager »[1]. Il peut être réalisé par la police – à l'initiative, par exemple, des pôles anti-discriminations présents dans chaque parquet –, des associations, les délégués du défenseur des droits, ou des particuliers, avec une valeur d'autant plus probante qu'il aura fait l'objet d'un constat d'huissier[2]. Le procédé a depuis été intégré par la loi du 31 mars 2006 à l'article 225-3-1 du code pénal avec pour particularité de ne pas s'appliquer aux cas prévus par l'article 432-7, à savoir ceux impliquant un agent dépositaire de l'autorité publique[3].

465. L'autre particularité de la matière pénale tient à la présomption d'innocence qui n'est, selon Michel DANTI-JUAN, pas sans lien avec la version initiale des textes – qui prohibait les discriminations en l'absence de « motif légitime »[4]. Une telle réserve « *avait pour conséquence fâcheuse de conférer aux incriminations une connotation plus ou moins supplétive qui laissait espérer qu'une fois la discrimination commise, on pourrait toujours trouver une explication de nature à la rendre présentable* »[5]. Surtout, la présomption d'innocence interdit la mise en place de l'aménagement de la charge de la preuve prévu en matière civile et administrative[6]. Ce faisant, il est plus difficile de prouver la discrimination devant le juge pénal que devant le juge administratif. Ici, plus qu'ailleurs, les mécanismes d'accompagnement apparaissent nécessaires.

466. **Les mécanismes d'accompagnement des victimes.** Comme en droit administratif, on retrouve en droit pénal l'existence de mesures d'accompagnement des victimes de discrimination. Le droit français n'a pas attendu les textes issus du droit de l'Union européenne pour consacrer les possibilité d'intervention des associations dans le contentieux pénal des discriminations. Dès la loi de 1972, le législateur introduit l'article 2-1 dans le code de procédure pénale qui prévoit que « *toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant par ses statuts de combattre le racisme, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par les articles*

---

[1] S. BENICHOU, *Le droit à la non-discrimination "raciale" : instruments juridiques et politiques publiques*, thèse de Droit public, Université Paris Ouest-Nanterre-La Défense, 1er décembre 2011, p. 169. Voir aussi, P. SIMON et J. STAVO-DEBAUGE, « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004-1, p. 63.

[2] Voir par ex., Cass. Crim., 12 septembre 2000, n° 99-87251, rejet.

[3] Art. 225-3-1, créé par Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 (art. 45, JORF 2 avril 2006) : « *les délits prévus par la présente section sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie* ». Voir aussi, M. BECKERS, « La licéité des enregistrements clandestins en matière de harcèlement sexuel », *Semaine sociale Lamy*, 2015, n° 1680, p. 9.

[4] La condition a subsisté dans l'article L. 122-8 du code de la consommation à propos de la contravention de refus de vente ou de prestation de service à un consommateur.

[5] M. DANTI-JUAN, « La sanction pénale », art. cit., p. 138.

[6] Cass. Crim., 3 avril 2007, Bull. crim. n° 105.

6 et 7 de la présente loi »[1]. Ce dispositif permet à l'association d'« *endosser*, selon les termes de Sarah BENICHOU, *le préjudice subi par la victime* »[2]. L'admission des associations comme parties civiles au procès « *souligne la dimension collective des intérêts en cause, ce qui renforce indubitablement l'action individuelle en même temps que la conscience que la victime peut avoir de la légitimité de sa propre action* »[3].

467. La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004[4], en transposant la directive « Race » de 2000[5], va restreindre les possibilités d'intervention en subordonnant l'action de l'association à l'existence préalable d'un accord de la victime[6] en cas d'infraction individuelle. L'absence d'accord reste la règle pour les infractions collectives. Ainsi, pour les associations de lutte contre les discriminations en raison des origines ou de la religion[7], celles qui luttent contre l'exclusion des personnes en état de grande précarité[8], ou encore celles qui protègent le handicap ou les personnes malades[9], l'accord de la victime est nécessaire en cas d'infraction individuelle, après l'avoir informée de la nature et de l'objet de l'action envisagée. Cette obligation ne s'applique pas lorsque les critères invoqués sont le sexe, la situation de famille, les mœurs, l'orientation ou l'identité sexuelle[10]. Enfin, on note que la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle[11] a élargi la liste des intervenants possibles aux fondations.

---

[1] L'art. 2-1, Code de procédure pénale, a été modifié, complété par l'art. 99 de la loi n° 85-10 du 3 janvier 1985 (JO du 4 janvier 1985, p. 100), par l'art. 87 de la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 qui au-delà des associations combattant le racisme inclut explicitement celles qui ont pour mission « *d'assister les victimes de discrimination fondée sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse* » (JO du 31 juillet 1987, p. 8582).

[2] S. BENICHOU, *Le droit à la non-discrimination "raciale" : instruments juridiques et politiques publiques*, thèse de Droit public, Université Paris Ouest-Nanterre-La Défense, 1er décembre 2011, p. 94.

[3] F. MASSIAS, « Faut-il pénaliser le racisme ? », *RTDH*, n° spécial, mars 2001, Vol. 46, p. 613.

[4] Art. 42-II, Loi nº 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF du 10 mars 2004, p. 4598.

[5] Art. 7-2, Dir. n° 2000/43/CE, préc.

[6] Art. 2-1, Code de procédure pénale : « *lorsque l'infraction aura été commise envers une personne considérée individuellement, l'association ne sera recevable dans son action que si elle justifie avoir reçu l'accord de la personne intéressée ou, si celle-ci est mineure, l'accord du titulaire de l'autorité parentale ou du représentant légal, lorsque cet accord peut être recueilli* ». Pour une application, voir TGI Paris, Ord., 12 mars 2007 d'irrecevabilité de constitution de partie civile ; CA Paris, 6e ch. d'instruction, 12 octobre 2007, n° 2007/02152 : la constitution de partie civile de SOS racisme est déclarée irrecevable en l'absence d'accord écrit des victimes – en l'occurrence des personnes ayant participé au *testing* qu'elle a organisé. Voir Cass. Crim., 25 novembre 2008, n° 07-88006 : rejet du pourvoi contre l'arrêt d'une chambre de l'instruction ayant déclaré irrecevable, faute d'accord des victimes directes concernées, l'action, engagée par voie d'intervention par l'association SOS Racisme au cours d'une information judiciaire ouverte à la suite de la dénonciation de cette association, et requalifiée par le procureur de la république, du chef de refus discriminatoire de location de biens immobiliers. Dans le même sens, voir Cass. Crim., 25 septembre 2007, n° 05-88324.

[7] Art. 2-1, Code de procédure pénale.

[8] Art. 2-10, Code de procédure pénale.

[9] Art. 2-8, Code de procédure pénale. Elles peuvent aussi intervenir pour les cas d'infractions à l'obligation de mise en accessibilité (al. 3).

[10] Art. 2-2 et 2-6, Code de procédure pénale.

[11] Art. 2-1, al. 3, Code de procédure pénale : « *Toute fondation reconnue d'utilité publique peut exercer les droits reconnus à la partie civile dans les mêmes conditions et sous les mêmes réserves que l'association mentionnée au*

468. Du côté des acteurs institutionnels, le Défenseur des droits dispose également de la possibilité d'intervenir et d'émettre des observations devant le juge mais aussi d'informer le procureur de la République « *lorsqu'il apparaît que les faits portés à sa connaissance sont constitutifs d'un crime ou d'un délit* »[1]. Il dispose, au surplus, d'un pouvoir de transaction pénale sous réserve de l'homologation du procureur de la République[2]. En parallèle, des pôles anti-discriminations ont été mis en place, en 2007, dans chaque tribunal de grande instance, dirigés par un procureur désigné par le Parquet[3]. Le bilan de ces pôles[4] montre, cependant, une faible activité qui témoigne du désengagement progressif des institutions judiciaires[5] sur la question alors même que cet accompagnement apparaît essentiel dans la réussite du processus d'engagement de la responsabilité. La victime ne pourra obtenir satisfaction qu'avec la condamnation de l'auteur de la discrimination.

§2) Les conséquences de la responsabilité pour faits de discrimination

469. Le processus d'engagement de la responsabilité doit aboutir, pour la victime, à la sanction de l'auteur de la discrimination. Celle-ci doit permettre, pour être efficace, non seulement de réparer les préjudices causés par les faits reprochés, mais aussi de dissuader l'auteur des faits de recommencer. La sanction se doit alors d'être effective – qu'elle soit effectivement prononcée et exécutée – et adaptée – en réduisant les risques liés aux comportements incriminés. S'agissant de la discrimination, ces deux aspects nous semblent

---

présent article ». Cf. Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle (art. 43), JORF n° 0269 du 19 novembre 2016.

[1] Art. 40, CPP.

[2] Loi n° 2004-1436 du 30 décembre 2004 modifié par la Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour la HALDE. Pour le DDD, art. 28, LO du 29 mars 2011 et art. D1-1 du code de procédure pénale issu du Décret n° 2011-904, article 18 (V).

[3] Cir. Min. de la Justice du 11 juillet 2007 relative à la création de Pôles anti-discrimination au sein des Parquets adressée aux procureurs qui prévoit qu'un magistrat référent soit désigné par le parquet pour animer le pôle et construire un réseau local, conduire la politique pénale en matière de discrimination, se déplacer le cas échéant pour rencontrer les « *populations concernées* ». Des conventions-cadres ont été signées le 14 décembre 2007 par la garde des Sceaux avec la LICRA et SOS Racisme dans le but de mener des actions de lutte contre les discriminations et de formation.

[4] Voir, Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Rapport annuel 2009*, Paris, La documentation française, 2010, pp. 74-77.

[5] Voir, I. CARLES, « Le Défenseur des droits et les acteurs juridictionnels de la lutte contre les discriminations : quelle complémentarité possible ? », in T. GRUNDLER et J.-M. THOUVENIN (sous la direction de), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, Rapport de recherche, 2016, spéc. pp. 374-380.

problématiques, dans la mesure où la notion juridique elle-même ne brille pas par sa clarté, ni dans sa définition, ni dans son régime juridique[1]. Le droit distingue le système de sanctions juridictionnelles spécifique à la matière pénale (B) du système des juridictions administratives (A) qui n'implique pas de peines de privation de libertés.

A) Les sanctions en matière administrative

470. En matière de discrimination, les juridictions européennes insistent particulièrement sur le contrôle opéré par le juge qui doit être à la fois effectif – en donnant un accès effectif à une voie de recours[2] – et dissuasif – en permettant un traitement efficace des faits soulevés par la victime. Largement dominé par le recours pour excès de pouvoir, le contentieux administratif n'offre qu'un traitement partiel, limité à l'appréciation de la légalité de l'acte. Dans ce cadre, l'application du principe d'égalité, en tant que principe de non-discrimination, « *se focalise sur le contenu de la règle/décision et non sur celui de ses effets* »[3]. C'est à la lumière des exigences européennes[4], qu'il convient de repenser le système des voies de droit devant le juge administratif (1). Pour la Cour de justice « *la violation de l'interdiction de discrimination doit suffire pour engager, à elle seule, la responsabilité entière de son auteur, sans que puissent être retenues les causes d'exonération prévues par le droit national* »[5]. Devant le juge administratif, le requérant devra obligatoirement utiliser le recours de pleine-juridiction s'il souhaite engager la responsabilité de la collectivité territoriale et obtenir l'indemnisation du préjudice qu'il a subi (2).

1) Voies de recours et pouvoirs du juge administratif

471. L'analyse du contentieux des discriminations devant le juge administratif montre un dispersement de la question au sein d'un ensemble de voies de recours disparates qui fait du

[1] Voir not., S. SLAMA, « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *La Revue des droits de l'homme*, n° 9, 2016.
[2] Par ex., CJCE, 25 juillet 1991, « Emmot », aff. C-208/90, Rec. CE p. I-4269 ; CJCE, 8 novembre 1990, aff. C-177/88, « Dekker », Rec. CE p. I-3941 ; CJCE, 7 février 1991, aff. C-184/89, « Nimz », Rec. CE p. I-00297. Voir supra, n° 315 et s.
[3] L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2011, p. 26.
[4] Voir supra, n° 315 et s.
[5] CJCE, 22 avril 1997, aff. C-180/95, « Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG », point 18.

recours pour excès de pouvoir (REP) la principale voie employée pour faire cesser une discrimination. Malgré les limites de son office, le juge administratif a pu progressivement s'écarter du carcan formaliste, de l'égalité devant la norme, du REP, pour aller chercher une égalité dans l'accès aux droits (a). A cet égard, l'influence des droits européens est réelle. Promoteurs de l'effectivité de la protection juridictionnelle, particulièrement dans le contentieux des discriminations, ils invitent à une analyse systémique du contentieux administratif. Cette analyse laisse entrevoir deux « systèmes » de voies de droit, propres à des situations particulières, qui permettent aux victimes de discrimination d'obtenir une protection juridictionnelle suffisante (b).

a) Les limites du recours pour excès de pouvoir

472. Le recours pour excès de pouvoir (REP) est un contentieux objectif – un procès fait à un acte – qui s'exerce dans un délai de deux mois suivant sa publication. Enfermé dans ce délai, limité au contrôle de la légalité de l'acte contesté, le juge administratif n'est pas en mesure d'apprécier l'ensemble des éléments ayant un impact sur la situation : elle peut impliquer une succession d'actes et de comportements éloignés dans le temps sans lien direct avec le REP[1]. Dans son contrôle, le juge limite son office à l'appréciation des faits de l'espèce[2] et s'interdit tout jugement en opportunité[3]. Ce *self-restrain* traditionnel réduit sa capacité d'appréhension de la situation de discrimination[4] au point que certains se demandent si le « *juge de l'excès de pouvoir, […] participe peut-être malgré lui, à une banalisation du contrôle de la discrimination* »[5].

473. On comprend alors l'évolution de la jurisprudence relative aux principes d'égalité et à l'exigence de non-discrimination qui en découle. Appréhendée dans un cadre formaliste, la non-

[1] L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, op. cit., p. 27.

[2] Concl. M. GUYOMAR sur l'affaire *Perreux*, *RFDA*, n° 6, 2009, p. 1125 : ce sont surtout « *les outils de contrôle dont dispose le juge de l'excès de pouvoir lorsqu'il est soutenu devant lui qu'une décision administrative est empreinte de discrimination* » qui font défaut, « *sauf à ce que l'élément qui révèle l'existence de la discrimination alléguée ressorte clairement des pièces du dossier* ».

[3] Cette doctrine du juge vaut également dans le cadre du recours de pleine juridiction ; cf. J. CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge de faire acte d'administrateur », *AJDA*, 1972, p. 67. Il refuse de se substituer aux jurys d'examen, par ex., CE, 10 février 1943, « Fargues », Rec. Lebon p. 33 ; CE 10 mars 1995, « Lajonchere », n° 149229. En revanche, la CJUE ne s'en prive pas ; cf. Concl. WHATELET sur CJUE, 10 juillet 2014, « Telefónica et Telefónica de España c. Commission », aff. C-295/12, point 118 et s., spéc. 126 et 129 : il confirme l'existence d'un contrôle de l'opportunité d'une décision par le juge dès lors qu'il s'effectue à travers l'application des principes de proportionnalité et de non-discrimination au terme d'une appréciation des faits de l'espèce opérée par le juge « *lui-même* ».

[4] Sur ce point, l'affaire *Perreux* a montré toutes les limites du contrôle de la légalité intrinsèque ; voir supra, n° 162 et s.

[5] S.-J. LIEBER et D. BOTTEGHI, « Mme Perreux (II) – Juger des discriminations, une mission sous contraintes », *AJDA*, 2009, p. 2391 et s.

discrimination ne permet de garantir qu'une égalité juridique, une égalité devant la loi et devant le règlement. C'est ensuite grâce au caractère fonctionnel de la notion de service public[1] étendant l'égalité devant le service aux candidats-usagers[2] et à l'usager « indirect »[3], que le juge a posé les jalons d'une reconnaissance progressive d'un accès universel aux biens essentiels et aux services publics[4]. Dans le contentieux administratif des discriminations, le REP « égalité » permet d'assurer une égalité des droits[5] par un double mécanisme. Dans un premier temps, il sanctionne les refus de droit[6], comme des refus de prestation sociale ou familiale facultative fondées sur la nationalité[7] ou le refus d'accès aux cantines scolaires aux enfants de chômeurs[8], permettant ainsi d'élargir le cercle des bénéficiaires. Dans un second temps, il sanctionne les différences de traitement injustifiées entre les bénéficiaires avec une exigence plus stricte pour les services publics obligatoires[9].

474. Analysant la sanction du principe d'égalité, Aude ROUYERE considère que « *la portée du principe évolue vers un souci de dynamique positive dépassant la simple non-discrimination* »[10] vers des traitements plus précis, qui progressivement permettent de garantir une égalité dans

---

[1] R. LATOURNERIE, « De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics », *RDP*, 1945, p. 28 : « *il a fallu que le développement et la complexité croissante des institutions administratives missent en évidence la notion fondamentale de service public pour que l'égalité, jusqu'alors à peu près réduite à sa forme civile et politique fut conçue comme l'égalité de celle-ci. A l'égalité primitive devant la loi s'est ainsi ajoutée, sans nulle intervention du législateur, l'égalité devant la loi du service* ».

[2] CE, 21 avril 1961, « Veuve Agnesi », Rec. Lebon p. 253. Toutefois, « *l'usager d'un service public ne peut utilement invoquer sa prétendue égalité avec les non-usagers pour critiquer le principe des redevances mises à sa charge en contrepartie des services qui lui sont rendus* » ; cf. CE, 6 janvier 1967, « Ville d'Elbeuf », *JCP*, 1967, II, p. 15019.

[3] CE, 8 mars 1991, « SA Usinor », Rec. Lebon 88.

[4] Voir par ex., V. DONIER, « Le droit d'accès aux services publics : une consécration en demi-teinte », *RDSS*, 2010, p. 800 et s. ; V. DONIER, « Les droits des usagers et ceux du citoyen », *RFDA*, 2008, p. 13 et s. Voir infra, n° 1179 et s.

[5] Pierre DELVOLVE rappelle dans sa thèse sur *Le principe d'égalité devant les charges publiques* (LGDJ, 1969) que dans le cadre d'un service public d'application universelle par nature – en l'espèce l'impôt, le respect du principe d'égalité s'entend avant tout de l'égalité devant la loi, par son application uniforme au niveau de l'administration (p. 31) et par l'organisation d'un contrôle juridictionnel (p. 85, *in fine*). On peut y voir la garantie juridique minimale du principe d'égalité : l'accès au droit à l'égalité.

[6] Le principe d'égalité devant le service public est un principe à valeur constitutionnel qui découle du principe d'égalité devant la loi ; cf. Cons. const., 12 juillet 1979, « Ponts à péage », *ADJA*, septembre 1979, cons. 46.

[7] CE, 30 juin 1989, « Ville de Paris et Bureau d'action sociale de Paris c. Levy », préc. : pour une allocation de congé parental ; TA Paris, 1er février 1989, n°1989-051932, « Commissaire de la République des Hauts-de-Seine c. Centre communal d'action sociale de Levallois-Perret » : pour une allocation forfaitaire à la naissance d'un troisième enfant subordonnée à l'inscription sur les listes électorales ; TA Paris, 26 février 1989, « MRAP » : pour l'admission à un séjour de sports d'hiver organisé par la commune.

[8] CE, 23 octobre 2009, « Fédération des conseils des parents d'élèves », *AJDA*, 2010, p. 265, note M. VERPEAUX.

[9] Par ex., le cas topique des différenciations tarifaires dans les transports scolaires après leur transfert dans le champ des compétences obligatoires des départements ; cf. CE, 4 mars 1983, req. nº 27214, « Association familiale rurale de circuit de transports des élèves de la région Meslay-du-Maine », *JCP*, 1984, II, 20 211, note DEBOUY ; TA Châlons-en-Champagne, 19 octobre 2006, req. nº 0200468, « Commune d'Echenay », *AJDA*, 2007, p. 96, note Gh. BOROT.

[10] A. ROUYERE, « Réflexions sur la sanction juridictionnelle du principe d'égalité (De la règle de non-discrimination au droit à la différence en passant par l'exigence d'égalité réelle…) », in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (sous la direction de), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, PU de Dijon, 2003, p. 233.

les faits. Avec l'insertion de la notion de discrimination, la focale mise sur les effets oblige à concevoir le traitement identique non plus comme une indifférence normative mais comme un niveau de prestation identique[1] : on passe d'un « *commandement d'abstention* » à un « *commandement d'action* »[2] en partant du principe que « *la collectivité doit procurer à ses membres tout ce qui leur est nécessaire pour atteindre leur fin* »[3]. A cet égard, l'obligation faite aux Etats membres de mettre en place des voies de recours effectives en matière de discrimination s'inscrit dans cette même logique. L'approche systémique préconisée par les droits européens semble être satisfaite à deux égards devant le juge administratif.

b) Les systèmes de garantie juridictionnelle effective

475. Alors que le REP « égalité » a plutôt été à l'avantage des usagers du service public, les tiers aux contrats de la commande publique et les agents ont pu bénéficier de leurs côtés d'une évolution du système de voies de droit qui leur était jusque-là reconnu en matière de discriminations.

476. **Le système de garantie juridictionnelle en matière de marchés publics.** Concernant les procédures de passations des marchés publics, le système français repose sur trois types de recours : les recours spécifiquement conçus pour sanctionner la violation des règles de publicité et de mise en concurrence, le recours pour excès de pouvoir et le recours de pleine juridiction issu de la jurisprudence « *Tarn-et-Garonne* »[4]. L'ensemble de ces voies offre un système permettant de garantir effectivement l'égalité de traitement entre les candidats à la commande publique. Les premiers recours, en référé, permettent de protéger la procédure d'appel d'offre par l'adoption par le juge de mesures provisoires[5]. Le second permet de contester la légalité du

---

[1] C. PICHERAL, « Discrimination raciale et Convention européenne des droits de l'Homme », *RTDH*, 2001, n° 46, n° spécial « Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie », p. 527 : le « *caractère accessoire* » du principe « *peut […] aboutir à transformer le principe négatif de non-discrimination en exigence positive d'égalité de traitement, dans la mesure où il s'intègre à l'article de fond sans qu'il faille distinguer selon la nature des obligations qui en dérivent* ». Voir sur le précédent administratif, S. HOURSON, « Quand le principe d'égalité limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire : le précédent administratif », *RFDA*, 2013, p. 743 et s.

[2] G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996, p. 30.

[3] N. CATALANO, « Rapport général sur les notions d'égalité et de discrimination en droit international et en droit communautaire », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Journées luxembourgeoises de Luxembourg, travaux de l'Association Henri Capitant, tome XIV, années 1961-1962, éd. Dalloz, 1965, p. 433.

[4] CE Ass, 4 avril 2014, n° 358994, « Département de Tarn-et-Garonne ». Il se substitue au recours de pleine juridiction en contestation de la validité du contrat « Tropic-Travaux » (cf. CE, Ass., 16 juillet 2007, n° 291545, « Société Tropic travaux signalisation ») ouvert aux concurrents évincés et au recours dirigé par les tiers contre les actes détachables préalables à la conclusion du contrat (cf. CE, 4 août 1905, n°14220, « Martin »)

[5] CE, 15 décembre 2008, req. n° 310380, « Communauté urbaine de Dunkerque » : l'imprécision de la définition des prestations complémentaires porte atteinte à l'égalité de traitement des candidatures et à la transparence de la procédure en raison de l'insuffisante définition de la nature et de l'étendue des besoins et de la marge de choix discrétionnaire que se réserve ainsi le pouvoir adjudicateur.

contrat. Le troisième permet d'obtenir réparation, voire la remise en l'état, avec l'annulation totale à effet rétroactif du contrat, quand bien même celui-ci serait presque entièrement exécuté[1], notamment lorsque le contrat a un contenu illicite ou se trouve affecté d'un vice de consentement. Le droit ajoute, à ce système, des sanctions pénales en cas de délit de favoritisme[2]. Il s'adresse à la fois aux personnels politique et administratif[3] quel que soit le montant du marché[4], et peut déboucher sur des sanctions lourdes[5], y compris à l'encontre de l'entreprise qui en a bénéficié[6]. Analysant les caractères effectif, proportionné et dissuasif du système français, Christa TOBLER met en avant l'intérêt des « *sanctions accessoires prévues par le code pénal comprenant, entre autres, l'exclusion des contrats de marchés publics*[7] »[8]. Selon elle, « *l'exclusion durant une certaine période des entreprises concernées des futures soumissions et/ou de l'aide financière s'avère constituer un moyen adéquat d'offrir une sanction contre la discrimination qui soit proportionnée et dissuasive* »[9]. Elle constate ainsi que la législation française aborde « *explicitement la question de la passation des marchés publics dans le contexte des recours pour discrimination* »[10]. L'analyse qu'elle tire de ces procédures laisse suggérer que le système français offre bien les garanties suffisantes permettant de

---

[1] TA Orléans, 27 mai 2008, « Arima Consultant » : le contrat est déclaré illégal en raison de l'inégalité de traitement entre candidats dans la procédure de passation et d'une erreur de fait dans l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur l'offre d'un concurrent évincé. Le fait que le contrat était, à la date du jugement, presque entièrement exécuté, n'a pas dissuadé le juge de faire usage de ce pouvoir dès lors que l'annulation ne portait pas une atteinte excessive à l'intérêt général.

[2] Art. 432-14, Code pénal : « *le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public... de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité dans les marchés publics et les délégations de service public* ». Voir, notamment, J.-F., AUBY, « Services communaux (Responsabilité des) », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, janvier 2013 (actualité : janvier 2015), n° 449 ; M. POCHARD, « Fasc. 813 : Responsabilité pénale des élus », *J-Cl Administratif*, Date de fraîcheur, 2 novembre 2011, n° 148 et s. Voir, Cass. Crim., 19 novembre 2003, n° 02-86.253. J.-P. GOHON, « Le délit de favoritisme », *AJDA*, 1994, n° spécial, p. 109 : le délit de favoritisme est une atteinte « *à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* ».

[3] Art. 432-14, Code pénal.

[4] Cass. Crim., 14 février 2007, n° 06-81.924, *AJDA*, 2007, p. 853, note DREYFUS.

[5] Cass. Crim., 7 novembre 2012, n° 11-82.961, *AJDA*, 2012, p. 2143.

[6] Cass. Crim., 15 mai 2008, n° 07-88.369, *AJDA*, 2008, p. 1175. Voir not., J.-F. AUBY, « Services communaux (Responsabilité des) », op. cit., n° 445 à 450.

[7] Art. 225-19, al. 1er, 4°, Code pénal : « *L'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus* ».

[8] C. TOBLER, *Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne, « Des voies de recours et des sanctions nationales effectives, proportionnées et dissuasives, et en particulier la question des plafonds appliqués aux indemnités accordées aux victimes de discrimination »*, Rapport, Commission européenne Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances Unité D.3, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2006, p. 30.

[9] Ibid., p. 31. Voir également, ERRC, « Interights et MPG », 2004:28.

[10] C. TOBLER, *Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne*, op. cit., p. 30.

respecter les exigences de protection des candidats à la commande publique contre les discriminations.

477. **Le système de garantie juridictionnelle en matière d'emploi public.** Le système mis en place à l'égard des agents victimes de discriminations apparaît encore plus protecteur grâce à l'influence du droit de l'Union européenne. Tout d'abord, sous l'effet des directives, les nouvelles dispositions interdisant les discriminations rappelées dans le statut général de la fonction publique offre un cadre protecteur permettant de faire annuler, par la voie d'un recours pour excès de pouvoir, toute mesure discriminatoire fondée sur un critère prohibé ou sur le fait d'avoir subi ou refuser de subir, d'avoir témoigné ou relaté des faits de discrimination[1]. Cette protection permet de sortir du cadre exclusif des faits de l'espèce relatifs à l'acte contesté pour étendre plus largement la garantie juridictionnelle à des mesures de rétorsions qui apparaissent en marge du litige. Le droit de l'Union impose également la mise en place d'un recours effectif, proportionné et dissuasif en matière d'emploi. La Cour de justice a apporté quelques précisions vis-à-vis de cette exigence. Dans une situation de refus d'emploi à caractère discriminatoire, elle a proposé notamment « *des dispositions exigeant de l'employeur d'engager le candidat discriminé ou assurant une indemnisation pécuniaire adéquate, renforcées, le cas échéant, par un système d'amendes* »[2]. En cas de licenciement discriminatoire, elle a déclaré que « *le rétablissement de la situation d'égalité ne pourrait être réalisé à défaut d'une réintégration de la personne discriminée, ou, alternativement, d'une réparation pécuniaire du préjudice subi* »[3]. Sur ces points, le contentieux de la fonction publique offre au requérant la possibilité de saisir le juge en plein contentieux, lequel dispose dans ce cas de pouvoirs étendus de réintégration[4] ou d'injonction à titulariser par exemple[5]. L'existence d'un système d'amendes, pénales ou administratives, évoqué à titre supplétif, suppose que la sanction pénale n'est pas un élément

[1] Art. 6, 6 *bis*, et 6 *ter*, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, JORF du 14 juillet 1983 p. 2174.

[2] CJCE, 10 avril 1984, aff. 14/83, « Von Colson et Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen », Rec. CE p. 1891 ; voir aussi, CJCE, 10 avril 1984, aff. 79/83, « Dorit Harz c. Deutsche Tradax GmbH », Rec. CE p. 1921, point 18.

[3] CJCE, 2 août 1993, aff. C-271/91, « Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority », Rec. CE p. I-4367, où la Cour a fait référence aux circonstances spécifiques de l'affaire dans le contexte des exigences d'effectivité et de dissuasion, (point 25).

[4] Pour une réintégration après licenciement, Voir aussi, CE, Ass., du 26 octobre 2001, n° 197018, Rec. Lebon.

[5] CE, 13 janvier 2010, n° 314923, « Commune de Latte », Inédit : le Conseil d'Etat annule l'injonction de titulariser adressée par la Cour administrative d'appel, suite à l'annulation pour erreur manifeste d'appréciation du refus du maire de titulariser un de ses agents basé sur un rapport établi dans un contexte de harcèlement à connotation raciste à l'égard de l'intéressé. En revanche, le Conseil d'Etat considère que « *l'exécution de la présente décision implique que la situation de M. A au regard de ses droits à titularisation soit réexaminée ; qu'il y a lieu, par suite, d'enjoindre au maire de Lattes de procéder à ce réexamen dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision* ».

de la systématique des voies de recours[1]. Au demeurant, un système reposant quasi uniquement sur la sanction pénale ne saurait être satisfaisant[2].

478. Le système français en associant sanction pénale[3], recours de pleine-juridiction[4], et recours pour excès de pouvoir[5], auquel on peut associer le référé-liberté[6] – y compris à l'égard des mesures prises en marge du litige, offre un système de protection complet[7] contre les discriminations que peuvent subir les agents territoriaux. Pour les candidats à la commande publique le système est également complet. En revanche, les usagers-administrés ne disposent pas d'un recours de pleine-juridiction valable en toute circonstance. Une fois les voies de recours envisagées, la question se pose de savoir quel préjudice correspond à la discrimination.

---

[1] Cette question doit s'apprécier au regard de la gravité de la discrimination en cause, notamment lorsqu'elle touche aux origines des personnes.

[2] CJCE, 8 novembre 1990, aff. C-177/88, « Dekker c. VJV-Centrum », Rec. CE p. I-3941 : le droit à un recours ne dépend pas de l'existence d'une faute commise par le discriminateur mais de la nécessité de réparer le préjudice de discrimination. Un système ne comprenant que des sanctions pénales (basées sur la faute commise par le discriminateur) est insuffisant au regard des exigences imposées par le droit communautaire.

[3] Voir infra, n° 488 et s.

[4] Art. 7 *bis*, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc. : « *L'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination. Ce délai n'est pas susceptible d'aménagement conventionnel. Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* ». Par ex., CAA Versailles, 29 décembre 2009, n° 08VE00296, « Mme T. » : recours de plein contentieux pour réparation du retard de carrière dont elle s'estimait victime en raison de son sexe. Elle avait auparavant tenté, sans réussite, un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. La requérante a pu apporter des éléments de fait, remontant à plusieurs années, permettant au juge d'apprécier le déroulement de carrière et d'entrevoir certaines anomalies faisant présumer la discrimination. Voir infra, n° 479 et s.

[5] Les chances de constatation d'une discrimination syndicale, « *pour autant que les allégations soient suffisantes* » (cf. CAA Lyon, 11 décembre 2012, « M. », n° 12LY00763, cons. 7) et que l'administration ne soit pas « *en mesure d'apporter la preuve qu'elle repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* », concernent des décisions pour lesquelles le critère du mérite n'est pas déterminant. Voir aussi, CE, 19 janvier 2011, « Madame Lévêque », req. n° 352268, *AJDA*, 2011, p. 901, concl. C. ROGER-LACAN ; CAA Nantes, 19 juillet 2012, « M. Jean-François X. et Fédération nationale CGT des travailleurs de l'Etat », n° 10NT01079. Pour des sanctions disciplinaires jugées non discriminatoires : CE, 13 juillet 2012, « M. A. », req. n° 342633 ; CE, 21 février 2013, « M. A. », req. n° 344462 ; CAA Nîmes, 22 novembre 2002, n° 1239/02, *D.*, 2003, p. 2920 : annulation d'une offre d'emploi subordonnée à la condition que le candidat soit un « *jeune issu de l'immigration* ».

[6] Voir aussi, CE, Ord., 1er septembre 2017, n° 413607, « Association "Les Effronté-e-s" » : « *3. Si certaines discriminations peuvent, eu égard aux motifs qui les inspirent ou aux effets qu'elles produisent sur l'exercice d'une telle liberté, constituer des atteintes à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, la méconnaissance du principe d'égalité ne révèle pas, par elle-même, une atteinte de cette nature. En l'espèce, il résulte de l'instruction que l'installation des panneaux litigieux n'a pas été inspirée par des motifs traduisant la volonté de discriminer une partie de la population et n'a pas pour effet de restreindre l'exercice d'une ou plusieurs libertés fondamentales. Par suite, la commune de Dannemarie est fondée à soutenir que c'est à tort que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg a prescrit l'enlèvement des installations litigieuses au motif qu'elles portaient une atteinte grave et manifestement illégale à l'égalité entre les femmes et les hommes, qui est une composante du principe d'égalité* ». ; revirement, CE, Ord., 26 juin 2003, n° 257938, « Conseil départemental des parents d'élèves de Meurthe-et-Moselle ».

[7] Sur la notion de système complet de voies de droit, voir CJCE, 23 avril 1986, aff. 294/83, « Parti écologiste "Les Verts" c. Parlement européen », Rec. CE, p. 01339.

2) La réparation du préjudice de discrimination

479. Pour Lucie CLUZEL-METAYER et Marie MERCAT-BRUNS, « *le cadre du recours de pleine juridiction apparaît […] plus propice à l'appréhension non seulement du contexte plus global, mais aussi, à travers lui, du comportement litigieux apprécié dans la durée* »[1]. L'article 7 *bis* du statut général de 1983 indique sur ce point que dans le cadre de « *l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination* », « *les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* ». En droit public interne, le principe est celui de la réparation *in integrum* des préjudices causés par la puissance publique[2]. En matière de discrimination se pose à la fois le problème de la détermination (a) et de la nature du préjudice (b).

a) La détermination du préjudice certain et direct[3]

480. « *Un préjudice non réparé, consistant en une atteinte à une situation stable et légitime, n'est pas pour autant réparable. Il doit encore présenter, dans tous les cas, trois caractères cumulatifs : être personnel, direct et certain. Ces caractères ne sont guère surprenants et l'on sait que la jurisprudence administrative subordonne à leur réunion l'intérêt pour agir des requérants dans le contentieux de la légalité* »[4].

481. **Le préjudice certain.** Le préjudice certain peut comprendre à la fois le *damnus emergens*, le *lucrum cessans*, le préjudice moral ainsi que les intérêts. La Cour de justice de l'Union européenne peut établir une distinction entre les intérêts moratoires et les intérêts

---

[1] L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, op. cit., p. 28.

[2] D. BECHILLON et B. RICOU, « Irresponsabilité de la puissance publique », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, janvier 2011, n° 66-69, spéc. n° 67 : « *cette logique de l'indemnisation égale et intégrale des préjudices - l'intégralité de la réparation devant d'ailleurs se comprendre comme une conséquence de l'égalité de traitement que la puissance publique doit à ceux sur qui elle fait peser des « charges » particulières - a fait l'objet de plusieurs mises au point de la part du Conseil* » ; voir aussi, Cons. const., 13 décembre 1985, n° 85-198 DC, dite « Amendement tour Eiffel », Rec. Cons. const. p. 78 : « *le principe d'égalité devant les charges publiques ne saurait permettre d'exclure du droit à réparation un élément quelconque du préjudice indemnisable résultant des travaux ou de l'ouvrage public* ».

[3] F. SENERS, « Préjudice réparable », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, octobre 2011 (actualisation : août 2018), n° 195 : « *Un préjudice non réparé, consistant en une atteinte à une situation stable et légitime, n'est pas pour autant réparable. Il doit encore présenter, dans tous les cas, trois caractères cumulatifs : être personnel, direct et certain. Ces caractères ne sont guère surprenants et l'on sait que la jurisprudence administrative subordonne à leur réunion l'intérêt pour agir des requérants dans le contentieux de la légalité.* »

[4] F. SENERS, « Préjudice réparable », art. cit., n° 195 : « *un préjudice non réparé, consistant en une atteinte à une situation stable et légitime, n'est pas pour autant réparable. Il doit encore présenter, dans tous les cas, trois caractères cumulatifs : être personnel, direct et certain. Ces caractères ne sont guère surprenants et l'on sait que la jurisprudence administrative subordonne à leur réunion l'intérêt pour agir des requérants dans le contentieux de la légalité* ».

compensatoires[1]. Les refus d'embauche[2], d'adjudication[3] ou d'un avantage quelconque peut aussi donner lieu à la réparation de la perte de chance qu'ils ont engendrée[4]. On peut noter que, de manière générale, le droit de l'Union européenne empêche la mise en place de plafonds[5]. On retrouve un raisonnement similaire dans la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux évictions irrégulières de candidature dans l'attribution de contrats publics[6]. Sarah BENICHOU constate que les montants des sanctions prononcées par les juges français ne semblent ni dissuasifs ni appropriés compte tenu de la gravité des discriminations relevées et de la situation économique de leurs auteurs[7]. Pour le juge administratif, Katrin WLADASCH y voit la raison

---

[1] Dans le contexte de la loi sur le personnel et des arriérés de salaires, voir CJCE, 1er juin 1994, aff. C-136/92, « Commission c. Augusto Brazelli Lualdi e.a. », Rec. CJCE p. I-1981, point 35 ; CJCE, 2 août 1993, aff. C-271/91, « Marshall II », point 31 : « *être considéré comme une composante indispensable d'un dédommagement permettant le rétablissement d'une égalité de traitement effective* » ; par ex., CJCE, 14 juillet 1967, aff. jointes 5/66, 7/66 et 13/66 à 24/66, « Firma Kampffmeyer e.a c. Commission », Rec. CJCE p. 245 : dans le contexte de la responsabilité des Etats membres ; de même, TPICE, 13 juin 1997, aff. T-13/96, « TEAM et Kolprojekt c. Commission », Rec. CJCE p. II-4073 : dans le contexte d'une décision d'annulation d'un avis d'appel d'offres.

[2] Voir dans le même sens, HALDE, délibération n° 2007-148 du 4 juin 2007 : « *qu'il y a lieu d'indemniser le préjudice subi par Monsieur B. né de la perte de chance d'occuper un emploi en qualité de contractuel de droit public et de se maintenir sur le marché de l'emploi* ».

[3] Ce fut le cas dans l'attribution de la concession du Stade de France ; cf. CE, 30 juin 1999, « Sarfati », Rec. Lebon p. 222 : rejette la requête au motif que le préjudice allégué n'est pas certain, le requérant étant dépourvu de toute chance d'obtenir le contrat de concession du Grand Stade.

[4] Sur la notion, voir, GROSSHOLTZ, « Evaluation du préjudice », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, 2016, n° 285-303.

[5] CJCE, 2 août 1993, aff. C-271/91, « Marshall II », point 30. Voir aussi, CJCE, 10 avril 1984, aff. 14/83, « Von Colson et Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen », Rec. CE p. 01891, §24 ; CJCE, 22 avril 1997, aff. C-180/95, « Nils Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG », Rec. CE p. I-2195. Voir, C. TOBLER, *Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne*, op. cit., pp. 39-40, spéc. p. 40 : « *la Cour a établi une distinction entre une situation où la personne postulante n'était pas la personne la mieux qualifiée pour ce poste mais avait subi une discrimination fondée sur le genre et une situation où la personne postulante aurait été désignée pour le poste à pourvoir s'il n'y avait pas eu discrimination. Le fait qu'une limitation des dommages et intérêts dans la première affaire puisse être acceptable s'explique par le fait qu'elle implique une forme moins radicale de préjudice. On pourrait aussi dire autrement que, dans ce cas, la discrimination n'est pas la seule raison expliquant que la personne n'est pas choisie (il en existe plutôt deux parallèles).* »

[6] CE, 19 décembre 2012, n° 355139, « Commune de Cavalaire-sur-Mer », *AJCT*, 2013, p. 244 : « *considérant, d'une part, que lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat, il appartient au juge de vérifier d'abord si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat ; que, dans l'affirmative, il n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre ; qu'il convient, d'autre part, de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat ; que, dans un tel cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, lesquels n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique ; qu'en revanche, le candidat ne peut prétendre à une indemnisation de ce manque à gagner si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général* ».

[7] Sur toute cette question du montant des sanctions prononcées, voir S. BENICHOU, *Le droit à la non-discrimination "raciale" : instruments juridiques et politiques publiques*, thèse de Droit public, Université Paris Ouest-Nanterre-La Défense, 1er décembre 2011, pp. 220-222.

classiquement invoqué de sa retenue « naturelle » à condamner pécuniairement l'administration[1].

482. **Le caractère direct.** A travers le caractère direct, on retrouve « *l'analyse de la causalité […]. La règle peut, en apparence, s'énoncer simplement […]. Il suffit parfois de relever que le lien de causalité allégué n'existe pas*[2] »[3]. Concrètement, il est rarement possible d'identifier une cause unique du dommage : « *ce dernier se produit, le plus fréquemment, dans un contexte qui fait apparaître un faisceau de causes* »[4]. Ce constat apparaît avec d'autant plus d'acuité en matière de discrimination, où la détermination des effets de la mesure sur les individus est au centre de sa qualification. La question du caractère direct du préjudice de discrimination rejoint alors celle du caractère personnel de la discrimination. Lorsque la discrimination est directe, comme pour les cas de manquement à l'obligation d'aménagement raisonnable à l'égard des personnes en situation de handicap, le caractère direct du préjudice résultant de la mesure (ou de l'absence de mesure) individuelle est également constitué. La Cour administrative d'appel de Nancy a ainsi indemnisé le préjudice moral subi en raison de l'atteinte au principe d'égalité de traitement à l'égard d'un travailleur handicapé[5]. Dans le cadre d'une discrimination indirecte, en revanche, le juge doit apprécier ses effets préjudiciables[6] ce qui nécessite de comparer la situation du requérant par rapport à l'ensemble des membres de son groupe[7]. Dans le cadre d'un REP à l'encontre d'une mesure individuelle, une telle démarche déborde les

---

[1] K. WLADASCH, *The Sanctions Regime in Discriminations Cases and its Effect*, 2015, spéc. p. 25 : « *In France, in practice, sanctions and remedies in the public sector on the one hand are applied more rigorously but on the other tend to include lower amounts of compensation, since public money is involved* ».

[2] Lorsqu'une société croit pouvoir imputer la chute de son chiffre d'affaires à une nouvelle réglementation alors qu'elle est la conséquence de l'évolution structurelle du marché ; cf. CE, 30 novembre 1983, « Société Établissements Fischer e. a. », Rec. Lebon p. 465.

[3] F. SENERS, « Préjudice réparable », op. cit., n° 205.

[4] Ibid.

[5] CAA Nancy, 20 février 2014, n° 13NC00931, Inédit : « *le manquement de la commune de Chaumont à ses obligations résultant de l'article 6 sexies de la loi du 13 juillet 1983 constitue une faute de nature à engager sa responsabilité, qui est à l'origine, pour M.C..., d'un préjudice moral, dont il sera fait une juste appréciation en lui allouant la somme de 5 000 euros* ».

[6] C. TOBLER, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Rapport, Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances Unité G.2, Offices des publications officielles des Communautés européennes, 2009, p. 33 : « *ce qui caractérise le plus le concept de discrimination indirecte, c'est qu'il porte essentiellement sur l'effet préjudiciable d'une mesure, et non pas sur l'apparence extérieure de celle-ci* ».

[7] Comme l'indique Xavier SOUVIGNET, « *l'essence d'une discrimination indirecte consiste dans une situation collective. Dans le cas d'une mesure individuelle, la discrimination que subit la victime ne peut "se révéler qu'au regard de la situation de l'ensemble des membres du groupe auquel [...] elle appartient" (cf. O. De SCHUTTER, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) », in E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (sous la direction de),* Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites, *Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 11-44, spéc. p. 18.)* » ; cf. X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, 2013, p. 315 et s.

limites de l'office du juge. Ces limites ne lui permettent pas d'apprécier convenablement le préjudice de discrimination, et partant l'existence même de la discrimination indirecte[1].

483. Une fois les caractères du préjudice relevés, le requérant sera jugé recevable à demander la réparation de son préjudice de discrimination. La sanction prononcée par le juge dépendra de la nature du préjudice évalué.

b) La nature du préjudice de discrimination

484. La perception par les victimes de leurs dommages s'avère, en matière de discrimination, particulière dans la mesure où elle constitue, en plus d'une différence de traitement, une atteinte à la dignité dont la gravité est délicate à quantifier et donc à indemniser. La discrimination, en tant que différence de traitement constitue en premier lieu un préjudice matériel qui résulte de la comparabilité des situations observées. Elle constitue ensuite un préjudice essentiellement moral en tant qu'atteinte à la dignité.

485. **Un préjudice matériel.** Lorsqu'elle constitue un préjudice matériel, la discrimination peut prendre des formes diverses. En tant que refus d'embauche ou d'attribution de marchés publics, le juge y voit généralement une perte de chance. Dans ces hypothèses, les juges sont plus enclins à indemniser la victime, pour perte de chance, au niveau du plein-contentieux, plutôt que d'annuler la procédure dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir[2]. Le REP apparaît ici comme une anomalie pour traiter la discrimination : « *d'une part, pour un recrutement, le juge connaît du choix finalement opéré par l'administration, et non de celui qui n'a pas été fait (ici la candidature refusée en raison d'une discrimination supposée). Le juge s'intéresse donc à la situation de la personne qui n'est pas celle qui aurait été discriminée. D'ailleurs, si par aventure le juge discerne une discrimination, la sanction ne sera pas celle de l'administration, mais de la personne bénéficiaire du recrutement, qui verra sa nomination annulée. Etrange sanction, qui met l'administration à l'abri. D'autre part, le juge ne peut se fonder que sur les éléments de fait existant au moment où l'administration décide, sans égard pour l'historique ou l'environnement de la décision. Or la discrimination s'apprécie généralement de manière plus dynamique que statique ; il y est question d'attitudes répétées,*

[1] Voir supra, n° 391 et s.

[2] Refus illégal de candidature fondé sur l'aptitude physique : TA Lyon, 30 décembre 2009, « Melle X. », n° 0707482 et 0802292 : « *considérant que l'illégalité de ladite décision constitue une faute de nature à ouvrir droit à réparation en faveur de Melle X., qui justifie avoir subi, du fait du refus de sa candidature et des motifs de ce dernier regardés comme discriminatoires par la délibération n° 2008-215 du 29 septembre 2008 de la HALDE, un préjudice moral dont il sera fait une juste appréciation en condamnant l'Etat à lui verser une indemnité de 10000 euros* ».

de procédure, de système, ce que le concept de discrimination indirecte traduit bien »[1]. Ceci conduit le juge à « *accepter que le défendeur prenne un chemin détourné en s'expliquant sur un terrain – la motivation du recrutement opéré – qui n'est pas celui du requérant, qui évoque une discrimination précise* »[2]. L'indemnisation normalement utilisée à titre supplétif, lorsque la remise en l'état n'est pas possible[3], constitue dans ces hypothèses, la règle. Une fois le préjudice matériel réparé, la question de savoir si le comportement discriminatoire peut être la cause d'un préjudice moral.

486. **Un préjudice moral.** D'après la classification de Caroline GROSSHOLTZ, la discrimination pourrait entrer dans la catégorie des préjudices purement moraux[4]. Parmi ceux-ci on trouve des sanctions disciplinaires irrégulières ou simplement disproportionnées[5] au caractère infamant, et plus généralement les mesures prises en considération de la personne, comme le licenciement illégal de stagiaires en fin de stage pour insuffisance professionnelle[6]. A propos d'une mutation forcée, les juges de première instance ont constaté qu'elle « *constituait l'exutoire d'une situation caractérisée par des mesures discriminatoires dont l'intéressé a été victime* »[7] condamnant ainsi la commune à 2000 euros de dommages et intérêts pour préjudice moral. La Cour administrative d'appel de Lyon a reconnu que le non-renouvellement de CDD pour motif discriminatoire pouvait donner droit à réparation du préjudice moral (non déterminé par la requérante) mais pas droit à réparation du préjudice matériel en raison de l'absence de droit au renouvellement du contrat[8]. Lors d'une autre espèce,

---

[1] S.-J. LIEBER et D. BOTTEGHI, « Mme Perreux (II) – Juger des discriminations, une mission sous contraintes », *AJDA*, 2009, p. 2391 et s.

[2] Ibid.

[3] P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation de l'acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse de Droit public, Paris, Jouve et Cie éditeurs, 1952, p. 252 : « *la mise en jeu de la responsabilité administrative ne découle jamais automatiquement de l'arrêt d'annulation : des conclusions expresses à fin d'indemnité doivent être prises, mais ces conclusions peuvent, depuis 1911, être jointes aux conclusions à fin d'annulation et le Conseil d'Etat statuera sur l'ensemble dans un seul et même arrêt (CE, 31 mars 1911, Blanc, Argaing et Bézie, S. 1912, 3, 1912, note Hauriou (J. A. II 485)).* ».

[4] C. GROSSHOLTZ, « Evaluation du préjudice », art. cit., n° 249 : distinguée des troubles qui s'incarnent à travers un élément matériel (atteinte à la jouissance d'un bien), social (atteinte à la réputation ou à l'image), ou corporel (trouble dans les conditions d'existence ou de fonctionnement), elle fait partie des préjudices qui « *ont un caractère encore plus abstrait, une nature purement morale, faute de s'incarner dans quelque élément matériel, concret, que ce soit* ».

[5] CE, 26 juillet 1978, req. n° 93715, « Vinolay », Rec. Lebon p. 315 ; *AJDA*, 1978, n° 11, p. 576. Il en va de même pour celles qui ne sont pas exécutées, par ex. CE, 22 octobre 1975, req. nº 90274, « Ministre de l'Intérieur c. Panis », T. p. 939, 940, 1120, 1247, 1260 et 1268. Récemment ce sont les sanctions illégales envers un détenu qui ont été reconnues comme portant atteinte à un intérêt purement moral ; cf. CE, 18 novembre 2015, req. n° 380461, Rec. Lebon ; *AJDA*, 2015, p. 2236, obs. PASTOR.

[6] CE, 24 avril 1981, req. n° 17238, « Bureau d'aide sociale d'Aix-les-Bains », T. p. 593, 780, 881 et 912 ; CE, 26 octobre 1984, req. n° 39177, « Ville de Cognac », T. p. 524 et 743.

[7] CE, 11 juin 2014, n° 369994, Inédit.

[8] CAA Lyon, 26 novembre 2013, n° 13LY00362, « Commune de Rilleux le Pape » ; CAA Nantes, 21 décembre 2012, n° 11NT01890, « Mme A. c. Centre hospitalier public du Cotentin », Inédit.

elle a également exigé l'indemnisation du préjudice moral à raison d'une discrimination syndicale résultant d'une faible notation liée à un absentéisme supposé non justifié[1]. D'autres atteintes peuvent faire l'objet d'une réparation d'un préjudice purement moral comme « *la méconnaissance de garanties procédurales, mais aussi […] la violation de droits substantiels reconnus* »[2]. La jurisprudence a ainsi ordonné la réparation du préjudice moral subi en raison de la privation de sept heures d'enseignement obligatoires d'un élève de collège du fait de la carence des services de l'éducation nationale[3]. L'importance du préjudice moral en matière de discrimination apparaît dans la doctrine du Comité pour l'élimination de toutes les discriminations raciales[4] et dans certaines décisions du juge pénal[5]. Ainsi, la Cour d'appel de Grenoble a pu juger qu'un individu discriminé avait droit à la réparation du préjudice moral issu de la « *privation des possibilités de reconnaissance professionnelle dans son entourage tant social que familial* »[6].

487. En dehors des préjudices matériel et moral, la discrimination peut aussi constituer un préjudice corporel en ayant des répercussions graves sur la santé, en particulier à l'égard des personnes les plus vulnérables[7]. Michel MINE invite même à reconnaître le préjudice d'anxiété – reconnu aux victimes de l'amiante – ainsi que le préjudice découlant des atteintes au droit de mener une vie familiale normale[8]. De manière générale, les montants peu élevés d'indemnisation constatés amènent à se demander s'il n'y a pas un « *risque d'effet dissuasif à rebours quand l'issue de la procédure de sanction est telle qu'elle semble conforter l'inversion*

---

[1] CAA Lyon, 06 décembre 2016, n° 14LY03751, *AJFP*, 2017, p. 170.

[2] C. GROSSHOLZ, « Evaluation du préjudice », art. cit., n° 265. Voir, pour la méconnaissance de garanties procédurales, ibid. n° 267 ; pour la méconnaissance d'un droit substantiel, ibid. n° 268.

[3] CE, 27 janvier 1988, « Min. Éducation nationale c. Giraud », req. n° 64076, Rec. Lebon p. 39.

[4] Communication n°4/1991 (16/3/93) (CERD/C.42/D/4/1991) : une affaire relative aux Pays-Bas présente un intérêt particulier du fait qu'ici le comité a recommandé un type spécifique de recours. L'affaire concernait l'allégation d'une discrimination raciale à l'égard d'un citoyen marocain cherchant un logement aux Pays-Bas. Le comité a estimé que les enquêtes menées par les services de police et le ministère public sur les incidents survenus ne répondaient pas aux exigences de diligence et de rapidité prévues par la convention mais avaient été insuffisantes et incomplètes. Le comité a recommandé aux Pays-Bas de réexaminer leur politique et leurs procédures en matière d'enquêtes sur des cas de discrimination raciale alléguée et « *d'indemniser le plaignant dans la mesure du préjudice moral subi* » (points 6.3 et s. de l'avis du comité ; voir aussi McCrudden, 2001, p. 273)

[5] CA Grenoble, 19 mai 2008, « Société Valéo » : l'individu discriminé a droit à la réparation du préjudice moral issu de la « *privation des possibilités de reconnaissance professionnelle dans son entourage tant social que familial* ».

[6] Ibid.

[7] CA Versailles, 14 décembre 2010, « SCM Cabinet médical » : salariée licenciée du fait de son cancer du sein ; CA Poitiers, 17 février 2009, « Crédit agricole mutuel » : salariée en contrat à durée déterminée non embauchée du fait de son âge, 44 ans ; CPH Rouen, 27 janvier 2011, « Le Houlmedit SAS Leclerc » : contrat de travail rompu d'un salarié handicapé, sourd-muet, n'ayant bénéficié d'aucun aménagement pour exercer son activité professionnelle.

[8] M. MINE, « Discrimination », in P. ZAWIEJA et F. GUARNERI (sous la direction de), *Dictionnaire des risques psychosociaux*, Seuil, Paris, 2014, pp. 212-214, spéc. p. 214.

de l'adage "le crime ne paie pas" »[1]. Le Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations relevait ainsi que les employeurs français pourraient préférer « *payer l'amende et récidiver que changer leurs pratiques* »[2]. Les juridictions civiles, et dans une moindre mesure administratives, « *semblent encore prudentes et attachées à une vision étroite de la discrimination qui les rapproche du juge pénal* »[3]. Encore une fois, c'est le droit de l'Union européenne qui limite les risques que cette indemnisation du préjudice de discrimination ne soit que « *symbolique* »[4]. La matière pénale n'étant pas régie par le droit de l'Union, celui-ci laisse aux Etats membres le choix de la sanction.

B) Les sanctions en matière pénale

488. Particulièrement infâmante, la condamnation par le juge pénal fait l'objet d'un développement sans précédent[5]. Cette prévalence du recours au juge pénal en matière de discrimination se constate notamment dans les stratégies contentieuses élaborées par les associations. Jusqu'à l'avènement de la responsabilité pénale des personnes morales en 1992,

---

[1] P. LASCOUMES, E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », Droit et Société, 1986, pp. 101-124, spéc. p. 117.

[2] GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, GELD octobre 2000, p. 55.

[3] S. BENICHOU, *Le droit à la non-discrimination "raciale" : instruments juridiques et politiques publiques*, op. cit., p. 228.

[4] CJCE, 10 avril 1984, aff. 14/83, « Von Colson et Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen », Rec. CE p. 01891, point 28 : « *Elle implique toutefois que si un Etat membre choisit de sanctionner la violation de l'interdiction en question par l'octroi d'une indemnité, celle-ci doit en tout cas, pour assurer son efficacité et son effet dissuasif, être adéquate par rapport aux préjudices subis et doit donc aller au-delà d'une indemnisation purement symbolique comme, par exemple, le remboursement des seuls frais occasionnés par la candidature. Il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi prise pour l'application de la directive, dans toute la mesure ou une marge d'appréciation lui est accordée par son droit national, une interprétation et une application conformes aux exigences du droit communautaire* ».

[5] P. ALBERTINI, « La responsabilité des élus locaux : nécessité et aberrations », *Pouvoirs*, n° 92 *La responsabilité des gouvernants*, 1997, p. 109 : le développement de la responsabilité pénale participe d'une « *évolution sociale, telle une lame de fond irrésistible […]. La croissance concomitante de l'individualisme, qui exacerbe l'expression des droits subjectifs, et des phénomènes d'exclusion et d'insécurité, en milieu urbain particulièrement, conduit à un transfert sur la collectivité des responsabilités et des risques que les sociologues ont bien décrit. Ainsi, en matière de surveillance, de protection sociale et d'éducation, l'affaiblissement de la solidarité de proximité (la famille, le voisinage, l'entreprise) fait prendre en charge par les institutions ce qui relève largement des individus eux-mêmes. C'est, selon l'expression heureuse de Sebastian Roché la "confortable tentation de la délégation passive" qui aboutit à une forme d'apathie démocratique. L'individualisme fonctionne dans un seul sens, celui de la revendication de droits et de prestations supplémentaires, sans véritable contrepartie communautaire, autre que financière* » Voir aussi, A. GARAPON et P. TRUCHE, « La pénalisation nuit-elle à la démocratie ? », *LPA*, 27 janvier 1997, n° 12, p. 9 : « *A la limite, la pénalisation devient un des moyens de la démocratie lorsque la responsabilité professionnelle, sociale ou politique n'est plus sanctionnée d'une autre manière ou que, plus simplement, toute explication claire et sincère est refusée (J.-F. Burgelin, procureur général près la Cour de cassation, extraits de ses conclusions à propos de l'affaire du sang contaminé, aimablement communiquées par l'auteur)* ».

le contentieux pénal des discriminations ne concernait que les membres – élus et agents – de la collectivité territoriale. Conçue comme un comportement individuel, l'infraction de discrimination trouve naturellement un terrain d'application dans les actes adoptés par les élus ou les agents (1). Depuis qu'il a été rendu possible de condamner pénalement des collectivités territoriales, rares ont été les condamnations prononcées[1] et aucune ne l'a été sur la base d'une discrimination. Certaines situations peuvent néanmoins laisser penser qu'une telle hypothèse est possible (2).

1) La sanction des membres de la collectivité territoriale

489. Le contentieux pénal des discriminations offre un certain nombre de cas impliquant des membres d'une collectivité territoriale. Les condamnations ne manquent pas, en particulier à l'égard des maires de petites communes placés dans une situation particulièrement risquée, causée par la proximité avec les habitants, la dualité de la fonction, le manque de maîtrise de l'outil juridique, et la politisation (a). L'analyse des décisions montre que le principe d'interprétation stricte du droit pénal impose certaines limites à la notion[2] (b).

a) Les condamnations pour discrimination

490. Le droit pénal établi, pour les personnes physiques, une peine principale et des peines complémentaires pour les faits constitutifs d'une discrimination. Les élus, compte tenu de leur fonction particulière, font l'objet d'une certaine originalité dans leurs condamnations.

491. **Les peines rattachées aux faits de discrimination.** Sur le fondement de l'article 225-2, à titre principal, une personne physique peut être condamnée, pour toute discrimination commise à l'égard d'une personne physique ou morale, à trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende[3]. L'article précise, *in fine*, que le « *refus discriminatoire* » de fourniture d'un bien ou d'un service « *commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès* » est passible de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. La même augmentation de peine s'applique aux discriminations commises, dans le cadre de l'article 432-7 « *par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission* ».

[1] Voir, J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « La responsabilité pénale des collectivités territoriales », *AJCT*, 2013, p. 38 et s.
[2] Voir not., S. DÉTRAZ, « La cohérence des infractions de discrimination », *Gaz. Pal.*, 11 mai 2013, n° 131, p. 4
[3] Art. 225-2, al. 1er, Code pénal.

492. Pour tous les cas de discrimination, les personnes physiques peuvent être condamnées, à titre complémentaire[1], à l'interdiction du droit d'« *éligibilité* »[2] – et, partant, l'interdiction « *d'exercer une fonction publique* »[3] – et/ou du « *droit d'exercer une fonction juridictionnelle ou d'être expert devant une juridiction, de représenter ou d'assister une partie devant la justice* »[4], pour une durée de cinq ans. Ces peines complémentaires sont plus lourdes à l'égard des personnes entrant dans le champ des dispositions de l'article 432-7 : elles peuvent être privées de l'ensemble des droits civils, civiques et de famille visés à l'article 131-26[5] pour une durée qui aller jusqu'à dix ans si la personne est titulaire d'un mandat « *électif public* » au moment des faits[6]. Il peut s'agir aussi de l'interdiction « *d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise* »[7].

493. Enfin, on peut noter la création de circonstances aggravantes, pour l'ensemble des crimes et délits ayant une connotation raciste, sexiste ou homophobe par la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté[8].

494. **L'originalité de la sanction des élus.** Dans son office, le juge pénal individualise les peines pour les adapter à la situation de chacun des prévenus. Il apparaît ainsi que les élus se verront plus systématiquement condamner à des peines complémentaires d'inéligibilité[9], là encore en tenant compte des faits de l'espèce et de la situation de l'élu.

495. Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Papeete condamnant un maire, sur le fondement de l'article 432-7, pour avoir refusé de prononcer le mariage de deux personnes à raison de « *l'orientation sexuelle* » de l'un des futurs époux, alors même que la Cour précise que cette « *attitude mérite une sanction significative* », elle décide d'infirmer la sanction complémentaire d'un an de privation des droits civiques. Selon les juges, une telle sanction « *n'est pas adaptée*

---

[1] Art. 225-19, al. 1er, 1°, Code pénal.
[2] Art. 131-6, al. 1er, 2°, Code pénal.
[3] Art. 131-6, al. 4, Code pénal.
[4] Art. 131-6, al. 1er, 3°, Code pénal.
[5] Art. 432-17, al. 1er, 1°, Code pénal.
[6] Art. 131-26-1, Code pénal.
[7] Art. 432-17, al. 1er, 2°, Code pénal.
[8] Art. 171, Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, JORF n° 0024 du 28 janvier 2017.
[9] Voir cependant, la décision de la Cour d'appel de Toulouse de 2002 qui condamne à une peine d'inéligibilité un gérant de discothèque ayant des ambitions électives. Toutefois, dans cette hypothèse, cette peine s'est substituée à la peine d'amende de 30 000 francs prononcée en première instance ; cf. CA Toulouse, 4 avril 2002, n° 01/00133. De manière générale, l'interdiction des droits civiques est rarement prononcée à l'égard des administrés ; cf. TGI Toulouse 3 août 2005, n° 927/05 : à l'égard d'une gérante immobilière.

en ce qu'elle comporte des conséquences particulièrement lourdes au regard des faits de la cause »[1].

496. Dans une autre espèce, la Cour de cassation a validé l'inéligibilité pour une durée de cinq années ainsi que l'amende de 15 000 euros et surtout la condamnation à quatre mois d'emprisonnement avec sursis prononcées par la Cour d'appel de Saint-Denis à l'encontre d'un maire. Ce dernier s'était rendu coupable, sur le fondement de l'article 225-2, d'avoir subordonné une offre d'emploi au profit d'une personne physique à une condition fondée sur ses opinions politiques, et d'avoir, au fin du recrutement, sciemment écarté de façon discrétionnaire un autre agent présent sur le poste offert[2]. Dans cette affaire, les juges indiquent « *que ce comportement délictuel, commis par un élu dont une des missions premières est le respect de la démocratie et de ses règles et non la distribution d'emploi public en récompense d'un soutien en sa faveur, doit être sanctionné à la hauteur des responsabilités exercées* »[3].

497. Le juge a également condamné une maire à une peine d'inéligibilité de deux ans, ainsi qu'à une obligation de publicité de la condamnation par voie de presse, en plus des peines de prison avec sursis et des peines d'amende, pour avoir subordonné l'octroi d'une prime de naissance aux familles dont au moins l'un des deux parents était français ou issu de l'Union européenne[4]. Sur ce point, les études ont montré que l'obligation de publicité s'avérait

---

[1] CA Papeete, 1er septembre 2011, n° 292-133, JurisData n° 2011-021235, *JCP Générale*, 2011, p. 1132 ; Cir. Min. de l'Intérieur du 13 juin 2013 relative aux conséquences du refus illégal de célébrer un mariage de la part d'un officier d'état civil », INTK 1300 195 C. Avant 2013, le refus de célébrer un mariage pouvait constituer une voie de fait ; cf. Cass. 1ère Civ., 19 mars 2015, n° 14-14571.

[2] Cass. Crim., 11 mars 2014, n° 12-88.313, Inédit : la maire « *a sciemment, non seulement écarté de façon discrétionnaire un agent de catégorie A présent sur le poste offert à M. Z... mais, au surplus, sciemment choisi ce dernier en raison de ses opinions politiques, usant ainsi de son pouvoir de maire pour clairement récompenser un proche* ».

[3] Cass. Crim., 11 mars 2014, n° 12-88.313, Inédit. Voir aussi, TGI Vienne, 29 novembre 2005, n° 00009223 ; CA Grenoble, 8 novembre 2006, n° 06/00053. Le maire de Charvieu-Chavagneu, condamné pour discrimination « raciale » par un officier dépositaire de l'autorité publique a reçu pour obligation de financer la publication des extraits du jugement de condamnation au Journal officiel et au Dauphine Libéré. Le juge considère, dans ce cas, que « *les peines complémentaires correspond[e]nt à la responsabilité particulière d'un représentant de la nation* » ; cf. TGI Vienne, 29 novembre 2005, n° 00009223. Voir également, TGI Toulon, 5 mai 1998, *D.*, 1999, p. 162, note RETTERER : condamne à un mois d'emprisonnement avec sursis et 30 000 francs d'amende, l'adjointe au maire, reconnue coupable de discrimination sur les opinions politiques. A noter que la chambre se réfère non seulement au code pénal mais aussi aux deux principes à valeur constitutionnelle que sont l'égalité des citoyens devant la loi et l'égalité d'accès aux emplois publics.

[4] CA Aix-en-Provence, 18 juin 2001, n° 914M2001. Le premier adjoint et la maire de Vitrolles ont été condamnés à trois mois de prison avec sursis et 10 000 francs d'amende.

être une sanction particulièrement efficace[1], confirmant le caractère symbolique de la sanction pénale en matière de discrimination.

b) Les limites de la discrimination

498. Plusieurs décisions ont sanctionné pénalement les membres d'une collectivité lorsqu'ils ont été à l'origine d'un refus d'inscription à l'école maternelle[2], d'une offre d'embauche à caractère discriminatoire[3], d'un refus d'attribution de logement par la commission départementale[4], de l'attribution d'une aide sociale réservée aux familles françaises[5] ou encore du refus du droit à la parole à une élue pendant les réunions du conseil municipal au motif qu'elle porte un signe religieux[6]. Si tous ces cas correspondent à des condamnations définitives, on constate que l'évolution d'un litige devant le juge pénal peut amener à une diversité des qualifications juridiques en fonction des juridictions. Les cas de l'usage abusif du droit de préemption et de la provocation à la discrimination dans le cadre d'un boycott sont, à cet égard, éclairants.

499. **L'usage abusif du droit de préemption immobilière par un maire.** Le droit de préemption permet aux communes d'acquérir en priorité, dans certaines zones préalablement

---

[1] K. WLADASCH, *The sanctions regime in discriminations cases and its effects*, Equinet, 2015, pp. 26-27 : « *From an organizational perspective, sanctions and remedies that were considered to be the most effective by representatives of equality bodies were administrative fines, if the amount is high enough (AT, HU, LV, NL, PL, PT, RO, RS) and publications of the decision (BE, CZ, FI, HU, LV, NL, PT, RO). The latter were deemed to be effective because of the fear of negative publicity, using the force and pressure of the public to dissuade the perpetrator from future infringements, and because the publication as such can raise awareness and inform other people that discrimination is unlawful* ».

[2] CA Paris, 12 mars 1992, *JCP Générale*, 1992, IV, 2001. Voir not., DDD, décision n° 2018-011, transmission au procureur : le Défenseur qualifie de « *discrimination dans l'accès à l'éducation fondée sur les critères de l'origine, du lieu de résidence et de la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique de leur famille* », le refus d'inscription d'une famille de gens du voyage au motif qu'ils seraient « nomades », et donc non domiciliés dans la commune et/ou en situation irrégulière.

[3] Cass. Crim., 14 Novembre 1989, n° 88-81.817, Bull. crim., JurisData n° 1989-004192 : « *qu'en prenant, en dehors de toute instruction, l'initiative de la rédaction et de l'envoi de la note discriminatoire ["éviter le personnel de couleur"], la défenderesse a commis une faute personnelle, juridiquement inexcusable et donc détachable de la fonction, qui rend la Cour compétente pour statuer sur les demandes des parties civiles* » ; TGI Toulon, 5 mai 1998, *D.*, 1999, p. 162 : pour une discrimination à raison des opinions politiques de la part d'un adjoint au maire refusant une mise à disposition en demandant à l'association de « *pourvoir les postes manquants soit par des employés(es) sympathisants(es) du Front national, soit par des employés(es) totalement neutres* » ; TGI Tours, 14 mars 2000, n° de jugement 445/2000 : sanctionne un agent en période d'essai pour avoir traduit dans les faits les intentions discriminatoires d'un client pour le recrutement d'un apprenti.

[4] TGI Grenoble, 16 novembre 1993, n° de jugement 4 649 : sanctionne le refus, de façon délibérée, d'avis favorable que la commission municipale aurait dû accorder, sachant que l'adjointe au Maire a pesé de façon essentielle dans la décision de la commission départementale, dont les motifs du refus n'ont pas été expressément démenti.

[5] Cass. Crim., 17 décembre 2002, n° 01-85.650, JurisData n° 2002-017555.

[6] Cass. Crim., 1er septembre 2010, n° 10-80.584 : condamnation à une amende de 500 euros pour discrimination à raison de la religion sur le fondement de l'article 432-7 car « *il n'est nullement établi, qu'en l'espèce, le port d'une croix par Patricia Y. ait été un facteur de trouble susceptible de justifier que le maire, usant de son pouvoir de police, la prive de son droit à s'exprimer, en sa qualité d'élue municipale* ».

définies, un bien immobilier mis en vente par une personne privée[1]. Certaines communes en ont fait un usage détourné, manifestement discriminatoire. C'est ainsi que la Cour d'appel de Grenoble a condamné à deux reprises un maire pour un usage discriminatoire du droit de préemption[2], avant que ces décisions ne soient cassées par la Cour de cassation. Cette dernière a considéré que l'usage du droit de préemption, « *fut-il abusif* » ne pouvait être assimilé au refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi au sens de l'article 432-7 du Code pénal[3]. La problématique liée à cette pratique tient au fait que le droit de préemption immobilière ne peut pas être assimilé à un refus de droit de propriété. Il pourrait constituer une entrave à une activité économique si l'acquisition du bien a pour but d'y établir un commerce[4]. Dans cette hypothèse, les requérants ne peuvent invoquer que le détournement de pouvoir pour faire invalider l'acte du maire[5], sans possibilité de demander des dommages et intérêts.

500. Dans une espèce assez proche[6], la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel condamnant un maire, sur le fondement de l'article 432-7, pour entrave discriminatoire à l'exercice d'une activité économique[7], en relevant que la « *vente d'un bien immobilier par un particulier à un autre, ne caractérise pas l'exercice d'une activité économique au sens de l'article 432-7, 2 , du Code pénal* ». La Cour d'appel de renvoi[8] modifie sa qualification et condamne le maire, sur le fondement de l'article 225-2, à trois mois d'emprisonnement avec sursis, 1 000 euros d'amende, et à un an d'inéligibilité pour complicité de discrimination par refus de fourniture de bien en raison de l'origine ou de l'appartenance à une ethnie. La Cour a également refusé de sanctionner, pour discrimination raciale, le fait, pour un maire, d'avoir écarté une colistière en raison de son l'ambiguïté de sa position sur le génocide arménien, considérant que « *l'exercice d'un mandat électif, fût-il assorti du versement à l'élu d'une indemnité, ne constitue pas une activité économique au sens de ce texte* »[9].

---

[1] Art. L. 210-1 et s., Code de l'urbanisme.
[2] CA Grenoble, 8 novembre 2006, n° 06/0053, « Dezempte et Boyer c. Ghezzal » ; CA Grenoble, 16 juin 2010, n° 09/01625, « Tuduri ».
[3] Cass. Crim., 17 juin 2008, n° 07-81.666 et Cass. Crim., 21 juin 2011, n° 10-85.641, Bull. crim. 2011, n° 143.
[4] J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Le risque de discrimination dans le cadre de l'exercice du droit de préemption », *AJCT*, 2013, p. 235.
[5] Par ex., TA Bordeaux, 12 avril 2007, req. n° 0503070, « Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah d'Agen ».
[6] Cass. Crim., 24 mai 2005, n° 04-87.490, Bull. crim. 2005, n° 151.
[7] Le maire a exercé des pressions, à la demande du conseil municipal, pour convaincre un habitant de la commune de ne pas vendre son bien immobilier à une personne appartenant à la communauté des gens du voyage.
[8] CA Lyon, 11 janvier 2006, n° 06-81060, Publié au bulletin.
[9] Cass. Crim., 22 novembre 2011, n° 10-87.805, *Droit Pénal*, 2012, comm. 31, obs. VERON.

501. **La quasi-injonction au boycott de produits étrangers par un maire.** Un cas de boycott de produits étrangers imposé par un maire à son équipe municipale[1] s'est présenté devant les juges au point d'être finalement tranché par la Cour européenne des droits de l'homme[2]. En première instance, le maire fut relaxé des poursuites engagées par le procureur sur le fondement de l'article 225-1. La Cour d'appel infirme la décision en considérant que le tribunal « *s'est limité à rechercher si les propos de Jean-Claude X… constituaient une discrimination à l'égard des personnes et a décidé qu'il n'avait entendu que boycotter des produits, sans examiner les faits sous toutes les qualifications possibles compte tenu des termes de la prévention* ». Elle considère, pour sa part, que le maire « *a incité [les services de restauration de la commune] à tenir compte de l'origine de ces produits et, par suite, à entraver l'exercice de l'activité économique des producteurs israéliens, cet appel au boycott étant fait en raison de leur appartenance à la nation israélienne* »[3]. Elle ajoute que la diffusion, sur le site internet de la mairie, de la mesure, associée à des commentaires militants, en multipliant les destinataires, est « *de nature à provoquer des comportements discriminatoires* »[4].

502. Entre provocation à la discrimination[5] et discrimination la frontière n'est pas toujours claire, surtout si la matérialité de la discrimination (entrave à une activité économique) est démontrée[6]. A cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme insiste sur « *la démarche discriminatoire et, de ce fait, condamnable* » du maire qui « *a appelé les services municipaux à un acte positif de discrimination, refus explicite et revendiqué d'entretenir des relations commerciales avec des producteurs ressortissants de la nation israélienne* »[7]. On peut alors se demander si, dans l'hypothèse où les services de restauration auraient effectivement commis cet « *acte positif de discrimination* », le maire n'aurait pas pu être condamné, non plus pour

---

[1] Cour EDH, 16 juillet 2009, req. n° 10883/05, « Willem c. France », point 38 : « *l'exposé d'une communication effectuée tant lors de la réunion du conseil municipal, sans donner lieu à débat ni vote, que sur le site internet de la commune, […] ne peut […] avoir favorisé la libre discussion* ».

[2] Cour EDH, 16 juillet 2009, préc., point 37 : « *[l]a Cour relève qu'en sa qualité de maire, le requérant avait des devoirs et des responsabilités. Il se doit, notamment, de conserver une certaine neutralité et dispose d'un devoir de réserve dans ses actes lorsque ceux-ci engagent la collectivité territoriale qu'il représente dans son ensemble. À cet égard, un maire gère les fonds publics de la commune et ne doit pas inciter à les dépenser selon une logique discriminatoire* ».

[3] Cass. Crim., 28 septembre 2004, n° 03-87.450, Inédit.

[4] Cass. Crim., 28 septembre 2004, préc. : « *L'arrêt infirmatif attaqué a déclaré Jean-Claude X... coupable d'avoir à Seclin, le 3 octobre 2002, par des discours rendus publics, provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de son origine ou de son appartenance ou non-appartenance à une ethnie, nation, race ou religion, en l'espèce, en demandant aux services de restauration de boycotter les produits israéliens, en particulier les jus de fruits, et en annonçant ce boycott* ».

[5] Art. 23, 24 et 42 de la loi du 29 juillet 1881.

[6] Voir sur ce point, R. MEDARD INGHILTERRA, « Provocation à la discrimination et appel au boycott de produits étrangers : la Cour de cassation tranche le débat », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, mis en ligne le 08 décembre 2015.

[7] Cour EDH, 16 juillet 2009, préc., point 38.

incitation, mais pour complicité à la discrimination pour entrave à une activité économique[1] ou injonction à la discrimination devant le juge civil[2].

503. Alors que la doctrine avisée relève les incohérences[3], voire les dangers de la politique de répression pénale en matière de discriminations[4], elle nous paraît au contraire favorable aux victimes. Certes, un certain nombre de doublons de qualifications existent[5] suscitant la confusion chez les commentateurs. Les juges comme les victimes semblent au contraire s'en accommoder et user de l'ensemble du spectre ouvert par le législateur pour parvenir à la condamnation. En revanche, l'aléa observé parmi les sanctions infligées constitue un facteur de risque que certains pays ont pris en compte en adoptant des lignes directrices à cet effet[6]. Aussi, à l'égard des élus et des agents des collectivités territoriales, si les sanctions sont bien effectives, elles n'apparaissent pas véritablement dissuasives. A l'égard de la collectivité territoriale comme personne morale, force est de constater que les sanctions sont, pour le moment, inopérantes.

2) La sanction de la collectivité territoriale

504. Contrairement à leurs membres plusieurs fois condamnés, les collectivités territoriales n'ont, quant à elles, jamais été condamnées[7]. S'agissant « *sans nul doute, [de] la plus remarquable des innovations introduites par le nouveau code pénal* »[8], la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales n'a pas bouleversé le contentieux en matière de discrimination pour deux raisons principales : d'une part la capacité pénale des collectivités territoriales demeure limitée ; d'autre part, la question de l'imputabilité semble difficile à trancher.

505. **La capacité pénale des collectivités territoriales.** Dans le cadre de la responsabilité pénale, les collectivités territoriales peuvent être condamnées, à titre principal, par un taux

---

[1] En application de la jurisprudence, Cass. Crim., 24 mai 2005, n° 04-87.490, Bull. crim. 2005, n° 151.
[2] En application de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, préc.
[3] S. DÉTRAZ, « La cohérence des infractions de discrimination », art. cit.
[4] M. DANTI-JUAN, « La sanction pénale », art. cit.
[5] S. DÉTRAZ, La cohérence des infractions de discrimination, art. cit.
[6] S. BENICHOU, *Le droit à la non-discrimination "raciale" : instruments juridiques et politiques publiques*, op. cit., p. 227 : aux Etats-Unis, il s'agit des *Federal Sentencing Guidelines*, « *élaborées pour fournir aux cours fédérales des critères pour évaluer les amendes destinées aux personnes morales afin de respecter le principe de proportionnalité en prenant la sanction pécuniaire adéquate au regard de la gravité du délit et des capacités financières de l'entité* ».
[7] J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « La responsabilité pénale des collectivités territoriales », *AJCT*, 2013, p. 38 et s.
[8] Ibid.

maximum d'amende équivalent au quintuple du montant prévu à l'article 225-2, soit 225 000 euros, et, à titre complémentaire, aux sanctions prévues à l'article 131-39[1]. Encore faut-il que la discrimination entre dans le champ de l'article 121-2 du code pénal qui dispose, à l'égard des collectivités territoriales et de leurs groupements, qu'ils « *ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public* »[2].

506. Cette formulation inscrite dans le code pénal, issue du droit de l'Union européenne pose de réelles difficultés d'interprétation[3] en ce qu'il n'existe pas de liste exhaustive établie des activités susceptibles de faire l'objet d'une telle délégation[4]. La Cour de cassation est venue rappeler sans plus de précisions qu'« *est susceptible de faire l'objet d'une convention de délégation de service public toute activité ayant pour objet la gestion d'un tel service lorsque, au regard de la nature de celui-ci et en l'absence de dispositions légales ou réglementaires contraires, elle peut être confiée, par la collectivité territoriale, à un délégataire public ou privé rémunéré, pour une part substantielle, en fonction des résultats de l'exploitation* »[5]. Une liste, non-exhaustive, peut être suggérée : les activités désignées par la loi comme pouvant faire l'objet d'une délégation[6], celles désignées dans la circulaire d'application du nouveau code pénal du 14 mai 1993 et une réponse ministérielle de 1996, complétée par d'autres[7], et celles qui ont été désignées comme telles par le juge judiciaire[8].

507. On peut également dresser une liste des activités qui ne seraient pas susceptibles de faire l'objet d'une convention de délégation de service public. Il s'agit notamment des activités exercées par les collectivités territoriales, au nom et pour le compte de l'État (par ex. la gestion

---

[1] Art. 225-4, Code pénal.

[2] Y. MAYAUD, « La notion d'activité délégable et le juge pénal », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, février 2014, n° 98, p. 60 : « *La préoccupation du législateur a ici été de ménager les structures locales pour ce qu'elles représentent d'institutions publiques et de fonctions exécutives difficilement compatibles avec un contrôle du pouvoir judiciaire. Mais il ne souhaitait pas non plus leur assurer une impunité, qui eût été mal comprise, lorsqu'elles quittent ces fonctions, afin de prendre en charge des activités équivalentes à celles d'une entreprise ou d'une personne morale de droit privé* ».

[3] Cass. Crim., 3 avril 2002, n° 01-83.160, Bull. crim. n° 77, *D.*, 2003 : la Cour de cassation est venue rappeler sans plus de précisions qu'« *est susceptible de faire l'objet d'une convention de délégation de service public toute activité ayant pour objet la gestion d'un tel service lorsque, au regard de la nature de celui-ci et en l'absence de dispositions légales ou réglementaires contraires, elle peut être confiée, par la collectivité territoriale, à un délégataire public ou privé rémunéré, pour une part substantielle, en fonction des résultats de l'exploitation* ».

[4] Voir not., J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « La responsabilité pénale des collectivités territoriales », art. cit.

[5] Cass. Crim., 3 avril 2002, n° 01-83.160, préc.

[6] Art. L. 2223-19, CGCT : création des services extérieurs des pompes funèbres ; art. L. 2223-40, CGCT : gestion des crématoriums ; art. L. 2124-4, Code général de la propriété des personnes publiques : gestion des plages.

[7] Réponse ministérielle n° 32824, JOAN Q, 4 mars 1996, p. 1194 ; Réponse ministérielle n° 38214, JOAN Q, 15 juillet 1996, p. 3861 ; Réponse ministérielle n° 342, JOAN Q, 2 septembre 2002, p. 2994.

[8] Par ex., Cass. Crim., 3 avril 2002, n° 01-83.160, préc. : un théâtre municipal ; TGI Saint-Etienne, 6 mai 1996, *RFDA*, 1999, p. 920 et s., spéc. 932, obs. F. MEYER : un parcours de santé ; Cass. Crim., 7 septembre 2010, n° 10-82.119 : un parc.

de l'état civil, l'organisation des élections, la délivrance des permis de construire, …etc.), des attributions supposant l'exercice de prérogatives de puissance publique, telles que les activités de police administrative générale et spéciale[1], ou encore celles dont la gestion est confiée par la loi, souvent le code général des collectivités territoriales, spécialement à une collectivité territoriale déterminée[2].

508. Plus que la capacité pénale limitée des collectivités territoriales, ce qui semble poser particulièrement problème en matière de discrimination réside dans l'imputabilité à la personne morale de la discrimination.

509. **L'imputabilité de la discrimination à la collectivité territoriale.** L'imputabilité à la collectivité territoriale de la discrimination passe par les dispositions de l'article 121-2 du code pénal qui dispose que « *les personnes morales, à l'exception de l'État, sont responsables pénalement, […] des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants* »[3]. S'agissant des organes concernant les collectivités territoriales et leurs groupements, on trouve le maire et le conseil municipal d'une commune, le président du conseil départemental et le conseil départemental du département, le président du conseil régional et le conseil régional d'une région, le président, le bureau et le comité d'un syndicat de commune, le président, le bureau ou le conseil d'une communauté de communes, urbaine, d'agglomération, ou d'une métropole. La difficulté provient de la façon d'interpréter le fait d'agir « *pour le compte* » de la collectivité. La question de la coresponsabilité en matière de discrimination s'est posée à l'égard des conseillers participant à une délibération de l'assemblée à caractère discriminatoire.

510. L'action pour le compte de la collectivité sera caractérisée, selon Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « *lorsque la personne physique a commis une infraction, non seulement dans l'intérêt de la personne morale (gain, économie, etc.), mais aussi "*dans l'exercice d'activités ayant pour objet d'assurer l'organisation, le fonctionnement ou les objectifs du groupement doté de la personnalité morale*"*[4] *c'est-à-dire au cours de l'exercice normal de l'activité de la*

---

[1] Voir not., F. DEPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 16e éd., Economica, 2009, n° 584-2 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, 2e éd., LexisNexis, 2011, n° 1088.

[2] L'organisation du service des transports scolaires relève ainsi de la compétence des départements (art. L. 213-11, Code de l'éducation) ; cf. Cass. Crim., 6 avril 2004, n° 03-82.394, Bull. crim. n° 89. L'enseignement public ne peut pas, par nature, faire l'objet d'une délégation de service public ; cf. Cass. Crim., 12 décembre 2000, n° 98-83.969, Bull. crim. n° 371. Dans le même sens, concernant l'obligation de mettre les machines affectées à l'enseignement en conformité avec les prescriptions légales, cf. Cass. Crim., 11 décembre 2001, n° 00-87.705, Bull. crim. n° 26.

[3] Sur la question, voir not. F. DUQUESNE, « L'imputation du délit de discrimination à la personne moral. À propos de l'indépendance des culpabilités. Cour de cassation, ch. crim., 23 juin 2009 », *Droit social*, 2009, p.1171.

[4] F. DEPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 612.

personne morale »[1]. « *En revanche*, précise-t-il, *la condition sera exclue lorsque les faits auront été réalisés par l'auteur direct dans son seul intérêt personnel* »[2]. On note que le juge pénal a déjà eu l'occasion de condamner une personne morale de droit public, pour discrimination. L'office du tourisme d'Agde a ainsi été condamné en première instance par le Tribunal de grande instance de Béziers à 20 000 euros d'amende pour avoir établi un système de discrimination fondé sur les exigences « *ethno-raciales* » des agences immobilières[3]. En l'espèce, le fait que le fichage bénéficie à la structure, dénué de tout intérêt personnel, était plus aisément vérifiable. Dans une autre affaire[4] le juge a condamné, à titre personnel, l'agent territorial qui s'est rendu coupable d'une entrave discriminatoire à l'activité économique, pour avoir conseillé à certains bureaux d'aide sociale, d'« *éviter le personnel de couleur* »[5] dans le recrutement des aides ménagères. La Cour exonère toute responsabilité à la collectivité territoriale, y compris *in solidium* devant le juge administratif, en considérant que la note a été faite « *de sa propre initiative* » et « *en dehors de toute instruction* » [6], de sorte que « *la défenderesse a commis, non une faute de service (d'ailleurs non alléguée), mais une faute personnelle, juridiquement inexcusable et donc détachable de la fonction* »[7].

511. L'article 121-2 indique que « *la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du 4e alinéa de l'article l2l-3* ». Le problème s'est posé avec la participation d'élus à une délibération d'un conseil municipal à caractère discriminatoire[8]. Dans un arrêt de la Cour de cassation, prononcé en 1999, la chambre criminelle a indiqué, à propos d'une délibération suspendant « *toute fourniture, hormis le chauffage* », à deux écoles maternelles en raison du nombre, jugé excessif, « *d'enfants de nationalités différentes* », qu'elle était « *le fait d'un organe collégial et non le fait du maire ou de tel ou tel membre du conseil municipal ; [qu'elle ne peut] être regardée comme le simple résultat d'une addition de volontés individuelles des membres dudit conseil ayant voté en sa faveur, alors que n'existant qu'au terme du processus de délibération, elle était censée juridiquement émaner du conseil tout entier et engageait non pas la responsabilité de chacun des membres du conseil mais celle de la commune, personne*

---

[1] J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « La responsabilité pénale des collectivités territoriales », art. cit.
[2] Ibid.
[3] TGI Béziers, 14 avril 2006, n° de jugement 963.06. Il fut relaxé en appel ; cf. CA Montpellier, 12 décembre 2006, n° 1482.
[4] CA Paris, 21 janvier 1988, *D.*, 1988, IR, p. 86 ; Cass. Crim., 14 novembre 1989, Bull. crim. n° 416.
[5] Ibid.
[6] Ibid.
[7] Ibid.
[8] Voir Y. MAYAUD, « Un délit en quête d'auteur, la discrimination sur délibération municipale », *RSC*, janvier-mars 2000, p. 197

morale de droit public »[1]. Cette décision s'inscrit dans une jurisprudence classique dont l'objectif est de protéger les individus prenant part à des décisions d'organes collégiaux[2]. Cette jurisprudence connaît quelques aménagements, notamment pour les délits de favoritisme[3]. En matière de discrimination, une décision de la Cour de cassation de 2002 condamne, sur le fondement de l'article 225-1, la maire et son premier adjoint pour avoir subordonné une prestation sociale facultative à une condition de nationalité. La Cour de cassation a pu reconnaître la responsabilité des deux prévenus en s'attachant à leur rôle personnel et à leur influence dans l'adoption de la décision[4], indépendamment du vote de l'assemblée délibérante[5]. Le juge rappelle dans cette affaire, que le fait que la décision ait été adoptée à bulletin secret « *ne saurait avoir pour effet de supprimer toute responsabilité des auteurs (…) de la décision, mais rend seulement plus difficile la preuve de la participation à l'infraction* »[6].

512. Pour imputer à la collectivité le comportement infractionnel commis par ses organes ou ses représentants, le juge assimile leur intention discriminante à celle de la collectivité, tout en séparant leurs intérêts[7] qui peuvent, le cas échéant, se cumuler[8]. Or, même lorsque ces intérêts se cumulent avec la force de l'évidence, la personne morale des collectivités territoriales demeure largement protégée. Sur ce point, la doctrine a produit des statistiques indiquant que sur les 1 201 premières condamnations prononcées contre des personnes morales et inscrites au casier judiciaire, il apparaît que seules 25 d'entre elles visaient des personnes morales de droit

---

[1] Cass. Crim., 11 mai 1999, n° 97-81.653, JurisData n° 1999-002093 ; Bull. crim. 1999, n° 93, p. 292. Il importe peu, en l'espèce, que le maire ait préparé la délibération ou bien que les conseillers aient pris part au vote. Cette décision de rejet qui visait à faire condamner deux élus n'a pas donner lieu à la condamnation de la commune.

[2] Voir aussi, CA Grenoble, 7 octobre 1994, n° 932/94 : une décision d'une commission municipale du logement refusant un logement HLM pour un motif discriminatoire ne peut être imputée à ses membres ou à son président.

[3] Voir, S. PENAUD, « La responsabilité pénale des élus au titre de leur participation à une décision collective », *AJDA*, 2005, 31 janvier 2005, p. 187 : « *Ainsi, le juge a reconnu la responsabilité personnelle de l'exécutif local, en qualité de président de la commission d'appel d'offres, nonobstant la collégialité de la décision de celle-ci, en retenant que le maire avait une influence prépondérante sur la commission qu'il présidait (CA Colmar 14 novembre 1997, cité dans la circulaire du 2 juillet 1998) ou qu'il aurait pu tenter de s'opposer aux décisions prises par elle (T. corr. Orléans 5 juin 1996, cité dans la circulaire du 2 juillet 1998. [...] La Cour de cassation n'a pas fait droit au moyen reprochant à une cour d'appel d'avoir retenu la responsabilité d'un maire dans le cadre de l'attribution d'un marché public, alors que, selon ce moyen, la décision d'accepter ou de rejeter une offre relève de la compétence, non de la personne responsable du marché, mais de la seule commission d'appel d'offres (Cass. Crim. 19 novembre 2003, n° 02-86.253)* ».

[4] En l'espèce, le premier adjoint, rapporteur du projet l'avait proposé au vote. La maire, qui avait voté par procuration, avait, quant à elle, fait de la « préférence nationale » le thème central de sa campagne, objectif qu'elle a d'ailleurs soutenu devant les juges.

[5] M. POCHARD, « Fasc. 813 : Responsabilité pénale des élus », *J-Cl Administratif*, Date de fraîcheur, 2 novembre 2011, n° 42. Voir, CA Aix-en-Provence, 7e ch., 18 juin 2001, n° 914M2001, « Fayard c. Rascovschi e. a. » ; Cass. Crim., 17 décembre 2002, n° 01-85.650.

[6] Cass. Crim., 17 décembre 2002, préc.

[7] Voir par exemple, J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité des personnes morales est-elle une responsabilité par ricochet ? », *RSC*, 2000, p. 636.

[8] Voir not., F. DUQUESNE, « L'imputation du délit de discrimination à la personne moral. À propos de l'indépendance des culpabilités. Cour de cassation, ch. crim., 23 juin 2009 », art. cit.

public[1]. D'aucuns s'interrogent alors sur la réalité du « *risque pénal* »[2] qui pèse sur les collectivités territoriales[3]. On constate que si la tendance à la juridicisation des rapports avec les collectivités[4] justifie l'ouverture de l'accès au juge pénal, le risque pénal de discrimination a surtout considérablement augmenté pour les élus et leurs agents. Il aurait pu en être de même en matière de harcèlement si le législateur n'avait pas reconnu une responsabilité spécifique de l'employeur qui se rapproche d'une responsabilité pour risque.

Section 2: Les responsabilités pour faits de harcèlement

513. Evoquer les faits de harcèlement dans le cadre de la notion de discrimination a acquis, pour la doctrine, comme pour les institutions, un forme d'évidence. Cependant, ce rattachement des deux notions opéré par le législateur européen, et transposé en droit français par la loi de 2001 relative à la discrimination, a posé plusieurs problèmes d'ordre sémantique – les faits caractérisant les deux comportements étant sensiblement différents – mais aussi juridique – l'application du régime de la discrimination, notamment de la preuve et des causes d'exonération, à des situations de harcèlement a pu s'avérer hasardeux. A cela s'ajoute la consécration de la notion de harcèlement discriminatoire dont il est difficile d'apercevoir les contours et, partant, d'en déterminer sa fonction dans le dispositif de répression. En cela, il est nécessaire, dans un premier temps, d'exposer les conditions de la mise en jeu de la responsabilité de la collectivité et de ses membres en cas de harcèlement (§1).

514. Finalement assez éloignées de celles permettant d'engager la responsabilité des collectivités et de leurs membres en matière de discrimination, ces conditions présentent plusieurs spécificités qui rejaillissent sur le système de sanctions. Contrairement à la discrimination, les faits de harcèlement peuvent plus aisément entraîner la responsabilité de la personne morale. Soumises à l'obligation de sécurité de l'employeur, les collectivités

---

[1] F. DEPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit, p. 1204.
[2] N. LAVAL MADER, « Les évolutions du risque pénal dans la gestion publique locale », *RFDA*, 2012, p. 707.
[3] Voir, J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « La responsabilité pénale des collectivités territoriales », art. cit.
[4] J.-B. AUBY, « Préface », in D. MIRANDA, *Guide pratique du juriste territorial*, Dossier Experts, Territorial, éd. 2006, p. 7. : « *les rapports sociaux, économiques, politiques, administratifs qui se nouent autour des institutions locales se sont grandement "juridicisés". Le débat juridique, voire la confrontation contentieuse, s'introduit là où autrefois régnaient, le plus souvent, le rappel à l'ordre de la tutelle, l'arrangement notabiliaire, les multiples "donnant, donnant" de la société locale* » ; cité dans N. LAVAL MADER, « Les évolutions du risque pénal dans la gestion publique locale », *RFDA*, 2012, p. 707.

territoriales sont tenues de mettre en place des mesures de prévention et de protection afin de réduire les risques de harcèlement. En cela, elles sont les premières actrices de la lutte contre le harcèlement au sein de leur établissement, là où la répression des discriminations demeure largement placée sous l'autorité du juge. Les sanctions prévues par les textes, conséquences de la mise en jeu de la responsabilité pour faits de harcèlement, tiennent compte de cette fonction attribuée à chaque employeur (§2).

§1) Les conditions de la responsabilité pour faits de harcèlement

515. L'histoire du harcèlement en France n'est ni linéaire ni homogène. Tout d'abord, il convient de préciser que traiter le harcèlement moral et le harcèlement sexuel simultanément présente deux difficultés : leurs fondements juridiques sont distincts ; les faits qui les constituent sont difficilement comparables. Seuls leurs régimes se rapprochent, sans jamais se confondre. Historiquement, le harcèlement sexuel est le premier à être apparu dans notre ordre juridique à la faveur des lois du 22 juillet 1992[1] et du 2 novembre 1992[2]. Après une précision apportée par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998, la définition du harcèlement sexuel sera profondément élargie par la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale qui instaure également la répression du harcèlement moral. Ce dernier a commencé à émerger dans le débat public en 1998 suite à la parution des travaux de Marie-France HIRIGOYEN[3]. Il a fait son entrée dans la sphère juridique sous l'impulsion des organes de l'Union européenne[4] au point de « *constituer aujourd'hui un véritable droit du harcèlement moral* »[5]. Le rattachement

[1] Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992, portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, JORF n°169 du 23 juillet 1992 p. 9875. Le harcèlement sexuel y était défini, à l'article 222-33 du nouveau code pénal comme « *le fait de harceler autrui en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions* ».

[2] Loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations au travail (JORF n° 257 du 4 novembre 1992 p. 15255) a introduit dans le code du travail et dans la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (JORF du 14 juillet 1983 p. 2174) tout un ensemble de dispositions tendant à assurer la protection des salariés et des agents publics contre les agissements de harcèlement sexuel dont elle proposait une définition voisine de celle du code pénal sans être toutefois rigoureusement identique.

[3] M.-F. HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral. La violence perverse au quotidien*, Syros, 1998 ; M.-F. HIRIGOYEN, *Malaise dans le travail. Harcèlement moral : démêler le vrai du faux*, Syros, 2001.

[4] Dir. n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JOCE du 2 Décembre 2000.

[5] S. DA COSTA et S DALLE-CRODE, « Fasc. 113 : Harcèlement moral et fonction publique », *J-Cl Fonctions publiques*, date de fraîcheur : 30 Septembre 2012, n° 1.

des différentes formes de harcèlement au sein de la notion de discrimination, initié par le droit de l'Union européenne, tend à homogénéiser leur régime juridique. Aujourd'hui, il est possible de regrouper les conditions de mise en jeu devant le juge administratif de la responsabilité des personnes pour tous les faits de harcèlements (A). Il n'en va pas de même en matière pénale où les incriminations se suivent sans jamais se rejoindre (B).

A) Les conditions de la responsabilité devant le juge administratif

516. Devant le juge administratif, les fondements des harcèlements moral et sexuel diffèrent à la fois dans le statut de 1983 et dans les directives de l'Union européenne. Néanmoins, ils entrent tous les deux dans une réflexion plus large sur la santé et le bien-être au travail qui les a inscrits au sein de la catégorie des risques professionnels psychosociaux[1]. Leurs faits se rejoignent dans leurs effets (1) au point que leurs régimes sont devenus quasiment identiques (2).

1) Les faits constitutifs de harcèlement

517. Chronologiquement, le harcèlement sexuel a fait son apparition dès 1992 dans le statut général de la fonction publique[2]. Sa définition actuelle est issue de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 en réponse à la censure du Conseil constitutionnel. Cette évolution salutaire opérée par le législateur harmonise les dispositifs de lutte contre les harcèlements sexuel et moral issus de la législation européenne et du droit français (a). Comme pour les faits de discrimination, le législateur a inclus au régime des harcèlements les mesures de rétorsions contre les agents qui en sont victimes ou les témoins qui les dénoncent (b).

a) Les notions de harcèlements moral et sexuel

518. L'observation de l'historique des notions de harcèlements moral et sexuel montre une tendance au rapprochement qui sera acté en 2012 avec comme point d'orgue la censure du harcèlement sexuel par le Conseil constitutionnel en 2012.

[1] Voir infra, n° 981 et s. ; 1129 et s.
[2] Loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992, préc.

519. **L'évolution de la notion de harcèlement sexuel.** La première apparition de la notion de harcèlement dans le statut général de 1983 interdit à la collectivité de prendre en considération, dans ses décisions vis-à-vis d'un agent, « *le fait qu'il a subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement d'un supérieur hiérarchique ou de toute personne qui, abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, a donné des ordres, proféré des menaces, imposé des contraintes ou exercé des pressions de toute nature sur ce fonctionnaire dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers* »[1]. Cette définition sera profondément remaniée avec la loi du 17 janvier 2002 puisqu'à sa suite, le harcèlement sexuel sera compris comme le fait de « *subir les agissements de harcèlement de toute personne dont le but est d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers* »[2]. L'épure trop grossière, a finalement fait l'objet d'une abrogation sèche du Conseil constitutionnel à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité au contexte contestable[3]. Trop vague pour la matière pénale[4], la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel[5] réécrit l'infraction en des termes bien plus précis : il s'agit « *des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante* », ou des propos ou comportements « *assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers* ». Cette définition s'inscrit dans celle de la directive n° 2006/54/CE sans la reprendre entièrement[6].

520. **L'évolution de la notion de harcèlement moral.** Le harcèlement moral est apparu dans le statut général 1983 avec la loi du 17 janvier 2002[7]. Contenue aujourd'hui dans l'article 6

---

[1] Ex-art. 6, al. 5 à 7, Loi du 13 juillet 1983, préc.

[2] Ex-art. 6 *ter*, Loi du 13 juillet 1983, préc.

[3] Me EOLAS, « L'abrogation du délit de harcèlement sexuel », *Journal d'un avocat*, 5 mai 2012, site : www.maitre-eolas.fr.

[4] Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC, « M. Gérard D. » [Définition du délit de harcèlement sexuel] Non conformité totale, cons. 5 : « *Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'article 222-33 du code pénal permet que le délit de harcèlement sexuel soit punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis ; qu'ainsi, ces dispositions méconnaissent le principe de légalité des délits et des peines et doivent être déclarées contraires à la Constitution* ».

[5] JORF n° 0182 du 7 août 2012, p. 12921.

[6] Art. 2, 1, d), Dir. n° 2006/54 du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail : « *"harcèlement sexuel" : la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ».

[7] Avant l'apparition du harcèlement moral dans les statuts, le juge administratif sanctionnait déjà les comportements analogues, mais sur d'autres bases juridiques, comme l'illégalité de la privation de moyens matériels (cf. CAA Marseille, 2 juin 1998, « Commune de Mandelieu-la-Napoule », *AJFP*, 1999-2, p. 24),

quinquies de ce statut, sa définition n'a évolué qu'à la marge. L'article dispose qu'« *aucun fonctionnaire ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ». On retiendra que la Cour de cassation a eu à se prononcer sur l'opportunité de saisir le juge constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause la conformité de l'incrimination de harcèlement moral avec le principe de légalité des délits et des peines. Contrairement au harcèlement sexuel, la Cour a décidé de ne pas transmettre la question au motif que le Conseil constitutionnel s'était déjà prononcé sur la conformité du délit de harcèlement et qu'aucun changement n'était apparu depuis lors dans les circonstances de fait, comme de droit – l'abrogation du délit de harcèlement sexuel n'y changeant rien[1]. Cette disposition s'inscrit dans le cadre de la transposition de la directive n° 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, qui définit le « *harcèlement* » comme « *une forme de discrimination* » qui correspond à « *un comportement indésirable lié à l'un des motifs [de discrimination] qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* »[2]. La directive précise ensuite que « *dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales* ». Le législateur européen envisage donc en premier lieu le harcèlement moral comme un acte à caractère discriminatoire qui, contrairement à la définition donnée par le législateur français, peut se satisfaire de l'existence d'un seul « *comportement* », là où l'article 6 *quinquies* demande des « *agissements répétés* ».

521. Cette conception européenne du harcèlement, qui le situe dans le cadre de la lutte contre les discriminations, ressort également de la directive n° 2006/54/CE, laquelle, en plus de définir le harcèlement sexuel, crée également le harcèlement « sexiste »[3], traduit, en droit de la fonction publique, à l'alinéa 2 de l'article 6 *bis* du statut général de 1983[4]. Ce rattachement à la notion de discrimination a posé problème au législateur français, la Commission européenne

---

l'absence d'affectation (cf. CE, 12 février 1969, « Morin », Rec. Lebon p. 93) ou encore la mutation-sanction (cf. CE, 5 avril 1991, « Imbert-Quaretta », *AJDA*, 1991, p. 575).

[1] Cass. Crim., 25 juillet 2012, n° 12-90.034, Inédit.

[2] Art. 2, 3, Dir. n° 2000/78 du 27 novembre 2000, préc.

[3] Art. 2, 1, c), Dir. n° 2006/54 du 5 juillet 2006, préc. : « *"harcèlement" : la situation dans laquelle un comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ».

[4] Art. 6 *bis*, al. 2, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc. : « *aucun fonctionnaire ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ».

considérant sa transposition comme insatisfaisante. Il s'est concrétisé dans la loi de 2008 sans pour autant avoir résolu toutes les difficultés d'interprétation[1]. L'autre rattachement majeur de la notion de harcèlement réside dans son intégration à la politique de prévention des risques psychosociaux des employeurs.

b) Les faits assimilables à du harcèlement : les mesures de rétorsions

522. **Harcèlement sexuel.** Le régime d'interdiction des mesures de rétorsions est apparu dès la loi du 2 novembre 1992 dans les secteurs privé et public[2], et n'a cessé de s'étendre à l'égard des victimes et des témoins de harcèlement sexuel[3]. Aujourd'hui, l'article 6 *ter* du statut général dispose qu'« *aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la rémunération, la formation, l'évaluation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire : 1° Parce qu'il a subi ou refusé de subir les faits de harcèlement sexuel mentionnés aux trois premiers alinéas, y compris, dans le cas mentionné au a, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés ; 2° Parce qu'il a formulé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire cesser ces faits ; 3° Ou bien parce qu'il a témoigné de tels faits ou qu'il les a relatés* ». On peut néanmoins regretter que le régime des contractuels soit désormais régi par décret.

523. **Harcèlement moral.** En matière de harcèlement moral, la protection contre les mesures a moins évolué. Le législateur a d'abord étendu le cadre des sanctions disciplinaires aux agents ayant enjoint de procéder à des faits de harcèlement[4]. Il a ensuite étendu le champ de l'interdiction à la rémunération et à l'évaluation[5], et fait passer le régime des contractuel dans

---

[1] Harcèlement homophobe : CAA Douai, 16 mai 2012, n° 11DA00969, *AJFP*, 2012, p. 255 ; harcèlement à connotation raciste : CE, 13 janvier 2010, n° 314923, « Commune de Lattes », *AJDA*, 2010, p. 1102.

[2] Art. 1er, Loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail et modifiant le code du travail et le code de procédure pénale, JORF n°257 du 4 novembre 1992 p. 15255.

[3] La loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (JORF n° 108 du 10 mai 2001 p. 7320) élargit cette protection aux personnes qui auraient porté témoignage de ces agissements ainsi qu'aux candidats à un recrutement, à un stage ou à une période de formation ; art. 179, Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale l'a étendue aux agents non titulaires de droit public, JORF du 18 janvier 2002, p. 1008 ; art. 6, Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique étend la protection au cas de recours hiérarchique et la loi de 2016 ajoute la rémunération et l'évaluation, JORF n° 173 du 27 juillet 2005 p. 12183 ; art. 4 et 39, Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, JORF n° 0094 du 21 avril 2016. Pour les agents contractuels, art. 32, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc. : « *I.-Les agents contractuels sont recrutés après appréciation de leur capacité à exercer les fonctions à pourvoir […] III.-Un décret en Conseil d'Etat fixe la liste des actes de gestion propres à la qualité d'agent contractuel qui ne peuvent être pris à l'égard des intéressés lorsqu'ils bénéficient des garanties mentionnées aux articles 6 à 6* ter *et 6* quinquies *de la présente loi*. »

[4] Art. 6, Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, préc.

[5] Art. 4, Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, préc.

le champ du règlement[1]. Aujourd'hui, l'article 6 *quinquies* du statut général dispose qu'« *aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la rémunération, la formation, l'évaluation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire en prenant en considération : 1° Le fait qu'il ait subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement moral visés au premier alinéa ; 2° Le fait qu'il ait exercé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire cesser ces agissements ; 3° Ou bien le fait qu'il ait témoigné de tels agissements ou qu'il les ait relatés* ».

524. **Lanceurs d'alerte.** Dans une espèce où était en cause une sanction disciplinaire prise à l'encontre d'un agent ayant témoigné de faits de harcèlement moral dans la presse, le juge a apprécié la validité de la sanction au regard de l'obligation de réserve de l'agent. La protection de l'article 6 *ter* n'était alors pas applicable à ce type de « témoignages »[2]. Cette difficulté est désormais en partie résolue avec la protection des lanceurs d'alerte[3] qui permet d'étendre le régime favorable de la non-discrimination à toutes les victimes de mesures de rétorsions : victimes principales du harcèlement ou témoins[4].

525. L'assimilation des mesures de rétorsions aux faits de harcèlement confirme la particulière vulnérabilité des agents face aux ce type d'évènements. Elle justifie l'existence d'un régime contentieux spécifique adapté à cette vulnérabilité.

2) Le régime contentieux devant le juge administratif

526. Les victimes de harcèlement disposent d'une protection spécifique compte tenu de la situation de vulnérabilité dans laquelle elles sont placées. Celle-ci résulte de trois éléments : lien de subordination particulier des agents publics avec leur hiérarchie, le rapport de domination vécu sous l'angle de la discrimination, et la fragilité psychologique dans laquelle

---

[1] Ibid., art. 39.

[2] CAA de Marseille, 27 Septembre 2011, n° 09MA02175, JurisData n° 2011-022814, *AJFP*, 2012, « Le harcèlement moral délie-t-il du devoir de réserve ? », p. 39. Voir aussi, S. PRINGAULT, « Le droit positif à la recherche du point d'équilibre entre obligation de réserve et devoir de dénonciation du harcèlement moral », *AJFP*, 2012, p. 202.

[3] Art. 6 *ter* A, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc.

[4] HALDE, délibération n° 2008-185 du 1er septembre 2008 : relative à des faits de harcèlement moral discriminatoire subis par un psychologue contractuel au sein d'un hôpital public et à des mesures défavorables (refus de renouvellement de CDD) consécutives à la dénonciation du harcèlement par le réclamant auprès de son employeur. D'ailleurs, dans cette affaire, la HALDE a considéré que le réclamant avait été victime d'un harcèlement discriminatoire du fait de son sexe (ses collègues estimant qu'un homme n'avait pas à être psychologue dans un service de maternité) et d'une discrimination à raison des faits de harcèlement qu'il avait subis.

elles se trouvent suite aux faits qu'elles ont subis. Deux avantages en découlent : un aménagement de l'administration de la preuve (a), et l'impossibilité de tenir compte d'une éventuelle faute de la victime comme cause d'exonération de la responsabilité (b).

a) L'aménagement de l'administration de la preuve

527. A l'instar des discriminations, les faits de harcèlement moral[1] et sexuel[2] interviennent souvent de manière sournoise, silencieuse, et en l'absence de témoins[3]. C'est certainement la raison pour laquelle le harcèlement a été intégré à la notion de discrimination dans la directive n° 2000/78/CE. Il faudra attendre l'année 2006 pour que le harcèlement sexuel et le harcèlement « sexiste » entrent aussi dans la catégorie. Cependant, si le législateur a bien transposé la directive n° 2006/54/CE à la fonction publique, il s'est gardé de le faire concernant le harcèlement moral de sorte qu'il ne disposait pas, jusqu'à l'intervention du Conseil d'Etat de l'aménagement de la charge de la preuve[4].

528. Il convient de rappeler que dans un premier temps le législateur souhaitait installer un véritable renversement de la charge de la preuve. Saisi, le Conseil constitutionnel a censuré le dispositif obligeant le législateur à revenir sur un simple aménagement[5]. En 2011, le Conseil d'Etat a établi, dans un considérant de principe, une méthode en trois étapes pour le juge : « *il appartient à un agent public qui soutient avoir été victime d'agissements constitutifs de harcèlement moral, de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de faire présumer l'existence d'un tel harcèlement ; [...] il incombe à l'administration de produire, en sens contraire, une argumentation de nature à démontrer que les agissements en cause sont justifiés par des considérations étrangères à tout harcèlement ; [...] la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si les agissements de harcèlement sont ou non établis, se détermine au vu de ces*

---

[1] La harcèlement moral est l'acte de « *tourmenter, inquiéter, fatiguer, par de petites mais fréquentes attaques* » ; *Le Nouveau Littré*, éd. Garnier, 2007.

[2] Le rapport d'information remis en juin 2012 au nom de la délégation aux droits des femmes et l'égalité des chances entre les hommes et les femmes montre que le harcèlement sexuel est une violence insidieuse et sous-estimée.

[3] Pour un cas topique de cumul des faits de harcèlement moral et sexuel, voir par ex. CAA Versailles, 16 juillet 2015, req. n° 13VE02274, « Mme D. c. Chambre de métiers et de l'artisanat du Val-d'Oise », cons. 5 : « *que les agissements dont M. A. s'est rendu responsable et qui se sont manifestés notamment, comme relevé dans le cadre de l'instance pénale, par des demandes réitérées et particulièrement insistantes, écrites et orales, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par des attouchements, par la transmission de messages et de coupures de presse à connotation sexuelle, les pressions exercées sur Mme D. se manifestant également par voie de menace sur la poursuite de son activité professionnelle, doivent être regardés comme constituant tant des faits de harcèlement sexuel au sens des dispositions précitées de l'article 6* ter *de la loi du 13 juillet 1983 que des faits de harcèlement moral au sens de l'article 6* quinquies *de la même loi, comme l'a à bon droit relevé le tribunal administratif* »

[4] Il semble y avoir un renversement total devant le juge judiciaire, voir Cass. Soc., 9 juillet 2014, n° 13-18.328 ; Cass. Civ. et Soc., 16 mai 2018, n° 16-19.527, Inédit.

[5] Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, *AJDA*, 2002, p. 1163, étude F. RENEAUD.

échanges contradictoires, qu'il peut compléter, en cas de doute, en ordonnant toute mesure d'instruction utile »[1]. Il reprend ainsi, dans les mêmes termes, sa jurisprudence *Perreux*[2]. Or, ici aussi, le juge « *n'ordonne que rarement des mesures d'instructions, même lorsqu'elles sont demandées par les agents requérants. Ceux-ci apprécieraient parfois qu'il exige la communication de pièces présentes au dossier pénal mais couvertes par le secret de l'instruction ou même de simples rapports ou qu'il ordonne plus souvent des expertises* »[3].

529. S'agissant de l'intention de nuire, la jurisprudence administrative a longtemps hésité à rejeter cet élément de la qualification du harcèlement moral. Il semble qu'elle soit désormais prête à faire sienne l'interprétation de la Cour de cassation, en accord avec la circulaire du 4 mars 2014 du Ministre de la fonction publique portant sur la lutte contre le harcèlement sexuel et moral dans la fonction publique[4]. En matière de harcèlement sexuel, s'agissant de « *faits* », la question de l'intention ne se pose pas. Dans l'un et l'autre cas, le requérant doit « *établir la matérialité* » des éléments de faits « *précis et concordants* »[5] de nature à faire naître la présomption. C'est ainsi qu'a été annulé le jugement d'un tribunal administratif qui a jugé que l'agent « *n'établissait l'existence d'un [harcèlement moral] ni par la référence aux changements d'affectation subis depuis 1981, ni par les autres faits rapportés, qui étaient dépourvus de justifications suffisantes ou insusceptibles de caractériser un tel harcèlement ; que, ce faisant, le tribunal a fait porter la charge de la preuve de l'existence d'un harcèlement moral sur Mme A. ; qu'il a, par suite, commis une erreur de droit ; que Mme A. est fondée à demander l'annulation du jugement qu'elle attaque* »[6]. On notera enfin que le harcèlement moral non

---

[1] CE, 11 juillet 2011, n° 321225, « Montaut ». Pour une confirmation, CE, 25 novembre 2011, n° 353839, « Rebuffaud c. Commune Salon-de-Provence », JurisData n° 2011-02675.

[2] CE Ass., 30 octobre 2009, n° 298348, « Perreux ».

[3] R. FONTIER, « La construction d'un régime juridique de responsabilité administrative sui generis, en cas de harcèlement moral : une méthode, un principe », *AJFP*, 2012, p. 41. Considérant repris dans, CE, 25 novembre 2011, n°353839. Voir par ex., CAA Lyon, 3e ch., 25 septembre 2012, n° 12LY00206, « L'établissement de faits de harcèlement moral et/ou de discrimination : les rôles respectifs du demandeur, de l'administration et du juge », *AJFP* 2013, p. 120 ; CAA Versailles, 6e ch., 20 octobre 2016, n° 14VE01744, « Management, harcèlement, discrimination : variations autour des limites de l'exercice normal du pouvoir hiérarchique », *AJFP*, 2017, p. 32.

[4] Pour des arrêts rejetant la qualification de harcèlement moral sans intention de nuire, voir par ex. CE, 26 octobre 2007, n° 284.683, CAA. Paris, 31 décembre 2008, n° 08PA01248 ; CAA. Lyon, 16 mars 2010, n° 08LY00468 ; CAA Marseille, 14 décembre 2010, n° 09MA00106. Le revirement de jurisprudence a été amorcé par des cours administratives d'appel acceptant la qualification de harcèlement moral même en l'absence d'intention de nuire : voir par ex., CAA Versailles, 18 juin 2009, n° 07VE00787 ; CAA Marseille, 4 avril 2014, n° 11MA01254. Récemment, les conclusions du rapporteur public Mathias GUYOMAR sur CE, 11 juillet 2011, n° 321.225, « Montaut », ont été très claire : il indique que « *l'intention de nuire de l'auteur du harcèlement ne constitue pas un critère nécessaire à sa qualification* » ; cf. M. GUYOMAR, « La victime d'un harcèlement moral ne peut en être jugée responsable », *AJDA*, 2011, p. 2072. Sur cette question, voir M. LEDOUX et J. El BERRY, « Un harcèlement moral génétiquement modifié », *Semaine sociale Lamy*, 7 mars 2011, n°1482.

[5] Cons. const., n° 2001-455 DC, préc.

[6] CE, 25 novembre 2011, « Rebuffaud c. Commune Salon-de-Provence », préc.

discriminatoire ne peut pas faire l'objet d'une coaction de la part d'une association, à l'inverse du harcèlement sexuel[1].

530. En plus d'opérer l'aménagement de la charge de la preuve, l'arrêt du 11 juillet 2011 précité amenuise également les effets du comportement de la victime sur le degré de responsabilité de l'administration[2].

b) L'absence de faute de la victime comme cause d'exonération de la responsabilité.

531. Depuis l'arrêt *Mme Montaut* de 2011[3], la faute de la victime ne saurait constituer une cause d'exonération de la responsabilité du harceleur[4]. Il n'exclut pas, cependant, que le comportement de la victime puisse avoir une influence sur la qualification du harcèlement moral. En effet, dans cette même affaire, le Conseil d'Etat indique que « *si les comportements respectifs des harceleur et harcelé présumés ont excédé le cadre normal des relations professionnelles sans pour autant que les réactions du premier au comportement du second n'atteignent le seuil de l'abusif, la présomption sera renversée : cela signifie que le dommage subi ne trouve pas sa source dans le harcèlement allégué* »[5].

532. A titre d'exemple, la Cour administrative d'appel de Lyon a refusé de qualifier de harcèlement moral l'utilisation du pouvoir hiérarchique par le supérieur d'un agent dès lors que celui-ci entretenait des relations difficiles avec ses supérieurs hiérarchiques, avait un comportement inadapté, s'était abstenu, notamment, d'alerter la direction de l'établissement sur les problèmes de sécurité affectant le système informatique, et, plus généralement, avait un besoin de reconnaissance professionnelle s'exprimant trop souvent au détriment de mesures de réorganisation engagées dans l'intérêt du service[6]. Dans la même veine, ne peut constituer un harcèlement moral le retrait d'attribution correspondant au grade de l'agent si celui-ci est fondé

---

[1] Art. 2-6, al. 2, Code de procédure pénale : « *en ce qui concerne les discriminations commises à la suite d'un harcèlement sexuel, l'association n'est recevable dans son action que si elle justifie avoir reçu l'accord écrit de la personne intéressée, ou, si celle-ci est mineure et après l'avis de cette dernière, celui du titulaire de l'autorité parentale ou du représentant légal* ».

[2] CE, 11 juillet 2011, n° 321225, préc.

[3] Ibid.

[4] Pour des cas de fautes exonératoires, voir par ex., CE, 24 novembre 2006, n° 256313, « Baillet », Rec. Lebon p. 486 ; CAA Nancy, 15 novembre 2007, n° 06NC00990, « Chauvière » : l'état de santé mentale d'un agent s'est détérioré sans qu'aucune mesure ne soit prise par la commune pour mettre fin à des dysfonctionnements majeurs. La Cour a considéré que le comportement « *entier et peu ouvert au dialogue* » avait largement contribué à la dégradation des conditions de travail de l'agent.

[5] Cité dans R. FONTIER, « La construction d'un régime juridique de responsabilité administrative sui generis, en cas de harcèlement moral : une méthode, un principe », art. cit.

[6] CAA Lyon, 22 mai 2012, n° 11LY01218, « A. c. CH Auxerre ».

sur son incompétence, de surcroît non contestée par le requérant[1]. À l'inverse, le fait pour l'agent d'avoir intenté de nombreux procès contre l'administration dans un contexte qu'il qualifie de harcèlement moral ne peut permettre de démontrer la réalité d'une personnalité paranoïaque délirante, et ce, d'autant plus lorsque lesdits procès ont majoritairement été gagnés[2].

533. Dans l'arrêt *Madame Montaut*, le Conseil d'Etat ajoute que « *la nature même des agissements en cause exclut, lorsque l'existence d'un harcèlement moral est établie, qu'il puisse être tenu compte du comportement de l'agent qui en a été victime pour atténuer les conséquences dommageables qui en ont résulté pour lui* ». Ainsi, si l'agent a commis une faute, celle-ci ne peut être sanctionnée qu'avec les garanties du droit disciplinaire. Dès lors que le harcèlement moral a été qualifié, la faute de la victime ne peut plus être retenue comme cause d'exonération : dans le cas contraire, cela signifierait que la victime serait responsable de son propre préjudice[3]. Le juge justifie ce rejet de la faute de la victime comme cause d'exonération en se fondant sur la nature même des faits de harcèlement. Il considère alors que « *le préjudice résultant de ces agissements pour l'agent victime doit alors être intégralement réparé* »[4].

534. Rémi FONTIER en conclut que le harcèlement moral revêt, depuis cet arrêt, un « *caractère autonome* » dans le régime de la responsabilité administrative[5]. L'aménagement de la charge de la preuve, l'interdiction des mesures de rétorsions et les possibilités d'accompagnements par les associations ou le Défenseur des droits vont dans le même sens : elles constituent les éléments d'une protection juridique particulière pour des justiciables reconnus comme vulnérables[6]. Toutefois, en matière de harcèlement moral, les garanties jurisprudentielles reconnues aux agents publics ne sont pas encore à la hauteur des dispositifs textuels applicables aux salariés du privé[7].

---

[1] CAA Nancy, 1er décembre 2011, n° 11NC00517, « A. c. Commune Rosheim ».
[2] CAA Marseille, 3 avril 2012, « A. c. Min. de l'Éducation national ».
[3] Pour reprendre les termes de Mattias GUYOMAR, rapporteur public dans cette affaire : « *la qualification légale de harcèlement est incompatible avec l'idée même d'une faute de la victime* » ; cf. cité par R. FONTIER, art. cit.
[4] CAA Lyon, 11 Décembre 2012, n° 12LY00763, « Commune de Chambéry » : « *nature même des agissements en cause exclut, lorsque l'existence d'un harcèlement moral est établie, qu'il puisse être tenu compte du comportement de l'agent qui en a été victime pour atténuer les conséquences dommageables qui en ont résulté pour lui* ».
[5] Ibid.
[6] Voir not., V. DONIER, et B. LAPEROU-SCHENEIDER, *L'accès à la justice de la personne vulnérable en droit interne*, Vol. 16, L'Epitoge, 2016
[7] C. RADE, « Le harcèlement au Palais Royal », *Droit social*, mars 2007, p. 285 : « *le dispositif protégeant les fonctionnaires et contractuels de droit public est toutefois moins complet que celui prévu dans les entreprises du secteur privé puisque le législateur n'a imposé à l'État-employeur ni l'obligation de prévention de l'article L. 122-51 du code du travail, ni le dispositif favorisant la preuve du harcèlement de l'article L. 122-52, ni le recours à la médiation de l'article L. 122-54* ».

535. Le problème se pose différemment devant le juge pénal, puisqu'en la matière tous ces avantages doivent faire l'objet de dispositions législatives.

B) Les conditions de la responsabilité devant le juge pénal

536. Les conditions d'engagement de la responsabilité pénale pour faits de harcèlement sont sensiblement plus restrictives que devant le juge administratif. Si les définitions des harcèlements moral et sexuel sont identiques à celles du statut de la fonction publique (1), leur régime est adapté aux contraintes de la matière pénale (2).

1) Les cas de harcèlement devant le juge pénal

537. Les dispositions du droit pénal ont évolué parallèlement à celle du droit de la fonction publique avec deux fondements autonomes pour chaque type de harcèlement : moral et sexuel. Depuis la censure du Conseil constitutionnel, les incriminations de harcèlement sexuel et de harcèlement moral suivent des voix différentes : le harcèlement sexuel verra sa définition s'élargir de manière non négligeable ; le harcèlement moral restera dans sa substance identique.

538. **L'évolution de la définition du délit de harcèlement sexuel.** Apparu chronologiquement le premier, le délit de harcèlement sexuel est aussi celui qui a le plus évolué depuis sa réécriture par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel[1].

539. Sans revenir sur la censure du Conseil constitutionnel, on notera que sur le fond l'incrimination a évolué puisqu'elle inclut désormais, en plus des propos ou comportements à connotation sexuelle, les propos ou comportements imposés de façon répétée à connotation sexiste « *qui soit portent atteinte à [la] dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante* »[2]. L'article 222-33 contient désormais, en plus de l'assimilation déjà présente dans la loi de 2012 – « *le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers* » – deux autres cas ajoutés par la loi du 3 août 2018 : « *1° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime par plusieurs*

[1] JORF n° 0182 du 7 août 2012, p. 12921.
[2] Art. 222-33, Code pénal tel que modifié par l'article 11 de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, JORF n° 0179 du 5 août 2018.

personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée ; 2° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition »[1].

540. Des évolutions ont aussi été apportées aux sanctions pénales, notamment des cas de circonstances aggravantes pour les auteurs de harcèlement sexuel[2].

541. **L'évolution de la définition du délit de harcèlement moral.** Le délit de harcèlement moral est consacré à l'article 222-33-2 qui condamne « *le fait de harceler autrui par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ».

542. Sur le fond, la seule évolution tient aux faits à l'origine du harcèlement : dans la nouvelle version issue de la loi n°2014-873 du 4 août 2014, les termes « *propos ou comportements* », repris de la terminologie du harcèlement sexuel, ont remplacé celui d'« *agissements* ». Cette modification a le mérite d'harmoniser les dispositifs et de préciser les faits générateurs de harcèlement. Il est étonnant qu'elle n'ait pas été retranscrite parallèlement dans le statut des fonctionnaires, ni même dans le code du travail[3]. A propos de la répétition, la Cour de cassation comme le juge administratif, ont considéré que les faits n'avaient pas à se dérouler sur une longue période[4]. Concernant l'intention de nuire de l'auteur, la Cour de cassation précise que le « *délit de harcèlement moral n'implique pas que les agissements aient nécessairement pour objet la dégradation des conditions de travail* »[5]. Quant aux effets du harcèlement moral, leur seule éventualité « *suffit à consommer le délit de harcèlement moral* »[6].

---

[1] Cir. n° CRIM/2018-10/H2 du 3 septembre 2018, NOR : JUSD1823892C, Réf. : CRIM n°2018-00014, relative à la présentation de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, préc. : « *cette extension de la notion de répétition a principalement pour objet de réprimer les faits de "cyber-harcèlement", qui sont fréquemment commis par plusieurs personnes dont aucune n'a cependant agi de façon répétée, et que l'on peut alors qualifier de "raid numérique"* ».

[2] Voir infra, n° 569 et s.

[3] Art. L. 1152-1, Code du travail.

[4] Cass. Soc., 26 mai 2010, *D.*, 2010, p. 1988, note DEDESSUS-LE-MOUSTIER ; *AJ pénal*, 2010, p. 398, note C. PORTERON.

[5] Cass. Crim., 24 mai 2011, n° 10-87.100, non publié : « *Attendu que, pour dire n'y avoir charges suffisantes contre le mis en examen d'avoir commis durant les années 2004 et 2005 des faits de harcèlement moral, l'arrêt, après avoir relevé durant cette période la dégradation de l'état de santé des parties civiles, constate la dégradation des conditions de travail dues à la persistance de l'existence de difficultés relationnelles constantes venant de l'attitude du mis en examen qui pratiquait un dénigrement permanent de l'équipe ; que les juges ajoutent que ne sont pas décrits des agissements précis et répétés et que Philippe A... n'a pas eu la volonté de nuire ou d'humilier ; Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs en partie contradictoires et alors que le délit de harcèlement moral n'implique pas que les agissements aient nécessairement pour objet la dégradation des conditions de travail, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision* ».

[6] Cass. Crim., 14 janvier 2014, n° 11-81.362, *AJ pénal*, 2014, p. 301, obs. C. PORTERON ; *RSC*, 2014, p. 66, obs. Y. MAYAUD : « *Mais attendu qu'en l'état de ces seuls motifs, la chambre de l'instruction, qui a ajouté à la loi*

543. La loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes a créé une nouvelle incrimination de harcèlement, non-circonscrite au milieu professionnel, condamnant les « *propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de [la] santé physique ou mentale […] lorsque ces faits ont causé une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ont entraîné aucune incapacité de travail* »[1]. Ce fondement peut être invoqué dans le cadre des relations de la collectivité ou de ses membres avec des tiers.

544. Malgré les assouplissements de la notion accordés par la Cour de cassation, les harcèlements demeurent des délits intentionnels[2] dont il faut prouver l'élément moral[3]. En l'absence d'aménagement de la charge de la preuve, cet élément peut être un véritable obstacle à la procédure[4].

2) Le régime contentieux du harcèlement devant le juge pénal

545. Patrice ADAM rappelle qu'« *il incombe aux poursuivants (le ministère public et l'agent harcelé, partie lésée, dans le cadre d'une citation directe ; l'information n'étant que facultative pour les infractions de harcèlement) de rapporter la preuve du harcèlement. Il s'agit là d'un obstacle probatoire qu'une enquête préliminaire ou des mesures d'instruction peuvent aider à surmonter* »[5]. Les victimes de harcèlement disposent néanmoins de dispositifs de protection

---

des conditions qu'elle ne comporte pas, en retenant que les conséquences de la dégradation des conditions de travail devaient être avérées, alors que la simple possibilité d'une telle dégradation suffit à consommer le délit de harcèlement moral, a méconnu les textes susvisés et les principes ci-dessus énoncés ».

[1] Art. 222-33-2, Code pénal. Deux cas sont assimilés : « *a) Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée ; b) Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition* ».

[2] Art. 121-3, Code pénal.

[3] « *L'élément moral du harcèlement moral est nécessairement l'intention, qui implique que l'individu ait agi volontairement et en connaissance de cause* » ; cf. V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « HyperCours », 2011, p. 257. Patrice ADAM précise : « *cette intention trouve généralement démonstration dans la matérialité même des actes accomplis dont une personne moyennement raisonnable ne pouvait ignorer la portée pathogène ou attentatoire à la dignité de celui qui les a subis* » ; cf. P. ADAM, « Elus et agents face au risque pénal – Harcèlement (moral et sexuel) et agent public : quelles sanctions ? », *AJCT*, 2014, p. 538 et s.

[4] Voir par ex., M. BECKERS, « La licéité des enregistrements clandestins en matière de harcèlement sexuel », *Semaine sociale Lamy*, 2015, n° 1680, p. 9 et s.

[5] P. ADAM, « Elus et agents face au risque pénal – Harcèlement (moral et sexuel) et agent public : quelles sanctions ? », art. cit.

particuliers : les premiers sont des dispositifs spécifiques de protection des victimes de harcèlement sexuel (a) ; les seconds sont communs aux victimes de harcèlement (b).

a) Le régime spécifique des victimes de harcèlement sexuel

546. Le dispositif de protection des victimes de harcèlement sexuel, mis en place par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel[1], contient quatre mesures qui permettent de compenser leur vulnérabilité : l'intervention des associations, la création d'un fonds d'indemnisation des victimes, l'interdiction de publier l'identité des victimes, et l'interdiction des mesures de rétorsions à l'égard des victimes et des témoins.

547. **L'intervention des associations devant le juge pénal.** L'article 5 de la loi a modifié l'article 2-2 du code de procédure pénale, permettant aux associations de lutte contre la violence sexuelle d'exercer les droits reconnus à la partie civile en cas d'infraction sexuelle, en étendant cette possibilité aux associations dont les statuts prévoient uniquement la lutte contre le harcèlement sexuel. Cette intervention, conditionnée à l'accord de la victime, s'étend aux cas de harcèlement sexuel ainsi qu'à d'autres incriminations comme l'agression sexuelle.

548. **L'indemnisation des victimes par le fonds de garantie.** Pour obtenir la réparation de son préjudice, la victime du harcèlement sexuel qui a subi une incapacité de travail égale ou supérieure à un mois, aura droit à une indemnisation en vertu du premier alinéa du 2° de l'article 706-3 du code de procédure pénale. Si les faits n'entrainent pas d'incapacité d'au moins un mois, la victime peut faire appel à la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions si elle remplit trois conditions : il n'existe pas d'autre voie permettant une indemnisation effective et suffisante ; la victime doit se trouver, de ce fait, dans une situation matérielle ou psychologique grave ; ses ressources sont inférieures au plafond de l'aide juridictionnelle. La circulaire du 7 août 2012 donne instruction aux bureaux d'aide aux victimes qui auront connaissance de telles situations de « *rappeler leurs droits aux victimes de harcèlement sexuel* »[2].

549. **Interdiction de publier l'identité des victimes dans les médias.** L'article 39 *quinquies* de la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 punit de 15 000 euros d'amende la diffusion par les médias de l'identité et de l'image des victimes « *d'agressions ou d'atteintes sexuelles* », si cette diffusion se fait sans leur accord écrit. En tant que comportement appartenant à la catégorie des « agressions sexuelles », les victimes de harcèlement peuvent bénéficier de cette

[1] JORF n° 0182 du 7 août 2012, p. 12921.
[2] Cir. du 7 août 2012 relative à la présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

mesure. La circulaire du 7 août 2012 ajoute qu'il revient au parquet de poursuivre les cas qui leur seraient transmis et de rappeler les dispositions de la loi aux médias concernés.

550. **L'interdiction de discriminer les victimes et les témoins de harcèlement.** La loi de 2012 introduit un nouvel article 225-1-1 prohibant les discriminations résultant d'un harcèlement sexuel. Cet article dispose que « *constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33 du code pénal ou témoigné sur de tels faits, y compris, dans le cas mentionné au I du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés* ». Dans ce cas, le statut de victime ou de témoin devient un critère de discrimination[1]. Ce point éclairci au niveau pénal[2] doit être tranché au niveau administratif. Il permet ici pour l'action publique de bénéficier du régime de sanction plus sévère de la discrimination[3]. La précision sur les « *propos ou comportement à connotation sexuelle ou sexiste* » même non-répétés montre qu'il est possible d'invoquer ce critère de discrimination sans que l'infraction de harcèlement sexuel ait été consommée[4].

551. On note également que la loi de 2012 modifie l'article 2-6 du Code de procédure pénale afin d'autoriser les associations déclarées depuis au moins cinq ans, se proposant de combattre les discriminations fondées sur le sexe ou les mœurs, à exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne « *les discriminations commises à la suite d'un harcèlement sexuel* », à condition qu'elles aient l'accord de la victime.

552. Au surplus, les victimes de harcèlement sexuel peuvent bénéficier de dispositifs communs à toutes les victimes de harcèlements.

b) Le régime commun aux victimes de harcèlements

[1] Voir aussi, Cir. n° SE1 2014-1 du 4 mars 2014 relative à la lutte contre le harcèlement dans la fonction publique.
[2] L'article 225-1-1 appartient à la section « Discrimination ».
[3] Trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.
[4] Cf. Cir. du 7 août 2012 relative à la présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel. Dans le même sens, dans une décision qui a fait l'objet de critiques (cf. par ex., E. DREYER, *Droit pénal général*, 2e éd., LexisNexis, 2012, p. 403), la Cour de cassation a reconnu que des faits de harcèlement moral pouvaient être constitutif d'un délit d'entrave à l'activité syndicale constitutif d'une discrimination : « *bien que procédant des mêmes agissements du prévenu, les infractions d'entrave à l'exercice du droit syndical et de harcèlement moral doivent être toutes deux retenues, dès lors que ces infractions sanctionnent la violation d'intérêts distincts* » ; Cass. Crim., 6 février 2007, n° 06-82.601, *D.*, 2007, p. 870 ; F. DUQUESNE, « La discrimination syndicale au moyen du harcèlement et de l'entrave, note sous Crim. 28 mai 2013, n° 12-81.468 », *JCP Sociale*, 22 octobre 2013, n° 1425 : « *En une telle circonstance, le juge criminel n'estime pas être en présence d'un simple conflit de qualifications mais d'une situation de cumul idéal d'infractions devant être soumis au régime du cumul réel. C'est en contemplation des valeurs sociales en concours qu'est alors admise la condamnation du prévenu sur l'un et l'autre fondement* ».

553. En tant qu'agents, les victimes de harcèlements moral et sexuel peuvent bénéficier de dispositifs de protection de droit commun à toute la fonction publique territoriale. Tout d'abord, en tant que risques professionnels, les faits de harcèlements sont susceptibles de faire condamner la collectivité ou ses membres sur d'autres fondements. Deuxièmement, le statut général de la fonction publique leur octroie le bénéfice de la protection fonctionnelle. Enfin, les syndicats peuvent intervenir à l'audience devant le juge pénal.

554. **Les infractions pénales susceptibles de sanctionner tous les faits de harcèlements.** On peut invoquer trois infractions dont les faits constitutifs peuvent relever de faits de harcèlement.

555. En vertu de l'article 222-19, la collectivité et ses membres peuvent être condamnés lorsqu'ils ont causé à autrui « *par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois* »[1]. L'article ajoute, qu'« *en cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende* »[2]. Les collectivités territoriales, en tant que personnes morales, encourent, au surplus, la possibilité d'être condamnées à une peine complémentaire d'affichage ou de diffusion de la décision[3].

556. Les collectivités territoriales et leurs membres (élus et agents) risquent également d'être condamnés, s'ils commettent des faits de harcèlement, sur le fondement de l'article 223-1 punissant d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende « *le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement* ». Pour les personnes morales, l'infraction est assortie, en plus de la majoration de l'amende prévue à titre principal, de nombreuses peines complémentaires[4].

---

[1] La peine encourue est de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Si l'incapacité totale de travail est d'une durée inférieure ou égale à trois mois, la peine est d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende (art. 222-20, Code pénal) avec une majoration et des peines complémentaires pour les personnes morales (art. 222-21, Code pénal)

[2] Pour la reconnaissance de l'obligation de sécurité de l'employeur par le juge pénal, voir Cass. Crim., 10 février 1976, n° 75-91.022 ; Cass. Crim., 11 juin 1987, n° 86-90.933.

[3] Art. 222-50-1, Code pénal.

[4] Art. 223-2, Code pénal : « *Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies à l'article 223-1 encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38, les peines prévues par les 2°, 3°, 8° et 9° de l'article 131-39* ».

557. D'autres qualifications pénales, comme le délit d'homicide involontaire en cas de suicide[1] ou de non-assistance à personne en danger[2], peuvent aussi servir à faire condamner des faits de harcèlement. A cet égard, la circulaire du 4 mars 2014 insiste, à raison, sur l'obligation de signalement fondée sur les dispositions de l'article 40 du code de procédure pénal selon lequel tout « *fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs* »[3].

558. **L'intervention des syndicats devant le juge pénal.** Dans une espèce du 19 juin 2018, la Cour de cassation rappelle que les syndicats professionnels disposent d'un intérêt à agir détaché de l'existence d'un éventuel dol qu'il aurait subi à titre personnel.

559. Les syndicats sont en capacité d'agir « *dans le cadre de poursuites pour harcèlement, si l'intérêt qu'ils représentent en subit un préjudice direct ou indirect* »[4]. En l'espèce, la chambre criminelle a déclaré recevable la constitution de partie civile du syndicat CFDT Interco Doubs dont les statuts « *incluent dans son champ d'activité "les personnels des collectivités territoriales" et lui donnent pour but, notamment "de regrouper les agents et salariés d'un même secteur d'activité en vue d'assurer la défense individuelle et collective de leurs intérêts […]"* » et « *prévoient la possibilité et les modalités de l'exercice d'une action judiciaire* »[5].

560. Ce faisant la Cour confirme les décisions de première instance qui considèrent que les faits présentés, en ce qu'ils touchent aux modalités d'organisation du travail et la préservation de la santé, concernent « *l'intérêt collectif des personnels de la mairie* »[6].

561. Contrairement au harcèlement sexuel, le harcèlement moral dispose d'une protection assez limitée. Cette différence s'explique par la nature même des deux infractions qui demeurent, malgré les rapprochements observés, différentes. Le caractère souvent caché ou sournois des faits de harcèlement moral empêche de les identifier facilement. Si leurs poursuites nécessitent plus d'efforts, l'appréciation des faits conduit à la prudence pour le juge. Jean-Luc CROZAFON ne manque pas, à cet égard, d'alerter contre une instrumentalisation de la notion de harcèlement moral[7]. La notion de harcèlement sexuel connait, *a contrario*, un essor sans

---

[1] Article 221-6, Code pénal.
[2] Article 223-6, Code pénal.
[3] Cir. n° SE1 2014-1 du 4 mars 2014 relative à la lutte contre le harcèlement dans la fonction publique.
[4] Cass. Crim., 19 juin 2018, n° 17-81.690.
[5] Ibid.
[6] Ibid.
[7] J.-P. CROZAFON, « Risques psychosociaux et souffrance au travail : vers un rapprochement du droit du travail et du droit de la fonction publique », *JCP Sociale*, n° 3, 21 Janvier 2014, p. 1024 et s., n° 6 : « *Ainsi, le fait pour l'employeur d'adresser des observations à l'agent s'inscrit dans le cadre d'un exercice normal de son pouvoir de*

précédent dans le débat public sur l'égalité femmes-hommes[1]. Cette divergence de destins se retrouve aussi dans les conséquences qui suivent la mise en jeu de la responsabilité pour faits de harcèlement.

§2) Les conséquences de la responsabilité pour faits de harcèlements

562. Avec des bases juridiques dans le statut général de la fonction publique de 1983 et dans le code pénal, les contentieux pénal et administratif en matière de harcèlements sont amenés à se compléter mutuellement. D'une part, ils cherchent à harmoniser leurs jurisprudences en tenant compte de leurs décisions respectives[2]. D'autre part les contentieux peuvent s'articuler, pour les mêmes faits de harcèlement, entre les tribunaux judicaires au titre de la faute pénale, et devant les juridictions administratives au titre de la faute personnelle non-dépourvue de tout lien avec le service[3]. En tant que faute pénale, par nature personnelle, il convient dans un premier temps d'apprécier les conséquences de la mise en jeu de la responsabilité pour faits de harcèlement devant le juge pénal (A). Dès lors qu'ils se déroulent dans le cadre de l'exercice

---

direction et de contrôle et ne peut donc pas lui être reproché (remontrances justifiées par une insuffisance au travail ou des retards répétés, prétendu manque de reconnaissance, communication mal comprise ou remarques mal perçues, etc.) ; de même, le fait d'engager une ou plusieurs procédures disciplinaires ne constitue pas nécessairement un harcèlement si la procédure peut être objectivement justifiée. Un management maladroit aboutissant à une dégradation du climat social ne constitue pas non plus du harcèlement moral, ni le fait d'imposer une surcharge de travail ponctuelle à certains, ni une situation de tension liée à un contexte difficile ou aux fonctions exercées, ni une dégradation des conditions de travail résultant des seuls impératifs de gestion. De même, le harcèlement moral ne doit être confondu ni avec les reproches exprimés par un supérieur hiérarchique sur la manière de servir lorsque ces derniers sont fondés, ni avec des tensions épisodiques entre collègues, ni avec un conflit né d'une différence d'approche d'une question d'ordre professionnel ».

[1] Les publications de plusieurs enquêtes et sondages ont montré que le harcèlement sexuel « *apparaissait de plus en plus comme un véritable problème de société aux conséquences humaines et économiques particulièrement lourdes* » ; cf. P. ADAM, « Harcèlement sexuel », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, avril 2007 (dernière mise à jour : juin 2013), n° 12.

[2] Pour une décision du juge administratif tenant compte de la relaxe du juge judiciaire, cf. CAA Lyon, 24 avril 2012, « A. c. Direction zonale CRS Sud-Est » : le juge administratif prend en compte les jugements qui ont pu être rendus par le juge pénal pour apprécier si le harcèlement moral est établi. Il aura ainsi tendance à ne pas retenir le harcèlement moral en présence d'un requérant ayant déposé une plainte pour soumission à des conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine et pour harcèlement moral si cette dernière a fait l'objet d'une ordonnance de non-lieu qui a été classée sans suite et si l'agent a été condamné pour dénonciation calomnieuse. Pour une décision du juge judiciaire tenant compte de la décision de la juridiction administrative, cf. TGI Dijon, 17 février 2011, n° 2011/256, *AJFP*, novembre-décembre 2011, n° 6, p. 344 : le juge administratif a condamné l'administration à verser des dommages et intérêts à l'agent sans reconnaître les faits de harcèlement ; le TGI a suivi. Le Conseil d'Etat s'appuie parfois sur le code pénal pour motiver sa décision relative à des faits de harcèlement moral apparus dans une chambre régionale de l'agriculture ; cf. CE, 22 février 2012, n° 343410, « Chambre régionale d'agriculture de PACA », JurisData n° 2012-002585.

[3] TC, 19 mai 2014, n° 3939, « Mme Liliane B. née S. c. M. Claude F. », conflit négatif.

des fonctions, les faits de harcèlement deviennent une faute non dépourvue de tout lien avec service. Or, on sait que la jurisprudence a une vision extensive de ce cadre. La construction progressive des contours de l'obligation de sécurité des collectivités territoriales laisse suggérer un abandon prochain du fondement de la faute non dépourvue de tout lien avec le service en matière de harcèlements. Les potentialités de sanctions en matière administrative que cette obligation laisse entrevoir s'avèrent plus facile d'accès pour les victimes, notamment de harcèlement moral, que les mécanismes traditionnels de protection (B).

A) Les sanctions en matière pénale

563. Définis comme des atteintes à la dignité[1], les faits de harcèlement – moral ou sexuel – sont pourtant placés dans la section relative aux atteintes à l'intégrité physique ou psychique[2]. Sur le plan pénal[3], en tant que comportement individuel, le harcèlement engage la responsabilité de son auteur[4] ; celle de la collectivité territoriale employeur semble hautement improbable mais juridiquement possible[5]. Avec la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010[6], les peines principales attachées aux qualifications de harcèlement ont été harmonisées entre les codes[7]. Désormais harcèlement moral et harcèlement sexuel ne se distinguent plus que par les circonstances aggravantes attribuées au harcèlement sexuel (2)[8] ; les autres dispositions sont communes (1).

---

[1] Voir par ex., C. CHARBONNEAU, « Du harcèlement sexuel au harcèlement moral, la protection nécessaire de la dignité individuelle dans le milieu de l'entreprise », *Cahiers sociaux du barreau de Paris*, 2001, n° 128, pp. 105-109.

[2] Les discriminations sont les premières atteintes à la dignité figurant dans le code pénal.

[3] Voir, Cir., n° SE1 2014-1 du 4 mars 2014 relative à la lutte contre le harcèlement dans la fonction publique, NOR : RDFF1407012C.

[4] Art. 23, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc. : « *toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale* ».

[5] Art. 121-2, Code pénal.

[6] Il convient de rappeler que jusqu'à sa modification par la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010, l'article 226-10 du code pénal faisait peser un système de présomption sur l'auteur de dénonciation calomnieuse, doublé souvent par une contestable présomption du fait de l'homme en matière de harcèlement sexuel. Cette « *double présomption qui favorisait d'inadmissibles stratégies d'intimidation des victimes par leur harceleur* ». « *Ainsi, désormais, les décisions rendues au "bénéfice du doute", qu'il s'agisse d'un acquittement, d'une relaxe ou d'un non-lieu, ne pourront faire présumer la fausseté des faits dénoncés* » ; P. ADAM, « Harcèlement sexuel : le temps de la reconstruction », *AJCT*, 2013, p. 24 et s. Voir aussi, CAA Nantes, 4 décembre 2009, n° 09NT01302 : « *il résulte des termes mêmes de cet arrêté que la sanction contestée repose exclusivement sur la prise en considération de l'action en justice intentée par Mme S..., dont la mauvaise foi n'est pas établie, alors même que sa plainte a fait l'objet d'un classement sans suite pour "absence d'infraction" par le procureur de la République* ».

[7] Elle modifié l'article L. 1155-2 du Code du travail. Voir, P. ADAM, « Elus et agents face au risque pénal – Harcèlement (moral et sexuel) et agent public : quelles sanctions ? », art. cit. : « *En pratique, les condamnations se situent en général entre 2 à 10 mois d'emprisonnement avec sursis ; et les peines d'amende autour de 3 000 euros...* ».

[8] Le juge a précisé qu'une peine complémentaire ne peut pas être prononcée pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi ; cf. Cass. Crim., 28 mai 2013, n° 12-84.281.

1) Les dispositions communes aux harcèlements sexuel et moral

564. **Peines principales.** Avec la loi du 6 août 2012, les peines principales attribuées aux faits de harcèlement sexuel ou assimilés, prévues au III de l'article 222-33 du code pénal, ont été doublées pour s'élever à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende. D'après la circulaire d'application du ministère de la justice, ces aggravations « *permettent une répression de ces faits à la hauteur de leur gravité, et en cohérence avec l'échelle des peines prévues pour les autres infractions sexuelles* »[1].

565. Le harcèlement moral est puni dans les mêmes degrés que le harcèlement sexuel. « *Les peines du harcèlement sexuel ayant été élevées, il a paru nécessaire, dans un souci de cohérence de l'échelle des peines s'agissant d'infractions très proches, de porter également à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende les peines encourues en matière de harcèlement moral* »[2]. Cette équivalence des peines existe depuis la loi de modernisation sociale de 2002 au sein du code pénal, et depuis 2010 dans le code du travail. Désormais le code du travail ne dispose plus de fondement spécifique relatif au harcèlement mais seulement un volet discrimination à l'égard des mesures prises à l'encontre des victimes et des témoins de harcèlement moral[3].

566. **Peines complémentaires.** Ces peines font l'objet d'un intérêt accru des autorités car certaines ont démontré leurs effets dissuasifs[4]. La circulaire de présentation de la loi de 2012 indique ainsi que « *les magistrats du ministère public ne devront pas hésiter à requérir le prononcé de ces peines à chaque fois qu'elles paraîtront opportunes* »[5].

567. La loi de 2012 n'a pas été l'occasion d'apporter des changements particuliers à ces peines complémentaires. Pour les personnes physiques on les retrouve à la section 5 du chapitre II relatif aux atteintes à l'intégrité physique et psychique de la personne. L'article 222-44 du code pénal comprend notamment l'interdiction de porter une arme, la suspension et annulation du permis de conduire, la confiscation du véhicule ou des armes ou d'un animal. L'article 222-45 comprend l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, l'interdiction d'exercer une

---

[1] Cir. n° CRIM. 2012-15 / E8 du 7 août 2012, NOR : JUSD1231944C, relative à la présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi n° 2012- 954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.
[2] Cir. n° CRIM 2012-15 / E8 du 7 août 2012, préc.
[3] Art. L. 1155-2, Code du travail.
[4] Voir, K. WLADASCH, *The sanctions regime in discriminations cases and its effects*, Equinet, 2015.
[5] Cir. n° CRIM 2012-15 / E8 du 7 août 2012, préc.

fonction publique ou une activité en lien avec des mineurs, l'obligation d'accomplir un stage de citoyenneté ou de responsabilité parentale.

568. En 2010, le législateur a créé la peine d'affichage et de diffusion de la décision pour les personnes physiques et morales pour les harcèlements sexuel et moral (art. 222-50-1). Comme pour le harcèlement moral, la victime de harcèlement a trois ans pour déposer plainte puis se constituer partie civile. Si la plainte est classée sans suite, elle pourra directement déposer une plainte avec constitution de partie civile par une lettre adressée au doyen des juges d'instruction.

2) Les circonstances aggravantes spécifiques au harcèlement sexuel

569. La loi de 2012 avait prévu cinq situations pour lesquelles les faits de harcèlement sexuel et assimilés peuvent être punis de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende lorsqu'ils sont commis : « *1° Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ; 2° Sur un mineur de quinze ans ; 3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur ; 4° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur auteur ; 5° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice* ».

570. La circulaire d'application précise trois cas. L'abus d'autorité, autrefois élément constitutif de l'infraction[1] est désormais une circonstance aggravante. Sur la circonstance de vulnérabilité économique, le ministère la rattache à l'« *élément constitutif des délits de conditions de travail ou d'hébergement contraire à la dignité de la personne prévus par les articles 225-13 et 225-14 du code pénal* »[2]. « *Innovation* » apportée par le législateur en 2012, elle préfigure le critère de discrimination introduit en 2016 dans le code pénal[3]. Enfin, la circonstance aggravant liée à la minorité de moins de quinze ans de la victime, dans le cadre du travail, s'appliquera le plus souvent à un apprenti, une personne en alternance ou en formation, de sorte que « *la circonstance aggravante d'abus d'autorité pourra fréquemment être*

[1] Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JORF du 18 janvier 2002, p. 1008.

[2] Cir., n° CRIM. 2012-15/E8 du 7 août 2012, préc. La circulaire précise qu'une telle circonstance « *a en effet paru particulièrement opportune en matière de harcèlement sexuel, souvent commis contre des personnes particulièrement fragiles en raison de leur situation économique et sociale, et qui ne sont pas en mesure de s'opposer aux comportements de leur harceleur, comme par exemple des jeunes femmes élevant seules leurs enfants à la suite d'une rupture conjugale et disposant de très faibles revenus* ».

[3] Cf. Loi n° 2016-832 du 24 juin 2016 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale, JORF n° 0147 du 25 juin 2016.

retenue »[1]. « *Si tel n'est pas le cas (notamment si les faits sont commis par un autre apprenti), le ministère public ne devra pas hésiter dans ses réquisitions à prendre en compte la minorité de la victime et à faire preuve de la sévérité que justifie la gravité de ces faits* »[2].

571. La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, par son article 11, a ajouté trois cas de circonstances aggravantes lorsque les faits sont commis : « *6° Par l'utilisation d'un service de communication au public en ligne ou par le biais d'un support numérique ou électronique ; 7° Alors qu'un mineur était présent et y a assisté ; 8° Par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* ». La circulaire de présentation indique que le 6° vise précisément à punir les « *raids numériques* »[3].

572. Il convient de noter que les poursuites pénales en matière de harcèlement sexuel demeurent peu fréquentes et leur issue incertaine : dans le rapport d'information de juin 2012, il est indiqué que plus de la moitié des affaires sont classées sans suite, les autres font rarement l'objet de condamnation[4]. La voie pénale reste aussi peu utilisée en matière de harcèlement moral, notamment dans les collectivités territoriales.

573. Pour Cyril WOLMARK « *deux éléments liés aux spécificités du droit pénal concourent à cette situation. D'une part, la facilitation de la preuve n'a pas cours en droit pénal, en raison de la présomption d'innocence qui exige que la condamnation d'une personne à des peines privatives de liberté repose sur des faits établis et non sur de simples présomptions. D'autre part et surtout, l'absence de politique pénale spécifique en la matière conduit bien souvent au classement des poursuites* »[5]. Le contentieux administratif semble apporter, sur le plan processuel, davantage de garanties pour les victimes.

B) <u>Les sanctions en matière administrative</u>

574. La matière administrative a pris la mesure, à sa manière, de la gravité des faits de harcèlements moral comme sexuel à la faveur des études et des cas apparus devant les juges.

---

[1] Cir. n° CRIM 2012-15 / E8 du 7 août 2012, préc.
[2] Ibid.
[3] Cir., n° CRIM/2018-10/H2-03.09.2018 du 3 septembre 2018, NOR : JUSD1823892C, Réf. : CRIM N°2018-00014, relative à la présentation de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.
[4] Voir, M. BADEL, « Harcèlement sexuel », in P. ZAWIEJA et F. GUARNERI (sous la direction de), *Dictionnaire des risques psychosociaux*, Seuil, Paris, 2014, pp. 362-364, spéc. p. 363.
[5] C. WOLMARK, « Harcèlement moral », in P. ZAWIEJA et F. GUARNERI (sous la direction de), *Dictionnaire des risques psychosociaux*, ibid., pp. 357-362, spéc. p. 360.

La prise en compte de leurs effets au sein des risques psychosociaux a donné une matérialité plus certaine à ces comportements, notamment à l'interdiction du harcèlement moral. Devenus des facteurs de risques professionnels, les faits de harcèlement entrent désormais plus sûrement dans le cadre de la protection que la collectivité doit accorder à ses membres. Le système de protection ainsi mis en place en matière administrative associe des mesures individuelles contre les faits de harcèlement (1) et une obligation de réparation du préjudice causé (2). On notera que si dans le secteur privé la procédure de médiation est proposée par l'article L. 1152-6 du Code du travail, elle fait l'objet d'un simple protocole – protocole « harcèlement moral » – dans l'administration[1].

1) Les mesures individuelles face aux harcèlements

575. Dans le cadre de la protection fonctionnelle[2], comme de l'obligation de sécurité, la collectivité territoriale doit « *mettre en œuvre les moyens les plus appropriés pour éviter ou faire cesser les attaques auxquelles le fonctionnaire est exposé. Dans la pratique, pour les cas où l'administration est en mesure d'établir la responsabilité de l'auteur du harcèlement, l'octroi de la protection fonctionnelle dans le cadre de la jurisprudence peut se traduire par des mesures de changement d'affectation, d'éloignement ou de suspension des fonctions*[3]. *L'administration peut également engager une procédure disciplinaire contre l'agresseur si celui-ci est un agent public*[4] ». Cette obligation largement définie traduit bien le spectre des mesures individuelles qui peuvent être adoptées par une collectivité territoriale. On distingue les mesures provisoires, de prévention (a), des mesures disciplinaires, de sanction (b).

---

[1] Pour Christelle MAZZA, « *les protocoles harcèlement moral n'ont pas les effets escomptés : manque d'impartialité et de confidentialité, absence de célérité et de suivi, implication trop directe du supérieur hiérarchique, absence d'audition des éventuels témoins* » ; cf. C. MAZZA, *Harcèlement moral et souffrance au travail dans le service public*, éd. Puits Fleuri, 2014, pp. 216-217. Il convient de noter que l'accord national interprofessionnel du 26 mars 2010 invite les employeurs à introduire une procédure spécifique d'« *identification et gestion des problèmes de harcèlement et de violence au travail* » (cf. art. 4.2, Accord national interprofessionnel du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail, site : www.dgdr.cnrs.fr, p. 4). Pour une approche critique de ce mécanisme voir, R. COLSON et J.-M. POITTEVIN, « La procédure interne, nouveau remède au harcèlement ? Brèves remarques sur le traitement juridique de la souffrance au travail », *Revue de droit du travail*, 2012, p. 80 et s.

[2] Question écrite AN n° 61894 du 27 octobre 2009. Voir aussi, Cir. Min. de la Fonction publique n° 2158 du 5 mai 2008 relative à la protection fonctionnelle des agents publics. La collectivité territoriale doit aussi respecter une obligation d'assistance juridique, par la prise en charge des honoraires d'avocat et des frais de procédure, notamment devant les juridictions pénales.

[3] Réponse ministérielle n° 13166, JO Sénat 28 juillet 2011 p. 1989.

[4] CE, 21 novembre 1980, n° 21162 ; Réponse ministérielle n°3765, JO Sénat 3 juillet 2008 p. 1350.

a) Les mesures provisoires

576. Les mesures provisoires ont pour objectif de faire cesser une situation à risque. En cela, elles s'inscrivent dans une logique de prévention des risques[1]. L'octroi de la protection fonctionnelle peut se traduire par des mesures de changement d'affectation, d'éloignement ou de suspension des fonctions[2].

577. La circulaire n° SE1 2014-1 du 4 mars 2014 relative à la lutte contre le harcèlement dans la fonction publique met en avant le mécanisme de la suspension de fonction qui consiste « *à éloigner provisoirement du service le fonctionnaire, en cas de faute grave, qu'il s'agisse d'un manquement à ses obligations professionnelles ou d'une infraction de droit commun* »[3]. Elle ajoute qu'il s'agit d'« *une mesure préventive, dictée par l'urgence, destinée à mettre fin au trouble que pourrait créer, au sein du service, la présence du fonctionnaire en cause. Une telle mesure, à laquelle l'agent doit se conformer, n'a d'autre objet que de préserver l'intérêt du service* ». Son régime est dicté par la jurisprudence. L'autorité administrative doit établir des faits constitutifs d'une présomption de faute grave. Elle peut être constatée dès lors que les faits présentent un caractère de vraisemblance suffisant[4]. Mesure conservatoire[5], par définition temporaire, elle ne préjuge pas des décisions rendues par les juges, pénal ou administratif, ou sur le plan disciplinaire. De plus, elle ne saurait intervenir à la suite d'une sanction disciplinaire[6].

578. La suspension constitue un outil efficace pour mettre fin à une situation à risque. Ses caractéristiques et son régime permettent de sauvegarder les intérêts de la victime et du harceleur. Les nécessités de l'urgence de ces situations ont conduit le juge des référés à reconnaître « *le droit de ne pas être soumis à un harcèlement moral [comme] une liberté fondamentale* » de l'agent[7]. Si les conditions sont réunies, le juge des référés pourra alors faire

---

[1] Elles sont des mesures de prévention dites « tertiaires » qui interviennent en dernier lieu après les mesures « primaires » établissant les principes de la prévention et les mesures « secondaires » d'accompagnement en amont de la survenance d'une situation à risque ; voir infra, n° 1125 et s.

[2] Réponse ministérielle n° 13166, préc.

[3] Cir. n° SE1 2014-1 du4 mars 2014 relative à la lutte contre le harcèlement dans la fonction publique.

[4] CE, 11 juin 1997, n°142167.

[5] CE, Ass., 13 juillet 1966, n° 52641.

[6] CE, 23 décembre 1974, n° 93733.

[7] CE, Ord, 19 juin 2014, n° 381061, Rec. Lebon, cons. 2 : « *Considérant qu'aux termes de l'article 6 quinquies de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : "Aucun fonctionnaire ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel" ; que le droit de ne pas être soumis à un harcèlement moral constitue pour un agent une liberté fondamentale au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative* ».

usage de ses pouvoirs d'injonction pour contraindre la collectivité territoriale à adopter ces mesures provisoires.

579. La collectivité qui s'abstient d'agir pourra voir sa responsabilité engagée sur le fondement du manquement à l'obligation de sécurité ou pour faute générale d'organisation du service[1]. En plus des mesures provisoires, qui peuvent s'adresser également à la victime, l'autorité administrative peut adopter des mesures disciplinaires à l'encontre de l'agent harceleur.

b) Les mesures disciplinaires

580. La collectivité territoriale n'est pas obligée d'adopter des mesures provisoires. Il le fait si l'urgence le nécessite. S'agissant des sanctions disciplinaires, si là encore elle agit de manière discrétionnaire, elle est fortement incitée à le faire par les multiples fondements qui lui rappellent cette possibilité. On trouve des fondements issus du droit commun et d'autres spécifiques aux harcèlements. La jurisprudence montre un ensemble de sanctions diversifiées qui vont du simple avertissement au licenciement, pour des faits de harcèlement ou qui s'en rapprochent.

581. **Les fondements du pouvoir disciplinaire de la collectivité territoriale.** Le premier, le plus ancien, des fondements associe le pouvoir de sanction disciplinaire à l'obligation de prévention de la protection fonctionnelle[2]. C'est ensuite l'article 23 du statut général de la fonction publique du 13 juillet 1983 qui indique que « *toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale* ». Il existe enfin les fondements propres aux harcèlements.

582. L'article 6 *ter*, alinéa 8 indique que « *tout agent ayant procédé ou enjoint de procéder aux faits de harcèlement sexuel* » est passible d'une sanction disciplinaire. Pour le harcèlement moral, l'article 6 *quinquies* reprend quasiment à l'identique la formulation de l'article 6 *ter* puisqu'il dispose : « *est passible d'une sanction disciplinaire tout agent ayant procédé ou ayant*

---

[1] Il s'agit de démontrer l'attitude passive ou abstentionniste de la hiérarchie face au conflit qui sévit au sein du service. Cela peut, déjà, prendre la forme d'une abstention pure et simple. Dans l'affaire jugée par le Conseil d'Etat, où la hiérarchie s'était abstenue d'intervenir, la faute de service est, ce faisant, qualifiée d'« *admission implicite du caractère indigne des conditions de travail faites à l'agent* » (CE, 24 novembre 2006, « Baillet », préc.). Le juge n'est d'ailleurs pas moins exigeant lorsqu'il décèle, dans les mesures adoptées par la direction du service, la volonté de muter l'agent afin d'étouffer le conflit (TA Besançon, 11 décembre 2003, n° 02-539 « Braido c. Centre de réadaptation de Quingey »). A plus forte raison bien sûr, il reconnaît la faute de l'administration qui décide de sanctionner l'agent victime au lieu du chef de service coupable (TA Limoges, 14 mai 2007, n° 05-01.394, « Daudin », *AJFP*, 2008, p. 4).

[2] CE, 21 novembre 1980, n° 21162 ; Réponse ministérielle n°3765, JO Sénat 3 juillet 2008, p. 1350.

enjoint[1] *de procéder aux agissements définis* » dans l'article. Dans ce dernier cas, on notera cependant que l'interdiction d'enjoindre de procéder au harcèlement n'était pas inscrite à l'article 6 *quinquies* jusqu'à la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique.

583. **Les sanctions prononcées à l'encontre des agents pour faits de harcèlement.** « *Toute personne ayant procédé ou enjoint de procéder à des faits de harcèlement sexuel ou à des agissements de harcèlement moral est passible d'une sanction disciplinaire* »[2]. Quelques exemples ressortent de la jurisprudence, principalement à l'égard de faits de harcèlement sexuel ou assimilés.

584. Sans mentionner le terme de « harcèlement sexuel », un pompier a été sanctionné d'un simple avertissement sur le fondement de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983[3]. Le Conseil d'Etat a déclaré justifiée une sanction de quinze jours d'arrêt infligée à un militaire auquel il était reproché d'avoir « *noué des relations personnelles avec une jeune recrue placée directement sous ses ordres, dans des conditions telles qui ont conduit le sapeur dont il s'agit à porter plainte pour harcèlement sexuel et ont entraîné au sein du service des perturbations dues à la suspicion de favoritisme apparue auprès des autres recrues* »[4]. Une révocation a pu être validée pour des faits de harcèlement à connotation sexuelle commis par un agent des hospices civils de Lyon[5]. En revanche, a été annulé l'exclusion des fonctions pour une période de deux ans prononcée par le maire d'une commune à l'égard de l'un de ses agents ayant commis un harcèlement sexuel « descendant » car la gravité des faits ne s'étalait que sur une courte période[6].

---

[1] Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique (Article 6).
[2] Cir. n° SE1 2014-1 du 4 mars 2014, préc.
[3] TA Châlons-en-Champagne, 8 juin 1999, req. n° 971-265, « M. D c. Ville de Reims ».
[4] CE, 20 mai 2009, n° 309961.
[5] CAA Lyon, 25 septembre 2012, n° 12LY00326.
[6] CAA Versailles, 13 mars 2014, n° 12VE03012, « Villacoublay », Inédit : « *Mais considérant, en troisième lieu, que les actes en question, qui n'ont acquis un caractère de gravité que pendant une courte période, n'ont pas été réitérés dès que M. D...a acquis la certitude qu'ils déplaisaient à Madame C... et n'étaient pas souhaités par elle ; que le silence auparavant tenu par cette dernière face aux avances du requérant a pu le maintenir dans l'illusion qu'elle y consentait et y était sensible, étant rappelé que leur relation pendant plusieurs années avait été amicale et familière ; que si la situation de supériorité hiérarchique du requérant a été très certainement appréhendée par la victime et a influé sur son comportement, M. D...n'a pas tenté, quant à lui, de la mettre à profit pour en faire un instrument de pression et de contrainte ; que, dès lors, en infligeant à l'intéressé pour lesdits faits la sanction d'exclusion temporaire des fonctions pour une durée de deux ans en refusant de tenir compte des circonstances atténuantes qui viennent d'être rapportées et alors que le conseil local de discipline avait proposé quant à lui, après avoir entendu notamment le témoignage de la victime, une sanction bien moins lourde, le maire de la commune de Vélizy-Villacoublay a entaché sa décision d'une erreur d'appréciation ; que, par suite, la décision et le jugement attaqués doivent être annulés, sans qu'il y ait lieu de procéder à des mesures d'instruction complémentaires* ».

585. Sans mentionner le terme de « *harcèlement moral* », le juge a pu considérer comme légal le licenciement d'un agent dont le comportement a compromis la bonne marche de l'établissement[1]. C'est l'impact sur le climat social du service qui détermine ici le bien-fondé de la sanction disciplinaire. Le harceleur peut également voir sa sanction diminuée s'il est lui-même victime de harcèlement[2]. L'analyse montre que « *les sanctions effectivement appliquées sont souvent beaucoup moins lourdes que celles encourues* »[3].

586. Dans son contrôle des sanctions disciplinaires, le juge administratif applique désormais un contrôle normal permettant d'apprécier la proportionnalité entre la faute et la sanction[4]. S'agissant de faits de harcèlement, *a fortiori* de harcèlement sexuel, leur gravité justifie l'éventail de sanctions particulièrement large que les employeurs ont pu utiliser. Ces mécanismes internes de règlement des conflits de travail participent au système de garantie juridique mis en place à l'égard des risques professionnels. Cette garantie possède un second versant indemnitaire basé sur une obligation de solidarité de la collectivité.

2) La réparation du préjudice des harcèlements

587. Lorsqu'ils apparaissent sur le lieu de travail ou à l'occasion de l'exercice des fonctions de l'agent, les faits de harcèlement constituent une « *faute administrative – que la hiérarchie y ait directement contribué ou qu'elle se soit abstenue d'agir face à un tel comportement* »[5]. Elle est constituée par le manquement à l'obligation de sécurité de la collectivité territoriale agissant

[1] CE, 17 février 1993, req. n° 67-890, « Madame Brunet ».

[2] C. WOLMARK, « Harcèlement moral », in P. ZAWIEJA et F. GUARNERI (sous la direction de), *Dictionnaire des risques psychosociaux*, op. cit., spéc. p. 360. Voir par ex., Cass. Soc., 29 janvier 2013, n° 11-23.944 : la Cour a annulé le licenciement d'un salarié pour faute grave prononcé suite à des agissements de harcèlement sexuel, au motif qu'il avait lui-même été victime de harcèlement. Elle a cependant retenu le licenciement pour cause réelle et sérieuse.

[3] E. MARCOVICI, « Les insuffisances de la répression du harcèlement sexuel dans la fonction publique », *AJFP*, 2011, pp.338 ; *contra*, CAA Marseille, 14 février 2006, n° 02MA02364 (révocation d'un fonctionnaire communal) ou CAA Lyon, 10 mai 2010, n° 08LY01046 (résiliation pour motif disciplinaire du contrat d'un maître contractuel de l'enseignement privé).

[4] CE, Ass., 13 novembre 2013, n° 347704, « Dahan », Rec. Lebon.

[5] J.-P. CROZAFON, « Risques psychosociaux et souffrance au travail : vers un rapprochement du droit du travail et du droit de la fonction publique », *JCP Sociale*, n° 3, 21 Janvier 2014, p. 1024 et s., n° 4. Voir aussi, C. WOLMARK, in P. ZAWIEJA et F. GUARNERI (sous la direction de), *Dictionnaire des risques psychosociaux*, op. cit., spéc. p. 361 : « *Il convient de noter que l'indemnisation existe également dans le secteur public, mais elle paraît demeurer fondée sur la faute de l'administration dans la surveillance et la prévention du harcèlement* ».

en tant qu'employeur[1]. Cette obligation se traduit alors par un « *devoir d'action* »[2] dont le manquement donne droit à une réparation indemnitaire[3].Cette coresponsabilité entre le harceleur et la collectivité pose la question de la détermination de la faute, et partant, de l'imputabilité de la responsabilité (a). Les faits établis sur la base des éléments de preuve apportés serviront de base à l'évaluation du préjudice (b).

a) L'imputabilité de la responsabilité

588. L'imputabilité de la responsabilité pour faits de harcèlement peut se fonder soit sur la faute de harcèlement constituée par les faits soit sur le manquement à l'obligation de sécurité.

589. **La responsabilité pour faute de harcèlement.** L'imputabilité de la responsabilité pour faute dans le contentieux administratif se détermine classiquement en fonction de l'origine de la faute commise. Faute personnelle de l'agent[4], elle imputera la responsabilité au harceleur qui sera poursuivi devant les tribunaux judiciaires[5] ; faute de service, la responsabilité est attribuée à la collectivité qui sera poursuivie devant les juridictions administratives. Les responsabilités peuvent se cumuler en cas de cumul de fautes, ou se substituer dès lors qu'il existe un lien entre la faute personnelle et le service. Ce lien avec le service permet d'imputer une responsabilité *in solidium* du harceleur et de la collectivité. Si cette dernière parvient à démontrer qu'elle n'a commis aucune faute, elle pourra demander la restitution intégrale des indemnités versées pour le compte du harceleur à la victime.

---

[1] Décret n° 85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale, art. 2-1 : « *les autorités territoriales sont chargées de veiller à la sécurité et à la protection de la santé des agents placés sous leur autorité* ».

[2] M. LEDOUX et J. EL BERRY, « De la sécurité physique des travailleurs à la gestion des risques psychosociaux », *AJCT*, 2013, p. 16 et s.

[3] D'autres fondements sont possibles, par ex. la Cour administrative d'appel de Marseille a pu faire droit à la demande indemnitaire d'une secrétaire de mairie forcée de demander sa mutation en dehors de la commune en raison de l'« *état des relations exécrable* » avec le premier adjoint au maire de sa commune ; cf. CAA Marseille, 16 septembre 2003, n° 02MA00157, « Commune de Peyrolles-en-Provence ». Si la collectivité a accordé sa protection fonctionnelle, elle est également soumise à une obligation de réparation du préjudice qui débute avant toute action contentieuse et se prolonge après la décision du juge si le harceleur est insolvable ou s'il refuse de l'exécuter. L'autorité territoriale doit alors évaluer le préjudice, indépendamment des dommages et intérêts alloués par le juge pénal (cf. CE, 17 décembre 2004, n°265165, « Barrucq ») et doit assurer à l'agent une juste réparation du préjudice subi : préjudices matériels (CE, Sect., 28 mars 1969, n°73250, « Jannès ») et moraux (CE, 21 décembre 1994, n° 140066, « Madame Laplace » ; CE, 8 décembre 2004, req. n° 265166 et 265167 ; CAA Paris, 30 avril 2013, n° 10PA03867) ou corporels.

[4] Concl. LAFERRIERE sur TC, 5 mai 1877, « Laumonnier-Carriol », Rec. n° 95 p. 437 : il y a faute personnelle si l'acte dommageable « *révèle l'Homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences* », si « *la personnalité de l'agent se révèle par des fautes de droit commun, par un dol alors la faute est imputable au fonctionnaire et non à la fonction* ».

[5] Cass. Crim., 17 octobre 2007, n° 06-87566, Bull. crim. 2007, n° 248 : « *la responsabilité civile d'un élu relève de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire seulement si la faute imputée à celui-ci présente les caractères d'une faute personnelle détachable de ses fonctions* ».

590. Les faits de harcèlement, lorsqu'ils sont constitués, sont qualifiés de faute personnelle détachable du service dès lors qu'ils démontrent une certaine gravité[1]. On notera que dans la mesure où le juge administratif refuse toujours de reconnaître la notion de harcèlement institutionnel – ou managérial – les faits de harcèlement constituent à ses yeux nécessairement une faute personnelle. Il en va *a fortiori* ainsi lorsqu'ils font l'objet d'une qualification pénale. Dans cette hypothèse les « *constatations de fait du juge pénal, qui commandent nécessairement le dispositif de sa décision ayant acquis force de chose jugée, s'imposent à l'administration comme au juge administratif* »[2], de sorte qu'en cas d'action en responsabilité portée conjointement devant le juge administratif à l'encontre de la collectivité, ce dernier ne pourra pas refuser la qualification de harcèlement et la part de responsabilité attribuée au harceleur. Dans cette hypothèse « *il appartiendra […] à la juridiction judiciaire et à la juridiction administrative, si elles estiment devoir allouer une indemnité à [la victime] en réparation du préjudice dont elle se prévaut, de veiller à ce que l'intéressée n'obtienne pas une réparation supérieure à la valeur du préjudice subi du fait de la faute commise* »[3]. Les difficultés liées à l'administration de la preuve en matière pénale peuvent inciter la victime à se rendre en premier lieu devant le juge administratif. Si la victime est un agent public, elle pourra invoquer les articles 6 *ter* et 6 *quinquies* du statut général de 1983. Si elle est usager ou tiers[4], elle devra trouver un autre fondement. Dans le cas où la victime saisit le juge administratif, elle devra démontrer l'existence d'un lien entre les faits et le service.

591. L'engagement de la responsabilité de la collectivité est possible si les faits de harcèlement présentent un lien avec le service. En matière de harcèlement moral, la commissaire du gouvernement Pascale LEGLISE proposait ainsi de distinguer entre harcèlement intentionnel – « *ayant pour objet la dégradation des conditions de travail* » – et non intentionnel – « *ayant pour effet...* » – seul le second conservant un lien avec le service[5]. Comme l'indique Patrice ADAM, bien que « *séduisante, la distinction opérée ne parvenait pas totalement à convaincre. C'est que l'intention maligne du harceleur n'apparaît que rarement*

[1] CAA Versailles, 16 juillet 2015, req. n° 13VE02274, « Mme D. c. Chambre de métiers et de l'artisanat du Val-d'Oise » : s'agissant de faits de harcèlements moral et sexuel, la Cour en a conclu que « *le comportement de M. A., eu égard à la nature et à la gravité des faits commis, constitue une faute personnelle détachable du service* ».

[2] CAA Versailles, 16 juillet 2015, req. n° 13VE02274, « Mme D. c. Chambre de métiers et de l'artisanat du Val-d'Oise », cons. 5.

[3] TC, 19 mai 2014, n° 3939, « Mme Liliane B. née S. c. M. Claude F. », conflit négatif.

[4] Pour les tiers intervenants, dans le cadre de leur travail pour le compte, ou au sein, de la collectivité, l'obligation de sécurité s'applique.

[5] P. LEGLISE, « Le harcèlement moral du supérieur hiérarchique était une faute personnelle détachable du service », *AJFP*, 2005, p. 99.

détachée de toute considération liée à la marche et au fonctionnement du service[1] *; le mal volontairement occasionné n'est fréquemment que moyen (détestable) d'atteindre un objectif de "management". Cette intention mauvaise est ainsi moins la marque d'une personnalité perverse que d'une modalité perverse de gestion d'un service. Ce faisant, sur le plan de "l'obligation à la dette", la responsabilité de la personne morale de droit public paraissait pouvoir être engagée par la victime d'agissements de harcèlement moral devant le juge administratif (l'employeur a la possibilité d'une éventuelle action récursoire... dont il use peu)* »[2]. Jean-Pierre DIDIER concluait ainsi qu'*« en l'état de la jurisprudence actuelle sur la responsabilité des agents publics, il y a donc tout lieu de penser que les faits de harcèlement moral constituent des fautes personnelles non dépourvues de tout lien avec le service* »[3].

592. La collectivité qui s'estime irresponsable peut engager une action récursoire à l'encontre de l'agent harceleur pour obtenir la restitution des indemnités versée pour son compte à la victime[4]. Si le juge reconnaît l'existence d'une faute de service, la collectivité prendra sa part de responsabilité[5]. Deux types de faute sont à distinguer : celles qui résultent d'un comportement – faute par omission[6], faute par action[7], faute par erreur – ou bien celles qui

---

[1] L'auteur souligne que « *le harcèlement, fût-il intentionnel, se déroule généralement pendant le temps de service et trouve, dans ce service, les moyens de sa réalisation. Indices dont le juge administratif fait souvent matériaux pour lier "faute personnelle" et "service"* », renvoyant ainsi à l'arrêt, CE, 2 mars 2007, n° 283257, « Société Banque française commerciale de l'Océan Indien », Rec. Lebon ; *AJDA*, 2007, p. 503 et s.

[2] P. ADAM, « Elus et agents face au risque pénal – Harcèlement (moral et sexuel) et agent public : quelles sanctions ? », *AJCT*, 2014, pp. 538 et s.

[3] J.-P. DIDIER, « Du harcèlement moral dans la fonction publique – Responsabilité de l'employeur public et faute de la victime », *JCP Adm.*, 8 janvier 2007, p. 2003. Par ex., CAA Versailles, 16 juillet 2015, req. n° 13VE02274, « Mme D. c. Chambre de métiers et de l'artisanat du Val-d'Oise », cons. 8 : « *il n'est pas […] dépourvu de tout lien avec le service dès lors que le harcèlement dont a été victime Madame D. a eu lieu au sein et à l'occasion du service et que les agissements et pressions dont Monsieur A. s'est rendu coupable étaient étroitement, voire exclusivement liés à la position d'autorité qu'il tenait de sa fonction de secrétaire général de la chambre consulaire et aux compétences qui en résultaient* ». Voir encore, CAA Bordeaux, 15 février 2011, n° 10BX00807, *AJFP*, 2011, p. 294 : responsabilité de la commune.

[4] CAA Versailles, 16 juillet 2015, req. n° 13VE02274, « Mme D. c. Chambre de métiers et de l'artisanat du Val-d'Oise » : il appartient « *à la chambre de métiers et de l'artisanat du Val-d'Oise, si elle s'y croit fondée, d'engager une action récursoire à l'encontre de M. A.* ». Inversement, l'agent reconnu responsable par les juges judiciaires qui souhaite obtenir la restitution des sommes versées pour le compte de la collectivité à la victime, peut également exercer une action récursoire devant le juge administratif ; cf. CE, Ass., 28 juillet 1951, req. n° 04032, « Delville », Rec.

[5] CE, Ass., 28 juillet 1951, req. n° 01074, « Laruelle », Rec. Lebon : « *les fonctionnaires et agents des collectivités publiques ne sont pas pécuniairement responsables envers les dites collectivités des conséquences dommageables de leurs fautes de service..* ».

[6] Par ex. pour défaut d'organisation, lorsque la collectivité n'a pas agi pour mettre fin au harcèlement ; voir CAA Lyon, 11 Décembre 2012, n° 12LY00763, « Commune de Chambéry », Inédit, cons. 8 : « *considérant qu'il résulte de tout ce qui précède qu'en l'absence d'agissements constitutifs de harcèlement moral et de discrimination syndicale, et, par suite, de faute de service de la commune à avoir laissé de tels agissements se perpétrer sans prendre les mesures adéquates pour les faire cesser, M. n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que le Tribunal administratif de Grenoble a rejeté sa demande indemnitaire* ».

[7] La collectivité a agi par des moyens inappropriés (cf. TA Grenoble, 16 avril 2013, n° 1000474, *AJFP*, 2013, p. 294 ; TA Grenoble, 16 avril 2013, n° 1000481, *AJFP*, 2013, p. 294) ou inadéquats (cf. CAA Douai, 16 mai 2012, n° 11DA00969, *AJFP*, 2012, p. 255 (juge ici que l'État a pris les mesures adéquates)).

résultent d'une illégalité dès lors qu'elle a causé un préjudice direct et certain. Le manquement à l'obligation de sécurité de l'employeur entre dans cette hypothèse d'illégalité fautive.

593. **Vers une responsabilité pour risque de harcèlement.** La reconnaissance de l'obligation de sécurité des collectivités territoriales[1] en tant qu'employeur semble rendre obsolète le recours à la faute non dépourvue de lien avec le service.

594. Par renvoi aux dispositions du droit du travail[2], l'obligation de sécurité de l'employeur constitue une obligation de résultats avec pour effet de renverser la charge de la preuve entre les mains de l'employeur[3]. Cette « *obligation de sécurité de résultat […] devrait permettre à tout agent public d'engager la responsabilité pécuniaire de l'administration, même sans faute de sa part, pour les harcèlements subis dans le cadre de son travail* »[4]. Les obligations applicables aux secteurs public et privé sont considérées comme équivalentes par la majorité de la doctrine[5] et des institutions[6]. Sur le fond, il ne peut en être autrement dès lors que l'obligation de sécurité est consacrée non seulement par le droit de l'Union européenne[7] mais aussi par le droit pénal[8]. Dans le cadre des « accidents de service », le Conseil d'Etat[9] semble avoir opéré un premier virage vers une « *présomption d'imputabilité* »[10] dès lors que les faits

---

[1] Art. 2-1, Décret n° 85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale.

[2] Art. 3, Décret n° 85-603 du 10 juin 1985, préc.

[3] Pour un arrêt récent, voir Cass. Civ. et Soc., 16 mai 2018, 16-19.527, Inédit : « *en statuant ainsi, alors que la charge de la preuve d'un harcèlement moral ne pèse pas sur le salarié et qu'il lui appartenait d'examiner l'ensemble des éléments invoqués par celui-ci afin d'apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, permettaient de présumer l'existence d'un harcèlement moral, et dans l'affirmative, d'apprécier les éléments de preuve fournis par l'employeur pour démontrer que les mesures en cause étaient étrangères à tout harcèlement moral, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

[4] P. ADAM, « Elus et agents face au risque pénal - Harcèlement (moral et sexuel) et agent public : quelles sanctions ? », *AJCT*, 2014, p. 538 et s.

[5] Voir par ex., M. LEDOUX et J. EL BERRY, « De la sécurité physique des travailleurs à la gestion des risques psychosociaux », *AJCT*, 2013, p. 16 et s.

[6] Voir par ex., Ministère de la réforme de l'Etat, de la décentralisation, et de la fonction publique, *Guide méthodologique d'aide à l'identification, l'évaluation et la prévention des risques psychosociaux dans la fonction publique*, Outils de la gestion des ressources humaines, Direction générale de l'administration et de la fonction publique, 2014, site : www.fonction-publique.gouv.fr. Voir, l'Accord-cadre du 22 octobre 2013 relatif à la prévention des risques psychosociaux dans la fonction publique de le souligner sans ménagement : « *l'obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé physique et mentale incombe à l'ensemble des employeurs, publics comme privés, pour l'ensemble des salariés et des agents publics, quel que soit leur statut professionnel* ».

[7] Art. 5, Dir. n° 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, JOCE L 183 du 29 juin 1989 p. 1.

[8] Sur la portée de cette directive cadre, voir les analyses de P. CHAUMETTE, « Sur l'obligation patronale de sécurité au travail au sein de la Communauté européenne », in *Mélanges offerts à Henry Blaise*, Economica, 1998, p. 81. Voir également, F. KESSLER et F. MEYER, « Les mesures de sécurité à l'épreuve du droit communautaire : à propos de la transcription de la directive CEE 89/391 relative à l'amélioration de la santé et de la sécurité des travailleurs », *Droit ouvrier*, 1992, p. 161.

[9] CE, 16 juillet 2014, n° 361820, Rec. Lebon ; *AJDA*, 2014, p. 1461.

[10] P. ADAM, « Elus et agents face au risque pénal - Harcèlement (moral et sexuel) et agent public : quelles sanctions ? », art. cit.

constatés « *présente un lien direct avec le service ; qu'il appartient dans tous les cas au juge administratif, saisi d'une décision de l'autorité administrative compétente refusant de reconnaître l'imputabilité au service d'un tel événement, de se prononcer au vu des circonstances de l'espèce* »[1]. Pour Patrice ADAM, le « *détour par la « "faute non dépourvue de lien avec le service", pour habituel qu'il soit* »[2] n'est plus nécessaire. « *"Succédané" à l'obligation de sécurité de résultat, il ne devrait pas survivre à sa consécration* »[3].

595. Toutefois, des spécificités persistent pour la fonction publique territoriale[4] en matière de responsabilité. L'imputabilité des dommages au service nécessite une décision d'acceptation de la collectivité. Elle n'est donc pas automatique[5]. A cette fin, l'enquête, ou le rapport administratif, doit apporter des éléments sur la réalité du lien entre le contexte du travail et l'origine de la pathologie, ce qui ne pose aucun problème lorsque l'état dépressif découle d'un élément objectif tel qu'une agression, une altercation, ou un harcèlement moral avéré[6]. Si le lien est insuffisant, la collectivité refusera de prendre en charge les dommages. Ce refus pourra alors être attaqué par l'agent devant le juge administratif. Jean-Luc CROZAFON constatait qu'en matière de harcèlement « *dans la pratique, la collectivité se contente souvent de faire suivre une demande d'imputabilité à la commission de réforme*[7]*, sans avoir conduit une analyse suffisante des circonstances de fait : il est vrai que cette enquête est souvent longue et difficile, et qu'elle risque parfois d'aggraver un climat social déjà détérioré* »[8]. L'avis de la commission de réforme sur la reconnaissance d'une éventuelle maladie d'origine professionnelle devient

---

[1] CE, 16 juillet 2014, n° 361820, préc.

[2] P. ADAM, « Elus et agents face au risque pénal - Harcèlement (moral et sexuel) et agent public : quelles sanctions ? », art. cit.

[3] Ibid.

[4] Décret n° 82-453 du 28 mai 1982 modifié relatif à l'hygiène, la sécurité et la prévention médicale dans la fonction publique ; décret n° 85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale. Pour la fonction publique territoriale et la fonction publique d'Etat, se reporter aux références précédentes, pour la fonction publique hospitalière, voir notamment les articles R. 4615-1 à R. 4615-21 et D. 4626-1 à D. 4626-35 du code du travail. Le régime de la médecine du travail – pour le secteur public la médecine du service de médecine professionnelle – est également différent ; voir infra, n° 1125 et s.

[5] Le juge administratif refuse également cette présomption d'origine professionnelle pour les maladies inscrites aux tableaux ; cf. CE, 23 juillet 2012, n° 349726 : les dispositions de l'article L. 461-1 du Code de la sécurité sociale ne s'applique pas au secteur public.

[6] CE, 25 avril 1980, n° 09183, « *la preuve d'un lien direct de causalité entre l'exécution du service et l'infarctus du myocarde n'est pas établie* » ; CE, 14 mai 2008, n° 277494, JurisData n° 2008-073639, « *le caractère certain du lien entre la vaccination contre l'hépatite B et l'apparition des troubles n'est pas établi* ». Voir aussi pour un agent d'une collectivité locale, CE, 7 octobre 1981, n° 23724.

[7] Décret n° 2008-1191 du 17 novembre 2008 ; Cir. Min de la Fonction publique n° 044 du 22 janvier 2009 : la commission de réforme n'est saisie que « lorsque les éléments objectifs dont dispose l'administration ne lui permettent pas de se prononcer sur l'imputabilité », elle peut d'ailleurs toujours saisir un médecin agréé expert pour étayer sa décision, en revanche le défaut de saisine en cas de refus constituerait une faute.

[8] J.-P. CROZAFON, « Risques psychosociaux et souffrance au travail : vers un rapprochement du droit du travail et du droit de la fonction publique », *JCP Sociale*, n° 3, 21 janvier 2014, p. 1024 et s., n° 14.

alors central dans la procédure d'indemnisation : si l'avis est positif, la collectivité acceptera de prendre en charge l'indemnisation[1] ; s'il est négatif, l'agent devra attendre la décision de refus de la collectivité pour saisir la juridiction administrative.

596. Pour démontrer la carence fautive, l'agent devra établir le lien entre les dommages subis et le service, en application de la jurisprudence relative aux « accidents de service »[2]. A cet effet, l'absence de mesures de prévention[3] est considéré comme une faute inexcusable[4] pouvant engager les responsabilités administratives et pénales de la collectivité[5]. Pour être exonérée, la collectivité pourra mettre en avant les mesures prise dans le cadre de son obligation de prévention[6], qu'elles soient primaires (établissement de principes de la prévention dans la collectivité), secondaires (accompagnement des agents aux évolutions structurelles) ou tertiaires (mesures d'urgence adoptées suite au signalement). Certaines mesures obligatoires peuvent y contribuer, comme l'obligation d'afficher dans les locaux les articles 222-33 et 222-33-2 du Code pénal relatifs aux harcèlements sexuel et moral. Or, celles-ci ne s'appliquent pas aux employeurs publics.

597. Le contentieux de la responsabilité pour faits de harcèlements devant le juge administratif semble progressivement glisser vers le régime de la responsabilité pour risques professionnels du secteur privé. L'intérêt de ce glissement est de permettre de constituer la responsabilité non plus sous l'angle de la gravité de la faute, qui dépend de son caractère pénal ou de l'ampleur du préjudice causé, mais de l'absence de mesures. De cette manière, les préjudices moins importants peuvent également être indemnisés. L'évaluation du préjudice est

---

[1] L'autorité territoriale n'est pas obligée de suivre son avis ; cf. TA Rennes, 18 décembre 2013, n° 1102299.

[2] CE, 16 juillet 2014, n° 361820, Rec. Lebon ; *AJDA*, 2014, p. 1461 : le suicide « *survenu sur le lieu et dans le temps du service, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice par un fonctionnaire de ses fonctions ou d'une activité qui en constitue le prolongement normal présente, en l'absence de faute personnelle ou de toute autre circonstance particulière détachant cet événement du service, le caractère d'un accident de service ; qu'il en va ainsi lorsqu'un suicide ou une tentative de suicide intervient sur le lieu et dans le temps du service, en l'absence de circonstances particulières le détachant du service* ».

[3] Voir infra, n° 986 et s.

[4] En droit du travail, voir, Cass. Soc. 28 février 2002, n° 99-18.389, n° 99-17.201, n° 99-21.255, n° 99-17.221, n° 00-10.051, n° 00-11.793, n° 00-13.172, *D.* ,2002, p. 1009.

[5] Voir en ce sens, Cir. n° RDFBI314079C du 28 mai 2013 relative au rappel des obligations des employeurs territoriaux en matière d'évaluation des risques professionnels.

[6] Cass. Soc., 25 novembre 2015 n° 14-24.444, n° 2121, « Patrick X c. Société Air France » : « *la cour d'appel a constaté, d'une part que l'employeur, ayant pris en compte les événements violents auxquels le salarié avait été exposé, avait, au retour de New-York le 11 septembre 2001, fait accueillir celui-ci, comme tout l'équipage, par l'ensemble du personnel médical mobilisé pour assurer une présence jour et nuit et orienter éventuellement les intéressés vers des consultations psychiatriques, d'autre part que le salarié, déclaré apte lors de quatre visites médicales intervenues entre le 27 juin 2002 et le 18 novembre 2005, avait exercé sans difficulté ses fonctions jusqu'au mois d'avril 2006 ; qu'ayant relevé que les éléments médicaux produits, datés de 2008, étaient dépourvus de lien avec ces événements dont il avait été témoin, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, propres et adoptés, dont elle a pu déduire l'absence de manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat, légalement justifié sa décision* ».

donc une opération essentielle dans le cadre de l'action en responsabilité pour faits de harcèlement.

b) L'évaluation du préjudice

598. Le préjudice causé par les faits de harcèlements moral et sexuel s'apprécie au regard des effets qu'ils entrainent sur la victime. Pour cela, il convient de se référer aux définitions des harcèlements qui donnent, avec précision, les différentes atteintes qu'ils peuvent constituer[1]. Si les deux définitions évoquent l'atteinte à la dignité, il est notable de constater que les incriminations ont été placées dans le chapitre relatif aux atteintes à l'intégrité physique et psychique de la personne.

599. L'article 6 *ter* relatif au harcèlement sexuel évoque « *des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante* ». Les faits assimilés sont constitués par une « *forme de pression grave […] exercée dans le but […] d'obtenir un acte de nature sexuelle* ». L'article 6 *quinquies* définit les faits de harcèlement moral comme des « *agissements répétés […] qui ont […] pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ». Ici, les atteintes sont mieux décrites et couvrent un éventail plus large de préjudices.

600. Les atteintes à la dignité peuvent être constitutives d'un harcèlement moral lorsqu'elles se manifestent par des manœuvres de dénigrement, une atteinte à la réputation, en imputant un comportement alcoolique à un agent[2], ou par le placement de l'agent dans des locaux insalubres ou inadaptés[3]. Tous les éléments de preuve sont acceptés dès lors qu'ils servent, par exemple, à attester du caractère dégradé des lieux ou des équipements[4]. Les atteintes au droit résultent de toutes les conséquences des actes illégaux adoptés : la retenue sur traitement consécutive à la privation des fonctions[5] ou la notation tenant compte de la plainte de l'agent pour harcèlement contre le chef de service[6]. Les atteintes à l'avenir professionnel s'inscrivent dans cette lignée.

---

[1] Sur le harcèlement moral, voir not., B. ARVIS, « L'action en réparation des préjudices nés du harcèlement moral auprès du juge administratif : premier bilan », *AJFP*, 2009, p. 259 et s.

[2] CAA Bordeaux, 30 juin 2008, n° 06BX00646, « Centre hospitalier Charles-Perrens » : dans cette espèce, la preuve contraire a été apportée par l'agent sous forme d'un bilan sanguin effectué par le médecin du travail.

[3] TA Besançon, 11 décembre 2003, n° 02-539, « Braido c. Centre de réadaptation de Quingey », préc : un bureau « *situé dans un angle du mur, dos à la lumière* » ; CAA Bordeaux, 2 décembre 2008, n° 07BX01070, « *A.* », : un bureau « *situé à l'entresol de la mairie, éclairé par un vasistas* ».

[4] CAA Nancy, 2 août 2007, « Altemaire c. Commune de Hoenheim », préc. : les photographies ou les témoignages de collègues.

[5] CE, 26 janvier 2007, « Giffard », préc.

[6] TA Nouvelle-Calédonie, 26 juillet 2007, n° 06.281, « Huguon », *AJFP*, 2008, p. 20.

Elles se manifestent dans des refus de promotion ou de mutation. Les atteintes à la santé physique et surtout mentale sont au cœur des faits de harcèlement moral. Ce sont elles qui permettent d'engager la responsabilité pour manquement à l'obligation de sécurité de l'employeur. Elles doivent être constatés par des certificats médicaux, si possible circonstanciés[1], et produits, dans le respect des droits des agents[2], devant les juridictions.

601. Les préjudices qui résultent de ces différentes atteintes sont essentiellement moraux[3], parfois matériels, et plus rarement corporels. A la suite d'un harcèlement moral, une collectivité a pu être condamnée à 15 000 euros de dommages et intérêts pour réparer le préjudice de carrière, le préjudice moral et les troubles dans les conditions d'existence[4] d'un fonctionnaire qu'elle n'avait pas affecté à un emploi correspondant à son grade, alors même qu'il existait des postes vacants, et qu'elle avait noté de manière très défavorable[5]. Le montant du préjudice moral sera d'autant plus important si les faits de harcèlement ont été causés pour un motif discriminatoire[6]. Dans un cas de harcèlement à l'égard d'un syndicaliste dans le secteur privé, l'employeur a été condamné à réparer la perte de chance de rester en bonne santé suite à des faits particulièrement brutaux[7]. Il est important de noter que les faits de harcèlement sont de nature à actionner l'exception de la réparation exclusive de l'organisme d'assurance et ainsi imposer la réparation de l'intégralité du préjudice par l'employeur à titre personnel.

602. Les solutions apportées par le législateur et la jurisprudence tendent à améliorer la réparation des préjudices de harcèlement, surtout ceux qui découlent des atteintes à la santé au travail. Les mécanismes de responsabilité solidaire mis en place, offre une garantie pour les agents victimes de ces faits d'être indemnisés pour les dommages subis, que ce soit par le biais

---

[1] CAA Nancy, 8 décembre 2008, n°07NC00272, « X. c. Commune de Saverne », préc.

[2] CE, Avis, 6 avril 2007, « Douwens-Prats », Rec. Lebon p. 153 : « *c'est dans tous les cas au requérant qu'il appartient de décider s'il entend porter son dossier [médical] à la connaissance du tribunal* ».

[3] G. VALERY et S. LEDUC, « Les risques psychosociaux », Que sais-je ?, PUF, 2012, p. 37 : « *le harcèlement, qui comprend des comportements de raillerie, de discrimination et d'intrusion dans la vie privée, portant atteinte à l'intégrité psychologique d'un membre de l'organisation* ».

[4] Voir aussi, CAA de Nantes, 12 juillet 2012, n° 10NT00677 : réparation du trouble dans les conditions d'existence à hauteur de 10 000 euros.

[5] CAA de Nancy, 7 janvier 2010, n° 08NC00608.

[6] DDD, décision n° 2017-005 du 5 janvier 2017 et TA de Clermont-Ferrand, n° 1701134, 14 mai 2018 : des propos à caractère raciste proférés par des conseillers municipaux à l'encontre d'un agent d'une commune constituent des faits de harcèlement discriminatoire, qui engagent la responsabilité de la commune en tant qu'employeur. Le tribunal administratif a évalué à 15 000 euros le montant du préjudice moral subi.

[7] Conseil de prud'hommes de Moulins, section commerce, départage, 27 novembre 2001, « Michel Buisson et a. c. SAS Carcoop France (Carrefour) », *Droit ouvrier*, juin 2002, pp. 326-332 ; Cass. Soc., 16 mars 2005, « SAS Carcoop France c. Michel Buisson et Ud Cgt de l'Allier » : la cour rappelle que le harcèlement est « *susceptible de développer des troubles psychosomatiques graves pouvant l'amener à un arrêt maladie de longue durée, l'invalidité ou la mort* ». En raison du harcèlement dont le salarié a été victime « *tant dans ses manifestations que dans sa durée* », de l'âge du salarié, « *de l'absence d'autres causes à l'apparition des deux cancers et de l'investissement du demandeur dans son activité syndicale* », le conseil de prud'hommes a pu justement « *admettre que ce harcèlement a fait perdre à M. Buisson une chance de rester en bonne santé* ».

d'une décision de justice, ou dans le cadre de la protection fonctionnelle de la collectivité. L'agent bénéficie donc d'un double système : la prévention des risques psychosociaux et la protection fonctionnelle. Dans les deux hypothèses, la collectivité doit non seulement réparer les dommages causés, mais aussi adopter des mesures de prévention. De son côté, le harceleur pourra toujours être poursuivi, sur le plan pénal par la victime, et devant le juge administratif par la collectivité pour obtenir la restitution des indemnités versées pour son compte.

603. On constate ainsi, avec Benoît ARVIS, qu'en la matière « *la loi est d'abord et avant tout une protection contre les attaques ; comme telle, elle reprend, dans un développement attentivement relayé par la jurisprudence, la combinaison des logiques répressives face au harceleur, et protectrices pour le harcelé* »[1]. Si le rattachement des harcèlements à la notion de discrimination a eu pour objet et pour effet de renforcer le régime contentieux auquel ils sont soumis, ce sont bien davantage les mécanismes spécifiquement dédiés et ceux prévus dans le cadre de la relation de travail qui ont sensiblement amélioré l'efficacité de la protection des victimes. Aussi, il apparait, dans les faits, que le risque contentieux est bien plus important en matière de harcèlements que de discrimination *stricto sensu*.

Conclusion Titre 2

604. Le tournant donné à l'interprétation juridique de l'exigence d'égalité a été marqué par l'inclusion et l'expansion accrues de la notion de discrimination dans notre ordre juridique. L'émergence de la notion dans le droit applicable aux collectivités territoriales a été l'occasion de faire naître un risque contentieux de discrimination dans le cadre de leur activité administrative particulièrement difficile à appréhender, compte tenu des évolutions textuelles et des aléas jurisprudentiels observés.

605. Le régime juridique de la discrimination, tel qu'il a été conçu par les institutions européennes, combine « *les logiques répressives pour [l'auteur] et protectrices pour le [discriminé]* »[2] : les victimes bénéficient d'un aménagement des règles de preuve, d'imputation, et d'un soutien possible par une tierce intervention ; les auteurs doivent mettre en

[1] B. ARVIS, « L'action en réparation des préjudices nés du harcèlement moral auprès du juge administratif : premier bilan », *AJFP*, 2009, p. 259 et s.

[2] B. ARVIS, « L'action en réparation des préjudices nés du harcèlement moral auprès du juge administratif : premier bilan », *AJFP*, 2009, p. 259 : « *La loi est d'abord et avant tout une protection contre les attaques ; comme telle, elle reprend, dans un développement attentivement relayé par la jurisprudence, la combinaison des logiques répressives face au harceleur, et protectrices pour le harcelé* ».

place des mesures de prévention et des mécanismes d'urgence. L'augmentation des pouvoirs du juge contribue à renforcer la répression contre les discriminations[1]. Il dispose désormais d'un pouvoir de réformation de l'acte juridique, lui permettant de corriger exactement la différence de traitement observée que l'auteur de la discrimination soit poursuivi sur le fondement des principes ou des dispositifs spécifiques prévus à cet effet. L'inscription de la non-discrimination dans le code pénal apparaît aujourd'hui davantage comme une mesure symbolique et pédagogique, insistant sur la gravité des faits, tant il est difficile pour le juge répressif d'« *appréhender et punir effectivement les comportements discriminatoires* »[2]. Plus que la réparation, la condamnation pénale vise essentiellement à stigmatiser les auteurs de tels comportements[3].

606. Le passage de l'égalité à la non-discrimination a modifié d'abord la technique de contrôle, puis la valeur à accorder aux différences de traitement[4]. En tant que technique, la non-discrimination induit une appréciation *in concreto*, notamment dans le cadre de la discrimination indirecte, afin d'établir un constat d'inégalité de traitement dont on appréciera ensuite la justification. Or, cette méthode de raisonnement, qui consiste à d'abord observer la différence de traitement avant la différence de situation, est étrangère au juge administratif[5]. La

---

[1] Par ex., le recours de plein contentieux objectif qui permet au juge administratif de réformer un acte administratif permet la reconnaissance du statut de réfugié (CE, Sect., 8 janvier 1982, « Aldana Barrena », Rec. Lebon p. 9, concl. B. GENEVOIS) ou celle de travailleur handicapé (CE, Avis, 6 avril 2007, « Douwens Prats », Rec. Lebon p. 153).

[2] M. DANTI-JUAN, « La sanction pénale », in F. LEMAIRE et B. GAURIAU, *Les discriminations*, Actes du colloque organisé les 13 et 14 octobre 2011 par le Centre Jean Bodin de l'Université d'Angers, éd. Cujas, Coll. Actes & Etudes, 2012, pp. 133-141, spéc. p. 133 : « *la réitération périodique du recours au droit pénal semble s'être accompagnée d'une surestimation de son aptitude réelle à appréhender et punir effectivement les comportements discriminatoires. Il est bien évident qu'on ne saurait disconvenir en la matière de la pertinence des incriminations sous l'angle de leurs fonctions symboliques et pédagogiques* ».

[3] Sur ce point, M. PAILLET, Existe-t-il une responsabilité de droit commun ?, in Colloque, *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, organisé sous la présidence de Christian PONCELET (Président du Sénat) par l'université Paris 13, avec le concours du ministère de l'éducation nationale, le 11 et 12 mai 2001, p. 101, n° 27 : « *Il s'agit là d'une fonction d'autant plus importante que dans le contexte actuel les victime réclament non seulement une réparation pécuniaire mais aussi cette stigmatisation du responsable, fut-elle symbolique et d'essence plus psychologique que réelle* ». Voir aussi, C. GUETTIER, *La responsabilité administrative*, LGDJ 1996, p. 176 et s.

[4] G. CALVES, *L'*affirmative action *dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Le problème de la discrimination « positive »*, LGDJ, 1998, p. 7 : « *Le principe de non-discrimination s'entend en deux sens distincts. Il désigne à la fois une technique (relative) et une valeur (absolue)* ».

[5] L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2011, p. 25 : « *Ce n'est pas le principe d'égalité qui est en lui-même limité, mais l'application qui en est faite. La limite intrinsèque au contrôle du principe d'égalité est de partir d'un raisonnement en deux temps. Le premier temps est l'étude de la comparabilité, autrement dit la recherche de l'équivalence des situations dans un espace donne. Ce n'est que dans un second temps qu'est opéré le contrôle des différences de traitement. En revanche, le droit des discriminations part d'emblée de cette deuxième étape : la recherche d'une différence de traitement, laquelle devra ensuite être objective pour ne pas être discriminatoire. Le risque pour le juge est, en appliquant le principe d'égalité, de ne jamais parvenir à la deuxième étape pour identifier la différence de traitement. Il existe un double écueil : le juge ne parvient pas à évaluer la valeur égale d'un travail en raison de ses propres préjugés ; la règle ou la pratique*

notion de discrimination oblige le juge administratif à quitter les limites de son office dans le cadre du contentieux pour excès de pouvoir. En tant que valeur, les discriminations sont considérées comme des atteintes à la dignité de la personne humaine[1]. Particulièrement graves, elles posent une difficulté au moment d'évaluer le préjudice dès lors que la notion relève autant d'une conception subjective – la dignité de la personne victime – qu'objective – la dignité de l'humanité[2]. Le juge, comme tout individu, est soumis à des biais implicites, stéréotypes ou préjugés, qui peuvent être l'objet de la loi qu'il doit appliquer[3] ou le fruit de sa propre subjectivité[4]. Ainsi, le juge peut constituer lui-même un facteur d'amplification du risque de discrimination au point de remettre en cause sa propre légitimité.

607. Sur ce point, évoquant la non-discrimination, Xavier SOUVIGNET indiquait que « *la manipulation de ce principe "pas comme les autres"*[5]*, y compris dans un objectif de rénovation*[6]*, ne saurait aller sans une interrogation fondamentale relativement aux métamorphoses des valeurs et des fins que portent et visent le droit administratif et son juge* »[7]. Ainsi, l'exigence juridique de non-discrimination apparaît comme danger pour les collectivités territoriales au regard du potentiel de sanction qu'elle regorge et des difficultés à anticiper sa mise en œuvre. Elle oblige à repenser l'uniformité du cadre dans lequel les collectivités territoriales évoluent dont la rigidité empêche d'appréhender correctement le risque de discrimination au niveau local.

---

qui segmente le travail de manière potentiellement discriminatoire véhicule des préjugés systémiques (cloisonnement en corps ou segmentation par sexe de certains métiers) ».

[1] A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruylant, 2014, pp. 780-781.

[2] Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, Rapport du Comité présidé par Simone Veil, La documentation française, décembre 2008 : Cette notion, « *porteuse d'une véritable valeur de civilisation* » (p. 96), peut être définie comme « *l'acception la plus incontestablement humaniste de l'idée de dignité* », qui « *fait pour chaque homme un rempart contre l'agression extérieure – la domination d'un autre sujet* » (p. 94). Voir not., C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ, *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005, coll. Droit et justice, pp. 17 et s.

[3] X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, 2013, p. 315 et s. : la conception formelle de l'égalité « *adoptée notamment par le juge administratif français [est] source de mythes et de valeurs structurantes, c'est-à-dire finalement de préjugés* ».

[4] Les préjugés des juges ressortent également en l'absence de texte légal de référence. Par ex., CE, 09.10.1996, Département de Paris c. Fretté, n° 168342, Rec. p. 390 : le refus d'adoption est donné « *eu égard à ses conditions de vie et malgré ses qualités humaines et éducatives certaines, ne présentait pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté* ». Voir, D. BORILLO, *Introduction*, in « Homosexualités et droit », PUF, Coll. Les voies du droit, 2e éd., 1999, p. 5.

[5] O. JOUANJAN, « Égalité », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 585.

[6] Sur ce point, voir not., G. CALVES, *L'*affirmative action *dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, Le problème de la discrimination « positive »*, LGDJ, 1998, pp. 11-15.

[7] X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », art. cit.

Conclusion de la Première partie

608. Aux origines étymologiques de la discrimination, celle-ci était entendue comme la simple action de distinguer, de séparer, de sélectionner, un objet, un bien, un individu. Tout acte administratif, toute action des pouvoirs publics, implique alors nécessairement une discrimination[1]. La discrimination comme distinction ne peut pas être interdite en elle-même, au risque d'entraîner l'inertie de l'administration. La distinction, qui est de l'essence même l'action administrative, est donc admise par principe, et la discrimination avec elle. Ne sont pas admis en revanche les actes et les comportements non conformes à la légalité, ce qui implique aussi une conformité au principe d'égalité. Celui-ci apparaît alors comme un contrôle supplétif – vis-à-vis des autres moyens d'illégalité – et subordonné – l'inégalité ne s'observe que par rapport à une règle donnée[2]. Cette rigidité du cadre de l'action administrative, si elle garantit une uniformité des traitements des administrés, ne permet pas de lutter contre les discriminations qui s'opère à l'intérieur de ce cadre[3].

609. « *L'uniformité de la collectivité et la neutralité qui en découle, permettent de donner une nouvelle représentation de l'administration acceptable. La standardisation fixe des cadres impartiaux. Les administrations se répètent et semblent s'emboîter parfaitement. Dans ce mouvement, tout ce qui pouvait nuire à cette image est rejeté* »[4]. L'uniformité administrative,

---

[1] Il en va de même pour le législateur ; cf. C. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, mars/avril 1982, p. 300 : « *Aussi bien l'étude historique que la simple réflexion montrent à l'évidence que la loi n'est jamais "la même pour tous", contrairement à ce que semble dire l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ».

[2] Voir, L. RICHER, « les revirements de l'Administration », *D.*, 1984, chr., p. 84 : « *l'identité de solutions ne peut être imposée par la légalité : l'Administration est obligée d'appliquer une solution semblable à deux administrés en situation semblable non pas en raison de cette similitude mais en raison de l'existence d'une règle générale* ». Il n'est alors pas rare que « *l'attachement du juge au principe d'égalité soit dicté par les termes de la loi et disparaisse avec celle-ci* » ; cf. O. JOUANJAN, « L'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », in CE, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, EDCE n° 48, La documentation française, 1997, p. 411

[3] CE, *Perspectives pour la fonction publique*, Rapport public 2003, EDCE, La documentation française, 2003, p. 275 : à propos de la fonction publique, « *l'approche globale par catégorie statutaire ne permet pas une prise en compte de la situation effective des agents* ». Le Conseil d'Etat donne comme exemple des conséquences discriminatoires d'une telle approche l'arrêt du 6 octobre 1999, « Caisse des dépôts et consignations » (T. p. 857) : « *La circonstance que les conditions d'accès à l'emploi de "berceuse" dans une pouponnière départementale, emploi qui ne figure pas au nombre des emplois des collectivités territoriales classés en catégorie B, étaient les mêmes que celles de l'emploi d'aide-soignante et que les fonctions exercées étaient comparables ne permet pas d'assimiler les services accomplis par la requérante en tant que "berceuse" à des services accomplis dans un emploi d'aide-soignante, lequel est classé en catégorie B* ».

[4] M. DOAT, *Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, LGDJ, Bib de Droit public, tome 230, 2003, p. 170.

en apparence rassurante face au risque de discrimination, est aussi un facteur de rejet des réalités sociales niant les identités collectives et les aspirations personnelles. L'uniformité de traitement qui en découle devient alors porteuse d'un risque important de discrimination que le principe d'égalité ne parvient pas à démasquer. Dans son application, le juge, qui « *se focalise sur le contenu de la règle/décision et non sur celui de ses effets* »[1], se retrouve confiné à l'analyse des catégories juridiques. Il devient ainsi impossible d'observer tout le potentiel discriminatoire de la mesure incriminée. Pourtant, ce modèle, dit de l'« *isonomie universelle* »[2] – que la même règle s'applique à tous – est devenu un « *modèle permanent* »[3] en droit interne, et un « *modèle dominant* »[4] en droit de l'Union européenne. La sanction juridictionnelle pour grief de discrimination a eu le mérite de dévoiler les failles de ce modèle devenu, à bien des égards, trop abstrait.

610. Véritable politique publique, qualifiée de « *différencialisme correcteur* » par Olivia BUI-XUAN[5], la lutte contre les discriminations par le droit s'inspire du modèle de *justice réparatrice*, pour « *gommer* », les écarts entre les populations discriminées et non discriminées, « *en supprimant les différenciations illégitimes* »[6]. L'interprétation extensive de la notion de discrimination et l'analyse *in concreto* développées par les institutions de l'Union européenne, ont fait croître de manière exponentielle le risque de discrimination. La notion de discrimination indirecte, marque la plus révélatrice de cette approche, constitue l'outil privilégié permettant de sanctionner les normes d'application universelle aux effets discriminatoires pour un groupe de personnes en particulier. Susceptible de remettre en cause les rigidités du cadre uniformisant de l'administration territoriale française, cette notion contient en elle-même un fort potentiel de risque contentieux tel que le juge administratif français préfère toujours s'abstenir de l'appliquer chaque fois qu'il peut l'éviter. La discrimination, en instaurant une nouvelle rationalité indexée sur le fait[7], assez éloignée des considérations d'ordre public et d'intérêt

---

[1] L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2011, p. 26.

[2] F. EDEL, « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination – L'exemple des interprétations doctrinales », *Droits*, Vol. 61, n° 1, 2015, pp. 117-142., spéc. p. 128.

[3] G. PELLISSIER, Le principe d'égalité en droit public, LGDJ, 1996, p. 113.

[4] R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, Bib. de Droit public, tome 232, 2003, n° 296.

[5] O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme à différencialisme*, Economica, 2004, pp. 169-191.

[6] Ibid., p. 31. Voir aussi, D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, n° 11, 1987, p. 778 : « *la discrimination, c'est la distinction illégitime : illégitime parce qu'arbitraire, et interdite puisqu'illégitime* ».

[7] O. De SCHUTTER, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) », in E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (sous la direction de), *Union européenne et nationalité. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruylant, 1999, p. 21.

général, fait ainsi « *peser sur la règle "de jure irréprochable"*[1]*, une obligation de performance, certes non économique*[2]*, mais sociale* »[3] de sorte que le caractère non discriminatoire d'une mesure doit être toujours envisagé de manière provisoire, *rebus sic stantibus*[4].

611. Guy BRAIBANT déclarait à ce propos : « *des discriminations considérées aujourd'hui comme justifiées ne le seront peut-être plus demain* » tandis que « *d'autres seront au contraire considérées comme fondées pour mieux assurer l'égalité des chances et des conditions* »[5]. C'est bien ici que réside tout le danger de la discrimination à l'égard des collectivités territoriales. Non seulement elle constitue une technique de contrôle de l'action publique, mais elle est aussi une valeur qui fluctue en fonction des individus qui la convoquent et du contexte dans lequel elle apparaît. Cette double dimension, instrumentale et axiologique, de la discrimination fait peser sur l'action publique un risque à la fois juridique et politique[6]. L'usage du droit de la non-discrimination, notamment par la société civile qui en fait un moyen d'expression des revendications égalitaires, a montré qu'il pouvait être un puissant outil de délégitimation de l'action publique[7]. Elle devient une forme de symptôme des démocraties modernes et égalitaires[8].

612. Les autorités publiques sont mises en demeure d'agir si elles veulent contenir les risques de troubles, de désordres, les « zones de turbulences » qui sont les conséquences des discriminations vécues ou ressenties par les populations[9]. Ces effets, qui participent du phénomène systémique de la discrimination, conduisent à appréhender le risque de discrimination non plus sous un angle purement juridiquement mais davantage sociopolitique. L'étude de ce phénomène montre alors la nécessité de l'aborder selon une approche territorialisée qui implique nécessairement une redéfinition de la place des collectivités

---

[1] G. CALVES, « Pour une analyse (vraiment) critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 117, 2001, p. 169.

[2] Pour le droit administratif et la performance, v. notamment, l'article de J. CAILLOSSE, « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA* 1999. 195.

[3] X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », art. cit.

[4] O. De SCHUTTER, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) », art. cit., p. 22.

[5] G. BRAIBANT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*¸ PUF, 1989, p. 97.

[6] Ibid., p. 108 : « *retenir ou écarter une différence pour admettre ou refuser une discrimination, c'est déjà, bien souvent, un choix politique. C'en est un autre de décider si la discrimination est justifiée par un motif, ou une considération, ou un impératif, d'intérêt général* ».

[7] Chaïm PERELMAN voit dans l'encadrement du pouvoir discrétionnaire de l'administration par le juge une forme d'atteinte à la séparation des pouvoirs que seul l'objectif de lutter contre les discriminations semble pouvoir justifier ; cf. C. PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1978, p. 100.

[8] Voir not., A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations. Genèse et usages d'une politique publique*, L'Harmattan, 2014, pp. 14-15.

[9] Voir not., F. DUBET, *Le temps des passions tristes. Inégalités et populisme*, Seuil, La République des idées, 2019 ; M. BOUCHER, *Sociologie des turbulences. Penser les désordres des inégalités*, L'Harmattan, 2015.

territoriales dans le cadre de l'action publique locale. Ce faisant, le risque de discrimination des collectivités territoriales va devenir, progressivement, une catégorie d'action publique.

Seconde partie : L'appréhension du risque de discrimination par les collectivités territoriales

613. Dès les temps révolutionnaire Gracchus BABEUF regrettait que « *l'égalité ne fut autre chose qu'une belle et stérile fiction de la loi* » alors que lui réclamait « *l'égalité réelle ou la mort* »[1]. L'appréhension du risque de discrimination débute par un constat d'échec : celui de l'uniformité territoriale, incapable, deux cents ans après l'instauration de la République, de parvenir à l'égalisation annoncée. L'invocation de la notion de discrimination doit être comprise comme une invitation « *au dépassement de l'égalité formelle [par] la recherche d'une égalité substantielle ou égalité de fait* »[2]. La discrimination, perçue dans ces effets dommageables, qui suppose d'être réparée, oblige les autorités publiques à évaluer les inégalités subies par les différents groupes sociaux, ce qui peut, voire doit, les conduire à adapter des règles générales à des situations particulières[3].

---

[1] G. BABEUF, « Manifeste des égaux », 1796, in P. BUONARROTI, *Conspiration pour l'égalité dite de Babeuf*, tome II, La librairie romantique, 1828, p. 131.

[2] F. LEMAIRE, « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, n° 2, 2010, p. 301.

[3] Le Conseil constitutionnel a, dès 1989, validé ces adaptations en indiquant, que « *loin de méconnaitre le principe d'égalité, elles [permettaient], tout au contraire, d'en assurer la mise en œuvre* » ; cf. Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, cons. 19. Voir aussi, Cons. const., 25 juillet 1989, n° 89-257 DC, Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, cons. 6 : « *considérant que la référence faite par les articles premier, 6, 10 et 25 de la loi aux notions de "salariés âgés" ou de salariés présentant "des caractéristiques sociales" particulières, qui sont destinées à être précisées par les partenaires sociaux sous le contrôle des administrations et des juridictions compétentes, loin de méconnaître le principe d'égalité devant la loi, permet d'en assurer l'application à des situations diversifiées* ».

614. Les autorités ont ainsi constaté que dans certains territoires, l'uniformité mise en place à la Révolution pouvait être à l'origine, en vertu de l'effet « Mathieu »[1], d'un creusement des inégalités territoriales. Or, c'est bien parce que l'uniformité est de principe que les inégalités territoriales sont plus fortement ressenties[2]. En réponse, les autorités publiques ont décidé de redessiner la carte des territoires de l'action publique pour l'adapter aux nouvelles inégalités[3]. La République, autrefois uniforme, se retrouve parcellisée par un double mouvement de différenciation et de diversification territoriale, à la fois dans et hors les frontières des collectivités territoriales[4]. En localisant la gestion des inégalités, ce mouvement offre une alternative à la crise de l'Etat providence[5] autant qu'un mécanisme de « *déconflictualisation* » sociale à travers une approche de proximité[6]. Ce mouvement de « *particularisation locale* »[7]

---

[1] J. BICHOT, « L'effet Mathieu revisité », *Droit social*, n° 6 juin 2002, p. 575-581

[2] Sur ce rapport entre la croyance d'être égal et la perception de la discrimination, voir F. DUBET, *Le temps des passions tristes. Inégalités et populisme*, Seuil, La République des idées, 2019, spéc. p. 55 : « *paradoxalement, le sentiment de discrimination est d'autant plus intense que les individus se perçoivent comme fondamentalement égaux, comme ayant le* droit d'être égaux *[…]. Bien des inégalités qui étaient perçues comme proprement sociales sont désormais vécues comme des discriminations par nature injustes* ».

[3] Club de l'observatoire social en Rhône-Alpes, *Les inégalités territoriales*, DRASS Rhône-Alpes, janvier 2008. p. 10 : « *L'analyse des faits de différences, conduisant à des constats et des dénonciations d'inégalités, est conduite par les acteurs chargés de la lutte contre les inégalités, en vue de leur réduction, ou du moins de la limitation de leur creusement, la plupart du temps au niveau de leur territoire d'intervention. Les Actes de la décentralisation ont constitué et renforcé le territoire comme moyen d'action publique dans la lutte contre les inégalités sociales. Ce traitement territorialisé des inégalités entraîne une reconstruction de la question des inégalités sociales. Les inégalités entre individus tendent à être appréhendées au niveau des territoires d'intervention publique. Le cadre spatial circonscrit pour traiter le problème est également celui de l'observation du problème et de son étude. C'est dans les limites du territoire d'intervention que l'on établit le diagnostic, le suivi et l'évaluation, ce qui peut conduire à considérer les inégalités des individus au même niveau que les inégalités des territoires, les populations vivant dans les territoires étant assimilées aux territoires dans lesquelles elles résident* ».

[4] Voir not., P. HASSENTEUFEL et P. LONCLE-MORICEAU, « Territorialisation versus décentralisation », *Cahiers français*, n° 318, 2004.

[5] Sur ce point, L. DAVEZIES, « De la question sociale à la question spatiale », *Lien social et Politiques*, n° 52 – Le territoire, instrument providentiel de l'Etat social, 2004, pp. 47-53.

[6] G. KOUBI, « La territorialisation du service public, atteinte à l'égalité devant le service public ? », art. cit., pp. 33-34 : « *Deux mouvements de la pensée juridique affectent donc la lecture du principe d'égalité. L'un est subséquent à la transformation du principe d'égalité en un principe de non-discrimination et conduit à un transvasement du principe de non-discrimination vers le développement des mesures de discrimination positive ; l'autre est un développement du passage de l'égalité en droits vers l'égalité des droits qui confirme la validité de la notion d'égalité des chances dans les discours juridiques alors même qu'elle présuppose le développement de "politiques sectorielles adaptées à des catégories de personnes distinguées par le législateur" (cf. F. LEFEBVRE,* Aménagement du territoire – Emergence d'un droit ?*, L'Harmattan, 2003, p. 66.). Les deux volets de l'idée de "proximité" en intensifient les aspérités, ce d'autant plus que ces deux déplacements ne répondent pas aux mêmes logiques discursives. La fonction positive accordée à la discrimination retrace un discours destiné à conduire la "déconflictualisation" sociale dans un espace géographique tandis que, élaboré dans la perspective d'un ciblage social, l'appel à la notion d'égalité des chances répond à un mode de "catégorisation" juridique et sociale – au risque de la stigmatisation des populations et des personnes concernées* ».

[7] G. KOUBI, « La territorialisation du service public, atteinte à l'égalité devant le service public ? », in M. LONG (sous la direction de), *Egalité et services publics territoriaux*, LGDJ, 2005, p. 35 : « *Sous l'éclairage de la territorialisation du droit, la mise en œuvre de ces deux archétypes est associée à la différenciation et à la diversification de l'offre locale de biens et de services. Favorisée par la dynamique de la déconcentration et de la décentralisation, ces modélisations de la particularisation locale conduisent assurément à une remise en cause du principe d'égalité des citoyens devant et dans les services publics* ».

qui a pour effet de territorialiser le droit est la résultante d'une politique d'aménagement du territoire dont l'objectif est de rendre le droit « *plus concret, plus adapté aux conditions réelles de vie des administrés, plus proche de la "quotidienneté"* »[1] ; autant d'apories révélées par le concept de discrimination et la conscience de son risque au niveau des collectivités territoriales en particulier (Titre 1).

615. Bien que guidée par un principe de justice fondée sur la solidarité territoriale[2], cette parcellisation de l'action publique a toutefois été dénoncée pour ses effets stigmatisants à l'égard des populations bénéficiaires des régimes accordés. En combinant l'ensemble des savoirs sur la question des discriminations[3], l'analyse par le risque permet de mettre à jour les effets systémiques, parfois néfastes, de certains politiques de différenciation, y compris lorsqu'elles se donnent pour objectif de réduire les inégalités et/ou les discriminations. Elle invite à une nouvelle approche des politiques publiques dite « *intégrée* »[4] qui appréhende le risque de discrimination dans ses effets, comme un dommage à réparer[5], mais aussi dans ses

---

[1] Y. MADIOT, « Vers une territorialisation du droit », *RFDA*, 1995, p. 946 et s. Analysant ce phénomène de territorialisation du droit l'auteur indique que « *la perception d'un danger potentiel, d'un risque considéré comme majeur pour la société peut favoriser l'apparition de […] droits nouveaux et préparer leur formulation juridique* », concluant ainsi qu'« *il peut être la source d'un droit de plus grande qualité* » ; cf. ibid.

[2] D. ROUSSEAU, « Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire », *RFDA*, 1995, p. 876 : « *Le concept central qui paraît en effet guider [le raisonnement du Conseil constitutionnel] est le principe de justice : est juste et donc acceptable, selon les juges constitutionnels, une inégalité qui contribue à rendre la situation des plus défavorisés la meilleure possible. Le principe de justice n'est pas en contradiction avec le principe d'égalité ; il en est au contraire le prolongement nécessaire, la forme la plus élaborée. La justice, en l'espèce, se décline dans l'idée de solidarité territoriale. Il est juste que le législateur institue des procédures juridiques et des aides particulières pour les collectivités des zones défavorisées même si les autres parties du territoire, plus favorisées, n'en profitent pas ; car ces inégalités contribuent à améliorer la situation économique et sociale de ces zones et favorisent en conséquence non seulement la cohésion territoriale mais aussi l'égalité réelle entre les citoyens quel que soit leur lieu d'habitation. Par justice, par solidarité, les collectivités les plus riches doivent accepter ces inégalités de traitement. Par fraternité aussi, peut-être, qui est un des principes de la République énoncé à l'article 3 de la Constitution de 1958* ».

[3] U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, 2008, pp. 98-99 : « *Ecrire une sociologie politique et une théorie de la société du risque, c'est par définition écrire une sociologie du savoir, non pas une sociologie de la science, mais bien une sociologie de tous les mélanges, de tous les amalgames, de tous les acteurs qui sont en jeu dans le domaine du savoir, avec leurs connexions et leurs affrontements, leurs principes, leurs ambitions, leurs erreurs, leurs irrationalités, leurs vérités et leurs incapacités à savoir ce qu'ils prétendent savoir* ». Sur l'approche « *multidimensionnelle* » de la discrimination, voir not., F. DHUME, « Le concept de discrimination » - Texte pour le Réseau national de lutte contre les discriminations à l'école, mars 2014, site : www.reseau-lcd-ens-lyon.fr, p. 12.

[4] Voir par ex., S. DAUPHIN, « Apports et limites de l'approche intégrée de l'égalité en France », *Santé Société et Solidarité*, 2008, n° 1, pp. 165-170.

[5] Maurice HAURIOU écrivait ainsi en 1896, à propos de l'administration : « *Qu'elle fasse, mais qu'elle paie* » ; cf. M. HAURIOU, « Les actions en indemnité contre l'État pour préjudices causés dans l'administration publique », *RDP*, 1896, p. 51-65.

causes, comme un danger[1] dont il faut empêcher la survenance[2]. Dans le contexte français, la forte dépendance du phénomène de la discrimination au contexte local désigne les collectivités territoriales comme les principales concernées par cette nouvelle approche par le risque[3] et par la mise en œuvre de « *plans d'action locale intégrés* »[4]. Il s'agit, non plus de s'adapter au risque de discrimination par la différenciation territoriale, mais bien plutôt de tenter de le corriger en mettant à contribution l'ensemble des acteurs du territoire. Ce faisant, l'approche intégrée offre une méthode de construction et d'évaluation des dispositifs de lutte contre les discriminations qui doit permettre d'améliorer leur efficacité, c'est-à-dire leur capacité à contribuer à la réalisation de l'égalité des chances (Titre 2).

---

[1] Voir par ex., CGET, *Nouveau cadre de référence de la lutte contre les discriminations au sein de la politique de la ville : les enjeux de la nouvelle contractualisation*, 2014, site : www.ville.gouv.fr, p. 7 : « *L'approche intégrée ne se préoccupe pas des actes intentionnels, mais se concentre sur les effets des discriminations et les processus qui les produisent* ».

[2] Ibid. : « *L'objectif principal est de développer l'égalité réelle de traitement en prévenant et en réduisant les facteurs de risques de discrimination auprès de l'ensemble des structures et projets intervenant dans le cadre du contrat, quelle que soit la thématique abordée. Il s'agit d'intégrer le principe de non-discrimination dans les pratiques et les processus professionnels de l'ensemble des partenaires territoriaux du contrat à l'échelle intercommunale* ». Voir plus généralement, sur l'approche moderne du risque voir, C. BROYELLE, « Le risque en droit administratif classique (fin du XIXe, milieu du XXe siècle) », *RDP*, n°6-2008, p. 1514.

[3] Cette approche localisée du risque de discrimination est confirmée par l'Union européenne qui la sollicite dans le cadre de la politique d'intégration des Roms ; cf. 2.1., (b), Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, et au Comité des régions – avancées réalisées dans la mise en œuvre des stratégies nationales d'intégration des Roms, COM/2013/0454, final : « *Dans son rapport de suivi de 2012, la Commission concluait que la trop faible allocation de ressources financières par rapport aux engagements politiques souscrits dans les stratégies demeurait un obstacle majeur à la mise en œuvre. L'existence de dotations budgétaires spécifiques et transparentes au bénéfice des plans d'action constitue dès lors une condition préalable impérative. En outre, il convient d'appliquer une approche territoriale, tenant compte des besoins particuliers des zones les plus touchées par la pauvreté ou des groupes cibles les plus exposés au risque de discrimination ou d'exclusion* ».

[4] Selon l'expression de la Commission européenne ; cf. 2.1., (a), (2), Communication de la Commission, COM/2013/0454, final, préc. : « *Dans son rapport de suivi de 2012, la Commission soulignait que l'implication de la société civile devrait aller au-delà d'une simple consultation de celle-ci au moment de l'élaboration des stratégies. La société civile doit jouer un rôle actif dans la mise en œuvre et le suivi des stratégies nationales. La constitution d'une société civile de base au niveau local, en particulier au sein des Roms, est un facteur essentiel de réussite et de longévité des plans d'action locale intégrés* ».

Titre 1: L'adaptation au risque de discrimination par la parcellisation territoriale

616. L'adaptation « *implique l'existence de deux objets, et l'idée d'ajustement entre eux au moyen d'une modification de l'un d'eux en fonction des particularismes de l'autre* »[1]. Pour s'adapter au risque de discrimination, il a fallu tenir compte de l'accroissement des inégalités entre les territoires et leurs populations. En réponse, les pouvoirs publics ont ajusté l'action publique en fonction des différences et des singularités observées dans les territoires en modifiant le cadre juridique dans lequel interviennent les collectivités territoriales.

617. Placées sous l'empire de la loi nationale, certaines collectivités territoriales sont lésées par la rigidité de sa mise en œuvre. L'encadrement de leur pouvoir normatif ne leur laisse qu'une faible marge pour tenter d'annihiler les effets discriminatoires d'une législation uniformément applicable. Les autorités publiques ont décidé de briser le principe d'uniformité[2], qui guidait la construction de la structure politico-administrative française, en singularisant, en adaptant, au cas par cas et selon les situations, les régimes applicables dans les territoires. Cette volonté a donné naissance « *à des réorganisations des structures territoriales et à des modifications tant dans le contenu que dans les modes d'exercice des compétences* »[3] des

[1] F. MICLO, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Economica, 1982, p. 127.

[2] G. CARCASSONNE, « contributions au renouveau de la décentralisation », *Actes des IIIe Assises de la décentralisation*, 30 novembre et 1er décembre 2000, Institut de la décentralisation, 2000, p. 167 : « *le droit positif ne s'interdit pas, après 200 ans, à tordre le cou à cette insupportable uniformité. La révolution s'est faite et la nation s'est construite sur une équation simple et juste en 1789 : l'unité exige l'égalité, l'égalité exige l'uniformité. C'était juste en 1789, c'est faux en 2000. En 2000, l'unité exige toujours l'égalité mais l'égalité n'exige plus du tout l'uniformité* ».

[3] F. PRIET, « Sur une notion désormais constitutionnalisée : la décentralisation », in *Terres du droit, Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, pp. 249-267, spéc. p. 259.

collectivités territoriales. Ce mouvement de localisation du droit[1] est ainsi considéré comme un approfondissement du processus de décentralisation destiné à contrer le risque de discrimination inhérent à l'action du législateur (Chapitre 1).

618. Une telle évolution ne peut cependant se faire que si elle « *s'accompagne d'une amélioration de l'offre et de la qualité des services publiques auxquels les citoyens peuvent légitimement aspirer* »[2]. Pour les autorités publiques, cette amélioration doit passer par une nécessaire adaptation des services aux circonstances locales qui implique de différencier les prestations en fonction des territoires[3]. Or, certaines collectivités territoriales se sont retrouvées démunies face aux spécificités de leur territoire, engendrant ainsi des risques de discrimination pour leur population liés à une offre de services inadaptée[4]. Sont alors apparus des mécanismes de solidarité à l'égard de ces collectivités afin de leur permettre de satisfaire les besoins de leurs populations. Susceptibles de remettre en cause les principes de libre administration et de non-tutelle[5], ces mécanismes ont finalement bien été intégrés par le juge constitutionnel et le pouvoir constituant, devenant ainsi un des piliers de la dynamique de la décentralisation (Chapitre 2).

---

[1] La doctrine évoque plus souvent la « *territorialisation* » du droit. Or ce vocable, qui renvoie plus à une étendue qu'à un lieu, ne reflète pas la diversité des régimes singuliers qui naissent de la parcellisation de l'action publique locale. Voir not., A. ZARCA, « Egalité et territorialisation du pouvoir normatif », *Civitas Europa*, n° 35, 2015/2, p. 57 : « *Il est entendu que ce que la doctrine (analysant ce qui fut d'abord un outil de rhétorique politique) a pris l'habitude de dénommer la "territorialisation du droit" désigne toujours une forme de "différenciation territoriale de la règle" (cf. J.-M. WOEHRLING, "La territorialisation du droit : quelle signification ?", in J.-M. WOEHRLING (sous la direction de),* Du droit local à la territorialisation du droit – Perspectives et limites, *Publications de l'IDL, 2014, p. 11 (c'est nous qui soulignons)* ». L'auteur renvoie à : Y. MADIOT, « Vers une territorialisation du droit », *RFDA*, 1995, p. 946 et s. ; J.-M. PONTIER, « Territorialisation et déterritorialisation de l'action publique », *AJDA*, 1997, p. 723 et s. ; J.-B. AUBY, « Réflexions sur la territorialisation du droit », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence*, Dalloz, 2006, p. 2 et s.

[2] F. PRIET, « Sur une notion désormais constitutionnalisée : la décentralisation », art. cit.

[3] Charte des services publics du 18 mars 1992, in Ministère de la fonction publique et des réformes administratives, *La fonction publique de l'Etat*, Rapport annuel, La documentation française, 1992, site : www.fonction-publique.gouv.fr, p. 38 : « *Mais égalité des droits ne veut pas dire uniformité de la prestation. Le principe d'égalité d'accès et de traitement ne fait pas obstacle à la nécessité de différencier les modes d'action du service public afin de lutter contre les inégalités économiques et sociales. De même, les réponses aux besoins peuvent être différenciées dans l'espace et dans le temps et doivent l'être en fonction de la diversité des situations des usagers* ». Voir not., Y. MADIOT, « Vers une territorialisation du droit », op. cit. : « *Appliqué au territoire, ce travail de détection révèle la montée progressive de revendications et la nécessité d'une intervention énergique du droit. L'aménagement du territoire a particulièrement bien mis en évidence, depuis une quarantaine d'années, la nécessité d'un traitement spécifique appliqué à des zones du territoire national : les difficultés de certains espaces (zones rurales, banlieues défavorisées...) doivent être pris en compte directement par le droit afin de corriger des évolutions susceptibles de conduire à la désagrégation de pans entiers de notre système juridique* ».

[4] Voir not. G. KOUBI, « La territorialisation du service public, atteinte à l'égalité devant le service public ? », in M. LONG (sous la direction de), *Egalité et services publics territoriaux*, LGDJ, 2005, pp. 27-40.

[5] Voir supra, n ° 104 et s.

Chapitre 1: L'adaptation aux inégalités de traitement par la localisation normative

619. Dans la conception uniformisatrice française, le principe d'égalité ne nie pas les différences mais « *les restreint ou les neutralise* »[1] au risque de créer des inégalités effectives de traitement s'apparentant à des discriminations indirectes. En effet, « *l'unité et l'uniformité des lois […] tendent à généraliser la conception que ces différences n'ont aucune importance et que seules comptent les ressemblances* »[2]. C'est pour cette raison que les juges ont fait prévaloir jusqu'en 1991 le « *principe d'identité institutionnelle* »[3] entre les collectivités d'une même catégorie avec pour objectif d'assurer une certaine égalité entre les administrés quel que soit leur lieu de résidence. Compte tenu de la nécessité de maintenir l'homogénéité au sein des catégories de collectivités territoriales, la prise en compte des spécificités locales n'a pas pu se faire sans une évolution, portée par le législateur ou le pouvoir constituant, des statuts des collectivités territoriales. Cette diversification statutaire permet de déroger au principe d'application uniforme de la loi sur le territoire dans les collectivités où les spécificités sont les plus marquées (Section 1).

620. La modification statutaire est donc un moyen de modifier les règles législatives et réglementaires applicables aux collectivités territoriales et de les adapter aux spécificités locales. A cette différenciation dans les règles applicables aux collectivités territoriales s'ajoute une différenciation dans les règles qu'elles appliquent. Sur ce point, le Conseil constitutionnel considère que « *l'attribution par la loi d'un pouvoir réglementaire aux collectivités*

[1] A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, Dalloz, 2011, p. 357.
[2] R. BRUNET, *Le principe d'égalité en droit français*, thèse de Droit, éd. Félix Alcan, 1910, p. 101.
[3] L. FAVOREU, « Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales », in F. MODERNE, *La nouvelle décentralisation*, Sirey, 1983, p. 19. Voir supra, n° 99 et s.

territoriales n'est pas, par elle-même, contraire au principe d'égalité »[1] et que « *toute différence de traitement qui résulterait de la variation des règles locales, d'une collectivité territoriale à l'autre, n'est pas non plus constitutive d'une rupture d'égalité* »[2]. Les collectivités territoriales peuvent donc, dans l'exercice de leur pouvoir normatif et dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées, tenir compte de certaines particularités propres à leur territoire (Section 2).

Section 1: La prise en compte des spécificités par les statuts des collectivités territoriales

621. L'évolution statutaire constitue le premier et le meilleur moyen de modifier les conditions d'application de la loi sur le territoire d'une collectivité territoriale. Elle permet notamment de modifier la répartition des compétences entre l'Etat et la collectivité, ou la catégorie de collectivité, concernée ainsi que les régimes législatifs qui s'y appliquent. Si l'acte I de la décentralisation[3] a permis de poser les bases des statuts de droit commun, l'acte II, qui s'est matérialisé par la révision constitutionnelle de 2003[4], a ouvert la voie à une diversification statutaire afin de mieux tenir compte des spécificités de certaines collectivités. Ce faisant, elle crée un processus de décentralisation dynamique dans lequel les statuts sont amenés à évoluer. Jean-Bernard AUBY, notait ainsi que cette révision a eu pour objectif « *de contraindre le Conseil constitutionnel à combiner les principes d'indivisibilité de la République et d'égalité avec la décentralisation* »[5], qui demeure, par ailleurs, une politique publique déterminée par le législateur. Cette révision est venue, tout d'abord, accentuer les différenciations statutaires déjà existantes en outre-mer et en métropole (§1). Elle a surtout renforcé les processus d'évolution statutaire permettant d'actualiser les statuts en fonction des nécessités nouvelles liées au contexte (§2).

[1] Cons. const., 20 avril 2012, n° 2012-238 QPC, « Société anonyme Paris Saint-Germain football », cons. 10.
[2] Ibid.
[3] Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, JORF du 3 mars 1982 p. 730
[4] LC n°2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, JORF n°75 du 29 mars 2003, p. 5568.
[5] J.-B. AUBY, « La loi constitutionnelle relative à la décentralisation. Présentation générale », *Droit administratif*, avril 2003, p. 8 : « *l'objectif est de contraindre le Conseil constitutionnel à combiner les principes d'indivisibilité de la République et d'égalité avec la décentralisation* ».

§1) L'étendue des différenciations statutaires

622. En 1958, au moment d'élaborer la nouvelle Constitution, les rédacteurs décident de conserver les statuts déjà reconnus par le texte constitutionnel précédent à savoir les communes, les départements et les territoires d'outre-mer[1], tout en reconnaissant la possibilité de prendre des mesures d'adaptations « *nécessitées par leur situation particulière* » pour le régime législatif et l'organisation administrative des départements d'outre-mer[2]. La révision constitutionnelle de 2003 modifie sensiblement les dispositions des articles 73 et 74 en ouvrant un peu plus les possibilités de tenir compte des particularités des collectivités ultramarines (A). En revanche, mis à part la consécration constitutionnelle du statut de collectivité territoriale des régions, elle ne modifie en rien les conditions d'application de la loi dans les collectivités métropolitaines. Le cadre constitutionnel de la diversification statutaire en métropole n'a donc pas changé[3] : la création de régimes législatifs particuliers demeurent strictement encadrée par les principes d'unité et d'indivisibilité de la République et d'égalité. Certaines évolutions statutaires demeurent cependant intéressantes (B).

A) La diversité statutaire des outremers

623. La prise en compte du contexte local des outremers est une préoccupation ancienne[4] qui a connu différents mécanismes. Avant 2003, les collectivités ultramarines se répartissaient entre les départements d'outre-mer (DOM) et les territoires d'outre-mer (TOM) : les premiers en tant que départements se voient appliquer la loi commune avec des possibilités d'adaptation[5] ; les seconds sont soumis au principe de spécialité législative qui oblige le législateur à indiquer s'il

[1] Ex-art. 72, Constitution ; Art. 85, Constitution du 27 octobre 1946 : « *la République française, une et indivisible, reconnaît l'existence des collectivités territoriales. Ces collectivités sont les communes, les départements, les territoires d'outre-mer* ».
[2] Ex-art. 73 de la Constitution.
[3] Voir supra, n° 71 et s.
[4] Le régime applicable à l'outre-mer se distingue de celui appliqué aux collectivités de la métropole depuis le Sénatus-Consulte du 3 mai 1854 prévoyant que les colonies autres que la Martinique, la Guadeloupe et la Réunion étaient régies par décret.
[5] Art. 73, Constitution.

souhaite que la loi s'y applique[1] (1). La révision de 2003[2] a modifié les articles 73 et 74 de la Constitution qui distinguent désormais les départements et régions d'outre-mer (DROM) des « collectivités d'outre-mer » (COM) auxquelles le principe de spécialité législative ne s'applique pas nécessairement. Il est néanmoins maintenu dans certaines collectivités et avec lui d'autres possibilités d'application différenciée de la loi (2).

1) La distinction DOM/TOM

624. Longtemps le système d'adaptation du droit au contexte des outremers a été régi par le principe de spécialité législative autour duquel s'est établie la distinction entre les DOM et les TOM. Celui-ci oblige le législateur à faire mention expresse des collectivités concernées par l'application géographique de la loi qu'il décide d'adopter.

625. **La spécialité législative à l'origine de la distinction DOM/TOM.** Le système de spécialité législative a été reconnu à certaines collectivités ultramarines pour des raisons essentiellement pratiques liées à l'éloignement géographiques et aux moyens de communication. Il tire son origine dans le droit de l'Ancien Régime applicable à l'empire coloniale[3] et a été maintenu par la loi dite « d'assimilation » du 19 mars 1946[4] qui a opéré la *summa divisio* entre les DOM et les TOM. Les premiers se voient appliquer de plein droit l'ensemble des lois et règlements édictés par le pouvoir central. Dans les seconds, l'application de la loi et du règlement doit obéir à des formalités supplémentaires en raison du régime de spécialité. La distinction DOM-TOM, apparue sous la IVe République, sera constitutionnalisée aux articles 73 et 74 : le premier indique que « *le régime législatif des départements d'outre-mer est le même que celui des départements métropolitains, sauf exceptions déterminées par la*

[1] Art. 74, Constitution.

[2] Voir L. TESOKA, J.-M. PONTIER, J.-Y. FABERON, S. DIEMERT et A. ORAISON, « Réformes des statuts de l'outre-mer », *RFDA*, 2007, p. 655 et s.

[3] S. DIÉMERT, « Le droit de l'outre-mer », *Pouvoirs*, n° 113, avril 2005, p. 110 : « *Dans la tradition juridique et constitutionnelle française, les colonies n'ont qu'exceptionnellement – par exemple sous l'empire de la Constitution de l'An III – été regardées comme constituant une partie intégrante du territoire national : il en découlait que les lois et règlements édictés par le pouvoir central ne s'y appliquaient pas de plein droit, mais seulement sur mention expresse et sous réserve d'une formalité particulière d'introduction dans l'ordre juridique local. Issu de l'Ancien Régime, ce principe dit de « spécialité » législative reposait sur de solides justifications : la différence – abyssale – de développement entre le centre et ses périphéries, les difficultés de communication avec la métropole, l'existence de nombreuses populations non intégrées à la citoyenneté française et soumises à des règles coutumières reconnues par l'administration et la justice coloniales, l'inégalité juridique (qui se caractérisait par l'existence de dispositions bien souvent ségrégatives entre les citoyens français et les colonisés), rendaient impraticable, à bien des égards, l'application locale de plein droit des règles en vigueur en métropole* ».

[4] Loi n° 46-451 du 19 mars 1946 tendant au classement comme départements français des colonies de la Guadeloupe, de la Martinique, de La Réunion et de la Guyane française, JORF du 20 mars 1946 p. 2294.

loi » ; le second que « *les territoires d'outre-mer sont dotés d'un statut particulier tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République* ». Les TOM constituent donc une catégorie à part entière de collectivités territoriales alors que les DOM sont assimilés à la catégorie des départements[1]. Le principe de spécialité législative est défini à l'article 72 de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *Dans les territoires d'outre-mer, le pouvoir législatif appartient au Parlement en ce qui concerne la législation criminelle, le régime des libertés publiques et l'organisation politique et administrative. En toutes autres matières, la loi française n'est applicable dans les territoires d'outre-mer que par disposition expresse ou si elle a été étendue par décret […]* ». Cette distinction sera conservée par la Constitution du 4 octobre 1958 aux articles 74 et 76. Le Conseil constitutionnel juge alors que cette consécration « *du particularisme de la situation des territoires d'outre-mer […] a notamment pour effet de limiter à ces territoires la possibilité pour le législateur de déroger aux règles de répartition des compétences entre la loi et le règlement* »[2].

626. **La mise en œuvre du régime de spécialité législative aux TOM.** Dans les TOM, la loi nouvelle ne s'applique que si elle l'a prévu expressément. Auparavant, il était également nécessaire que le texte soit promulgué par un acte local et publié au journal officiel local pour le rendre opposable[3]. Tous les textes sont concernés par l'obligation de mention expresse à l'exception des textes relatifs à l'organisation et au statut de ces collectivités – pour lesquels la mention paraît inutile – ainsi que les lois dites « *de souveraineté* »[4]. Les lois et les actes administratifs publiés au journal officiel entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le dixième jour qui suit leur publication, tandis que les lois de souveraineté entrent en vigueur au lendemain de leur publication, sauf disposition contraire[5]. Si le système paraît relativement simple, son application s'avère délicate. D'une part, la modification ou l'abrogation d'un texte qui serait applicable à ces collectivités doit également comporter une mention expresse, ce que le législateur oublie parfois. Cette condition de mention a ainsi empêché l'application de plusieurs lois intervenant dans des domaines sensibles sans qu'aucune explication valable ne

[1] Art. 85., Constitution du 27 octobre 1946 : « *La République française, une et indivisible, reconnaît l'existence de collectivités territoriales. Ces collectivités sont les communes et départements, les territoires d'outre-mer* ».
[2] Cons. const., 9 mai 1991, n° 91-290 DC, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse. Voir aussi, Cons. const., 17 janvier 2002, n° 2001-454 DC, Loi relative à la Corse, Rec. p. 70.
[3] Ces conditions ont progressivement disparu sauf pour Wallis et Futuna et les Terres australes et antarctiques française ; cf. S. DIÉMERT, « Le droit de l'outre-mer », *Pouvoirs*, n° 113, avril 2005, p. 117.
[4] Il s'agit des lois « *qui, en raison de leur objet, sont nécessairement destinés à régir l'ensemble du territoire de la République* » ; cf. Cons. const., 12 février 2004, n° 2004-490 DC, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, cons. 18.
[5] Cons. const., 5 février 2007, n° 2007-547 DC, Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, cons. 4.

soit donnée[1]. D'autre part, la notion jurisprudentielle de « *lois de souveraineté* » a également posé quelques difficultés d'interprétation[2]. La nouvelle rédaction de l'article 74, suite à la révision constitutionnelle de 2003, en confiant au législateur organique la charge de déterminer les normes applicables de plein droit aux collectivités d'outre-mer a justement eu pour objectif de traiter la question[3]. Le Conseil constitutionnel ne l'a pas entendu ainsi et a maintenu l'exception tirée des « *lois de souveraineté* »[4]. Encore une fois, en la matière, l'indivisibilité de la souveraineté constitue le dernier obstacle à l'application différenciée de la loi dans une collectivité. Actuellement, la spécialité législative de principe continue de s'appliquer à quatre collectivités[5] : les Terres australes et antarctiques françaises, la Polynésie française, Wallis-et-Futuna et la Nouvelle-Calédonie[6].

627. Principale méthode de prise en compte des particularismes locaux ultramarins, la spécialité législative, qui régissait la dichotomie DOM/TOM, s'est avérée obsolète et inefficace. Son caractère purement formel – mention expresse – ne demandait aucune justification au législateur dans ses choix d'étendre ou non une législation au TOM. Voué à disparaitre, ce système a cédé sa place – à l'exception notable de quelques collectivités – à une non-application expresse (et non plus tacite) de la loi pour certains territoires quel que soit leur statut. Désormais l'application différenciée de la loi s'inscrit dans une logique d'adaptations aux spécificités de ces territoires. Elle s'insère dans des statuts renouvelés qui facilitent les régimes spécifiques à chaque territoire ultramarin.

---

[1] Stéphane DIEMERT prend pour exemple la loi n° 2003- 88 du 3 février 2003 visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite ou xénophobe et la loi n° 2004-735 du 26 juillet 2004 relative aux conditions permettant l'expulsion des personnes visées à l'article 26 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 (dite loi « anti-imam de Vénissieux ») ; cf. S. DIÉMERT, « Le droit de l'outre-mer », art. cit., p. 115.

[2] Voir, A. CHRISTNACHT et P.-O. CAILLE, « Fasc. 130-10 : Régime juridique et administratif et administratif de l'outre-mer », *J-Cl Admistratif*, Date du fascicule : 7 Février 2012, Date de la dernière mise à jour : 29 Février 2016, n° 30.

[3] Art. 7, LO n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, JORF n°52 du 2 mars 2004 page 4183 : il fixe les matières non soumises à la spécialité législative.

[4] Cons. const., 12 février 2004, n° 2004-490 DC, préc., cons. 18 : l'énumération des normes applicables de plein droit « *ne saurait être entendue comme excluant les autres textes qui, en raison de leur objet, sont nécessairement destinés à régir l'ensemble du territoire de la République* ».

[5] Le principe d'identité législative est applicable dans les cinq collectivités régies par l'article 73, dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon où il est toutefois assorti d'exceptions, et dans l'île de Clipperton.

[6] Deux régimes se distinguent selon Régis FRAISSE parmi les collectivités d'outre-mer : le « *régime de l'Atlantique* » où « *tout est applicable sauf* » (Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Barthélemy, Saint-Martin) et le « *régime du pacifique* » ou « *rien n'est applicable sauf* » (Polynésie française et Nouvelle-Calédonie) ; cf. R. FRAISSE, « Les collectivités territoriales régies par l'article 74 », *NCCC*, n° 35, avril 2012, §18.

2) La distinction DROM/COM

628. La révision de 2003 a supprimé la catégorie de territoire d'outre-mer[1] pour la remplacer par celle de collectivité d'outre-mer (art. 74) à laquelle le principe de spécialité législative ne s'applique pas automatiquement[2]. Contrairement à la distinction DOM/TOM, la distinction DROM/COM n'a pas pour objectif de figer les catégories et les territoires qui s'y trouvent mais bien plutôt de permettre à chaque territoire de trouver le statut qui lui convient[3]. Ainsi, la modulation du régime juridique est aujourd'hui possible tant dans les DROM que dans les COM mais avec des degrés divers.

629. **La modulation juridique *a minima* dans les départements et régions d'outre-mer.** Le nouvel article 73 propose deux manières de modifier le régime législatif et réglementaire applicable aux DROM : soit les autorités nationales décident d'adapter directement le régime applicable dans un ou plusieurs de ces territoires, soit ils habilitent la collectivité en question à opérer elle-même cette modulation. Pour le premier cas, l'article 73 alinéa 1er dispose que si « *dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit* », « *ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités* »[4]. Avant sa modification par la révision de 2003, l'article évoquait déjà cette possibilité pour des « *mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière* ». Ce critère de « nécessité » paraissait alors plus difficile à remplir. Sur ce fondement, il est possible pour le pouvoir central de refuser l'applicabilité totale d'une

[1] Mis à part le cas très particulier des Terres australes et antarctiques françaises ; cf. Loi n° 55-1052 du 6 août 1955 conférant l'autonomie administrative et financière aux Terres australes et antarctiques françaises (JO du 9 août 1955, p. 7979), modifiée par la loi n° 2007-224 du 211 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer (JO du 22 février 2007, p. 3220).

[2] Les règles régissant l'application des lois et règlements outre-mer sont aujourd'hui particulièrement complexes, ce qui justifie que les documents rendant compte de l'étude d'impact sur les projets de loi doivent exposer « *avec précision [...] les conditions d'application des dispositions envisagées dans les collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises, en justifiant, le cas échéant, les adaptations proposées et l'absence d'application des dispositions à certaines de ces collectivités* » ; cf. Art. 8, LO n° 2009-403, 15 avril 2009, relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, JORF 16 avril 2009, p. 6528.

[3] Au moment de défendre la réforme, le Président de la République Jacques CHIRAC déclarait sa volonté d'établir des statuts « *sur mesure* » ; cité in B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, 3e éd., 2014, p. 314, n° 413.

[4] Par ex., CE, 29 juin 1994, n° 137882, « Association de la presse de la Réunion », T. p. 759. Ont été validé des dérogations allant des modalités de campagne officielle audiovisuelle en vue d'un référendum (cf. CE, Ass., 10 septembre 1992, « Meyet », Rec. p. 237), en passant par les modalités particulières et transitoires d'exercice du droit de vote (cf. CE, 9 février 1983, « Esdras e. a. », Rec. Lebon 48, *RDP*, 1983. 830, concl. D. LABETOULLE), les modalités spécifiques relatives à des prestations sociales déterminées (cf. CE, 29 novembre 1993, « Union départementale des syndicats Force Ouvrière », T. p. 573), ou encore la capture des chiens errants (cf. CE, 10 novembre 2004, n° 253670, « Association Droit de cité », T. p. 779 ; *Bulletin juridique des collectivités locales*, 2005, p. 49, concl. F. SENERS).

disposition, s'il le précise expressément[1]. Il peut aussi appliquer à la collectivité, ou à une partie seulement de cette collectivité, un régime particulier, qui s'ajoute ou se substitue au droit commun. En 2004, le Conseil constitutionnel a censuré l'entrée en vigueur différée d'un transfert de compétence au motif que les différences avec la métropole n'étaient pas suffisantes[2]. Il opère ici un contrôle de proportionnalité de la mesure par rapport aux éléments qui la justifient[3]. Pour le second cas, l'alinéa 2 précise que ces adaptations peuvent être le fait des collectivités, dans les limites de leurs compétences, si elles y ont été habilitées. Afin d'accroître un peu plus la flexibilité du statut, l'alinéa 3 offre la possibilité pour le législateur, ou le pouvoir réglementaire, d'habiliter les DROM – à l'exception notable de la Réunion[4] – à agir, non plus pour adapter, mais pour déroger au droit commun, dans « *un nombre limité de matières pouvant relever* » de leurs domaines respectifs. Cette habilitation doit être justifiée par la volonté de tenir compte des « *spécificités* » de ces DROM[5].

630. Il existe cinq DROM aujourd'hui, la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion et Mayotte depuis 2011[6], disposant chacun d'un régime particulier. Les spécificités juridiques ont trait principalement à la gestion domaniale[7], la fiscalité, et la fonction publique d'Etat[8]. On constate, malgré des domaines d'adaptation communs, une certaines disparités des régimes entre les DROM. Mayotte surtout, en dépit de sa départementalisation, possède de nombreuses dérogations qui la rapproche des collectivités d'outre-mer de l'article 74[9].

631. **La modulation juridique *a maxima* dans les collectivités d'outre-mer.** Pour les COM, il revient désormais à la loi organique d'organiser, en tenant compte « *des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République* », les différents statuts des collectivités d'outre-mer. Chaque COM possède donc son propre statut qui doit être adopté après avis de

---

[1] S. DIÉMERT, « Le droit de l'outre-mer », art. cit., p. 112.

[2] Cons. const., 12 août 2004, n° 2004-503 DC, Loi relative aux libertés et responsabilités locales : il s'agissait du transfert de la compétence de recrutement et de gestion des personnels des collèges et lycées.

[3] CE, Ass., Avis n° 383887, 20 mai 2010.

[4] Al. 5 : « *La disposition prévue aux deux précédents alinéas n'est pas applicable au département et à la région de La Réunion* ».

[5] Voir infra, n° 740 et s.

[6] Voir, O. BUSSON, « Mayotte, 101e département français : un modèle pour une République renouvelée ? », *RDP*, 2010, p. 74.

[7] Dans cette matière, les DROM dispose d'un livre entièrement dédié dans le code général de la propriété des personnes publiques ; cf. Cinquième partie, Livre Ier, Art. L. 5111-1 à L. 5145-2, Code général de la propriété des personnes publiques. Mayotte dispose d'un livre à part, le Livre III de la Cinquième partie (art. L 5311-1 à L. 5353-1, Code général de la propriété des personnes publiques).

[8] Sur l'ensemble de ces spécificités, voir not. A. CHRISTNACHT et P.-O. CAILLE, « Fasc. 130-10 : Régime juridique et administratif de l'outre-mer », *J-Cl Administratif*, date du fascicule : 7 février 2012, date de la dernière mise à jour : 29 février 2016.

[9] Pour une typologie, voir, E. JOS, « Les nouvelles collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution : des statuts « sur mesure » destinés à répondre aux aspirations des élus et électeurs locaux », *RFDA*, 2012, p. 73 et s.

l'assemblée délibérante concernée. Celui-ci doit fixer les règles dans un certain nombre de domaines, et notamment « *les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables* »[1]. Le nouvel article 74 crée aussi deux sous-catégories de collectivités d'outre-mer en distinguant celles qui ne sont pas dotées de l'autonomie (COM-NDA) de celles qui en sont dotées (COM-DA). Pour ces dernières, leurs statuts peuvent également déterminer les conditions dans lesquelles « *des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier* »[2]. Il s'agit là de régimes de préférence locale qui sont toutefois strictement encadrés par la jurisprudence[3]. Enfin, il est intéressant de noter que l'article 74-1 de la Constitution, prévoit, pour les COM, la possibilité d'agir par voie d'ordonnance pour « *étendre, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole ou adapter les dispositions de nature législative en vigueur à l'organisation particulière de la collectivité concernée* ». Ce choix de l'habilitation permanente par voie d'ordonnance répond à la volonté d'accélérer l'alignement du droit applicable en outre-mer sur le droit applicable en métropole. Fin 2007, 10 ordonnances avaient été publiées parmi lesquelles 6 avaient été expressément ratifiées[4].

632. Aujourd'hui les COM « de droit commun » sont Saint-Pierre-et-Miquelon et les îles Wallis et Futuna. La Polynésie française, Saint-Martin et Saint-Barthélemy[5] disposent d'un

---

[1] La loi organique fixe « *les conditions dans lesquelles les lois et règlements […] sont applicables ; les compétences de la collectivité concernée […] ; les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la collectivité et le régime électoral de son assemblée délibérante ; les conditions dans lesquelles ses institutions sont consultées sur les projets et propositions de loi et les projets d'ordonnance ou de décret comportant des dispositions particulières à la collectivité, ainsi que sur la ratification ou l'approbation d'engagements internationaux conclus dans les matières relevant de sa compétence* » ; art. 74, Constitution. Concernant le transfert de compétences de l'État aux COM, sous réserve de celles déjà exercées par elle, ceux-ci ne peuvent pas porter sur les matières énumérées au quatrième alinéa de l'article 73, précisées et complétées, le cas échéant, par la loi organique ; cf. art. 74 al. 4, Constitution.

[2] Les statuts des COM-DA peuvent, au surplus, déterminer les conditions dans lesquelles « *le Conseil d'État exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi ; l'assemblée délibérante peut modifier une loi promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité, lorsque le Conseil constitutionnel, saisi notamment par les autorités de la collectivité, a constaté que la loi était intervenue dans le domaine de compétence de cette collectivité ; des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier ; la collectivité peut participer, sous le contrôle de l'État, à l'exercice des compétences qu'il conserve, dans le respect des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques* ».

[3] Voir infra, n° 1079 et 1171.

[4] Voir not., C. BOYER-MERENTIER, « L'article 74-1 de la Constitution », in *Mélanges Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1101.

[5] Elles ne sont plus rattachées à la Guadeloupe depuis 2003 ; cf. LO n° 2007-223 du 21 janvier 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, JORF n° 45 du 22 février 2007 p. 3121.

statut de COM-DA. Les Terres australes et antarctiques françaises sont régis par un statut particulier proche de celui des anciens TOM[1]. Nonobstant la distinction DROM/COM, les adaptations appliquées à toutes les collectivités ultramarines se ressemblent : on retrouve des dérogations au code civil[2], en matière de domanialité publique, d'environnement, au régime des forêts, des mines, de l'agriculture, de la culture, de l'éducation, du sport, de l'urbanisme ou encore du logement[3]. L'article 74 n'a pas pour objectif de consacrer automatiquement une autonomie forte mais bien de pouvoir accueillir tout un panel de statuts sur mesure[4]. Ainsi, à l'exception de l'emploi de la loi organique pour fixer le statut des COM, la distinction COM/DROM apparaît, sur le fond, davantage symbolique que juridique[5].

633. Ce qu'Olivia BUI-XUAN appelle le « *différencialisme adaptateur* »[6] a connu plusieurs formes qui ont permis, au fil du temps, d'instituer un régime sur mesure, à la carte, adapté à chaque situation, au point qu'il est convenu désormais d'évoquer non pas « l'outre-mer » au singulier mais bien « des outremers »[7]. On constate alors que « *loin des grands principes fondateurs et d'un discours métropolitain sur l'égalité si convenu, se sont développés des principes, des procédures et des pratiques qui s'insèrent difficilement dans la vulgate égalitariste. Le droit de l'outre-mer se caractérise en effet par de nombreuses et originales dérogations au droit commun de la décentralisation et aux principes de l'État unitaire comme de la République indivisible* »[8]. En métropole, le principe d'unité normative maintient une

[1] Art. 72-3, al. 4, Constitution : « *La loi détermine le régime législatif et l'organisation particulière des Terres australes et antarctiques françaises et de Clipperton* ».
[2] La procédure civile est de la compétence de la Polynésie française et de la Nouvelle-Calédonie. Le livre VI sur les dispositions relatives à l'outre-mer ne comporte qu'un titre II sur Wallis et Futuna, comportant les articles 1575 à 1582 : les parties ne sont jamais tenues de se faire représenter et les compétences dévolues aux huissiers peuvent être exercées par un représentant de l'autorité administrative ou militaire.
[3] Sur la question, voir A. CHRISTNACHT et P.-O. CAILLE, « Fasc. 130-10 : Régime juridique et administratif de l'outre-mer », op. cit., spéc. n° 74 à 88.
[4] S. DIEMERT, « La création de deux nouvelles collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution : Saint-Barthélemy et Saint-Martin », *RFDA*, 2007, p. 669 : « *l'article 74 a été révisé pour accueillir en son sein aussi bien des collectivités très largement autonomes, soumises à un régime de spécialité législative quasi-complète et où l'Etat n'exerce plus que des attributions régaliennes (comme la Polynésie française), que des collectivités pratiquement alignées sur le droit commun et quasi-départementalisées (comme Saint-Pierre-et-Miquelon), toutes les situations intermédiaires, entre ces deux points extrêmes, étant concevables* ».
[5] Ibid., : « *aux territoires d'outre-mer « antichambres de l'indépendance » du texte constitutionnel d'origine ont donc succédé des collectivités d'outre-mer dont la principale particularité est désormais qu'il revient à la loi organique de les doter du statut spécifique qui leur convient, la plus grande liberté étant accordée au législateur pour – dans le cadre des principes constitutionnels qui gouvernent l'ensemble des collectivités territoriales du titre XII – "panacher" entre identité et spécialité législatives ou entre droit commun et particularismes institutionnels* ».
[6] O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004, p. 275 et s.
[7] Voir, F. LEMAIRE, « L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République », *NCCC*, n° 35, avril 2012.
[8] S. DIEMERT, « Le droit de l'outre-mer », *Pouvoirs*, n° 113, avril 2005, pp. 108-109.

cohésion plus forte des règles applicables aux différentes collectivités. Pour autant, la différenciation statutaire demeure possible.

B) La diversité statutaire de métropole

634. En l'absence de fondement constitutionnel particulier, le cas des collectivités métropolitaines se distingue de celui des outremers dans la mesure où le principe d'unité et d'indivisibilité s'y applique totalement[1]. Malgré lui, l'unité normative a fini par s'effriter mettant fin au principe d'identité institutionnelle qui prévalait jusqu'alors. En dépit de la forte unité normative censée régir les collectivités métropolitaines, le législateur est intervenu pour adapter les catégories de droit commun – commune, département, et région – aux contextes particuliers de certaines collectivités. On retrouve ainsi un régime dérogatoire du droit civil dans les communes d'Alsace et de Moselle instauré pour des raisons historiques et conservé depuis (1). Cette technique demeure circonscrite à ce cas très particulier. La voie « normale » consiste plutôt à créer des statuts particuliers comme à Paris, Lyon, Marseille ou encore en Corse (2).

1) La dérogation législative applicable à un territoire métropolitain : le droit communal d'Alsace-Moselle

635. Le droit communal d'Alsace et de Moselle est partiellement issu de la législation allemande adoptée entre 1871 et 1914 pour le Land d'Alsace-Moselle créé après l'annexion du territoire[2]. Afin de faciliter sa réintégration, une partie de ce droit communal d'origine germanique a été conservée et même codifiée aux articles L. 2541-1 et suivants, ainsi qu'aux articles L. 5815-1 et L. 5816-1 du CGCT. Sur le fond, les spécificités ne sont pas si marquées à l'exception notable de la dérogation au principe de séparation de l'Eglise et de l'Etat.

636. **L'application du droit spécial dans les communes d'Alsace et de Moselle.** Le principe demeure l'application du droit commun de plein droit dans les trois départements. Il n'y a donc pas de « spécialité législative » qui obligerait chaque loi à préciser son application à ces territoires. En revanche, le législateur peut indiquer les lois qu'il ne désire pas leur

[1] Voir supra, n° 72 et s.
[2] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., pp. 328-330, n° 427.

appliquer. L'article L. 2541-1 dispose ainsi que « *les dispositions des titres Ier et II du livre Ier de la présente partie sont applicables aux communes des départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, à l'exception de celles des articles L. 2121-1, L. 2121-9, L. 2121-10, L. 2121-11, L. 2121-15, du second alinéa de l'article L. 2121-17, de l'article L. 2121-22, des premier, deuxième et quatrième alinéas de l'article L. 2121-29, de l'article L. 2121-31, des 1° à 8° de l'article L. 2122-21 et des articles L. 2122-24, L. 2122-27, L. 2122-28 et L. 2122-34* ». Les vides ainsi créés doivent alors être remplacés par le droit spécial[1].

637. Le droit spécial alsacien-mosellan s'applique pour toutes les dispositions comprises dans le CGCT par exception au droit communal général. Il y a des situations de cumul dès lors que le droit commun propose une solution plus libérale. Ainsi, le Conseil d'Etat[2] a estimé que le recours en opposition contre les délibérations dans lesquelles un élu intéressé à l'affaire a joué un rôle prépondérant (art. L. 2541-17 du CGCT) n'interdisait pas l'utilisation du recours pour excès de pouvoir contre les décisions entachées d'intéressement (art. L. 2131-11 du CGCT). A l'origine considérée comme une « *anomalie* »[3], la spécialité du droit communal d'Alsace-Moselle a été élevée au rang de principe fondamental reconnu par les lois de la République[4]. Une telle consécration lui permet d'écarter le grief de la violation du principe d'égalité entre les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, d'une part, et les autres départements, d'autre part[5]. Sur le fond, les particularités de ce droit peuvent néanmoins heurter certaines dispositions de la Constitution.

638. **L'évolution du droit spécial communal de l'Alsace et de la Moselle.** L'évolution que connait le droit spécial communal alsacien-mosellan tend à l'harmonisation avec les règles du droit général des communes. Son originalité tient dans la non-application de la loi de 1884, date à laquelle le territoire faisait partie intégrante de l'Allemagne.

---

[1] Par ex. la non-application de l'article L 2121-17 du CGCT ne permet au conseil municipal de procéder à une nouvelle délibération sans condition de *quorum*. Il convient alors de se référer à la disposition correspondante du droit spécial pour obtenir la même possibilité, à savoir l'article L 2541-4-1 du CGCT.

[2] CE, Sect., 1er juillet 2005, « Hermann, Scheer », *RDP*, 2006, p. 1087.

[3] Cons. const., 14 janvier 1983, n° 82-153 DC, Loi relative au statut général des fonctionnaires, Rec. 35, cons. 21 : « *[...] la particularité de la législation locale sur les associations ainsi relevée ne procède pas de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel et ne saurait, du seul fait de ses conséquences, entacher celle-ci d'inconstitutionnalité ; qu'il appartiendra au législateur d'apprécier s'il y a lieu de réparer cette anomalie [...]* ».

[4] Cons. const., 5 août 2011, n° 2011-157 QPC, Société Somodia [Interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle] ; C. GUEYDAN, « Dispositions particulières en Alsace-Moselle : un nouveau principe fondamental reconnu par les Lois de la République à portée limitée », *RFDC*, 2012, n°89, p. 203.

[5] Cons. const., 5 août 2011, n° 2011-157 QPC, préc., cons. 5 : « *la disposition contestée est au nombre des règles particulières antérieures à 1919 et qui ont été maintenues en vigueur par l'effet des lois précitées ; qu'il s'ensuit que le grief tiré de la violation du principe d'égalité entre les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, d'une part, et les autres départements, d'autre part, doit être écarté* ».

639. Pendant cette période, l'organisation des communes d'Alsace-Moselle conservait la structure issue de la loi municipale française du 18 juillet 1837, modifiée par celle du 24 juillet 1867[1]. Elle fut complétée par la loi germanique du 6 juin 1895, propre au Land d'Alsace-Moselle, qui s'avérait être plus libérale que la loi française du 5 avril 1884. Après la désannexion, la loi du 17 octobre 1919 conserve l'application des dispositions de la loi du 6 juin 1895 avec pour seule modification notable la mise en place de l'élection des conseillers municipaux et du maire. Si l'érosion du droit local commence dès 1930, les grandes étapes de l'harmonisation débutent après la Seconde guerre mondiale.

640. Il y eut d'abord la loi n° 70-1297 du 31 décembre 1970[2], sur la gestion municipale et les libertés communales qui a rapproché le droit général des communes du droit spécial local, notamment en ce qui concerne la tutelle. En 1977, l'adoption du Code des communes qui consacre une partie sur le droit spécial local a aussi permis d'effacer certaines différences. Surtout, la loi n° 82-213 du 2 mars 1982[3] relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions s'est montrée plus libérale sur le fond que le droit local alors en vigueur.

641. Ainsi, pour chaque solution plus libérale, la loi de 1982 trouve à s'appliquer au détriment du droit spécial. Aujourd'hui, les règles d'ordre organisationnel ne présentent pas de spécificités très marquées. L'autonomie du maire, autrefois relativement importante compte tenu du mode de désignation, est désormais quasi similaire à celle de l'ensemble des maires de France.

642. **Le contenu du droit spécial communal alsacien-mosellan.** Sur le plan matériel, on note d'abord l'existence de pouvoirs de polices administratives générale et spéciales plus développés qu'ailleurs[4]. Des aménagements existent aussi vis-à-vis du contrôle des actes des communes, ainsi qu'en matière de culte, de chasse, d'enseignement, de cadastre ou encore de temps de travail. Parmi ces aménagements, un certains nombres interrogent, notamment sur leur rapport avec la Constitution.

643. Bertrand FAURE en identifie trois[5]. Il vise d'abord l'absence de clause générale de compétence des communes[6] qui constitue une règle à l'évidence moins libérale. Toutefois, la

---

[1] Cette législation prévoyait des conseils municipaux élus, mais n'exerçant que des attributions limitées, tandis que les maires, nommés par le pouvoir central, assuraient en fait l'administration locale.

[2] JORF 1er janvier 1971, p. 3.

[3] JORF 3 mars 1982, p. 730.

[4] Notamment l'absence de pouvoir de substitution du préfet ; voir not. J.-M. WOEHRLING, « Fasc. 185 : Alsace-Moselle – Droit communal local – Police municipale et polices spéciales du maire », *J-Cl Collectivités territoriales*, Date du fascicule : 1er juin 2010, Date de la dernière mise à jour : 1er juin 2010.

[5] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, 3e éd., 2014, n° 427, p. 329.

[6] Art. L. 2541-12, CGCT : ne contient pas la formule de principe selon laquelle « le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune » (art. L. 2121-29, CGCT) et se contente d'une énumération.

liste des compétences des conseils municipaux des communes d'Alsace-Moselle ne présente pas de caractère limitatif. Ainsi, Jean-Marie WOERHLING considère que le conseil municipal peut toujours « *intervenir dans toutes les affaires communales, sous la seule réserve des pouvoirs propres du maire et des fonctions de gestion de ce dernier* » [1]. Ensuite, il est aussi possible de « *s'interroger sur la pratique du dialecte alsacien admise par nombre de règlements intérieurs pour les réunions du conseil municipal* »[2] au regard de l'article 2 de la Constitution qui impose l'usage de principe de la langue française[3]. Enfin, l'existence d'un service public du culte constitue la dérogation la plus discutable[4]. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la question estimant que le législateur, en refusant l'application de la loi de 1905 à ces départements avait créé une exception qui a valeur de principe fondamental reconnu par les lois de la République[5], au même titre que le principe de laïcité[6].

644. La dérogation observée pour l'Alsace-Moselle à l'application du droit communal général demeure relativement limitée. S'il est possible de s'interroger sur la pertinence de son maintien au regard des spécificités du territoire et du manque de reconnaissance dont il fait l'objet, il semble que la population y soit très attachée[7]. Justifié pour des raisons historiques, un tel régime n'a pu se pérenniser qu'avec sa consécration au niveau constitutionnel. Toutefois, un tel système reste tout à fait spécifique à ces territoires. De plus, il ne permet pas d'ajouter de dispositions spéciales nouvelles ; seuls le maintien du *statu quo* ou l'harmonisation sont

---

[1] J.-M. WOERHLING, « Fasc. 180 : Alsace-Moselle – Droit communal local – Questions générales : historique, organes de la commune, contrôle », *J-Cl Collectivités territoriales*, Date du fascicule : 8 novembre 2009, Date de la dernière mise à jour : 14 mars 2011, n° 67.

[2] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., n° 427, p. 329.

[3] Toutefois, parallèlement, le Conseil d'Etat a constaté en 2008 la fin du bilinguisme – français et allemand – appliqué aux professions de foi et aux affiches électoral de Moselle, et a ainsi mis fin à leur prise en charge par l'Etat ; cf. CE, 22 février 2008, req. n° 312550, 312737, « Madame Uhlrich-Mallet, Association culture et bilinguisme d'Alsace et de Moselle e. a. », *RFDA*, 2008, p. 1116, obs. M. STAUB.

[4] Art. 7, Loi du l[er] juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, JORF n° 0151 du 3 juin 1924 p. 5026 ; Décret du 18 avril 2006 modifiant le décret du 26 mars 1852 sur l'organisation des cultes protestants dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, JORF n° 92 du 19 avril 2006 p. 5830 ; CE, 19 décembre 2007, « Vassaux » : les actes pris dans l'organisation de ce service public n'ont pas « *le caractère de décisions administratives soumises au juge administratif* » (à propos de la décision de l'évêque de Metz de changer l'utilisateur du presbytère).

[5] Cons. const., 21 février 2013, n° 2012-297 QPC, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité [Traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle].

[6] CE, 6 avril 2001, req. n° 219379, 221699, et 221700, « Syndicat national des enseignements du second degré », Rec. p. 521.

[7] Voir, J.-M. WOERHLING, « Fasc. 180 : Alsace-Moselle – Droit communal local – Questions générales : historique, organes de la commune, contrôle », op. cit., n° 19 : « *ainsi que l'a démontré un sondage réalisé par l'Institut du droit local pour son 20e anniversaire en 2005, la population alsacienne reste vivement attachée à ce particularisme local et serait d'avis que le développement de nouvelles règles locales ou régionales serait un atout pour l'avenir de l'Alsace et de la Moselle. Ces nouvelles règles de droit local pourraient utilement selon le sondage s'appliquer à l'organisation des collectivités locales (95 % des personnes interrogées)* ».

envisageables. Pour marquer la spécificité de certaines collectivités métropolitaines, la création de statuts particuliers apparaît comme la voie normale.

2) Les statuts particuliers appliqués aux collectivités métropolitaines : les cas de Paris, Lyon, Marseille et de la Corse

645. Si la possibilité pour le législateur de créer des collectivités a été inscrite dès 1958 par la Constitution, ce n'est qu'avec la réforme de 2003 que les collectivités à statut particulier sont reconnues comme une catégorie de collectivités territoriales à part entière. Cette précision lève l'ambiguïté sur le rapport entre ces collectivités particulières et les catégories de droit commun : il s'agit de statuts dérogatoires qui doivent uniquement respecter le droit commun des collectivités territoriales[1]. En effet, jusqu'à lors, les statuts de Paris, Lyon et Marseille reposaient sur des dérogations aux catégories de droit commun ; leurs statuts respectifs évolueront différemment. La Corse fait figure de cas particulier compte tenu de sa taille, tout d'abord, et des spécificités du territoire. Son évolution statutaire n'a eu de cesse – et encore aujourd'hui – de servir de test pour la résistance du droit commun des collectivités tel qu'il trouve à s'appliquer en métropole.

646. **Paris, Lyon et Marseille : de la commune spéciale à la collectivité à statut particulier.** Traiter ces trois villes ensemble se justifie au regard des deux lois du 31 décembre 1982, n° 82-1169 et 82-1170, codifiées aux articles L. 2511-1 et suivants du CGCT, qui instituent dans chacune d'elles des conseils d'arrondissement. Non pourvus de la personnalité morale[2], ces arrondissements sont constitués de la réunion des conseillers municipaux et d'arrondissement élus dans l'arrondissement à Paris et à Lyon, et par groupe d'arrondissements à Marseille[3]. Leurs attributions demeurent limitées : ils sont saisis, pour avis, pour tous les projets de délibération du conseil municipal dont l'exécution se fait sur leur territoire, pour le plan local d'urbanisme, ainsi que pour les subventions attribuées aux associations. Ils possèdent

[1] Voir supra, n° 99 et s.

[2] Art. 1er, Loi n° 82-1169 du 31 décembre 1982 relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale, JORF du 1er janvier 1983 p. 3. L'exécution de ces attributions est assurée par des agents et avec des moyens matériels de la commune affectés par le maire de la commune auprès du maire d'arrondissement. Le conseil d'arrondissement tire ses ressources de dotations de la commune et des recettes de fonctionnement des équipements qu'elle gère.

[3] Loi n° 82-1170 du du 31 décembre 1982 portant modification de certaines dispositions du code électoral relatives à l'élection des membres du conseil de Paris et des conseils municipaux de Lyon et Marseille. Leurs membres désignent le maire d'arrondissement. Les conseillers d'arrondissement sont élus de la même façon que les conseillers municipaux et les conseillers de Paris, par scrutin de liste pour une durée de 6 ans.

un pouvoir d'inventaire et un pouvoir décisionnel, qu'ils partagent avec le conseil municipal, en matière d'équipement, et un pouvoir de questionnement sur « *toute affaire intéressant l'arrondissement* »[1].

647. Mis à part cette particularité commune, le destin des trois villes reste séparé. Si Marseille conserve ce statut dérogatoire, la métropole de Lyon[2] dispose désormais d'un véritable statut particulier de collectivité territoriale qui combine les compétences du département et de la commune sur son territoire. Son organisation est « *départementalisée* »[3] avec l'institution d'une commission permanente, émanation du conseil métropolitain dont les membres sont élus au suffrage universel direct par scrutin de liste afin de faciliter la parité[4]. La ville de Paris, dont le territoire se confond avec le département de Paris, constitue un cas à part, traité comme tel depuis le début du XXe siècle. Avec la loi n° 2017-257 du 28 février 2017, la commune et le département sont regroupés au sein d'une seule collectivité à statut particulier[5]. Elle conserve l'organisation institutionnelle composée du Conseil de Paris et du maire de Paris, organes représentatifs autrefois partagés par la commune et le département. Selon le Conseil d'Etat, le Conseil de Paris formant « *une assemblée délibérante d'une nature particulière* », le statut électoral des conseillers départementaux ne peut pas concerner ses membres[6]. La création du « Grand Paris » reprend ces modifications institutionnelles ; sur le plan matériel, les aménagements demeurent limités[7]. Les agents des administrations parisiennes conservent leur statut à part, issu du décret du 24 mai 1994[8].

648. Il existe donc deux villes qui disposent d'un statut réellement particulier. Aucun département ne peut revendiquer un tel statut depuis la fusion du département et de la commune

---

[1] Art. L. 2511-12, CGCT.

[2] Art. L. 3611-1 et s., CGCT. Voir, Loi n° 2015-816 du 6 juillet 2015 ratifiant l'ordonnance n° 2014-1539 du 19 décembre 2014 relative à l'élection des conseillers métropolitains de Lyon, JORF n° 0155 du 7 juillet 2015 p. 11361 ; Loi n° 2015-381 du 3 avril 2015 ratifiant l'ordonnance n° 2014-1335 du 6 novembre 2014 relative à l'adaptation et à l'entrée en vigueur de certaines dispositions du code général des collectivités territoriales, du code général des impôts et d'autres dispositions législatives applicables à la métropole de Lyon, JORF n° 0080 du 4 avril 2015 p. 6218 ; Loi n° 2015-382 du 3 avril 2015 ratifiant l'ordonnance n° 2014-1543 du 19 décembre 2014 portant diverses mesures relatives à la création de la métropole de Lyon, JORF n° 0080 du 4 avril 2015 p. 6218.

[3] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, 3e éd., 2014, p. 341, n° 444.

[4] Le Président et les vice-présidents sont choisis selon des règles proches de celles des départements. Il convient de noter que l'interdiction de cumuler des mandats locaux s'applique à la métropole de sorte qu'il n'est pas possible d'être à la fois président de la métropole et maire d'une commune ; cf. Cons. const., 23 janvier 2014, n° 2013-687 DC, cons. 63.

[5] Art. L. 2512-1, CGCT : « *il est créé une collectivité à statut particulier, au sens de l'article 72 de la Constitution, dénommée "Ville de Paris", en lieu et place de la commune de Paris et du département de Paris* ».

[6] CE, 14 mars 1980, « Elections au Conseil Paris », Rec. Lebon p. 150.

[7] Lois n° 2017-257 du 28 février 2017 relative au statut de Paris et à l'aménagement métropolitain (JORF n°0051 du 1 mars 2017) et n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris (JORF n° 0128 du 5 juin 2010 p. 10339). Voir, G. MARCOU, « La loi sur le Grand Paris : le retour de l'Etat aménageur ? », *AJDA*, 2010, 1868.

[8] Décret n° 94-415 du 24 mai 1994 portant dispositions statutaires relatives aux personnels des administrations parisiennes, JORF n° 120 du 26 mai 1994 p. 7612.

de Paris. Quant aux régions, en accord avec Bertrand FAURE, la qualification de région à statut particulier pour la région Ile-de-France semble abusive compte tenu des faibles adaptations dont elle dispose[1]. Par opposition, la Corse est devenue, à la suite de nombreuses évolutions, la Collectivité de Corse, collectivité à statut très particulier.

649. **La Collectivité de Corse : le rapprochement du statut vers ceux des outremers.** La collectivité de Corse[2] est le territoire métropolitain présentant le plus de spécificités statutaires. L'établissement d'une autonomie plus grande au territoire corse est un projet commencé dès 1982[3] et qui continue d'alimenter les discussions à chaque nouvelle réforme de l'organisation territoriale[4]. Son histoire, sa géographie, ses caractéristiques sociales, culturelles et économiques sont autant d'éléments qui pourraient justifier un alignement de son régime sur celui des collectivités ultramarines[5]. Toutefois, le Conseil constitutionnel a posé une limite à ce processus en refusant de reconnaître l'existence d'un « *peuple corse, composante du peuple français* »[6]. Ce point constitue l'axe de distinction entre l'outre-mer et la métropole qui exclut, *a priori*, tout alignement du statut des collectivités métropolitaines sur ceux des collectivités ultramarines. Ainsi, si la création du statut particulier de la Corse a été validé, c'est à la condition que « *ni l'Assemblée de Corse, ni le Conseil exécutif ne se voient attribuer des compétences ressortissant au domaine de la loi* »[7].

---

[1] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, 3e éd., 2014, n° 419, p. 319 : « *les adaptations du droit régional d'Ile-de-France n'ont jamais été à ce point significatives qu'on puisse la tenir pour une collectivité à statut particulier* ». Son régime est inscrit aux art. L. 4411-1 à L 4414-2, CGCT. La région Ile-de-France dispose surtout d'aménagements matériels : elle est chargée de « *définir la politique régionale* » et sa mise en œuvre, en matière d'espaces verts, d'équipements collectifs d'intérêt régional, de circulation et de transports de voyageurs (compétences limitées à leur objet précis et devant s'exercer en liaison avec les autres collectivités et l'Etat ; voir, art. 4 et 5, Loi n° 76-394 du 6 mai 1976 portant création et organisation de la région d'Ile-de-France, JORF du 7 mai 1976 p. 2741 et art. 37, Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, JORF n° 190 du 17 août 2004 p. 14545). Sur le plan institutionnel, on note à l'art. L. 4412-1 du CGCT l'incompatibilité entre mandat de Président de région et celui de maire de Paris.

[2] Art. 30, Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, JORF n° 0182 du 8 août 2015 p. 13705 : une collectivité à statut particulier au sens de l'article 72 de la Constitution, dénommée « *collectivité de Corse* », en lieu et place de la collectivité territoriale de Corse et des départements de Corse-du-Sud et de Haute-Corse.

[3] La loi n° 82-214 du 2 mars 1982 (JO 3 mars 1982, p. 748), qui a été déclarée conforme à la Constitution (Cons. const., 25 février 1982, n° 82-138 DC, Organisation de la région de Corse, Rec. p. 41) et la loi n° 82-659 du 30 juillet 1982 (JO 31 juillet 1982, p. 2459).

[4] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, 3e éd., 2014, n° 418, p. 318 : « *les difficultés de développement économique, le particularisme culturel et le souci d'apaisement des revendications autonomistes propres à l'île connaissent sans cesse une nouvelle actualité qu'on entend résoudre par une réforme nouvelle de ses structures* ».

[5] A. TAILLEFAIT, « Fasc. 124 : Corse », *J-Cl Administratif*, Date du fascicule : 1er novembre 2015, n° 10 : « *à partir de 1982, elle s'écarte de ce droit commun ; la nouvelle majorité souhaitant administrer un traitement particulier à l'île où les difficultés économiques et sociales et où les troubles importants à l'ordre public affectent le fonctionnement des institutions. Depuis cette date, la Corse fera l'objet de plusieurs traitements différenciés* ».

[6] Cons. const., 9 mai 1991, n° 91-290 DC, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, cons. 13.

[7] Cons. const., 9 mai 1991, n° 91-290 DC, préc., cons. 20 :

650. Sur le plan institutionnel, il existe aujourd'hui une Assemblée de corse dont les membres sont élus à la proportionnelle et un exécutif collégial responsable devant cette assemblée. Cette collectivité à statut particulier possède toutes les compétences régionales et départementales de droit commun ainsi que des compétences particulières en matière d'éducation, d'audiovisuel, d'action culturelle, d'environnement et d'aménagement[1]. Ces transferts s'opèrent selon une « *mécanique déjà rodée* » en trois axes décrits par Antoine TAILLEFAIT : parmi les compétences attribuées « *certaines ont été l'objet de «* transferts par blocs de compétences *» et dans ce cas l'État ne conserve pour l'essentiel que ses responsabilités régaliennes. C'est le cas du tourisme, de l'action culturelle, de la jeunesse et des sports, des ports et aéroports, des forêts. D'autres compétences sont le résultat de «* transferts de modules de compétences *», tels le patrimoine culturel, l'éducation nationale et l'environnement. Dans ce cadre, l'État garde, conformément à la loi, des compétences propres autres que régaliennes comme le domaine pédagogique par exemple. Enfin, ces compétences sont progressivement seulement dévolues à la collectivité de Corse créée par la loi NOTRe* »[2].

651. La spécificité de la Collectivité de Corse tient également à son pouvoir normatif[3]. Il est d'abord intéressant de noter que les projets et propositions de lois et de décrets comprenant des dispositions spécifiques à la Corse sont soumis à la consultation de l'Assemblée de Corse[4]. Son Assemblée est ensuite dotée, depuis 1982[5], d'un pouvoir de proposition en matières législative et réglementaire[6]. Enfin, la collectivité dispose d'un pouvoir d'adaptation des dispositions législatives et réglementaires aux spécificités de l'île sur habilitation du législateur[7]. Le projet de loi constitutionnelle n° 911 déposé a pour objectif d'ancrer définitivement dans la Constitution la spécificité Corse, au même titre que les territoires des outremers, permettant d'accroître encore davantage la différenciation normative applicable à l'île[8].

---

[1] La loi n° 2002-92 du 22 janvier 2002 relative à la Corse accorde à l'Assemblée de Corse le pouvoir d'adopter le Plan d'aménagement et de développement durable Corse (le PADDUC) sans intervention de l'Etat. La loi du 5 décembre 2011 relative au PADDUC renforce la portée juridique du PADDUC à l'égard des documents d'urbanisme et des autorisations individuelles sans pour autant exercer de pouvoir de tutelle (JORF du 23 janvier 2002 p. 1503).

[2] A. TAILLEFAIT, « Fasc. 124 : Corse », op. cit., n° 63.

[3] Voir infra, n° 761 et s.

[4] Art. L. 4422-16, V, CGCT.

[5] Art. 27, al. 3, Loi n° 82-214 du 2 mars 1982 portant statut particulier de la région de Corse : organisation administrative, JORF du 3 mars 1982 p. 748. ; art. 26, al. 3, Loi n° 91-428 du 13 mai 1991, portant statut de la collectivité territoriale de Corse, JORF n°111 du 14 mai 1991 p. 6318.

[6] Art. L. 4422-16, CGCT ; art. 1er et 3, I, A, 2°, Loi n° 2002-92 du 11 janvier 2002, préc.

[7] Art. L. 4424-16, II, CGCT.

[8] Voir, Art. 16, Exposé des motifs, Projet de loi constitutionnelle n° 911, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 mai 2018.

652. On constate qu'il existe, en métropole une grande diversité de régimes – institutionnels et matériels – dont les formes prennent plusieurs aspects – transferts de compétences, attribution d'un pouvoir réglementaire plus important, application unilatérale d'un régime différent. Cependant, l'appartenance de ces territoires à la métropole restreint ces possibilités de diversification des régimes dès lors qu'elles sont enfermées dans l'article 72 de la Constitution. Ainsi, « *la Constitution est muette sur l'existence (la reconnaissance) de caractéristiques locales en métropole […]. Et c'est cette absence de différence objective de situation aux yeux du constituant qui explique la portée très limitée des dispositifs prétendant, régulièrement, s'inscrire dans une logique de différenciation* »[1].

653. De manière générale, la tendance est à la prise en compte toujours plus précise des particularités locales dans les statuts des collectivités territoriales. L'évolution du cadre constitutionnel a permis de flexibiliser le droit des collectivités territoriales en assouplissant les différentes catégories de collectivités territoriales. Ces changements de statuts, toujours plus proches des préoccupations locales, ne se font plus de manière brutale et unilatérale mais connaissent désormais des processus de plus en plus sophistiqués.

§2) Les processus d'évolution statutaire

654. Jean-Bernard AUBY, notait, à propos de la révision constitutionnelle de 2003 qu'elle a eu pour objectif « *de contraindre le Conseil constitutionnel à combiner les principes d'indivisibilité de la République et d'égalité avec la décentralisation* »[2], laquelle demeure une politique publique déterminée par le législateur. Elle s'est faite en tenant compte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour préciser les mécanismes d'évolution statutaire qui permettent de dynamiser le processus de décentralisation. Cette révision a ainsi été l'occasion de consacrer un principe de mutabilité statutaire ouvert uniquement aux collectivités des outremers, le législateur gardant l'initiative de la mutation statutaire des collectivités métropolitaines (A). Elle a aussi constitutionnalisé les mécanismes d'expérimentation législative qui peuvent servir de préalable à une modification statutaire (B).

[1] A. ZARCA, « Egalité et territorialisation du pouvoir normatif », *Civitas Europa*, n° 35, 2015/2, p. 68.
[2] J.-B. AUBY, « La loi constitutionnelle relative à la décentralisation. Présentation générale », *Droit administratif*, avril 2003, p. 8 : « *l'objectif est de contraindre le Conseil constitutionnel à combiner les principes d'indivisibilité de la République et d'égalité avec la décentralisation* ».

A) La mutabilité, un principe de changement de statut

655. La révision constitutionnelle de 2003 a ouvert des brèches dans les statuts de droit commun mettant en échec la jurisprudence sur l'uniformité catégorielle des collectivités[1]. Elle donne la possibilité d'opérer « *une mutabilité différenciée des statuts, collectivité par collectivité, et non plus seulement par catégories entières de collectivités (communes, départements, régions)* »[2]. Les règles qui s'appliquent désormais à la mutabilité statutaire réservent plus de place aux populations locales sans pour autant en faire un droit constitutionnellement garanti (1). Les changements de statut des collectivités découlent désormais d'un dialogue entre l'Etat d'une part et les populations et les institutions concernées d'autre part. Les enjeux politiques demeurent cependant bien différents entre les collectivités de métropole et celles des outremers au regard des contextes historiques, sociaux, géographiques et juridiques dans lesquels ils se situent (2).

1) Les règles de mutabilité statutaire

656. Les règles de la mutabilité reposant sur le principe de libre administration, lequel fait partie du domaine du législateur (article 34 de la Constitution), l'opération de changement de statut est laissée normalement à l'appréciation et à la décision de l'Etat. Il existe toutefois des fondements spécifiques aux outremers qui obligent l'Etat à tenir compte de l'avis des populations intéressées. Les procédures envisagées allient, en métropole comme dans les outremers, référendum local et action du législateur.

657. **L'absence de droit à la mutabilité.** Pour Bertrand FAURE, la reconnaissance d'un droit à la mutabilité statutaire pour les collectivités aurait pour conséquence d'« *introduire un germe d'esprit d'association entre les collectivités et l'Etat qui ne se trouve pas dans notre équilibre constitutionnel qui rejette le fédéralisme* »[3]. En effet, dans un Etat fédéral, les entités fédérées sont par principe autonomes. Disposant de leur propre Constitution, elles peuvent décider de la structure organisationnelle qu'elles désirent adopter, dans les limites que la Constitution fédérale leur accorde. Il en va de même des compétences qu'elles décident

[1] Voir supra, n° 93 et s.
[2] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, 3e éd., 2014, n° 32, p. 39.
[3] Ibid.

d'exercer dès lors que l'attribution expresse des domaines est prévue pour la Fédération et les compétences résiduelles reviennent aux entités fédérées. En France, s'agissant d'un Etat unitaire, seules les autorités centrales sont en mesure de décider de l'organisation du territoire, là aussi dans les limites que la Constitution leur fixe, notamment les principes d'indivisibilité et d'égalité devant la loi[1]. Ainsi, il ne saurait être admis, au profit des populations comme des élus des collectivités territoriales, un droit à la mutabilité statutaire, voire à l'autodétermination.

658. Cette assertion se vérifie au regard de l'article 72-1 alinéa 3 de la Constitution qui indique qu'en cas de création d'un statut particulier, de modification de l'organisation d'une collectivité ou de ses limites territoriales, « *il peut être décidé par la loi de consulter les électeurs* »[2]. Ainsi, non seulement le référendum demeure facultatif mais en plus il n'est que consultatif de sorte que le législateur conserve le dernier mot sur le changement à adopter.

659. Il convient cependant de la nuancer à l'égard des outremers. D'une part, la consultation de la population concernée est obligatoire et s'impose au législateur (article 72-4 de la Constitution) ; d'autre part, la reconnaissance de l'existence, « *au sein du peuple français, [de] populations d'outre-mer* » ouvre la possibilité à une transition vers l'indépendance[3]. Toutefois, la procédure de sécession, telle qu'elle a été conçue, demeure une procédure d'exception maîtrisée par l'Etat. Il en va de même des procédures de mutabilité.

660. **Les procédures de mutabilité.** Les procédures envisagées par la Constitution en vue de modifier les statuts des collectivités divergent selon qu'elles s'appliquent à la métropole ou aux outremers.

661. Pour la mutabilité statutaire applicable à la métropole, l'article 72-1 alinéa 3 n'introduit qu'un référendum facultatif et consultatif dont les conditions sont fixées par la loi. Toutefois, si juridiquement l'absence de contrainte à l'égard du législateur est confirmée, elle semble plus

---

[1] Marc JOYAU remarquait ainsi que « *la majorité des décisions, 8 très exactement, tend à interpréter l'indivisibilité de la République comme un principe qui interdit "sauf justification appropriée" qu'une règle de droit puisse être appliquée aux citoyens "en fonction de leurs attaches avec une partie déterminée du territoire de la France"* » ; cf. M. JOYAU, *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, LGDJ, Bib. de droit public, tome 198, 1998, p. 111.

[2] Les dispositions divergent légèrement selon qu'il s'agisse de la création d'un statut particulier ou de la modification de l'organisation d'une collectivité puisque le référendum doit être décidé par la loi et s'appliquer « *aux électeurs inscrits dans les collectivités intéressées* », tandis que pour la modification des limites territoriales la consultation s'adresse aux « *électeurs* », sans précision, « *dans les conditions prévues par la loi* ».

[3] La possibilité d'adopter des lois de sécession a été reconnue par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 53 ; cf. Cons. const. 30 décembre 1975, n° 75-59 DC, Auto-détermination des Comores, Rec. p. 26. Il a aussi fait référence à l'alinéa 2 du Préambule de la Constitution de 1946 qui formule le principe de « *libre détermination des peuples et de libre manifestation de leur volonté* » ; cf. Cons. const., 2 juin 1987, n° 87-226 DC, Consultation des populations de Nouvelle-Calédonie, Rec. p. 34.

difficile à justifier politiquement[1]. Deux exemples de référendum consultatif, celui de la Corse[2] et celui de l'Alsace[3], ont montré que le résultat négatif d'une consultation pouvait faire émerger une « *garantie d'intangibilité statutaire au profit des électeurs – et non des élus – par une sorte de "veto" populaire* »[4]. Dans le cas de l'Alsace, l'initiative de la modification est provenue des élus locaux, sur le fondement de l'article L. 4124-1 du CGCT en vertu duquel « *une région et les départements qui la composent peuvent, par délibérations concordantes de leurs assemblées délibérantes, demander à fusionner en une unique collectivité territoriale exerçant leurs compétences respectives* ». S'en suit une consultation[5] dont les résultats ne lient pas le législateur[6].

662. S'agissant des collectivités situées en outre-mer, la Constitution établit un système de décision partagé entre l'Etat et les collectivités. Tout d'abord, le référendum est obligatoire, qu'il s'agisse d'un « *changement, pour tout ou partie de l'une des collectivités […] de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74* » (article 72-4 alinéa 1er), de la création d'une collectivité qui se substituerait à un DROM[7], ou de l'institution d'une assemblée délibérante unique pour un DROM (article 73 alinéa 7)[8]. De plus, le résultat lie les autorités étatiques. Dans la procédure de l'article 72-4, le changement de statut doit être adopté par une

---

[1] Voir not., M. VERPEAUX, « La consultation locale des populations métropolitaines ou le vrai-faux référendum », in P. DELVOLVE, J.-C. BONOCHOT et P. CAMBOT (sous la direction de) *Mélanges en l'honneur de F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 417.

[2] Loi n° 2003-486 du 10 juin 2003 organisant une consultation des électeurs de Corse sur la modification de l'organisation institutionnelle de la Corse ; CE, Ass., 17 octobre 2003, n° 258487, « Consultation des électeurs de Corse », Rec. Lebon. La question posée était : « Approuvez-vous les orientations proposées pour modifier l'organisation institutionnelle de la Corse figurant en annexe de la loi n° 2003-486 du 10 juin 2003 ? ». Il s'agissait notamment de créer une collectivité territoriale unique fusionnant la collectivité territoriale de Corse à statut particulier et les départements de Haute-Corse et de Corse du Sud. Le référendum s'est tenu le 6 juillet 2003. Le « non » l'emporte avec 50,98 % des voix contre 49,02 % pour le « oui ».

[3] La question posée était : « Approuvez-vous le projet de création, en Alsace, d'une Collectivité territoriale d'Alsace, par fusion du Conseil régional d'Alsace, du Conseil général du Bas-Rhin et du Conseil général du Haut-Rhin ? ». Le référendum s'est tenu le 7 avril 2013. Les électeurs du Bas-Rhin ont répondu « oui » à 67,53% et les électeurs du Haut-Rhin « non » à 55,74%, dans un contexte de très forte abstention. La participation s'est en effet élevée à 35,11% dans le Bas-Rhin et à 37,18% dans le Haut-Rhin. Pour que ce projet soit validé, il était nécessaire que les votes en faveur du « oui » représentent plus de la moitié des suffrages et au moins 25 % des électeurs inscrits dans chacun des départements.

[4] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., n° 33, p. 39.

[5] Art. L. 4124-1, II, CGCT : « *Le Gouvernement ne peut donner suite à la demande que si ce projet de fusion recueille, dans chacun des départements concernés, l'accord de la majorité absolue des suffrages exprimés, correspondant à un nombre de voix au moins égal au quart des électeurs inscrits* ».

[6] Art. L. 4124-1, III, CGCT : « *La fusion de la région et des départements qui la composent en une unique collectivité territoriale est décidée par la loi, qui détermine son organisation et les conditions de son administration* ».

[7] Sur l'impossible fusion du département et de la région de La Réunion, P.-O. CAILLE, « Fasc. n° 130-20 : Guadeloupe, Guyane, Martinique et Réunion », *J-Cl Administratif*, date du fascicule : 22 janvier 2012, date de la dernière mise à jour : 30 avril 2014, n° 25.

[8] Art. 72-4, al. 2, Constitution.

loi organique, tandis que législateur ordinaire est compétent dans le cadre de la procédure de l'article 73 alinéa 7.

663. Il existe aussi une procédure de révision statutaire menée conjointement par l'Etat et les DROM intéressés aux article L. 5915-1 et suivants et L. 5916-1 du CGCT faisant intervenir un Congrès d'élus locaux apte à formuler toute proposition, et la possibilité d'une consultation des populations concernées[1]. Quant aux COM, les dispositions essentielles du statut doivent être adoptées par une loi organique après avis de l'assemblée délibérante (article 74 alinéa 2) ; cet avis est également recueilli pour les autres modalités de l'organisation particulière des COM définies et modifiées par la loi (article 74 alinéa 12).

664. Malgré l'absence de droit à la mutabilité, on constate que les procédures envisagées allient les collectivités et les populations concernées au travail du législateur. Il est surtout intéressant de noter qu'au-delà des procédures comprises dans la Constitution, le législateur a cherché à développer d'autres procédures dans lesquelles l'initiative de la mutation proviendrait des collectivités elles-mêmes, notamment de leurs élus. La mutabilité statutaire n'est plus seulement la conséquence de grandes réformes de l'organisation territoriale mais aussi le résultat de discussions entre l'Etat et les collectivités pour adapter autant que possible, et dans les limites que la Constitution autorise, leur statut aux situations locales.

2) Les politiques de mutabilité statutaire

665. Toujours dans le giron de l'Etat, la mutabilité statutaire s'inscrit dans les politiques d'organisation territoriale. Si l'on retient principalement les grandes réformes – lois de 1875 et 1884, acte I de 1982 et acte II de 2003 – on en oublie les multiples lois qui sont venues préciser, ajouter ou enlever des statuts de personnes publiques territoriales qui, à défaut de pouvoir être des collectivités territoriales, disposent du statut d'établissement public[2]. Là encore, la logique qui prime en métropole – la réduction du nombre de collectivités (1), doit être distinguée de celle qui s'applique aux outremers – l'autonomisation des collectivités (2), au regard des problématiques différentes qui s'y posent.

[1] Cons. const., 7 décembre 2000, n° 00-435 DC, Loi d'orientation d'outre-mer, Rec. p. 164.
[2] Voir infra, n° 830 et s.

a) La réduction du nombre de collectivités territoriales par fusions en métropole

666. Le nombre excessif de collectivités territoriales présentes en métropole constitue une critique régulièrement rappelée par les différents gouvernements, quelle que soit leur couleur politique. Leur réduction vise principalement les communes, et subsidiairement les départements et les régions.

667. **La réduction du nombre de communes.** Les communes sont les premières visées par les réformes entreprises. L'uniformité statutaire proclamée par la loi du 14 et 22 décembre 1789[1], qui entendait rompre avec l'inégalité entre la ville et les campagnes, a entrainé la création de 44 000 communes[2]. Il en resterait plus de 36 000 encore aujourd'hui, avec des disparités extrêmes, sans qu'aucune loi ne parvienne à réduire ce nombre de manière drastique.

668. Déjà la Constitution de l'An III avait tenté de regrouper dans des « *municipalités de canton* » les communes de moins de 5000 habitants, sans succès. Plus récemment, la loi n° 71-588 du 16 juillet 1971[3] a instauré un système de fusion plus libéral sur la base du volontariat, avec la possibilité pour la commune fusionnée de survivre en tant que « *commune associée* », et de revenir à l'autonomie sous certaines conditions. La fusion était, au surplus encouragée par des avantages financiers et fiscaux[4]. On note aussi la possibilité ouverte par la loi n° 83-636 du 13 juillet 1983[5] de créer une « *agglomération nouvelle* », soit de manière autoritaire par l'Etat soit sur la base du volontariat[6], sur un territoire regroupant un ensemble de communes à « *forte concentration de population* » à condition qu'un intérêt d'ordre national ou régional le justifie[7].

---

[1] L'article 7 de la loi du 14 et 22 décembre 1789 institue « *une municipalité dans chaque ville, bourg, paroisse ou communauté de campagne* ».

[2] Selon le premier recensement de 1793.

[3] Modifiée pour la dernière fois par art. 123, Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, préc.

[4] Art. L. 2113-1, CGCT.

[5] Loi n° 83-636 du 13 juillet 1983 portant modification du statut des agglomérations nouvelles, JORF du 14 juillet 1983 p. 2179. Modifiée par les lois n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale (JORF n° 160 du 13 juillet 1999 p. 10361), n° 2000-656 du 13 juillet 2000 de finances rectificative pour 2000 (JORF n° 162 du 14 juillet 2000 p. 10808), n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité (JORF du 28 février 2002 p. 3801) et n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, préc.

[6] Sur la procédure de création, voir art. L. 5311-21 et L. 5311-3, CGCT. Sur les compétences, voir art. L. 5331-1 et s., CGCT.

[7] Il s'agit de permettre un développement équilibré du territoire donné sur le plan social, économique et humain. Voir, CE, 23 mars 1992, « Martin, Fraboulet e. a. », Rec. Lebon p. 130 : création d'une agglomération nouvelle justifiée par l'implantation du parc Eurodisney à Marne-la-Vallée.

669. En 2010, le législateur tente de relancer la politique de fusion avec la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010[1]. Elle institue une nouvelle procédure de création des « *communes nouvelles* » déjà rendue possible par une loi de 1971[2] : elle se fait sur la base du volontariat avec l'obligation d'organiser un référendum local dont le résultat lie les autorités[3] ; elle ménage une possibilité de survie des communes par le système de la « *commune déléguée* »[4] ; la création est réversible[5].

670. **La réduction du nombre de départements et de régions.** Cette loi de 2010 crée également une procédure de fusion de départements et/ou de région, l'échelon départemental étant désormais régulièrement remis en cause[6]. Basée aussi sur le volontariat[7], elle offre la possibilité de mettre en œuvre une fusion horizontale entre département d'une même région[8] ou entre régions[9] d'une part, ou une fusion verticale entre une région et ses départements au profit d'une collectivité unique d'autre part[10]. La loi rend également possible le détachement d'un département de sa région pour se rattacher à une autre[11]. La création des conseillers territoriaux, à la fois conseillers départementaux et régionaux, va également dans le sens de la fusion de ces collectivités[12].

671. Ces possibilités offertes aux collectivités de fusionner n'ont pas donné les résultats escomptés : une seule tentative de fusions de départements et région en collectivité unique, avec l'Alsace, a eu lieu et échoué ; quant aux communes on recense 800 fusions pour quelques 2000 communes avec un certain nombre de « défusions » intervenues depuis. La crainte pour ces collectivités de disparaître complètement explique certainement la préférence pour le cadre

---

[1] Voir not., M. LE ROUX, « La relance du processus de fusions entre collectivités territoriales », *JCP Adm*., 2011, p. 2130 ; B. FAURE, « Les nouvelles procédures de regroupement des collectivités territoriales », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, 2012, n° 2152.

[2] Art. L. 2113-1 et s, CGCT.

[3] Art. L. 2113-3, CGCT. Voir CE, 20 octobre 2010, n° 306643, « Commune de Dunkerque », Rec. Lebon.

[4] Art. L. 2113-10 et s., CGCT. Dépourvue de personnalité morale, les communes déléguées ne peuvent pas agir en justice ; cf. CAA Douai, 7 octobre 2004, n° 01DA00022, « Commune d'Hellemmes ».

[5] En l'absence de dispositions sur ce point, il convient de se référer à la jurisprudence du Conseil d'Etat ; voir not., CE, 22 mai 1981, « Brulez e. a. », Rec. Lebon p. 233 ; CAA Nancy, 10 octobre 2013, « Mme B. », *AJDA*, 2014, 348, note P. COMBEAU ; CE, Avis, 4 novembre 2013, « Association Commune libre de Saint-Pantaléon », *AJDA*, 2013, p. 2556, note P. JUEN.

[6] Voir encore récemment le projet de loi adopté en conseil des ministres le 18 juin 2014 et finalement abandonné ; voir aussi, Y. LUCHAIRE, « Quel avenir pour le département ? », *JCP Adm.*, 2011, n° 2261 ; I. MULLER QUOY, « Le département, une collectivité à abattre ? », *Bulletin juridique des collectivités locales*, 2013, 640.

[7] Il faut des délibérations concordantes des assemblées délibérantes, puis un référendum local. Toutefois l'Etat reste seul maître de la décision.

[8] Art. L. 3114-1, CGCT.

[9] Art. L. 4123-1, CGCT.

[10] Art. L. 4124-1, CGCT.

[11] Art. L. 4122-1, CGCT. L'hypothèse présentée était le rattachement de la Loire-Atlantique à la Bretagne.

[12] Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, JORF n° 0292 du 17 décembre 2010 p. 22146.

associatif, en particulier pour la coopération intercommunale qui a connu un franc succès[1]. La loi NOTRe[2] qui avait envisagé un temps de supprimer l'échelon départemental l'a finalement conservé. Elle a, en revanche, opéré une réduction du nombre de régions par fusion de manière autoritaire sans consultation des populations ou des élus, ce nombre passant de 22 à 13.

b) L'accroissement de l'autonomie locale par des statuts à la carte en outre-mer

672. Contrairement aux politiques de mutabilité appliquées en métropole, les possibilités offertes aux collectivités situées en outre-mer ont connu davantage de succès. Il s'explique par le choix opéré par les gouvernements de mettre fin à l'autoritarisme colonial pour laisser les populations et les élus décider de leur sort à travers des statuts allant de l'assimilation à l'indépendance[3]. Depuis le démantèlement de l'empire et la consécration du droit à l'autodétermination, l'évolution statutaire des outremers s'est faite de plus en plus sur mesure, à la carte, territoire par territoire.

673. **La transition vers l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie.** Le cas de la Nouvelle-Calédonie[4] constitue l'exemple le plus récent, et toujours en cours, d'une transition vers l'indépendance. Après des affrontements violents, qui ont eu cours entre 1984 et 1988 avec l'établissement de l'état d'urgence sur le territoire, des accords, dits « *Accords de Matignon* », furent signés le 26 juin 1988 pour démarrer le processus de transition vers l'indépendance de ce qui était, à l'époque, un territoire d'outre-mer. Le référendum d'autodétermination, initialement prévu en 1998, fut repoussé à la suite de la signature des « *Accords de Nouméa* ». La date a été fixée au 4 novembre 2018 par le Congrès de Nouvelle-Calédonie avec comme question : « *voulez-vous que la Nouvelle-Calédonie accède à la pleine souveraineté et devienne indépendante* ? »[5]. La réponse négative a maintenu le caractère transitoire du statut de la Nouvelle-Calédonie[6], en attendant un prochain référendum. L'article 76 fixe les règles du

[1] Voir infra, n° 830 et s.
[2] Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, préc.
[3] Les territoires d'outre-mer ont été appelés, en 1946, sur le fondement de l'article 1er du texte d'origine, à approuver ou à rejeter la Constitution, avec la possibilité de quitter la République – ce que fit la Guinée – en cas de vote négatif de leurs électeurs.
[4] V. GOESEL-LE BIHAN, « La Nouvelle-Calédonie et l'accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation », *AFDI*, Vol. 44, 1998, pp. 24-75. Voir dans le même sens, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Les politiques françaises de décolonisation. L'émergence d'une politique de décolonisation par différenciation en Nouvelle-Calédonie », in *Mélanges offerts au Doyen Charles Cadoux*, PU Aix-Marseille, 1999, pp. 205-212.
[5] Décret n° 2018-457 du 6 juin 2018 portant convocation des électeurs et organisation de la consultation sur l'accession à la pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie, JORF n°0129 du 7 juin 2018.
[6] Il est directement inscrit dans le titre XIII de la Constitution « *Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie* » ; cf. LC n° 98-610 du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie, JORF n° 166 du 21 juillet 1998.

scrutin en vue de l'adoption des Accords de Nouméa[1] ; l'article 77 indique les dispositions statutaires à établir en attendant le référendum sur l'autodétermination[2]. L'aspect le plus original du régime calédonien réside dans la conception de la citoyenneté qui y est inscrite puisqu'elle a vocation à contribuer au processus d'auto-détermination en accordant des privilèges politiques[3] et économiques[4] à une partie de sa population au détriment du reste[5]. Ce traitement discriminatoire[6] a pour objectif affiché de réduire les disparités entre les populations[7] en vue de la consécration d'une nation calédonienne. Compris dans l'accord de Nouméa, « *le principe du rééquilibrage de la société calédonienne acquiert, par là même, une valeur constitutionnelle*[8]*, tout comme la notion de "destin commun" à laquelle il est directement associé* »[9]. La Nouvelle-Calédonie dispose donc d'un statut largement dérogatoire par rapport au grands principes du droit constitutionnel. Si l'auto-détermination n'est pas adoptée, le maintien de ces dérogations risque de se poser.

---

[1] Art. 76, al. 1er et 2, Constitution : « *Les populations de la Nouvelle-Calédonie sont appelées à se prononcer avant le 31 décembre 1998 sur les dispositions de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998 et publié le 27 mai 1998 au Journal officiel de la République française. Sont admises à participer au scrutin les personnes remplissant les conditions fixées à l'article 2 de la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988* ».

[2] LO n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, JORF n° 0068 du 21 mars 1999 p. 4197.

[3] Les corps électoraux pour le référendum de l'auto-détermination et pour les élections locales aux assemblées de provinces ne sont pas les mêmes. Le premier est plus restreint et se compose des populations d'origine kanak et des personnes pouvant justifier d'une durée de résidence d'au moins 20 vingt au plus tard au 31 décembre 2014. A cette date le corps électoral est ainsi gelé ; cf. art. 218 de la LO n° 99-209 du 19 mars 1999, préc. Le second, plus large, comprend les personnes du premier corps électoral, les personnes résidant depuis au moins 10 ans sur le territoire et qui font partie de la population d'origine kanak, ou qui sont nées de parents appartenant au premier corps électoral ; cf. l'article 188 de la LO n° 99-209 du 19 mars 1999, préc.

[4] Voir, Art. 24, LO n° 99-209 du 19 mars 1999, préc. ; Art. 2, LP n° 2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local, JONC du 12 août 2010, p. 6934) Article 2 de la loi du pays du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local, préc.). Voir, Cons. const., 15 mars 1999, n° 99-410 DC, préc., cons. 17 ; CE, Avis n° 372237 du 17 novembre 2005 relatif au soutien et à la promotion de l'emploi local dans les fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie, non publié. Voir infra, n° 1079.

[5] La citoyenneté calédonienne « *fonde les restrictions apportées au corps électoral pour les élections aux institutions du pays et pour la consultation finale. Elle [est] aussi une référence pour la mise au point des dispositions qui seront définies pour préserver l'emploi local* » (cf. Art. 2, Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, JORF n° 121 du 27 mai 1998 p. 8039). Elle doit permettre d'atténuer « *les ombres de la période coloniale* » (cf. Point 3, Préambule, Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, préc.).

[6] Le Professeur Olivier GOHIN considère que la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie est « *une citoyenneté de conséquence, de circonstance ou de convenance qui est le paravent des turpitudes, [...] une atteinte scandaleuse et aggravée, par l'État lui-même, à l'universalité du suffrage* » ; cf. O. GOHIN, « Quand la République marche sur la tête. Le gel de l'électorat restreint en Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 2007, pp. 800-808, spéc. p. 800.

[7] Point 4, Préambule, Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, préc. : « *le passé a été le temps de la colonisation. Le présent est le temps du partage, par le rééquilibrage. L'avenir doit être le temps de l'identité, dans un destin commun* ».

[8] L'accord de Nouméa, composé d'un préambule et d'un document d'orientation, a valeur constitutionnelle en vertu de l'article 77 de la Constitution. Voir, Cass., Ass. Plén., 2 juin 2000, « Mademoiselle Fraisse » ; Cons. const., 29 juillet 2004, n° 2004-500 DC, Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales. Sur la constitutionnalité par renvoi, voir A. ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française : recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2007.

[9] L. HAVARD, « La réalisation de la citoyenneté calédonienne », *RDP*, 2013, pp. 1179 et s.

674. **L'autonomisation quasi-politique de la Polynésie française**. La Polynésie française est un archipel du pacifique qui possède des caractéristiques identitaires assez marquées : s'y applique encore un droit coutumier et la langue tahitienne fait l'objet d'une promotion importante[1]. L'adoption du statut de COM-DA reconnu dans la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française a cherché à donner une existence symbolique à cette identité, à défaut d'une reconnaissance juridique. L'article 1er qualifie la collectivité de « *Pays d'outre-mer* » se gouvernant librement sans que cette dénomination n'emporte d'effet juridique[2]. Ses compétences ont été singulièrement étendues à de nouveaux champs législatifs, et les procédés de démocratie directe ont été introduits dans le fonctionnement des institutions locales : le droit de pétition, le référendum et la consultation des électeurs. Les actes adoptés dans le champ législatif de l'Etat sont dénommés « *lois de pays* »[3] mais « *n'ont de loi que le nom* »[4] dès lors qu'elles sont soumises à l'approbation du Premier ministre par décret qui, lui-même, doit être ratifié par le Parlement[5]. Ce nouveau statut a tenté « *d'accroître l'autonomie de la Polynésie française, tout en la maintenant dans la République [en trouvant] un compromis entre les principes républicains et l'octroi d'un droit à la différence* »[6]. Or si l'autonomie conférée n'est qu'« *administrative et non politique, le statut a paradoxalement permis l'avènement des indépendantistes à la tête de la collectivité !* »[7]. C'est ainsi qu'Oscar TEMARU, ex-président de la collectivité, est parvenu à faire réinscrire[8] la Polynésie française sur la liste des territoires non autonomes à décoloniser auprès des Nations-Unies[9]. Cette inscription donne mandat au Comité spécial de la décolonisation, pour enquêter sur la question. Il peut, à ce titre, se rendre sur le territoire de Polynésie et entendre les principales forces politiques. Une seconde résolution concernant le droit à l'autodétermination

[1] Ainsi, alors que la langue tahitienne avait été reconnue, par une décision territoriale, comme une langue officielle sur le sol polynésien la révision de 1992 est venue mettre un terme à ce statut ; cf. CE, 29 mars 2006, n° 282335, « Haut-Commissaire de la République en Polynésie française », Rec. Lebon : annulation d'une disposition du règlement intérieur de l'assemblée de Polynésie permettant à l'orateur de s'exprimer dans une langue autre que le français.
[2] Cons. const., 12 février 2004, n° 2004-490 DC, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, cons. 13.
[3] Art. 140, LO n° 2004-192 du 27 février 2004, portant statut d'autonomie de la Polynésie française, JORF n° 52 du 2 mars 2004 p. 4183.
[4] O. BUI-XUAN, « De la difficulté d'édifier un statut sur mesure : le nouveau statut de la Polynésie française », *LPA*, 21 février 2005, n° PA200503602, p. 6.
[5] Cons. const., 12 février 2004, n° 2004-490 DC, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, cons. 49.
[6] O. BUI-XUAN, « De la difficulté d'édifier un statut sur mesure : le nouveau statut de la Polynésie française », art. cit.
[7] Ibid.
[8] Tel avait déjà été le cas de la Polynésie, comme de la Nouvelle-Calédonie de 1946 à 1948.
[9] Résolution, AG, n° 67/265 du 17 mai 2013 qui reconnaît que la France est devenue une « Puissance administrante » et la Polynésie française « un territoire non autonome » à « décoloniser ».

de la Polynésie a été adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 11 décembre 2013. Elle demande que soient mis en place « *des programmes d'éducation politique dans le territoire afin de faire prendre conscience à la population de la Polynésie française de son droit à l'autodétermination* »[1]. A l'heure actuelle, l'Etat français ne semble cependant pas disposé à établir un tel processus et refuse toujours de participer aux réunions du Comité spécial[2].

675. **L'auto-détermination de Saint-Barthélemy et Saint-Martin vers un statut de COM-DA.** Les cas de Saint-Barthélemy et Saint-Martin sont historiques à plus d'un titre. Pour la première fois depuis la loi de départementalisation de 1946, des parties d'un DOM se détachent pour accéder à un statut d'autonomie[3]. De surcroît, il passe d'une organisation administrative classique à trois niveaux à une collectivité unique. Ce changement s'est réalisé, après la consultation des populations intéressées, au terme d'un processus législatif que d'aucuns qualifient d'« *exemplaire* »[4] avec deux lois adoptées à l'unanimité des membres des deux assemblées. Le 7 novembre 2003, la ministre des outremers a présenté aux assemblées ce qui devait constituer la « *feuille de route du Gouvernement* » en vue d'élaborer les statuts des deux collectivités[5]. Elle a été établie sur la base de « *documents d'orientation* » préparés et adoptés par les élus des assemblées de ces deux communes. Le 7 décembre 2003, les électeurs de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin décidèrent d'approuver ce changement de statut vers celui de collectivité d'outre-mer dotée de l'autonomie à une très large majorité – respectivement 95,51 % et 76,17 % – se séparant ainsi du DROM de Guadeloupe[6]. Deux projets de loi, ont vu le jour au début du mois de mai 2005 mais un changement de gouvernement a entraîné une nouvelle consultation des élus locaux : les conseils régional et départemental de Guadeloupe ont émis un avis favorable, avec quelques modifications pour Saint-Martin, ainsi que les élus des deux conseils municipaux en novembre 2005. Ils furent ensuite transmis pour avis au Conseil d'Etat dont l'Assemblée générale s'est prononcée, après un premier avis de la Section de l'Intérieur, le 2 mai 2006. Le dépôt s'est fait devant le Sénat qui a engagé la discussion le 30

[1] Résolution, AG, n° 11/469 du 11 décembre 2013.
[2] La dernière résolution, cf. Résolution AG n° 71/120 du 6 décembre 2016.
[3] Les raisons de ce détachement sont multiples, cf. P.-O. CAILLE, « Fasc. n° 130-60 : Collectivités d'outre-mer – Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon », *J-Cl Administratif*, date du fascicule : 10 février 2012, date de la dernière mise à jour : 6 mai 2016, n° 7 à 10.
[4] S. DIEMERT, « La création de deux nouvelles collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution : Saint-Barthélemy et Saint-Martin », *RFDA*, 2007, p. 669 et s.
[5] JOAN (CR) du 8 novembre 2003, p. 10297 et s.
[6] La question était formulée ainsi : « Approuvez-vous le projet de création [à Saint-Barthélemy ou à Saint-Martin] d'une collectivité d'outre-mer régie par l'article 74 de la Constitution, se substituant à la commune, au département et à la région, et dont le statut sera défini par une loi organique qui déterminera notamment les compétences de la collectivité et les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables ? ». Sur la question voir, S. DIEMERT, « La création de deux nouvelles collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution : Saint-Barthélemy et Saint-Martin », art. cit.

octobre 2006, laquelle s'est définitivement achevée 7 février 2007 à l'Assemblée nationale qui vota le texte en termes identiques après la constitution d'une commission mixte paritaire. La période transitoire a duré jusqu'à l'adoption de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer. Elle fut validée par le Conseil constitutionnel avec quelques réserves relatives au régime fiscal particulier de ces îles susceptible d'entraîner des rupture d'égalité devant les charges publiques[1].

676. **Le passage naturel au statut de COM-NDA de Saint-Pierre-et-Miquelon.** Saint-Pierre-et-Miquelon présente la particularité d'avoir un statut ayant été modifié à plusieurs reprises. Plus ancienne possession française ultramarine (elle passe sous souveraineté française en 1535), plusieurs fois occupée par les Anglais, elle revient définitivement à la France en 1815. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, Saint-Pierre-et-Miquelon est qualifiée, au même titre que la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et la Réunion, de « *vieille colonie* ». Cependant, « *du fait de son exiguïté et de son tropisme nord-américain, l'archipel n'a pas été départementalisé mais transformé en Territoire d'outre-mer* »[2]. En 1958, le Conseil général opte pour la conservation de ce statut, comme le lui permet l'article 76 de la Constitution. Puis, en 1976, le Gouvernement décida, « *par esprit de système (les TOM devant disparaître, soit par l'accession à l'indépendance, soit par transformation en département d'outre-mer[3]) ou par électoralisme[4] de transformer Saint-Pierre-et-Miquelon en Département d'outre-mer* »[5]. La loi du 19 juillet 1976[6] vint opérer ce changement de statut contre l'avis unanime du conseil général et de la population. Pour son incompatibilité avec le droit de l'Union européenne relatif à la fiscalité, aux règles douanières et à la politique de la pêche, le statut de DOM fut abandonné par la loi n° 85-595 du 11 juin 1985 qui en a fait une collectivité à statut particulier[7] tenant à la fois du département et de la région. Ce changement obtint cette fois l'aval des élus et de la population. La réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 a fait entrer Saint-Pierre-et-Miquelon dans les collectivités régies par l'article 74, entrainant une réécriture du statut. La plupart des

[1] Cons. const., 15 février 2007, n° 2007-547 DC, Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, cons. 25 et 47.
[2] P.-O. CAILLE, « Fasc. n° 130-60 : Collectivités d'outre-mer – Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon », *J-Cl Administratif*, date du fascicule : 10 février 2012, date de la dernière mise à jour : 6 mai 2016, n° 4.
[3] J.-Y. FABERON et J. ZILLER, *Droit des collectivités d'outre-mer*, LGDJ, 2007, p. 286.
[4] J.-L. MATHIEU, *L'outre-mer français*, PUF, 1994, p. 263.
[5] P.-O. CAILLE, « Fasc. n° 130-60 : Collectivités d'outre-mer – Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon », op. cit.
[6] Loi n° 76-664 du 19 juillet 1976 relative à l'organisation de Saint-Pierre-et-Miquelon, JORF 20 juillet 1976, p. 4323.
[7] La loi qualifie Saint-Pierre-et-Miquelon de « *collectivité territoriale de la République française* » ; cf. Art. 1er Loi n° 85-595, 11 juin 1985, relative au statut de Saint-Pierre-et-Miquelon, JORF 14 juin 1985 p. 6551.

dispositions de la loi organique de 2007 qui y sont relatives sont une simple codification de dispositions déjà existantes. On peut noter que selon ses termes, la « *collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon* » s'administre librement par ses élus et par la voie du référendum local[1]. Pour le futur, il est envisagé de faire du conseil territorial une émanation ou un regroupement des deux conseils municipaux[2] ; la fusion des collectivités risquerait, quant à elle, de porter atteinte aux intérêts spécifiques de Miquelon-Langlade[3].

677. **L'assimilation progressive de Mayotte vers un statut de droit commun régi par l'article 73.** Pierre-Olivier CAILLE, le rappelle : la procédure de l'article 72-4 permettant de passer du statut de COM à celui de DROM (et inversement) « *avait vocation à permettre la transformation de Mayotte en département d'outre-mer* »[4]. Ce changement de statut devait parachever définitivement l'insertion du territoire dans la République, alors que pendant des décennies son possible rattachement à l'Union des Comores restait envisagé[5]. Jusqu'à la révision de 2003, Mayotte était considérée comme une collectivité *sui generis* au sens de l'ex-article 72 de la Constitution. Elle empruntait à la fois au statut de TOM (spécialité législative) et au statut de DOM (organisation de type « métropolitaine » avant 1982, avec un préfet à la fois représentant de l'Etat dans la collectivité et exécutif de la collectivité). La loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte qualifie le territoire de « *collectivité départementale* », allant dans le sens de la départementalisation, sans pour autant en faire un véritable département. Elle met en place un statut transitoire qui doit permettre l'adoption d'« *une organisation juridique, économique et sociale qui se rapprochera le plus possible du droit commun et qui sera adaptée à l'évolution de la société mahoraise* »[6]. Avec la révision de 2003,

---

[1] Art. LO. 6411-1, CGCT.

[2] C. COINTAT et B. FRIMAT, *Saint-Pierre-et-Miquelon : trois préfets plus tard, penser l'avenir pour éviter le naufrage*, n° 308 (2010-2011), 15 février 2011, Sénat, n° 308, p. 53-55 et 71.

[3] En mars 2016, la ministre des Outre-mer a chargé trois personnalités qualifiées de coordonner la rédaction des deux propositions d'évolution statutaire pour l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon. Rendu le 6 mai 2016, leur rapport propose deux « *orientations pour un changement de statut* », avec deux schémas institutionnels différents : celui de collectivité unique et celui d'une collectivité territoriale nouvelle, issue des deux communes de l'archipel. Le rapport est consultable sur le site de la Préfecture de Saint-Pierre-et-Miquelon (http://www.saint-pierre-et-miquelon.gouv.fr/).

[4] P.-O. CAILLE, « Fasc. n° 130-20 : Guadeloupe, Guyane, Martinique et Réunion », *J-Cl Administratif*, date du fascicule : 22 janvier 2012, date de la dernière mise à jour : 30 avril 2014, n° 29.

[5] J.-M. PONTIER, « Les petits territoires de la France lointaine : Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Terres australes et Antarctiques », *RFDA*, 2007, p. 656 : « *Après l'accession à l'indépendance des Comores, Mayotte a choisi de demeurer française, et ce choix a été réitéré fortement à plusieurs reprises, allant un moment à l'encontre des souhaits non exprimés des pouvoirs publics français, loin d'être hostiles au rattachement de Mayotte à l'Etat des Comores* ».

[6] Al. 5, Accord du 27 janvier 2000 sur l'avenir de Mayotte, JORF n°32 du 8 février 2000 p. 1985 : « *le statut de collectivité départementale permettra d'adopter une organisation juridique, économique et sociale qui se rapprochera le plus possible du droit commun et qui sera adaptée à l'évolution de la société mahoraise* ». Ce caractère progressif apparaît notamment dans le transfert des compétences et l'application du principe d'identité législative : « *II. - 1. La collectivité départementale sera dotée d'une assemblée unique, dénommée « conseil*

de nombreuses dispositions de la loi de 2001 doivent être « reclassées » en dispositions de nature organique. La plupart des dispositions de la loi organique de 2007 sont donc des dispositions de codification avec quelques ajustements relatifs au droit électoral et aux conditions d'intervention des juridictions administratives et financières. Ainsi, si Mayotte retourne dans le giron de l'article 74 relatif au COM, elle conserve toujours ses spécificités et son statut « *en voie d'assimilation* »[1] vers le droit commun de la décentralisation. La loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 fait passer Mayotte du statut de COM à celui de collectivité unique régie par l'article 73[2] appelée de « *Département de Mayotte* ». Ce changement accepté à 95,14 % par les votants peut interroger sur la loyauté du référendum compte tenu de l'appellation potentiellement trompeuse[3]. Acté en 2009 et effectif depuis 2011, le changement de statut s'est fait, là encore, en tenant compte des particularités du territoire et de la continuation du processus d'assimilation au droit commun[4].

678. **Wallis-et-Futuna : un statut de COM inachevé.** Les îles Wallis et Futuna sont passées sous protectorat français en 1887 et 1888 après la signature des traités par la reine Amélia de Wallis et les rois d'Anise Tamole et Setefano Tuikalepa. Ils conservent leur autorité coutumière sur leurs sujets. Le résident français, représentant de la France dans ce territoire n'avait pour seule compétence que les affaires extérieures. Les différents projets d'annexion élaborés au

---

général ». Elle pourra continuer d'exercer ses actuelles compétences ; elle recevra en outre progressivement et suivant un calendrier fixé par la loi, de nouvelles compétences de caractère départemental et de caractère régional, notamment dans le domaine de la coopération décentralisée […] 4. Mayotte continuera de bénéficier de la spécialité législative : les lois ne s'y appliqueront que sur mention expresse et après avis du conseil général. Dans certains domaines, l'identité législative sera progressivement instaurée. Le conseil général pourra solliciter l'extension ou l'adaptation des lois et règlements. L'objectif est d'étendre à Mayotte le principe d'identité législative à l'horizon 2010 » ; cf. ibid.

[1] S. DIEMERT, « La création de deux nouvelles collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution : Saint-Barthélemy et Saint-Martin », *RFDA*, 2007, p. 669.

[2] Art. 63, LO n° 2009-969 du 3 août 2009, relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte, préc. La procédure de l'article 72-4 « *avait vocation à permettre la transformation de Mayotte en département d'outre-mer* » ; cf. P.-O. CAILLE, « Fasc. n° 130-20 : Guadeloupe, Guyane, Martinique et Réunion », op. cit., n° 29.

[3] Sur ce point la question posée lors du référendum était claire : « Approuvez-vous la transformation de Mayotte en une collectivité unique appelée "Département", régie par l'article 73 de la Constitution, exerçant les compétences dévolues aux départements et aux régions d'outre-mer ? ». Voir not. CE, 4 avril 2011, n° 345661, « Moussa », JurisData n° 2011-005504, ou encore Ord. n° 2011-864, 22 juillet 2011, relative à la protection et à la mise en valeur des terres agricoles dans les départements d'outre-mer, dans le Département de Mayotte et à Saint-Martin, JORF 23 juillet 2011, p. 12627.

[4] CE, Ass. gén., Avis n° 383887, 20 mai 2010, « Départementalisation Mayotte », § IV : l'assemblée générale considère à cet égard que les adaptations réalisées peuvent être compatibles avec le régime de l'identité législative dès lors que « *a) les écarts permanents qu'elles laissent subsister avec le droit métropolitain restent dans les limites de la faculté d'adaptation prévue par l'article 73 ; b) Même lorsque le droit local, tel que modifié par ces dispositions, demeure profondément dérogatoire à celui de la métropole, l'écart préexistant se trouve réduit dans la perspective d'un rapprochement progressif du droit métropolitain ; c) Ces dispositions, même très dérogatoires, interviennent pour la période nécessaire à l'adoption des mesures d'organisation rendant possible la mise en œuvre locale d'un régime identique ou proche de celui qui est applicable en métropole* ».

début du XXe siècle sont tous abandonnés, jugés trop coûteux[1]. Ces îles deviennent un TOM, après référendum, en vertu de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961, modifiée notamment par la loi n° 73-549 du 28 juin 1973, la loi n° 78-1018 du 18 octobre 1978 et la loi organique n° 95-173 du 20 février 1995. En 2003, elles passent au statut de COM mais aucune loi organique n'est adoptée en raison des crises politiques des années 2000[2]. Elles restent donc dotées d'une assemblée territoriale et d'un conseil territorial et sont caractérisées par la prééminence des organes de l'État et la déconcentration. L'originalité de cette collectivité tient à la présence de rois investis de fonctions administratives officielles. L'article 3 du statut précise que « *la République garantit aux populations du territoire des îles Wallis et Futuna le libre exercice de leur religion ainsi que le respect de leurs croyances et de leurs coutumes en tant qu'elles ne sont pas contraires aux principes généraux du droit et aux dispositions de la présente loi* »[3]. L'évolution du territoire tient à l'autonomisation de sa gouvernance vis-à-vis de la Nouvelle-Calédonie. A l'origine, les compétences de l'Etat à Wallis-et-Futuna étaient exercées par des services placés sous l'autorité du Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie et de l'administrateur supérieur du territoire. Ce n'est plus le cas depuis le statut actuel de la Nouvelle-Calédonie du 19 mars 1999 issu des Accords de Nouméa du 5 mai 1998. Un accord adopté le 1er décembre 2003 règle les relations entre la Nouvelle-Calédonie et Wallis-et-Futuna rendu nécessaire par le grand nombre de wallisiens et futuniens en Nouvelle-Calédonie, plus nombreux que sur leurs îles[4].

679. **L'évolution des DROM de l'Atlantique vers le statut de collectivité unique régie par l'article 73.** Les DROM de l'Atlantique sont constitués de la Guadeloupe, la Guyane, et la Martinique. De par leur histoire et leur évolution statutaire similaires[5], ils peuvent être traités conjointement. En effet, ils font partie, avec Saint-Pierre-et-Miquelon et la Réunion, des plus anciennes colonies françaises. Ils ont en commun, avec la Réunion, « *d'avoir été des colonies de peuplement, d'avoir connu l'Ancien Régime et la Révolution, l'esclavage et l'application de l'abject Code noir, puis son abolition. Revendiquant avec constance l'assimilation au XIXe siècle, ces colonies sont devenues les départements d'outre-mer au milieu du XXe siècle* »[6].

---

[1] J.-C. ROUX, *Wallis et Futuna : espaces et temps recomposés : chroniques d'une micro-insularité*, PU de Bordeaux, 1995, p. 137 et s.
[2] Sur la question voir, J.-Y. FABERON, « Chapitre 4 (folio n°1965) – Outre-mer : Wallis et Futuna », *Encyclopédie Dalloz Collectivités locales*, aout 2005.
[3] P. De DECKKER (sous la direction de), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, L'Harmattan, 1995, spéc. pp 132 à 189 et pp. 175 à 189.
[4] Voir son texte dans la *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, n° 3, 2004, p. 85-86.
[5] C. COINTAT et B. FRIMAT, *Guyane, Martinique, Guadeloupe : l'évolution institutionnelle, une opportunité, pas une solution miracle*, Rapport d'information, n° 410 (2010-2011), 6 avril 2011, Sénat, n° 410, pp. 68-71.
[6] P.-O. CAILLE, « Fasc. n° 130-20 : Guadeloupe, Guyane, Martinique et Réunion », op. cit., n° 1.

DOM depuis 1946, ces trois collectivités sont devenus naturellement des DROM avec la révision de 2003. Ce nouveau statut leur offre des perspectives d'évolution qui n'existaient pas jusqu'à lors grâce aux articles 72-4 et 73 de la Constitution. Dès 2003, les élus de ces collectivités s'en sont emparés pour tenter de faire évoluer leur statut vers celui de collectivité unique en remplacement du département et de la région. Les premières consultations ont eu lieu le 7 décembre 2003 en Guadeloupe et en Martinique en vue de transformer ces DROM en collectivité unique. Le « non » l'a emporté très largement en Guadeloupe (72,98 %) et de peu en Martinique (50,48 %)[1]. Le 10 janvier 2010, les électeurs de Guyane et de Martinique ont été consultés pour la transformation de leur DROM en COM[2]. Le « non » l'a très largement emporté avec 70,2 % des votes en Guyane et 79,3 % en Martinique. Ensuite, comme le prévoyaient les deux décrets relatifs à la consultation[3], les électeurs guyanais et martiniquais ont de nouveau été consultés le 24 janvier 2010 pour le passage de leur DROM à une collectivité unique. La transformation fut cette fois adoptée à 57,49 % en Guyane et 68,3 % en Martinique[4]. La loi n° 2011-884 du 27 juillet 2011 a mis en place le cadre de cette évolution[5] : deux commissions tripartites (Etat, région, département) ont été chargées de préparer le passage à la collectivité unique[6] ; deux ordonnances ont été adoptées, la première pour opérer les transferts de moyens

[1] Plusieurs écueils ont pu être relevés vis-à-vis de ces scrutins, notamment le caractère alambiqué de la question (« Approuvez-vous le projet de création en Guadeloupe d'une collectivité territoriale demeurant régie par l'article 73 de la Constitution, et donc par le principe de l'identité législative avec possibilité d'adaptations, et se substituant au département et à la région dans les conditions prévues par cet article ? »), ainsi que la participation des électeurs de Saint-Martin et Saint-Barthélémy au scrutin de Guadeloupe alors même qu'ils s'étaient prononcés pour la sécession de leur île avec la Guadeloupe le même jour.

[2] La question était formulée ainsi : « Approuvez-vous la transformation de la Guyane/Martinique en une collectivité d'outre-mer régie par l'article 74 de la Constitution, dotée d'une organisation particulière tenant compte de ses intérêts propres au sein de la République ? ».

[3] Art. 2, Décret n° 2009-1405 du 17 novembre 2009 relatif à la consultation des électeurs de la Guyane en application des articles 72-4 et 73 de la Constitution, JORF 19 novembre 2009 p. 19953 ; art. 2, Décret n° 2009-1406, 17 novembre 2009, relatif à la consultation des électeurs de la Martinique en application des articles 72-4 et 73 de la Constitution, JORF 19 novembre 2009 p. 19953.

[4] La question posée était : « Approuvez-vous la création en Guyane / Martinique d'une collectivité unique exerçant les compétences dévolues au département et à la région tout en demeurant régie par l'article 73 de la Constitution ? ».

[5] Il faut noter que le législateur a retenu des schémas institutionnels différents pour les deux collectivités. Le schéma de la Guyane rappelle celui des régions métropolitaines avec un Président, choisi parmi les membres de l'assemblée et qui fait office d'exécutif. L'assemblée est assisté d'un Conseil économique, social et environnemental ainsi que d'un conseil consultatif des populations amérindiennes et bushinenge (art. L. 4436-1 à L. 4436-6, CGCT et D. 4436-1 à D. 4436-10, CGCT). L'organisation de la Martinique se rapproche de celle de la Corse avec un conseil exécutif de neuf membres dont les mandats sont séparés de ceux de conseillers de l'assemblée délibérante et responsables politiquement devant elle. Le président du conseil exécutif disposera en outre de vastes compétences propres mais il devra déléguer une partie de ses fonctions à chaque conseiller exécutif.

[6] Décret n° 2011-1905 du 19 décembre 2011 relatif aux commissions tripartites prévues à l'article 15 de la loi n° 2011-884 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique, JORF 21 décembre 2011, p. 21641.

humains, matériels et mettre en place les outils budgétaires[1] et la seconde pour définir, avec les adaptations nécessaires, les dispositions budgétaires, financières et comptables[2]. Alors que la Martinique et la Guyane avançaient sur le processus de transformation statutaire, le Congrès des élus départementaux et régionaux de Guadeloupe a souhaité bénéficié d'un délai supplémentaire compte tenu des troubles sociaux que l'île connaissait. Fin décembre 2010, le congrès a estimé que le processus d'élaboration du « *projet guadeloupéen de société* » n'était pas encore achevé. Toutefois, il a d'une part écarté tout passage au statut de collectivité d'outre-mer régie par l'article 74 de la Constitution et d'autre part demandé l'adaptation de la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales en augmentant le nombre de sièges et en modifiant le mode de scrutin[3]. Cette demande fut repoussée par le Président de la République considérant qu'une telle adaptation n'était pas envisageable dès lors que la Guadeloupe demeurait dans le cadre du droit commun[4]. Cette position semble en accord avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle les adaptations prévues par l'article 73 ne sauraient conféré à un DROM une organisation particulière normalement prévue pour les seules COM[5]. Lors de sa réunion des 8 et 9 décembre 2011, le Congrès des élus guadeloupéens s'est prononcé en faveur de la collectivité unique sans pour autant fixer de date à une prochaine consultation.

680. **L'assimilation achevée de La Réunion par le statut de DROM.** Bien qu'elle fasse partie des « quatre vieilles » colonies, La Réunion méritent un traitement singulier dans la mesure où elle semble avoir atteint son objectif statutaire : l'assimilation la plus poussée avec le droit commun des collectivités territoriales. L'existence d'une région monodépartementale régie par l'article 73 fait l'objet d'un large consensus aussi bien chez élus que dans la

[1] Ord. n° 2012-1398, 13 décembre 2012 relative au transfert des personnels et des biens et obligations des départements et des régions aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique, JORF 14 décembre 2012, p. 19548.

[2] Ord. n° 2012-1397, 13 décembre 2012 déterminant les règles budgétaires, financières et comptables applicables aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique, JORF 14 décembre 2012, p. 19542.

[3] Le congrès souhaitait en effet, d'une part, que le nombre de conseillers territoriaux soit relevé de 43 à 65 et, d'autre part, que ces derniers soient élus, pour moitié, au scrutin majoritaire uninominal et, pour moitié, au scrutin proportionnel de liste avec prime majoritaire de 25 %, dans une circonscription unique divisée en quatre sections électorales correspondant aux quatre circonscriptions législatives.

[4] Voir, Cons. const., 9 décembre 2010, n° 2010-618 DC, Loi de réforme des collectivités territoriales, cons. 70 : l'habilitation donnée au Gouvernement pour adapter la loi aux spécificités des outre-mers « *ne peut pas [le] dispenser […], dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont ainsi conférés, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle* ». En l'espèce était visée l'obligation de consulter les électeurs de la collectivité lorsque doit être mise en place une assemblée délibérante unique, ce qui correspondait, *in fine*, à la demande des élus guadeloupéens.

[5] Cons. const., 2 décembre 1982, n° 82-147 DC, Loi portant adaptation de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à la Réunion.

population[1]. Aucun projet d'évolution vers une collectivité ou une assemblée unique n'existe pour le moment. L'alinéa 5 de l'article 73, inséré à la demande des élus réunionnais par la révision de 2003, constitue la marque de la volonté de ne pas déroger au droit commun puisqu'il empêche toute habilitation législative ou réglementaire conférée à ce territoire[2]. Toutefois, certains élus, dont l'ancien sénateur Paul VERGES, souhaitent profiter de la révision constitutionnelle à venir pour supprimer cet alinéa[3]. Ce dernier a également milité pour la création d'une collectivité unique, suivi et soutenu par André ORAISON, Professeur de droit international à l'Université de la Réunion[4]. Cependant, dès lors que l'alinéa 5 indique expressément l'existence du département et de la région de La Réunion, toute tentative de fusion nécessite automatiquement une modification de la Constitution.

681. **Les Terres australes et antarctiques françaises, un statut *sui generis*.** Les Terres australes et antarctiques françaises (TAAF) ne constituent pas une collectivité territoriale comme les autres au regard de leurs situations géographique et démographique. Sur le plan géographique, elles se décomposent en cinq districts : trois constituant les terres australes (archipel Crozet, îles Kerguelen, îles Saint-Paul et Nouvelle-Amsterdam), très au sud de Madagascar, le district de Terre-Adélie en antarctique, et le district des îles Eparses ajoutées en 2007 situées principalement dans le canal du Mozambique ou proches de Madagascar (l'atoll Bassas da India, l'île Europa, les îles Glorieuses, l'île Juan de Nova et l'île Tromelin). Sur le plan démographique les TAAF ont pour particularité de ne pas posséder de population permanente, ce qui n'est pas sans difficulté pour affirmer leur statut de collectivité territoriale à part entière[5]. En l'absence de population permanente, il leur devient impossible de disposer

---

[1] F. DESPLAN, *Sur le projet de loi de finances pour 2012*, Rapport pour avis, Sénat, 2011-2012, n° 112, p. 29-30.

[2] Art. 73, al. 5, Constitution : « La disposition prévue aux deux précédents alinéas n'est pas applicable au département et à la région de La Réunion ». Michel VERPEAUX considère ici que « *la liberté de ne pas être différent est une manière de revendiquer l'égalité qui est, dans ce cas, synonyme d'assimilation* » ; cf. M. VERPEAUX, « Rapport introductif », in J. BENETTI (sous la direction de), *Les collectivités territoriales et le principe d'égalité,* travaux de l'Association de droit des collectivités locales, L'Harmattan, 2016, p. 23.

[3] Depuis 2013, le débat a été réactivé à l'initiative de la député Ericka BAREIGT et du sénateur Paul VERGES qui ont déposé une proposition de loi constitutionnelle en ce sens ; cf. Proposition de loi constitutionnelle n° 1101 visant à étendre aux collectivités de l'île de La Réunion les possibilités de délégation du pouvoir normatif national prévues à l'article 73 alinéas 3 et 4 de la Constitution, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 mai 2013 ; voir aussi Avis n° 114 (2017-2018) de M. Thani MOHAMED SOILIHI, fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi de finances pour l'Outre-mer, déposé le 23 novembre 2017.

[4] P. VERGES, « Une collectivité unique pour La Réunion », *Initiatives*, n° 88, 3 mars 2014 ; voir aussi, A. ORAISON, « La suppression de l'alinéa 5 de l'article 73 de la Constitution. Le triptyque institutionnel du sénateur Paul Vergès », *Témoignages*, 16 mars 2018.

[5] Certains considèrent, comme Olivier GOHIN, qu'il s'agit d'une « *circonscription administrative de l'Etat* » ; cf. O. GOHIN, *Institutions Administratives*, LGDJ, Paris, 2002, p. 598. D'autres considèrent qu'il s'agit à tout le moins d'une « *collectivité territoriale virtuelle* » ou « *en devenir* » car rien n'interdit une population sédentaire de s'y installer ; cf. A. ORAISON, « Le statut des Terres australes et antarctiques françaises à la lumière de l'article additionnel 72-3 de la Constitution. La création d'une nouvelle collectivité territoriale sui generis de la République en application de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 », *RFDA*, 2007, p. 681.

d'un organe délibérant élu leur permettant de s'administrer librement. Leur statut spécifique, régi par la loi n° 55-1052 du 6 août 1955[1], leur confère tout de même la personnalité morale et l'autonomie administrative et financière. Elles sont dirigés par un préfet, Administrateur supérieur des TAAF, à la tête d'une administration, dont les cinq chefs de district, située à Saint-Pierre de La Réunion[2]. Ce statut *sui generis* a été confirmé lors de la révision de 2003 en étant inscrit à l'article 72-3, lequel indique que « *la loi détermine le régime législatif et l'organisation particulière des Terres australes et antarctiques françaises* ». Elles bénéficient donc d'un statut à part qui n'entre dans aucune des catégories de droit commun ou des outremers. A l'heure actuelle, leur statut ne semble pas être remis en cause.

682. L'évolution statutaire des outremers est une constante de ces territoires. Elle doit permettre d'adapter progressivement les règles qui s'y appliquent à leurs contextes propres et particuliers. Cette adaptation doit servir notamment à compenser les inégalités structurelles qu'on y observe. La logique est celle de l'autonomisation locale qui donnent aux citoyens la possibilité de choisir les régimes qui correspondent le mieux à ces particularités. Sur ce point, la révision de 2003 est parvenu à son objectif[3].

683. Ce droit de l'outre-mer, « *évolutif par nature* »[4], ne saurait être transposé en métropole de manière globale. Seule la Corse semble pouvoir le faire tant ses spécificités sont grandes. Les évolutions applicables en métropole, notamment la différenciation au sein d'une même catégorie, ne se font pas facilement. C'est une des raisons pour laquelle le constituant de 2003 a également constitutionnalisé les possibilités d'expérimentation. Leur encadrement ne remet pas en cause substantiellement le caractère principiel de l'uniformité normative.

[1] Loi n° 55-1052 du 6 août 1955 portant statut des Terres australes et antarctiques françaises et de l'île de Clipperton, JORF du 9 août 1955 p. 7979.

[2] Voir not., A. ORAISON, « Le statut des Terres australes et antarctiques françaises à la lumière de l'article additionnel 72-3 de la Constitution. La création d'une nouvelle collectivité territoriale sui generis de la République en application de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 », art. cit.

[3] Voir, S. DIEMERT, « La création de deux nouvelles collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution : Saint-Barthélemy et Saint-Martin », *RFDA*, 2007, p. 669 : « *la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 aura ainsi démontré son utilité et sa parfaite adéquation aux objectifs poursuivis par ses auteurs : offrir à nos compatriotes d'outre-mer, dans un cadre désormais organisé et sécurisé, les possibilités d'adopter le statut qui, au sein de la République, répondent le mieux à leurs aspirations* ».

[4] J.-M. PONTIER, « Les petits territoires de la France lointaine : Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Terres australes et Antarctiques », *RFDA*, 2007, p. 656.

B) L'expérimentation, un préalable aux modifications des statuts

684. L'expérimentation, dès lors qu'elle ne s'applique qu'à une portion du territoire[1], constitue une atteinte à son unité normative. A cet égard, la constitutionnalisation des deux mécanismes existants a pu être analysée comme une tentative de mise en échec du principe d'égalité devant la loi[2], ou du moins de rééquilibrage dans le rapport qui les oppose[3]. Expérimenter permet de tester l'application de nouvelles dispositions pour une ou plusieurs collectivités, avant une éventuelle modification statutaire. Pour reprendre la distinction opérée par Géraldine CHAVRIER[4], l'expérimentation-transfert vise à expérimenter un transfert de compétence au profit d'une catégorie de collectivités. Elle porte atteinte à l'égalité entre les collectivités de la catégorie concernée pour une durée limitée, avant sa généralisation ou son abandon (1). L'expérimentation-dérogation, dont l'objectif consiste à établir un régime adapté à la situation des collectivités territoriales, peut, en revanche, constituer une atteinte pérenne à l'uniformité des statuts, si les mesures dérogatoires sont maintenues (2)[5].

1) L'expérimentation-transfert de l'article 37-1 de la Constitution

685. L'article 37-1 de la Constitution dispose, sans autre précision, que « *la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental* ». Il consacre ainsi un mécanisme d'expérimentation, déjà utilisé par le passé, à l'initiative du législateur, dont l'objectif consiste à proposer aux collectivités territoriales qui le souhaitent de procéder à une expérimentation législative en vue de sa généralisation ultérieure.

---

[1] Il convient toutefois de rappeler que certaines expérimentations se sont appliquées à l'ensemble du territoire. Sur ces expérimentations générales, voir J. CHEVALLIER, « Les lois expérimentales, le cas français », in C.-A. MORAND (sous la direction de), *Evaluation législative et lois expérimentales*, PU d'Aix-Marseille, 1993, p. 125. Il ne s'ensuit aucune atteinte à l'uniformité de la législation, et donc au principe constitutionnel d'égalité, la norme expérimentale étant applicable à tous et partout ; cf. Voir par exemple en ce sens : V. PERROCHEAU, « L'expérimentation, un nouveau mode de création législative », *Revue française des affaires sociales*, 2000, n° 1, p. 20.

[2] B. FAURE, « Les relations paradoxales de l'expérimentation et du principe d'égalité », *RFDA*, 2004, p. 1151.

[3] Le garde des Sceaux a ainsi rappelé, à plusieurs reprises, que « *l'introduction de ce dispositif dans la Constitution permettra […] de proposer un équilibre [entre ces deux principes] différent de l'équilibre actuel* » ; cf. D. PERBEN, Compte-rendu de la 3e séance du 21 novembre 2002, JORF, Assemblée Nationale, C.R., 22 novembre 2002, p. 5519.

[4] G. CHAVRIER, « Fasc. n° 116-20 : Expérimentation territoriale », *J-Cl Administratif*, date du fascicule : 18 novembre 2004, date de la dernière mise à jour : 21 décembre 2009.

[5] Géraldine CHAVRIER précise ainsi que « *dans les deux cas, l'expérimentation est territoriale puisqu'elle vise soit à déterminer la pertinence d'un transfert d'une compétence étatique au niveau local par l'expérimentation de sa gestion locale, soit à faire participer le niveau local à l'exercice du pouvoir normatif national en testant localement des normes, et ainsi en les adaptant à leur milieu d'application* » ; ibid., n° 1.

Rompant, par nature, avec le principe d'égalité devant la loi, ce mécanisme est soumis à un contrôle des juges, administratif et constitutionnel, qui l'encadrent strictement.

686. **L'apparition de l'expérimentation-transfert**. L'expérimentation apparaît, à ses débuts, comme un moyen de perfectionner les procédures de gestion et de décisions en s'inspirant d'une méthode scientifique fondée sur l'observation, et systématisée au XIXe siècle[1]. Possible tant dans le domaine du règlement que dans celui de la loi, le mécanisme a d'abord été mis en œuvre dans un service, puis dans un département ministériel, pour gagner la sphère plus vaste de l'organisation administrative territoriale[2]. L'expérimentation présente d'abord « *l'intérêt de juger l'opportunité d'une réforme à la lumière d'un préalable (la mise à l'essai limitée de cette réforme dans le temps et dans l'espace) et, finalement, de corriger le mal chronique de l'instabilité législative* »[3].

687. Il s'agit d'« *une procédure de mise au point sur échantillon* » qui, s'intégrant au processus de réforme, « *en constitue la première phase opératoire […] dont l'objet […] est de faire l'économie des inconvénients inhérents à l'application immédiate de mesures généralisées* »[4]. Elle est donc, en premier lieu, utilisée comme une technique de légistique permettant d'améliorer les processus de réforme. Le Conseil d'État[5] explique qu'elles peuvent, selon les cas, aider à surmonter la méfiance du citoyen[6], à s'adapter aux variétés de situations individuelles, catégorielles[7] ou matérielles[8] ou à permettre l'encadrement juridique de ce qui est évolutif, et notamment des avancées technologiques. Toutefois, on a pu se demander si l'application progressive de certaines réformes était exclusivement motivée par ce type de

[1] Voir not., J. BOULOUIS, « Note sur l'utilisation de la "méthode expérimental" en matière de réformes », in *Mélanges offerts à Louis Trotabas*, LGDJ, 1970, p. 38.

[2] Voir par ex., Décret n° 62-392 du 10 avril 1962, portant expérience d'organisation nouvelle des services de l'Etat dans les départements de Corrèze, Eure, Seine-Maritime, et Vienne, JORF du 11 avril 1962 p. 3731 : expérimente une nouvelle mission générale de coordination et d'animation pour les préfets dans les départements de la Corrèze, l'Eure, la Seine-Maritime, et la Vienne. Il sera suivi par le décret n° 64-250 du 14 mars 1964 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation des services de l'Etat dans les départements et à la déconcentration administrative, JORF du 20 mars 1964 p. 2588.

[3] A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, Dalloz, 2011, p. 383.

[4] J. BOULOUIS, « Note sur l'utilisation de la « méthode expérimentale » en matière de réformes », in *Mélanges Trotabas*, Paris, LGDJ, 1970, p. 34.

[5] CE, « Les nouvelles questions de l'égalité des droits : égalité, expérimentation, et dérogation », *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, La documentation française, 1997.

[6] Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse expérimentant une dépénalisation de l'avortement, JORF du 18 janvier 1975 p. 739

[7] Loi n° 88-1088 du 1er décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion, JORF du 3 décembre 1988 p. 15119

[8] CE, Sect., 13 octobre 1967, « Sieur Peny », n° 58332 ; Voir aussi, CE, 21 février 1968, « Ordre des Avocats près la Cour d'appel de Paris e. a. », Rec. p. 123.

difficultés pratiques[1], ou si elle n'était pas au surplus inspirée par la volonté d'expérimenter le nouveau dispositif[2].

688. Il faudra attendre le milieu des années 1990 pour voir l'Etat proposer des expérimentations aux collectivités territoriales, dans le cadre d'expérimentations-transferts : la loi du 25 juillet 1994 relative à la Sécurité sociale[3], la loi du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, complétée par celle du 13 février 1997 portant création de Réseau Ferré de France[4], ou encore la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité[5]. La constitutionnalisation du procédé à l'article 37-1, montre, par sa formule lapidaire, la volonté du pouvoir constituant de le placer dans le cadre déjà défini par les jurisprudences administrative et constitutionnelle. A cet égard, le Conseil d'État a rendu un avis négatif, non public[6], le 11 octobre 2002, mettant en cause cette imprécision et proposa une nouvelle rédaction dans laquelle était expressément indiquée le caractère dérogatoire du droit à l'expérimentation vis-à-vis du principe d'égalité. Le pouvoir constituant a néanmoins maintenu sa version initiale.

689. Or, comme le suggère fort justement, Jean-Marie PONTIER, « *sur ce terrain de l'égalité, où les malentendus sont permanents, il convient de savoir sur quel plan l'on se place* »[7] : soit du côté de la généralité, soit du côté de la différenciation. S'agissant d'une différenciation spatiale, l'expérimentation est conforme au principe d'égalité si elle est justifiée par une différence de situation objective ou par un objectif d'intérêt général. Les expérimentations-transferts aux collectivités font partie de cette dernière catégorie. Finalement, l'absence de précision dans les dispositions de l'article 37-1 laisse aux autorités nationales une

---

[1] Voir en ce sens, J.-M. PONTIER, « L'expérimentation et les collectivités locales », *La Revue Administrative*, 2001/2, p. 176

[2] Voir en ce sens, R. DRAGO, « Le droit de l'expérimentation », *Mélanges F. Terré*, PUF, 1999, p. 231. A. DUTHEILLET De LAMOTHE, concl. sur C.E., 21 février 1968, « Ordre des Avocats près la Cour d'appel de Paris e a. », *Dalloz*, 1968, p. 225 : « *la disposition attaquée n'est qu'une mesure transitoire destinée à faciliter par une expérience préalable l'application générale du nouveau système* ».

[3] Loi n° 94-637 du 25 juillet 1994 relative à la sécurité sociale, JORF du 27 juillet 1994, p. 10815, art. 38 : « *des conventions conclues entre certains départements, des organismes de sécurité sociale et, éventuellement, d'autres collectivités territoriales définissent, dans le cadre d'un cahier des charges (…) les conditions de la mise en œuvre de dispositifs expérimentaux d'aide aux personnes âgées dépendantes* ».

[4] Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JORF du 05 février 1995, p. 1973 ; loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public « Réseau ferré de France » en vue du renouveau du transport ferroviaire, JORF du 15 février 1997 p. 2592. En faisant de certaines régions pilotes les autorités organisatrices des transports régionaux, l'expérimentation va conduire à la coexistence de deux systèmes d'organisation ferroviaire, dès lors susceptible d'attenter au principe d'égalité. Ainsi, si la loi n'avait pas imposé le respect des principes de la tarification nationale, la liberté tarifaire reconnue aux régions expérimentatrices aurait pu menacer le principe d'égalité tarifaire.

[5] Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, JORF du 28 février 2002 p. 3808.

[6] B.J., « Le Conseil d'Etat rend un avis négatif sur le projet », *Le Monde*, 12 octobre 2002.

[7] J.-M. PONTIER, « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *AJDA*, 29 septembre 2003, pp. 1715-1723, p. 1717.

plus grande liberté. La poursuite de l'expérimentation étant inscrite dans la Constitution, l'intérêt général n'a plus à être démontré. Le contrôle s'effectuera alors au niveau de sa mise en œuvre. L'exposé des motifs de la loi constitutionnelle de 2003 indique ainsi qu'il revient aux autorités nationales de fixer « *un ensemble de conditions permettant d'assurer un équilibre entre l'intérêt général qui s'attache à la mise à l'essai de nouvelles règles et les exigences du principe d'égalité* »[1]. C'est bien sur ces conditions que le contrôle du juge est alors focalisé.

690. **Les conditions de l'expérimentation-transfert.** Les conditions de l'expérimentation-transfert ont été forgées au gré de la jurisprudence afin de la rendre compatible avec le principe d'égalité. Le juge administratif fut le premier à se prononcer sur ce type de mécanisme, avant que le Conseil constitutionnel ne vienne, à son tour, consolider une jurisprudence désormais bien établie.

691. Dans l'affaire *Peny* de 1967, le Conseil d'Etat avait à juger une réforme progressive établissant des contrôles sanitaires aux plus grandes entreprises d'abord avant d'être étendus à l'ensemble des entreprises du secteur. Il l'a considérée justifiée, au regard du principe d'égalité des citoyens devant le service public, par la recherche d'une meilleure utilisation des moyens de l'administration en adéquation avec la « *nécessité d'appliquer aussi rapidement qu'il lui était possible des prescriptions légales intéressant la santé et la salubrité publiques* »[2]. Le commissaire du gouvernement QUESTIAUX, a également ajouté que l'administration se devait d'avoir « *une idée de la durée prévisible de cette période transitoire, [afin d'] envisager dans un délai raisonnable l'application normale* »[3].

692. Cette solution fut confirmée par la décision *Ordre des Avocats près la Cour d'appel de Paris* rendue le 21 février 1968[4] dans laquelle le Conseil d'Etat avait considéré comme justifiée l'atteinte portée au principe d'égalité devant la loi[5]. Le régime de l'expérimentation est apparu d'abord dans la décision *Meyet*[6] puis dans l'avis rendu en Assemblée générale, par le Conseil

---

[1] Art. 2, al. 2, Exposé des motifs, Projet de loi constitutionnelle n° 24 rectifié, relatif à l'organisation décentralisée de la République, Annexe au procès-verbal de la séance du 16 octobre 2002. Voir aussi, F. CROUZATIER-DRURAND, « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative. (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République) », *RFDC*, n° 56, 2003/4, pp. 675-695.

[2] C.E., Sect., 13 octobre 1967, « Sieur Pény », Rec. p. 365

[3] N. QUESTIAUX, conclusions sur CE, Sect., 13 octobre 1967, « Sieur Pény », p. 418.

[4] CE, 21 février 1968, « Ordre des Avocats près la Cour d'appel de Paris e. a. », Rec. p. 123.

[5] Décret n° 65-872 du 13 octobre 1965 modifiant certaines dispositions du Code de procédure civile et relatif à la mise en état des causes, JORF du 14 octobre 1965 p. 9076.

[6] CE, 27 janvier 1989, « M. Alain Meyet », req. n° 91287, Inédit : l'expérimentation de deux ans visant à la commercialisation des codes d'accès au service Télétel avec un tarification applicable aux seuls nouveaux utilisateurs « *n'est pas de nature à porter atteinte au principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques dès lors que ces bénéficiaires [qui étaient abonnés au moment de l'expérimentation] se trouvaient dans une situation différente de celle des nouveaux utilisateurs du service* ». Avant lui, le terme était déjà apparu sans que le Conseil d'Etat ne fixe son régime ; voir CE, 18 mars 1983, « MM. Martin et Tamon », req. n° 32240, Inédit.

d'Etat, en juin 1993, à propos de la nouvelle tarification applicable, à titre expérimental, aux seuls usagers du TGV Nord Europe[1]. Dans cet avis le Conseil d'Etat fixe les conditions de validité d'une expérimentation : une durée et un objet limités, une nécessité d'intérêt général, et des critères objectifs définis pour délimiter, sur des bases incontestables, le champ d'application définitif de la mesure sur l'ensemble du territoire[2].

693. Dans une décision du 28 juillet 1993[3], intervenue immédiatement après l'avis du Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel va renforcer les conditions de conformité des expérimentations-transferts au regard du principe d'égalité[4], notamment les conditions de fin d'expérience. Il revient au législateur de définir « *les conditions et les procédures selon lesquelles [les expérimentations] doivent faire l'objet d'une évaluation conduisant à leur maintien, à leur modification, à leur généralisation ou à leur abandon* »[5]. En l'espèce, l'absence d'évaluation a causé la censure du dispositif[6].

694. Dans une décision du 21 janvier 1994, la Conseil constitutionnel va cette fois-ci interdire le renouvellement de l'expérimentation[7]. Si la différence a vocation à se pérenniser, le juge fait intervenir le principe d'égalité[8] ; il s'agit d'éviter que l'expérimentation ne serve « *de*

---

[1] CE, Ass. Gén. (Sect. des travaux publics), Avis n° 353605 du 24 juin 1993, Rapport public 1993, EDCE n° 45, La documentation française, 1994, pp. 338-342 : *« [s'] il est concevable que pour une période expérimentale d'un an l'application du nouveau régime tarifaire soit limitée au seul TGV Nord, cette situation ne saurait se perpétuer sans créer une différence de traitement injustifiée entre les usagers du TGV Nord et ceux d'autres lignes de la SNCF répondant aux mêmes caractéristiques. Il appartient donc à la SNCF de définir rapidement les critères objectifs lui permettant de délimiter, sur des bases incontestables, le champ d'application définitif de son nouveau régime tarifaire »*. Voir aussi, C.E., 18 décembre 2002, *Conseil national des professions de l'automobile*, *Société SN CECAM*, *AJDA*, 2003, p. 748 : *« les modalités différentes de communication des résultats de l'examen du permis de conduire ne créent aucune différence de traitement constitutive d'une rupture illégale du principe d'égalité »*.

[2] Ainsi, le contrôle des expérimentations apparaît plus strict que celui de l'application progressive d'une réforme, laquelle est principalement justifiée par des circonstances particulières, en particulier des considérations pratiques. Voir, CE, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, EDCE n° 48, La documentation française, 1997, p. 52 : « *qu'une règle qui, sans justifier d'aucune circonstance particulière ni fixer aucune limite, ne s'appliquerait pas de manière égale à l'ensemble des citoyens, serait, par construction, contraire au principe d'égalité*. »

[3] Cons. const., 28 juillet 1993, n° 93-322 DC, Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.

[4] Voir aussi, CAA Paris, 6 novembre 2003, n° 02PA02821, « Union national inter-universitaire ».

[5] Cons. const., 28 juillet 1993, n° 93-322 DC, Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, JORF 30 juillet 1993, p. 10750.

[6] Ibid., cons. 11 : « *si le sixie alinéa de l'article 2 indique que le ministre a la faculté de faire procéder à une évaluation […], celui-ci n'y est pas tenu ; que la même disposition ne définit pas les conditions dans lesquelles le ministre se voit reconnaître la possibilité de mettre fin à une expérimentation au vu des résultats de cette évaluation* ».

[7] Cons. const., 21 janvier 1994, n° 94-333 DC, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, cons. 23 : si « *le législateur a pu estimer que la procédure d'appel à candidatures […] était inadaptée par sa lourdeur à des expériences occasionnelles ou saisonnières, […] une telle autorisation de caractère temporaire doit être entendue comme ne permettant pas de renouvellement immédiat au regard des règles […] en matière d'appel à candidatures ; que sous cette réserve d'interprétation, les dispositions de l'article 11 de la loi déférée ne méconnaissent aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle* ».

[8] Cons. const., 21 janvier 2016, n° 2015-727 DC, Loi de modernisation de notre système de santé, cons. 35 à 38.

subterfuge destiné à instaurer une réglementation [ou une législation] à géométrie variable, ayant pour effet de suspendre sine die *l'égalité des citoyens devant la loi* »[1]. Le Conseil constitutionnel exige au final trois conditions : « *d'une part […] définir explicitement et précisément la nature, la portée et les conditions du recours à l'expérimentation, d'autre part […] assigner une durée limitée, et enfin prévoir un bilan de fin d'expérience permettant de décider du sort de la mesure expérimentée* »[2].

695. Le mécanisme l'expérimentation-transfert suit alors un schéma précis : « *autorisation*[3], *délimitation de l'objet et fixation d'une durée, procédure d'évaluation, et décision d'abandon, de réforme, ou de généralisation* »[4]. Cet encadrement d'origine jurisprudentiel ne s'est pas assoupli avec la constitutionnalisation du mécanisme[5]. Tout au plus, permet-elle de mettre fin à une interprétation venant d'une partie de la doctrine qui considérait que l'expérimentation ne pouvait toucher à des domaines relevant de l'exercice de droits et libertés fondamentaux[6]. Elle n'a cependant pas permis une interprétation moins restrictive du principe d'égalité, comme le souhaitait le rapporteur du projet[7]. Il en va de même du contrôle des expérimentations-

---

[1] CE, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, EDCE n° 48, La documentation française, 1997, p. 52.

[2] L. DAUPHIN, *Collectivités territoriales et expérimentations*, thèse de Droit public, Université de Limoges, soutenue le 4 décembre 2008, p. 259. Pour une confirmation de ces conditions, voir par ex., Cons. const., 6 novembre 1996, n° 96-383 DC, Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective. Dans le même sens, il faut observer avec le Conseil d'Etat que la loi du 10 avril 1996 relative aux expérimentations dans le domaine des technologies et services de l'information, bien que non soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, *« remplit les conditions juridiques d'une expérimentation régulière au regard du principe d'égalité »*. Il s'agissait, avec cette expérimentation, de favoriser le développement des infrastructures et des services de télécommunications et de communication audiovisuelle. Le législateur s'est ainsi *« entouré des précautions exigées par le juge constitutionnel en limitant le champ géographique de l'expérience, en définissant avec précision les critères d'intérêt général qui justifient la dérogation aux procédures normales, en fixant une durée maximale de l'expérimentation, en organisant une procédure d'évaluation de l'expérience, et enfin en exigeant des bénéficiaires qu'ils respectent les clauses d'un cahier des charges »* (CE, *Sur le principe d'égalité*, op. cit., pp. 53-54).

[3] La question de l'autorisation a fait récemment l'objet d'une décision du Conseil d'Etat qui a censuré l'application, à titre expérimental, de l'encadrement des loyers à la seule ville de Paris alors que la loi ne l'avait pas prévu ; cf. CE, 15 mars 2017, n° 391654, T.

[4] G. CHAVRIER, « Fasc. n° 116-20 : Expérimentation territoriale », op. cit., n° 23.

[5] Cons. const., 12 août 2004, n° 2004-503 DC, Loi relative aux libertés et responsabilités locales, cons. 9 : l'article 37-1 « *permet au Parlement d'autoriser, dans la perspective de leur éventuelle généralisation, des expérimentations dérogeant, pour un objet et une durée limités, au principe d'égalité devant la loi ; toutefois, le législateur doit en définir de façon suffisamment précise l'objet et les conditions et ne pas méconnaître les autres exigences de valeur constitutionnelle* ». Voir not., B. FAURE, « Les relations paradoxales de l'expérimentation et du principe d'égalité, A propos de la décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, loi relative aux libertés et responsabilités locales », *RFDA*, 2004, p. 1150.

[6] Elle se fondait sur la décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975 qui interdisait qu'une même infraction soit jugée par des formations de jugements différentes. La décision du 28 juillet 1993 (n° 93-322 DC, préc.) avait déjà remis en cause cette interprétation puisque la mesure expérimentale concernait le droit à l'éducation. Voir aussi, décision n° 2011-635 DC sur la participation, à titre expérimental, des citoyens assesseurs aux jugements d'affaires pénales.

[7] P. CLEMENT, *Sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République*, Rapport n° 376, 13 novembre 2002, p. 75 : l'expérimentation « *faisant désormais l'objet d'une consécration constitutionnelle, sa conciliation avec le principe d'égalité sera interprétée de façon moins restrictive* ».

dérogations de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution, prises à l'initiative des collectivités territoriales. Il est d'autant plus strict qu'elles entrainent un risque d'atteinte à l'indivisibilité du territoire.

2) L'expérimentation-dérogation de l'article 72 de la Constitution

696. Le second dispositif d'expérimentation est inscrit à l'article 72 alinéa 4 de la Constitution qui dispose : « *dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences* ». Contrairement au précédent mécanisme, celui-ci est mis à l'initiative des collectivités territoriales et s'inscrit dans une logique de dérogation au droit commun en vue de faire surgir les spécificités locales. Il met ainsi en cause l'égalité devant la loi et l'uniformité de la loi en autorisant un tel pouvoir de dérogation à une entité infraétatique. Sa constitutionnalisation a d'ailleurs eu pour but d'éviter la censure du Conseil constitutionnel[1]. Cependant, la loi organique a transformé ce qui devait être un droit « à » l'expérimentation en droit « de » l'expérimentation[2] en laissant aux autorités nationales la maîtrise du processus.

697. **L'apparition de l'expérimentation-dérogation.** Dans sa décision du 17 janvier 2002, le Conseil constitutionnel estime qu'« *en ouvrant au législateur, fût-ce à titre expérimental, dérogatoire et limité dans le temps, la possibilité d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant du domaine de la loi, la loi déférée est intervenue dans un domaine qui ne relève que de la Constitution* »[3]. C'est pour lever cet obstacle que la révision constitutionnelle de 2003 a voulu inscrire un mécanismes d'expérimentation à l'initiative des collectivités territoriales. Avant même la loi sur la Corse, une proposition de loi constitutionnelles relative à l'expérimentation locale avait été déposée par l'Assemblée

[1] Cons. const., 17 janvier 2002, n° 2001-454 DC, Loi relative à la Corse, cons. 19 et s.
[2] LO n° 2003-704 du 1er août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, JORF n° 177 du 2 août 2003 p. 13217.
[3] Cons. const., 17 janvier 2002, n° 2001-454 DC, préc. cons. 21.

nationale[1]. Elle entendait l'expérimentation comme un outil de réforme de l'action publique excluant toute atteinte durable à l'uniformité normative.

698. La loi sur la Corse[2] est intervenue un an plus tard en établissant la possibilité, lorsque « *les dispositions législatives en vigueur ou en cours d'élaboration présentent, pour l'exercice des compétences de la collectivité territoriale, des difficultés d'application liées aux spécificités de l'île, [de] demander au Gouvernement que le législateur lui ouvre la possibilité de procéder à des expérimentations comportant le cas échéant des dérogations aux règles en vigueur, en vue de l'adoption ultérieure par le Parlement de dispositions législatives appropriées* »[3]. Sa censure par le Conseil constitutionnel a certainement influencé la nouvelle proposition de loi constitutionnelle, émanant du Sénat cette-fois. Son souhait était de rompre clairement avec « *l'uniformité égalisatrice* » et « *reconnaître un certain droit à la différence au sein de notre République sans altérer son caractère unitaire* »[4].

699. Ces deux visions opposées des deux chambres du Parlement ont persisté au moment de recevoir le projet de révision constitutionnelle de 2003[5]. A sa présentation, le président de la République de l'époque avait repris la motivation des sénateurs[6]. La logique interne du texte de révision semble également s'inscrire dans une volonté de diversification normative et d'autonomie locale[7]. Mais, saisi de la loi organique, le Conseil constitutionnel va davantage se

---

[1] La proposition de l'Assemblée nationale tendant à introduire dans la Constitution un droit à l'expérimentation pour les collectivités territoriales a été portée par M. Méhaignerie et a été déposée le 16 janvier 2001 (Doc. AN n° 609, 2001-2002).

[2] Loi n° 2002-92 du 22 janvier 2002 relative à la Corse, JORF 23 janvier 2002 p. 1503.

[3] Art. L. 4424-2 IV, du projet de loi.

[4] Troisième raison, Exposé des motifs, Proposition de loi constitutionnelle n° 402, relative à la libre administration des collectivités territoriales, Enregistré à la Présidence du Sénat le 18 septembre 2002. L'exposé des motifs poursuit : « *Il vous est donc proposé de favoriser l'éclosion d'initiatives locales en autorisant, par notre Constitution, les collectivités territoriales à exercer, à titre expérimental, des compétences relevant de l'État ou dévolues à d'autres catégories de collectivités* » ; ibid.

[5] Pour l'Assemblée nationale, voir Rapport « Piron » pour qui l'expérimentation est un moyen de « *renforcer la légitimité de la norme nationale et la pertinence de l'action publique* » (Rapp. n° 955, 2003-2004). Pour le Sénat, voir Rapport « Longuet » (Rapp. n° 408, 2002-2003) en vertu duquel l'expérimentation viserait à faire évoluer la décentralisation vers un système intermédiaire entre celle-ci et la régionalisation par l'instauration d'un pouvoir normatif nouveau.

[6] « *Le Président Chirac, dans son discours à Rouen, avait ainsi insisté sur la nécessité de "libérer les initiatives locales" et d'aller vers "une nouvelle architecture des pouvoirs". Il avait plus précisément associé le "souffle de l'initiative" à l'idée d'une voie nouvelle "entre étatisme jacobin et fédéralisme importé"* » ; cf. G. CHAVRIER, « Fasc. n° 116-20 : Expérimentation territoriale », op. cit., n° 94.

[7] « *D. Perben présentant le projet au parlement, expliquait que l'article 4 de la loi constitutionnelle qui traite tout à la fois du principe de subsidiarité, de la libre administration, du pouvoir réglementaire local et du droit à l'expérimentation "est la clé de l'ensemble du dispositif puisqu'il donne des libertés nouvelles aux collectivités territoriales, puisqu'il ouvre cette capacité d'innovation, d'expérimentation". Il ajoute que "C'est autour de cet article que s'est construit l'ensemble du projet de loi constitutionnelle", qui est relatif à une république décentralisée. […] Les collectivités n'ont pas seulement vocation à exercer les compétences qu'elles sont le mieux à même d'exercer mais qu'elles ont aussi vocation "à prendre les décisions" pour l'ensemble de ces compétences. […] La consécration du pouvoir réglementaire local vise également à confier plus souvent aux collectivités le soin d'appliquer la loi et à faciliter l'exercice de l'expérimentation "normative", selon l'expression souvent employée*

rapprocher de la position de l'Assemblée nationale en insistant sur le caractère exceptionnel et circonscrit des expérimentations. Ainsi, il considère que les expérimentations « *par exception […] au principe d'égalité devant la loi, permettent, dans certains cas, au Parlement d'autoriser temporairement, dans un but expérimental, les collectivités territoriales à mettre en œuvre, dans leur ressort, des mesures dérogeant à des dispositions législatives et susceptibles d'être ultérieurement généralisées* »[1].

700. L'article 72 alinéa 4 reprend d'ailleurs les termes de sa jurisprudence antérieure en interdisant que soit mis « *en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti* » sur une partie du territoire [2]. D'après Géraldine CHAVRIER cette précision « *démontre que, en ce domaine, le principe d'égalité rejoint celui d'unité de l'Etat, plutôt que le principe d'indivisibilité de la République, qui freine le développement [du] pouvoir local* »[3]. La position du Conseil, sur ce point, n'est cependant pas clairement établie. Si dans sa décision de 2002, il ne reprend pas expressément l'argument des requérants fondé sur l'article 3 de la Constitution consacrant la souveraineté, on peut admettre que l'impossibilité pour le législateur de déléguer sa compétence en dehors des cas prévus par la Constitution (article 38) découle justement du principe d'indivisibilité de la souveraineté[4].

701. Les atteintes potentielles que ce mécanisme peut engendrer ont certainement motivé l'encadrement opéré par la loi organique, dans la lignée de la position restrictive adoptée par le Conseil. La mise en œuvre de l'article 72 alinéa 4 est, de ce fait, essentiellement contrôlée par le pouvoir législatif.

702. **Les conditions de l'expérimentation-dérogation**. Les dispositions de l'article 72 alinéa 4 ont été complétées par la loi organique n° 2003-704 du 1er août 2003[5], laquelle autorise les collectivités territoriales à déroger, à titre expérimental aux dispositions législatives et réglementaires régissant l'exercice de leurs compétences sous certaines conditions.

---

dans les débats parlementaires » ; cf. G. CHAVRIER, « Fasc. n° 116-20 : Expérimentation territoriale », op. cit., n° 95.

[1] Cons. const., 30 juillet 2003, n° 2003-478 DC, cons. 3 : « *par exception […] au principe d'égalité devant la loi, permettent, dans certains cas, au Parlement d'autoriser temporairement, dans un but expérimental, les collectivités territoriales à mettre en œuvre, dans leur ressort, des mesures dérogeant à des dispositions législatives et susceptibles d'être ultérieurement généralisées* ».

[2] Cons. const., 18 janvier 1985, n° 84-185 DC, Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales, cons. 18.

[3] G. CHAVRIER, « Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales », in J. BENETTI (sous la direction de), *Les collectivités territoriales et le principe d'égalité*, travaux de l'Association de droit des collectivités locales, L'Harmattan, 2016, pp. 148-149.

[4] Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN considère que la disposition précisant l'impossibilité de porter atteinte aux « *conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti* » constitue le « *centre de gravité de la souveraineté interne de l'Etat* » ; cf. F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité entre collectivités locales », *CCC*, n° 12, mai 2002.

[5] Art. LO. 1113-1 à LO. 1113-7, CGCT.

703. En premier lieu, l’habilitation doit définir l'objet de l'expérimentation, sa durée, qui ne peut excéder cinq ans, et mentionner les dispositions auxquelles il peut être dérogé. Les dispositions de la Constitution insistent sur le caractère dérogatoire de l’expérimentation qui permet d’adapter le droit aux circonstances locales. Ses dérogations ne donnent pas droit à une compensation financière comme il est de droit en cas de transfert de compétence ; tout au plus les collectivités qui y participent sont invitées à recruter des juristes territoriaux pour les aider dans cette expérimentation. L’objet doit rester dans le cadre des compétences de la collectivité concernée. Il est aussi possible de regrouper des collectivités entre elles, de modifier le fonctionnement d’une assemblée locale ou d’expérimenter la gestion d’une compétence pour une autre collectivité, du moment que les conditions essentielles d’exercice d’une liberté publique ne sont pas mises en cause[1].

704. L’habilitation doit préciser ensuite la nature juridique et les caractéristiques des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation[2], ainsi que le délai dans lequel ces collectivités peuvent demander à y participer. Pour le choix de la collectivité, l’habilitation peut décrire éventuellement ses caractéristiques géographiques, économiques, sociales ou les circonstances précises qui doivent être réunies pour avoir le droit d'expérimenter. Les candidatures et les propositions[3] doivent faire l’objet d’une délibération de l’Assemblée délibérante de la collectivité avant sa transmission au préfet qui, lui-même, la transmet, avec ses observations, au ministre des collectivités territoriales[4]. Sur la base de ces éléments « *le gouvernement vérifie que les conditions légales sont remplies et publie, par décret, la liste des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation* »[5], sans marge d’appréciation[6].

705. Enfin, l'expérimentation aboutit, après prolongation ou modification éventuelle, au maintien et à la généralisation des mesures prises à titre expérimental ou à leur abandon. La

[1] Cons. const., 18 janvier 1985, n° 84-185 DC, préc.

[2] L’article 72 alinéa 4 précise que seules les collectivités territoriales, et leurs groupements sont autorisés à procéder à ces expérimentations, ce qui exclut les syndicats mixtes et inclut les départements et régions d’outre-mer et les collectivités d'outre-mer. Pour l’ensemble des collectivités ultramarines, les articles 73 et 74 prévoient des dispositifs particuliers plus avantageux.

[3] Elles sont transmises à l’Assemblée nationale par le Gouvernement via un rapport annuel. Il n’y a donc pas de droit à l’initiative pour les collectivités.

[4] Art. LO. 1113-2 et LO. 1113-7, CGCT. Le Gouvernement transmet chaque année un rapport au Parlement qui contient les propositions et les demandes des collectivités.

[5] Art. LO. 1113-2, CGCT.

[6] Il exerce une compétence liée (Cons. const., 30 juillet 2003, n° 2003-478 DC, Loi organique relative à l'expérimentation locale) : seule la non-réunion des conditions textuelles ou la forclusion (retard de la candidature par rapport à la date fixée, laquelle devra être « raisonnable » au sens de la jurisprudence administrative) peut le conduire au refus d'une candidature.

prolongation ou la modification, qui ne peut excéder trois années[1], doit être fixée avant l'expiration de la durée de l'expérimentation, au vu de son évaluation. En matière législative, l'évaluation relève de la compétence de l'Etat avec des observations possibles de la part des collectivités concernées. Le Parlement se prononce sur la base du rapport qui lui est transmis par le gouvernement[2]. Pour les habilitations réglementaires, les conditions sont identiques. Elles sont fixées par décret pris en Conseil d'État. Leur bilan est transmis par le Gouvernement au Parlement[3]. Une fois le dispositif évalué, l'autorité d'habilitation devra choisir entre la généralisation ou l'abandon[4]. Si elle veut maintenir la différence de traitement pour la collectivité en question, deux solutions sont possibles : soit on supprime la disposition à laquelle il a été dérogé[5], soit le législateur crée un statut particulier[6].

706. Les conditions qui entourent ces mécanismes d'expérimentation sont destinées à « *contenir dans des proportions acceptables l'entorse faite à l'égalité* »[7]. S'agissant de mesures expérimentales, et non simplement dérogatoires[8], le contrôle du juge s'avère plus souple du fait de leur « *caractère provisoire […] qui constitue une garantie incontestable de l'égalité des citoyens devant la loi* »[9]. Cependant, il ne faut pas « *croire à l'élimination pure et simple du principe d'égalité par l'effet de la volonté du constituant de 2003* »[10]. En effet, l'exigence d'égalité imprègne en réalité l'ensemble du statut constitutionnel et organique de l'expérimentation, largement inspiré de la jurisprudence[11]. L'expérimentation se révèle

---

[1] Art. LO. 1113-6, CGCT.

[2] Il se prononce par exemple sur le coût des mesures locales et la qualité du service rendu aux usagers grâce à ces nouvelles mesures, l'impact de celles-ci sur l'organisation des collectivités territoriales et des services de l'État, ainsi que sur les finances et le niveau d'imposition locaux (art. LO. 1113-5, CGCT).

[3] Art. LO. 1113-7, CGCT.

[4] Cons. const., 30 juillet 2003, n° 2003-478 DC, 30 juillet 2003, préc.

[5] G. CHAVRIER, « L'expérimentation locale : vers un État subsidiaire », in *Décentralisation, réforme de l'État*, colloque GRALE, Assemblée nationale, 18-19 janvier 2004, *Annuaire des collectivités locales*, septembre 2004.

[6] JOAN, CR, 2e séance 22 novembre 2002, p. 5620. Dans ces conditions, on peut imaginer la pérennisation d'un regroupement de deux départements, ou même d'une organisation interne de type parlementaire, puisque les débats sur la loi organique relative à l'expérimentation locale montrent que l'expérimentation peut aussi concerner l'organisation des collectivités.

[7] B. FAURE, « L'intégration de l'expérimentation au droit public français », in *Mouvement du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 179. Voir dans le même sens N. KADA, « L'Acte II de la décentralisation et le principe d'égalité », *RDP*, 2005, p. 1273, et spécialement p. 1279 : « *le principe d'égalité se trouve lui-même largement protégé par l'encadrement juridique dans lequel est inséré le droit à l'expérimentation* ».

[8] J. MOREAU, « De l'expérimentation », *JCP Adm.*, 28 octobre 2002, p. 98 : il existe « *des dérogations qui ne sont pas expérimentales* ».

[9] F. CROUZATIER-DURAND, « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative. (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République) », *RFDC*, n° 56, 2003/4, pp. 675-695, spéc. p. 693.

[10] B. FAURE, « Les relations paradoxales de l'expérimentation et du principe d'égalité. A propos de la décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, loi relative aux libertés et responsabilités locales », *RFDA*, 2004, p. 1152.

[11] P. JANIN, « L'expérimentation juridique dans l'acte II de la décentralisation. Observations sur une réforme », *JCP Adm.*, n° 41, 10 octobre 2005.

désormais parfaitement conciliable avec le principe d'égalité, lequel a d'ailleurs fait la preuve de sa faible efficacité contentieuse[1].

707. Malgré cela, on constate un bilan particulièrement décevant de l'utilisation de ces expérimentations-dérogations à l'initiative des collectivités territoriales, dont l'explication pourrait être la méfiance du législateur[2]. En effet, il semble que, « *associée à la décentralisation, [l'expérimentation] effraie plus qu'elle n'enthousiasme, tant, en France, nous sommes peu habitués à imaginer la diversité dans l'univers administratif. Depuis deux siècles, nous nous sommes accoutumés à l'uniformité des structures, des compétences, des statuts* »[3]. Attribuer un pouvoir de dérogation aux collectivités territoriales dans des domaines qui ressortent de la loi demeure un acte contre-nature au regard de la tradition unitaire de la France. Certains avaient pu penser que la mise en place d'un mécanisme d'expérimentation-dérogation permettrait de préparer la venue d'un acte III de la décentralisation[4] vers plus d'autonomie locale. Malgré la reconnaissance d'un pouvoir accru d'application de la loi à certaines collectivités territoriales, les dernières réformes n'ont pas permis de franchir de nouvelles étapes. Les dernières discussions autour de la réforme constitutionnelle laissent, néanmoins, présager un développement du pouvoir de différenciation des collectivités territoriales[5].

Section 2: La prise en compte des spécificités par les pouvoirs locaux

708. La nature même du processus de décentralisation administrative a pour objectif de rapprocher le processus de décision des administrés afin de permettre une application de la loi plus adaptées aux réalités locales. A cet égard, le Conseil constitutionnel considère que toute différence de traitement qui résulterait de la variation des règles locales, d'une collectivité

[1] B. FAURE, « L'intégration de l'expérimentation au droit public français », *in Mélanges Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 176.
[2] Voir aussi, S. BLANC, « Le droit à l'expérimentation n'est pas très expérimenté par les collectivités », *La gazette des communes*, Publié le 11 janvier 2016, site : www.lagazettedescommunes.com.
[3] J.-M. PONTIER, « Décentralisation et expérimentation », *AJDA*, 2003, p. 1037. Voir aussi, J.-M. PONTIER, « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », op. cit., p. 1717 : « *Assistant aux débats, un observateur venu de Sirius aurait pu avoir le sentiment que les bases de notre système étaient menacées, que l'expérimentation allait mettre bas l'édifice édifié depuis la Révolution* ».
[4] Voir, G. CHAVRIER, « Fasc. n° 116-20 : Expérimentation territoriale », *J-Cl Administratif*, date du fascicule : 18 novembre 2004, date de la dernière mise à jour : 21 décembre 2009.
[5] Voir art. 15 du projet de LC n° 911 sur les transferts de compétences à la carte.

territoriale à l'autre, n'est pas constitutive d'une rupture d'égalité[1]. Ces différences participent au processus de concrétisation de la loi sur le territoire[2].

709. Le rôle des collectivités territoriales est d'autant plus important qu'elles disposent en exclusivité de compétences pour lesquelles elles sont les mieux à même de prendre une décision. Cette logique de subsidiarité permet aux collectivités territoriales, à leur niveau, de prendre en compte certains aspects de leur situation dès lors qu'elles respectent le cadre défini par la loi[3] (§1).

710. Ce pouvoir d'application, limité par la loi, ne permet cependant pas d'adapter ses prescriptions aux spécificités locales, à moins qu'elle ne l'ait expressément prévu. C'est ainsi que le législateur est intervenu afin de diversifier le pouvoir normatif de certaines collectivités territoriales dont les particularités sont plus marquées qu'ailleurs. Inscrits dans un statut particulier, les pouvoirs spéciaux ainsi conférés permettent d'accroître la différenciation territoriale avec pour seule contrainte de ne pas modifier les « *conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques* »[4] (§2).

§1) La différenciation par la subsidiarité de la prise de décision

711. Le deuxième alinéa de l'article 72 de la Constitution dispose que « *les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon* ». Pour le Conseil constitutionnel, une telle disposition peut remettre en cause un transfert de compétence que s'il est « *manifeste qu'eu*

[1] Voir, Cons. const., 20 avril 2012, n° 2012-238 QPC, « Société anonyme Paris Saint-Germain football », cons. 12.

[2] Voir, X. MAGNON, « Le pouvoir règlementaire des collectivités territoriales : nouveau bilan après la décision du Conseil constitutionnel du 17 janvier 2002 sur le statut de la Corse », *RRJ*, 2003/4, pp. 2757-2786.

[3] On retiendra la décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 sur la loi Sapin qui censure deux dispositions « *faute d'adaptation suffisante à la diversité des situations* ». Ici, le Conseil constitutionnel considère que l'exercice de la libre administration nécessite que le législateur tienne compte des différences de situations entre les collectivités territoriales. Cons. const., 21 janvier 1997, n° 96-387 DC, Loi tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance, *AJDA* 1997. 165, note O. SCHRAMECK ; *D*. 1999. 236, obs. F. MELIN-SOUCRAMANIEN ; *RDSS* 1997. 681, note X. PRETOT, cons. 9 : « *les dispositions réglementaires et les décisions individuelles prévues par la loi doivent être prises, sous le contrôle du juge de la légalité, de façon à ne pas aboutir à mettre en cause les dispositions précitées du Préambule compte tenu de la diversité des situations de nature à se présenter ; que toute autre interprétation serait contraire à la Constitution* ».

[4] Voir, Cons. const., 18 janvier 1985, n° 84-185 DC, préc., cons. 18 ; Cons. const., 17 janvier 2002, n° 2001-454 DC, Loi relative à la Corse, cons. 12.

égard à ses caractéristiques et aux intérêts concernés, cette compétence pouvait être mieux exercée par une collectivité territoriale »[1]. Garantie de l'autonomie locale[2], ce principe de subsidiarité doit leur permettre d'agir sans que le pouvoir réglementaire national n'intervienne dans leurs champs de compétences.

712. Ainsi, dans le cadre de leurs compétences respectives, « *les collectivités locales doivent jouir, autant qu'il est possible, de la liberté d'adapter leur exercice aux conditions locales* »[3]. Elles sont fondées « *lorsqu'une situation particulière le justifie à opérer des distinctions* »[4] que le juge administratif pourra contrôler au cas par cas en application du principe d'égalité (A). La subsidiarité est aussi marquée, en France, par l'existence de la clause générale de compétence pour certaines collectivités. Autrefois reconnue à tous les niveaux, elle n'est désormais attribuée qu'aux communes. Elle leur permet d'agir dans des domaines non prévus par les transferts de compétence dès lors qu'ils relèvent d'un intérêt public local (B).

A) Les différences de traitements autorisées par le principe d'égalité

713. Les caractères conditionné et subsidiaire du principe d'égalité par rapport au principe de légalité[5] ne l'empêche pas d'être régulièrement invoqué pour obtenir l'annulation d'une différence de traitement. Il a aussi un rôle pédagogique en fixant les bornes non écrites du pouvoir de différenciation normative des collectivités territoriales. Dans sa formulation, le principe d'égalité expose d'abord les justifications – différence de situation ou raison d'intérêt général – permettant à l'autorité administrative d'effectuer une différence de traitement (1). La seconde partie du principe, qui fixe les limites à respecter pour que la différence de traitement

[1] Cons. const., 7 juillet 2005, n° 2005-516 DC, Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique, cons. 12.
[2] Voir not., Conseil de l'Europe, *Charte européenne de l'autonomie locale et rapport explicatif*, mars 2010, site : www.ccre.org, p. 9 : « *La Charte prescrit l'ancrage de l'autonomie locale dans le droit interne ou dans la Constitution pour garantir sa mise en œuvre effective. Elle pose également les principes du fonctionnement démocratique des collectivités, et constitue le premier traité qui pose le principe du transfert des compétences aux collectivités locales, qui doit s'accompagner d'un transfert des ressources financières. Ce principe connu comme le principe de subsidiarité, permet la décentralisation du pouvoir au niveau le plus proche des citoyens* ».
[3] Art. 4§5, Charte européenne de l'autonomie locale, préc.
[4] Si « *en règle générale, l'égalité de traitement entre les [personnes] se livrant à une même activité s'impose à l'administration, […] celle-ci est néanmoins fondée, lorsqu'une situation particulière le justifie à opérer des distinctions* ». CE, 13 juillet 1963, « Aureille », *RDP*, 1963, p. 205, cité par P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, Paris, 1969, p. 147, n° 216.
[5] Voir supra, n° 153 et s.

soit validée, s'est étoffée au fil des arrêts. Elle peut présenter quelques nuances en fonction du juge et de la matière concernée (2).

1) Les justifications des différences de traitement

714. La première partie de la formulation du principe d'égalité commence systématiquement par l'assertion : « *le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général* »[1]. Une collectivité territoriale est donc en mesure d'établir une différence de traitement : si elle se fonde sur une différence de situation objective, dans ce cas, le principe d'égalité ne s'applique pas, ou si elle invoque un intérêt général, auquel cas il y a dérogation à l'exigence d'égalité.

715. **La différence objective de situation.** Le Conseil d'Etat l'a plusieurs fois affirmé : « *le principe de l'égalité de traitement ne s'applique qu'entre citoyens placés dans une situation identique* »[2]. Dans son travail de comparaison, le juge devra donc réunir « *dans une confrontation méthodique les objets à comparer, afin que leurs rapports soient précisés* »[3]. Une collectivité territoriale peut ainsi évoquer de nombreux critères objectifs pour distinguer les situations de plusieurs administrés. Néanmoins, l'opération n'est pas toujours aisée et laisse une large part d'incertitude. Dans sa thèse, Pierre DELVOLVE[4] a effectué un recensement méticuleux des différences de situations qui pouvaient justifier ou non une différence de traitement. Il en a relevé trois types : celles liées aux circonstances de temps[5] ou de lieu[6], celles

---

[1] Par ex., CE, Sect., 13 décembre 2002, n° 233618, « Madame Duvignères », Voir par ex., CE, Ass., 28 juin 2002, n° 220361, « Villemain », Rec. Lebon.

[2] Par ex., CE, 29 avril 1966, « Société affichage Giraudy » ; *JCP*, 1966.II, p. 14746.

[3] L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé – tome II : La méthode comparative*, LGDJ, Paris, 1974, p. 22. Danièle LOCHAK précise qu'« *il faut que la différence de traitement soit pertinente au regard de la différence de situation, qu'il y ait un rapport logique, rationnel, entre la spécificité de la règle et la spécificité de la situation* » ; cf. D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, 1987, pp. 778-790, spéc. p. 786.

[4] P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, Paris, 1969, pp. 149 et s.

[5] S'agissant des circonstances de temps, le Conseil d'Etat considère qu'une entreprise qui vient d'entrer sur un marché peut être imposée selon un régime différent que celles qui y sont déjà dès lors que l'imposition est fixée en fonction de l'activité antérieure ; cf. CE, 21 octobre 1966, « Société Graciet », *AJ*, 1967, p. 274, concl. BAUDOIN : le commissaire du gouvernement a donné quelques précisions : l'entreprise en cause, n'ayant pas pratiqué l'activité de conserverie envisagée, durant les années précédentes, elle se trouvait « *privée de toute référence à des antériorités substantielles* ». On pense aussi à la prise en compte d'une période considérée pour établir les tarifs liés à la consommation d'électricité par exemple (cf. CE, 25 juin 1948, « Société du Journal "L'Aurore" », Rec. Lebon p. 289) ou encore au critère de l'ancienneté pour attribuer un emplacement de foire (cf. CE, 18 novembre 1966, « Dame Veuve Clément », *AJ*, 1967, p. 46, note A. De LAUBADERE).

[6] S'agissant des circonstances de lieu, une collectivité territoriale peut tenir compte de la localisation d'une activité, de l'origine d'un produit ou du lieu d'habitation d'une personne pour établir une imposition. Sur cette base, elle

liées aux caractéristiques d'une activité[1], et celles liées au comportement des intéressés[2]. Si les possibilités sont nombreuses, la constatation de différences de situation pouvant justifier une différence de traitement demeure une opération délicate[3]. Aussi, pour le principe d'égalité plus qu'ailleurs, le juge répugne à adopter des solutions de portée absolue qui pourraient lui être opposées ultérieurement. Il n'hésite pas, dans une même décision, à reconnaître que les droits de stationnement peuvent dépendre autant de l'importance, de la durée, de la fréquence, que du nombre de places offertes[4].

716. Le juge évite donc de contraindre sa capacité d'appréciation des faits et d'interprétation de la norme, à défaut de pouvoir évaluer l'opportunité de la décision. Lorsque la collectivité

---

peut aussi fixer une différenciation tarifaire pour l'accès à un service public (cf. CE, Sect., 5 octobre 1984, « Commissaire de la République de l'Ariège », Rec. p. 315 ; CE, 2 décembre 1987, « Commune de Romainville », Rec. p. 556. Une différence d'accès au service public des transports scolaires peut être justifiée par la situation géographique de l'établissement fréquenté par l'élève. Pour l'accès à un réseau de distribution d'eau, CE, 30 mai 1962, « Parmentier », Rec. p. 868), même si le juge lui préfère le critère du « *lien* » avec la collectivité concernée (cf. CE, Sect., 13 mai 1994, « Commune de Dreux », Rec. p. 223 ; CAA Lyon, 2e ch., 13 avril 2000, « Commune de Saint-Sorlin d'Arves », *RFDA*, 2002, p. 352, note H. PONGERARD, « Egalité et différenciations tarifaires visant à privilégier les "gens du pays" »). En matière d'urbanisme, domaine très largement attribué aux collectivités territoriales, les juges indiquent même qu'il est dans la « *nature* » de la réglementation de distinguer en fonction de critères essentiellement géographiques (cf. par ex., CE, 3 novembre 1982, n° 30396, « Bonnaire », Rec. CE 1982, p. 363).

[1] Pour les différences de traitement fondées plus précisément sur l'activité, une distinction classique peut être appliquée, en matière d'imposition, selon la nature de l'activité, s'il s'agit d'un particulier ou d'un commerçant (cf. CE, 18 novembre 1966, « Dame Veuve Clément », préc.), mais aussi selon la nature du commerce (cf. CE, 12 décembre 1963, « Peysson, Mollaret et Bory », Rec. Lebon p. 826) ou de l'industrie (cf. CE, 22 mars 1929, « Société de construction d'embranchement industriel », Rec. Lebon p. 355). La nature du service public peut, elle aussi, justifier une différence tarifaire en fonction de la situation sociale des usagers (cf. CE, 20 janvier 1989, « Centre communal d'action sociale de la Rochelle », Rec. p. 8). Une différence de traitement peut être aussi fondée sur l'utilisation d'un bien public : selon les appareils utilisés pour consommer (cf. CE, 17 novembre 1943, « Entreprise Tiflex », Rec. Lebon p. 260), l'importance de l'utilisation (cf. CE, 8 mai 1961, « Société immobilière du Couesnon », Rec. Lebon p. 917 ; CE, 6 janvier 1967, « Ville d'Elbeuf », *JCP* 1967.II, p. 15019, concl. GALMOT ; CE, 13 octobre 1967, « Peny », *RDP*, 1968, p. 408, concl. QUESTIAUX), mais aussi selon la situation du domaine occupé (cf. CE, 12 décembre 1963, « Peysson, Mollaret et Bory », Rec. Lebon p. 826 ; CE, 22 mars 1929, « Société de construction d'embranchement industriel », Rec. Lebon p. 355), notamment lorsque l'occupation dépasse l'usage normal du domaine public (cf. CE, 10 janvier 1930, « Despujols », Rec. Lebon p. 30 ; *S.* 1930.3, p. 41, note ALIBERT ; *D.* 1930.3 p. 16, note P. L. J.). Une collectivité territoriale peut également justifier une différence de traitement en matière de subventions en fonction de l'adhésion à une association (cf. TA Montpellier, 2 mai 1986, « Commissaire de la République des Pyrénées-Orientales c. Département des Pyrénées-Orientales », Rec. CE 1986, p. 313) ou des projets présentés (cf. CAA Lyon, 22 décembre 2009, n° 07LY00972, « SCI La Bambouseraie » : il est logique que deux projets différents bénéficient de subventions de montants différents).

[2] CE, 4 juillet 1962, « Untersinger », Rec. Lebon p. 445 : le Conseil d'Etat a validé l'exonération fiscale attribuée aux propriétaires qui ont participé au financement de certains travaux municipaux. Pour lui, le Conseil municipal ne saurait être regardé « *comme ayant pris, à l'égard de ceux-ci, une mesure discriminatoire qui serait contraire au principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques* », ibid.

[3] D. LOCHAK, « Egalité et différences. Réflexions sur l'universalité de la règle de droit », in *Homosexualités et Droit*, PUF, Coll. Les voies du droit, Paris, 1999, pp. 39-63, spéc. pp. 52 et 53 : Selon Danièle LOCHAK « *la similitude de deux situations ne se laisse pas appréhender de façon purement objective et abstraite : on ne peut pas dire dans l'absolu que deux situations sont semblables ou différentes et qu'elles justifient ou non par conséquent des différences de traitement ; on ne peut le décider qu'en fonction d'une appréciation à la fois relative et subjective et, au regard d'un problème déterminé, car certaines différences peuvent légitimer une différence de traitement dans un domaine et pas dans un autre* ».

[4] CE, 24 juin 1966, « Union départementale des transporteurs publics routiers », *RDP*, 1967, p. 199.

territoriale dispose d'une faible marge de manœuvre, son contrôle est plus aisé. Il lui suffit d'appliquer strictement les critères établis dans la norme d'habilitation. En matière de services publics obligatoires, le cas des transports scolaires est assez révélateur. Le droit à l'éducation étant une obligation de résultat, la prestation de transport ne doit pas empêcher un élève d'avoir accès à l'enseignement[1]. L'emploi public local est aussi une matière particulièrement bien encadrée. Seul le mérite et les capacités peuvent fonder des différences de traitement en matière de recrutement ou d'avancement[2]. De manière générale, quelle que soit la matière envisagée, « *il faut que la différence de traitement soit pertinente au regard de la différence de situation, qu'il y ait un rapport logique, rationnel, entre la spécificité de la règle et la spécificité de la situation* »[3], qui s'analyse au regard de l'objet de la norme. Ce rapport nécessaire entre la norme et la situation n'apparaît pas pour les dérogations au principe d'égalité justifiées pour une raison d'intérêt général qui peut être sans lien avec les personnes concernées par la différence de traitement.

717. **La dérogation d'intérêt général.** Le juge administratif voit comme une « *dérogation* » au principe d'égalité la prise en compte de l'intérêt général pour justifier des régimes

[1] A ce titre, la prestation ne peut être conditionnée à la qualité de résidents ou de membre de l'association qui organise le service (cf. CE, 4 mars 1983, req. nº 27214, « Association familiale rurale de circuit de transports des élèves de la région Meslay-du-Maine », *JCP Générale*, 1984, II, 20 211, note DEBOUY ; TA Châlons-en-Champagne, 19 octobre 2006, req. nº 0200468, « Commune d'Echenay », *AJDA*, 2007, p. 96, note G. BOROT). Avant son transfert dans le champ de compétences des départements, le transport scolaire local était considéré comme une mesure sociale facultative pour les collectivités territoriales (cf. CE, 14 janvier 1987, « Département du Pas-de-Calais », T. p. 754 : pour les transports scolaires.). Elles n'avaient donc pas à se soumettre aux obligations tirées de la liberté d'enseignement et du principe d'égalité entre les l'école publique et l'école privée (cf. CE, Sect., 13 juillet 1965, « Ministre de l'Education nationale c. Sieur Gargadennec », Rec. Lebon p. 441), contrairement à l'Etat. Depuis ce transfert, les départements se trouvent tenus, en matière de transports scolaires, par les mêmes règles que celles qui s'imposaient à l'Etat. Le juge applique alors un contrôle de proportionnalité de la desserte des transports scolaires qui doit être basée sur la carte scolaire et adaptée au droit d'accès à l'enseignement. Sur la question, voir not. M. POCHARD, « La portée du principe d'égalité devant le service public de ramassage scolaire. Conclusions sur Conseil d'Etat, 19 juin 1992, Département du Puy-de-Dôme c. M. Marc Bouchon », *RFDA*, 1993, p. 689 et s. ; C. MAUGUE et R. SCHWARTZ, « Conditions de mise en œuvre du principe d'égalité entre usagers du service public des transports scolaires », *AJDA*, 1992, p. 479 ; plus récemment, CAA Nancy, 06 décembre 2007, n° 06NC01625. Voir aussi, la circulaire du Ministre de l'enseignement du 10 mai 1984 relative au transfert de compétences en matière de transports scolaires, JORF du 20 mai 1984, p. 4532.

[2] Voir supra, n° 173 et s. Voir not., L. GROS, « L'âge juridique », *AJDA*, 2012, p. 2045. L'administration refuse régulièrement de recruter un individu dont l'échéance de la limite d'âge pour exercer des fonctions serait inférieure aux nombre d'annuités minimal pour avoir droit à pension. Ce motif était souvent utilisé lorsque la limite était à 15 ans ; elle est de 2 ans désormais sauf pour les emplois de la catégorie active. Cette pratique, toujours en vigueur, a plusieurs fois été dénoncée par la HALDE, puis le Défenseur des droits ; cf. HALDE, délibération n° 2009-147 du 6 avril 2009 ; DDD, décision n° MLD-2013-46 du 6 août 2013. Aux yeux du juge, n'est pas non plus discriminatoire la condition d'embauche qui considère comme souhaitable le fait de recruter quelqu'un en état de garantir un temps d'investissement suffisamment long ; cf. CE, 25 juin 2008, n° 310768, inédit au recueil Rec. Lebon.

[3] D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, 1987, pp. 778-790, spéc. p. 786.

différenciés[1]. L'analyse casuistique de Pierre DELVOLVE[2] ne lui octroie qu'une place secondaire par rapport aux différences de traitement fondées sur des différences de situation, souvent invoqué en second lieu[3] ou à titre subsidiaire[4]. L'intérêt général apparaît alors comme une justification additionnelle dans les cas où la différence de situation ne serait pas suffisante[5]. De nombreux intérêts généraux peuvent être invoqués par une collectivité territoriale pour justifier une différence de traitement. Les juges se montrent assez réticents pour contester une telle justification car la notion s'avère être, selon les mots du Conseil d'Etat lui-même, « *plus politique que juridique* »[6]. Il est possible de distinguer[7] des raisons d'intérêt général, souvent économique[8], sans lien avec des considérations d'égalité, de celles de type social qui

---

[1] CE, Sect., 26 avril 1985, « Ville de Tarbes », Rec. p. 119, concl. LASSERRE ; *AJDA*, 1985, p. 409, chr. HUBAC et SCHOETTL ; CE, 4 mars 1992, « Commune de Romainville », req. n° 91794.

[2] P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publique*, op. cit., n° 340 à 346.

[3] Par ex., CE, 17 décembre 1948, « Société Ungemach », Rec. p. 476.

[4] Ici l'intérêt général vient renforcer une différence de situation ce qui aboutit aux mêmes conclusions que l'analyse théorique du principe d'égalité réalisée par Joël CARBAJO ; cf. J. CARBAJO, « Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers devant le service public », *AJDA*, 1981, p. 176.

[5] Cette interprétation provient de l'analyse de l'arrêt *Denoyez et Chorques* partagée par une partie de la doctrine. En évoquant uniquement des catégories d'usagers fondées soit sur des différences de situations « *appréciables* », soit sur une nécessité d'intérêt général, d'aucuns en ont déduit que dans cette seconde hypothèse « *la différence de situation nécessaire n'est pas suffisante et doit être renforcée par des considérations d'intérêt général* » ; cf. J. CARBAJO, « Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers devant le service public », art. cit. ; cité dans B. SEILLER, « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, pp. 979 s., spéc. p. 993, n° 41 : évoquant l'article de Joël CARBAJO, il indique que « *dans cette analyse, l'aménagement d'un régime différencié repose toujours sur le constat de différences de situation, les unes «* spontanées *», les autres «* mises en lumière *». Le principe d'égalité n'est en aucun cas menacé, puisque les variations de traitement concernent des individus n'appartenant pas à une même catégorie* ». D'autant que « *force est de reconnaître, […], qu'en pratique, il n'est pas deux individus placés dans une situation parfaitement identique à l'égard de la loi* » ; cf. B. SEILLER, art. cit., p. 994, n° 45.

[6] CE, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, EDCE n° 48, La documentation française, 1997, p. 44.

[7] Edouard DUBOUT distingue les justifications négatives – « *extérieure au respect de l'égalité* » – et positives – qui « *rompt en apparence l'égalité dans le droit pour mieux la rechercher dans les faits* ». cf. E. DUBOUT, « Fasc. 500 : Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », *J-Cl Libertés*, date de fraîcheur : 30 Avril 2009, n° 70 et s. Voir aussi, la thèse de Pierre DELVOLVE qui distingue entre l'intérêt économique et l'intérêt social soulevé par l'administration dans les dérogations qu'elle applique au principe d'égalité devant les charges publiques, en dépit du principe de neutralité fiscale ; cf. P. DELVOLVE, , *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, Paris, 1969, p. 203, n° 300.

[8] Pour les dérogations fondées sur des considérations économiques, on les retrouve plus particulièrement dans le cadre des « *services publics à caractère industriel et commercial et, plus généralement, pour toutes les interventions économiques de la puissance publique* » (cf. B. GENEVOIS, « Les principes généraux du droit », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, octobre 2010, n° 131 ; voir aussi, M. BORGETTO, « Services publics locaux et principe d'égalité. Sur la nature juridique du service public de l'eau et la jurisprudence sur le principe d'égalité », *RFDA*, 1993 : l'invocation de motif d'intérêt général « *s'agissant en tout cas des services publics autres que les services publics d'interventionnisme économique, est assez rare* » ; J. CARBAJO, « Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers devant le service public », *AJDA*, 1981, p. 176 et s.). Il est également courant pour une collectivité territoriale de justifier un refus d'accès à un service public ou à un ouvrage public pour des raisons liées à ses capacités d'accueil (cf. CE, 27 février 1981, « Guillaume », Rec. p. 903). L'intérêt général peut ainsi être invoqué lors de la vente d'un terrain communal à une entreprise pour un franc symbolique, dans un but de développement économique (cf. CE, Sect., 3 novembre 1997, n° 169473, « Commune Fougerolles », Rec. p. 391), pour créer une réserve foncière communale avantageant une entreprise qui joue un rôle essentiel dans l'économie locale (cf. CE, 9 novembre 1983, « Pandajapoulos », Rec. T. p. 609), déclasser partiellement certaines rues pour faciliter l'activité d'une société industrielle (cf. CE, 23 mars 1923,

chercheraient à établir une forme d'égalité réelle[1], là où l'application d'un traitement identique ne ferait que renforcer des inégalités préexistantes. Pour le Conseil d'Etat « *la dérogation constitue, dans ce [dernier] cas, l'instrument d'une justice équitable alors qu'un traitement égal serait inéquitable. [Elle] est l'alliée du réalisme et de l'équité* »[2].

718. Toutefois, s'agissant d'une notion « *vague, confuse* »[3], le juge se refuse encore très largement à décider du contenu à donner à l'intérêt général[4]. Il laisse aux autorités normatives le soin de se prononcer[5] sur les différences de traitement acceptables qui forment, ce que Valérie

« Mariole », Rec. p. 277), exproprier des terrains afin qu'une entreprise d'intérêt régional puisse s'étendre (cf. CE, 2 juillet 1999, n° 178013, « Commune de Volvic », Rec. p. 238), acheter des biens immobiliers appartenant à une société d'économie mixte locale à un prix supérieur à leur valeur vénale (cf. CAA Lyon, 17 décembre 2001, n° 97LY01235, « Préfet de Haute-Savoie »), ou construire des infrastructures routières ou ferroviaires desservant des parcs d'attractions privés (cf. CE, 23 mars 1992, n° 87599, « Martin », Rec. p. 130).

[1] Selon Edouard DUBOUT, ces dérogations visent à rompre « *en apparence l'égalité dans le droit pour mieux la rechercher dans les faits* » (cf. E. DUBOUT, « Fasc. 500 : Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », op. cit., n° 70 et s). On les observe principalement en matière sociale, où l'administration agit davantage par la voie de prestations que de charges (cf. CE, 15 février 1961, Rec. Lebon p. 118. Sur cet arrêt Pierre DELVOLVE considère que « *la charge particulière qui pèse ainsi sur un propriétaire d'immeuble trouve sa justification dans l'intérêt général qui s'attache au logement des familles sans abri ; par nature, elle est nécessairement inégale* » ; P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, op. cit., p. 215, n° 322). Ainsi, « *l'intérêt général qui s'attache à l'action sociale est suffisant à entraîner une différence de traitement* » (cf. Ibid., p. 215, n° 323), notamment à refuser l'accès à ces services aux personnes disposant de revenus suffisants (cf. voir not. V. DONIER, « Le principe d'égalité dans l'action sociale des collectivités territoriales », *Annuaire des collectivités locales*, tome 26, 2006, pp. 639-647). Par deux arrêts rendus simultanément en 1997, le Conseil d'Etat a considéré qu'il était possible d'établir des tarifs sociaux dans tous les secteurs, y compris en matière culturelle, au seul nom de l'intérêt général (cf. CE, Sect., 29 décembre 1997, « Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre », *AJDA* 1998, p. 102) et à la condition que le tarif le plus élevé ne dépasse pas le coût de revient du service (cf. CE, Sect., 5 octobre 1984, « Commissaire de la République de l'Ariège », Rec. p. 315). Concernant le transport par exemple, « *bien que sans rapport direct avec l'objet du service, les réductions sociales ont été admises progressivement. Ainsi un juge a argué qu'un chômeur justifiait d'un "*besoin de se déplacer*" spécifique "*pour chercher un emploi*"* (cf. CAA Lyon, 27 juin 2002, req. nº 97LYO1972, « Brindel », *AJDA*, 2002, 1409, note S. BRONDEL). *D'autre part, nombre de municipalités ont utilisé leurs services sociaux pour distribuer des aides en transport ou des billets aux personnes estimées nécessiteuses* » (cf. D. BROUSSOLLE, « Chapitre 3 (folio n°4132) - Les transports de personnes », *Encyclopédie Dalloz Collectivités locales*, 2013, n° 121). D'ailleurs, l'autorité départementale organisatrice du service de transport ne peut s'opposer à ce qu'une commune prenne en charge les redevances qu'elle facture à ses familles, ni diminuer son propre financement à proportion, en l'absence de pouvoir de tutelle (CE, 14 janvier 1998, req. nº 163251, « Commune de Domme », *Revue Trésor*, 1998, p. 459). Le juge administratif a aussi validé des catégories de tarifs, en matière d'aide financière aux vacances, pour les familles étrangères se rendant dans leur pays d'origine justifiées pour des raisons d'intérêt général (cf. CE, 16 décembre 1994, req. n° 87254, « Comité du Gâtinais du MRAP »).

[2] CE, *Sur le principe d'égalité*, op. cit., p. 55, cité par M. FOULETIER, *Recherches sur l'équité en droit public français*, LGDJ, 2003, p. 203. Voir aussi, P.-A. LECOCQ, *Le pouvoir de dérogation de l'administration*, thèse de Droit, Université de Lille, 1971, dactyl., pp. 442-443 : l'égalité n'étant pas synonyme d'uniformité, « *la dérogation bien compris n'est pas l'ennemi mais le serviteur de l'égalité : ce sont seulement les déviations de cette technique qui atteignent le principe d'égalité* ».

[3] C. PERELMAN, « Égalité et intérêt général », in *L'Égalité*, travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université Libre de Bruxelles, Vol. VIII, Bruylant, 1982, spéc. p. 623.

[4] La terminologie même d'« intérêt général » n'a pas toujours été utilisée ; cf. par ex., CE, 7 mars 1958, « Confédération Nationale des associations de sinistrés », Rec. Lebon p. 157 : l'indemnisation accordée peut varier « *selon la nature et l'utilité sociale des biens détruits ou endommagés* ».

[5] Le juge renvoie aux pouvoirs publics le soin de définir la notion. Voir not., CE, Sect., 29 juin 1951, « Syndicat de la raffinerie du soufre française », Rec. p. 377. Dans le même sens, le Conseil constitutionnel considère qu'il ne peut être dérogé au principe d'égalité que « *pour des motifs d'intérêt général qu'il appartient au législateur d'apprécier* » ; cf. Cons. const., 25-26 juin 1986, n° 86-207, DC des 25-26 juin 1986, Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et sociale, Rec. p. 61. Le Conseil d'Etat soupçonne

LASSERRE-KIESOW nomme, le « *droit des discriminations autorisées* »[1]. En effet, l'intérêt général est consubstantiel à toute fonction de l'administration, que ce soit une mission de service public, l'établissement ou la répartition des charges publiques[2], ou l'édiction d'un acte administratif. Il fait partie de ces notions à caractère fonctionnel qui se définissent davantage par le rôle qu'elles jouent dans un système normatif que par sa capacité à retranscrire une réalité sociale[3]. En tant que « *finalité ultime de l'action publique* »[4], c'est logiquement que la notion « *apparaît […] comme l'unique justification des dérogations* »[5] à l'application du principe d'égalité, et plus largement à l'application des droits et libertés fondamentaux. Pour Gilles PELISSIER, l'intérêt général est l'« *expression de la volonté normative [d'un] modèle de justice sociale que le politique entend réaliser juridiquement au moyen de l'acte contesté* »[6]. Or, ce modèle tend à varier « *en fonction des conceptions politiques du moment* »[7], y compris lorsqu'il s'agit d'appliquer une raison d'intérêt général visant à établir une forme d'égalité[8]. Jean RIVERO indiquait qu'« *il serait vain de dissimuler la gravité de la brèche ainsi ouverte dans le dispositif de protection de l'égalité* »[9] qui pourrait aboutir « *à des abus* »[10]. Il note à juste titre que face à ce type de mesures « *la seule garantie de l'administré réside alors dans le contrôle exercé par le juge sur la réalité du motif d'intérêt général allégué par l'administration : mais on sait les difficultés auxquelles se heurte, sur le plan contentieux, la preuve du détournement de pouvoir* »[11].

---

même les pouvoirs publics d'entretenir volontairement une certaine indétermination de la notion d'intérêt général ; cf. CE, *Sur le principe d'égalité*, op. cit., p. 44.

[1] V. LASSERRE-KIESOW, « L'égalité », *JCP Générale*, n° 23, 7 Juin 2010, doctr. 643.

[2] P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, Paris, 1969, p. 203, n° 300 : les charges publiques sont destinées à financer ou à assurer les tâches que remplissent les collectivités publiques. L'intérêt général justifie leur établissement ; il préside aussi leur répartition.

[3] L'intérêt général constitue ici l'expression de l'unité dans « *la transcendance de l'État* » et dans « *l'immanence de la société civile* » (cf. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, n° 10) ; Voir par exemple, D. TRUCHET, *Les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence du CE*, LGDJ, Paris, 1977 ; J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Vol. I, PUF, 1979, p. 11.

[4] CE, *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapport public, EDCE n° 50, La documentation française, 1999.

[5] G. PELISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, op. cit., p. 46.

[6] Ibid.

[7] M. FOULETIER, *Recherches sur l'équité en droit public français*, LGDJ, 2003, p. 203. M. BORGETTO, « Egalité, solidarité…équité », in *Le Préambule 1946*, 1996, pp. 262-263 : Le juge doit concilier « *les exigences de liberté et de solidarité, d'égalité et d'efficacité, de justice et de compétitivité* ».

[8] J. FOYER, « L'égalité », *Archives de philosophie du droit*, tome 51, Dalloz, 2008, p. 3 : « *qu'avec cette notion d'égalité, le législateur prend – au demeurant dans de nombreux cas – de très grandes libertés, il l'aménage selon les besoins de la cause en lui donnant des sens suffisamment différents dans un cas ou dans un autre* ».

[9] J. RIVERO, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Journées luxembourgeoises de Luxembourg, travaux de l'Association Henri Capitant, tome XIV, années 1961-1962, éd. Dalloz, 1965, p. 351.

[10] J. CARBAJO, « Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers dans le service public », art. cit., p. 181 : « *c'est ouvrir la porte à des abus* ».

[11] J. RIVERO, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », art. cit. Cette marge est assez clairement exprimée à l'égard du législateur par le Conseil constitutionnel lorsqu'il lui applique

719. L'existence des différences de traitement fondées sur des différences de situation objectives s'inscrit parfaitement dans l'« *approche classique de l'égalité* »[1]. Elle signifie que le principe d'égalité n'interdit pas les « *discriminations entre des catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes* »[2]. A l'intérieur des catégories, seules les dérogations d'intérêt général peuvent justifier une différence de traitement. Or, celles-ci ne sont pas toujours guidées par des considérations relatives à l'égalité. De surcroît, invoquer un intérêt général ou une différence de situation, ne suffit pas puisque la différence de traitement doit, pour être validée, répondre à certaines exigences qui constituent les limites du pouvoir de différenciation des collectivités territoriales.

2) Les limites des différences de traitement

720. La seconde partie de la formulation des principes d'égalité connaît plusieurs variantes dont la plus élaborée se retrouve dans les arrêts *Duvignière* et *Villemain* de 2002. Pour être conforme au principe d'égalité, la différence de traitement établie par l'administration, qu'elle soit fondée sur une différence de situation ou une raison d'intérêt général, doit être, « *dans l'un comme l'autre cas, en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation susceptibles de la justifier* »[3]. Les collectivités territoriales sont donc soumises à une double limite : le rapport entre la différence de traitement et l'objet de la norme – ou plus largement l'activité dans laquelle la différence de traitement intervient, et l'absence de caractère manifestement disproportionné de la mesure.

721. **Une différence de traitement en lien avec l'objet de la norme.** Le lien entre la différence de traitement et l'objet de la norme ou du service où elle intervient est une exigence à laquelle les collectivités territoriales ne peuvent déroger[4]. Toutefois, la détermination de cet objet n'est pas aisée au regard des différentes formulations employées par les juges. Compte tenu des difficultés à apprécier ce rapport, il est étonnant d'observer la place qu'il a prise dans la jurisprudence. En observant la jurisprudence on constate que la formulation des principes

---

le principe d'égalité devant la loi ; cf. L. FAVOREU et L. PHILIP, *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 1995, 8e éd., pp. 289-290.

[1] J. TRAVARD, « Jean Rivero et les lois du service public », *AJDA*, 2010, p. 987 et s.

[2] CE, 15 juillet 1959, « Chambre syndicale des bureaux d'études techniques », Rec. Lebon p. 469.

[3] CE, Sect., 13 décembre 2002, n° 233618, « Madame Duvignères », Voir par ex., CE, Ass., 28 juin 2002, « Villemain », req. n° 220361, Rec. Lebon.

[4] Peu importe pour le juge que l'autorité administrative cherche à établir un traitement équitable si, en l'espèce, l'intérêt général est sans lien avec la finalité normalement poursuivie dans ce domaine ; cf. CE, Sect., 7 juillet 1995, req. n° 91-458, « Madame Rastouil e. a. », Inédit.

d'égalité varie au moment d'établir cette condition du lien entre la différence de traitement et l'objet de la norme ou du service. Lorsqu'il s'agit d'appliquer le principe d'égalité devant les règlements, le juge administratif exige de la collectivité territoriale que sa différence de traitement soit « *en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit* ». Cet objet se réfère à la fois à la norme en elle-même, mais également à la norme d'habilitation qui détermine le cadre dans lequel la collectivité territoriale peut agir[1] – principalement des lois ordinaires[2]. Lorsqu'il s'agit d'appliquer le principe d'égalité devant le service, les différences de traitement doivent établir un lien avec les conditions d'exploitation[3], la finalité du service et/ou avec l'objet poursuivi par la réglementation en cause[4]. En matière d'égalité devant les charges publiques, le juge ne peut s'intéresser qu'à la charge instituée par la norme, et non à un ensemble de charges qui pèseraient sur le requérant[5]. On voit se confondre ici, comme dans l'application des autres principes d'égalité, « *les notions d'objet, de but [objectif, finalité] et d'intérêt général poursuivi* »[6].

---

[1] CAA Douai, 21 décembre 2000, n° 97DA00070, « Pouget », Inédit.

[2] Par ex., TA Rouen, 5 juin 1956, « Dupont », Rec. Lebon p. 553 : la loi elle-même n'ayant fait aucune distinction entre les sinistrés d'origine, les héritiers de ceux-ci ou les cessionnaires du droit à indemnité, une taxe instituée par une commune ne peut varier entre eux. Toutefois, on constate, comme Jacques FOYER, « *qu'avec cette notion d'égalité, le législateur prend – au demeurant dans de nombreux cas – de très grandes libertés, il l'aménage selon les besoins de la cause en lui donnant des sens suffisamment différents dans un cas ou dans un autre* » ; cf. J. FOYER ; « L'égalité », *Archives de philosophie du droit*, tome 51, Dalloz, 2008, p. 3.

[3] Par ex., voir, CE, Ass., 13 décembre 1968, « Fédération nationale des élus républicains municipaux et cantonaux », Rec. p. 644 ; CE, 10 mai 1974, « Denoyez et Chorques », Rec. p. 274 ; CE, 30 juin 1989, « Ville de Paris et Bureau d'aide sociale c. M. Lévy », Rec. p. 157 ; CE, 29 décembre 1997, « Commune de Gennevilliers » et CE, 29 décembre 1997, « Ville de Nanterre », *AJDA*, 1998, pp. 102-106, chr. T. X. GIRARDOT et F. RAYNAUD.

[4] Voir par ex., CE, 12 mars 1965, « club aérien les Gerfauts », *RDP*, 1965, p. 1018 : l'intérêt général permet de justifier des régimes préférentiels lorsqu'ils sont « *inspirés par des considérations relatives à l'intérêt général de l'aéronautique […] dictés notamment par la nécessité d'assurer, dans des conditions satisfaisantes, la formation des jeunes pilotes et de faciliter le développement de la navigation aérienne* ». CE, Sect., 26 avril 1985, « Ville de Tarbes », Rec. p. 119 : « *compte tenu de l'objet du service et de son mode de financement, il n'existait aucune nécessité d'intérêt général justifiant, pour la fixation des droits d'inscription, une discrimination fondée sur les seules différences de ressources entre ces usagers* ». Voir aussi, CE, 19 mai 1983, « Club sportif et familial de la Fève e. a. », Rec. p. 205 ; CE, 16 mars 1984, « Broadie e. a. », Rec. p. 118 ; CE, 1er juillet 1988, « Avesques e. a. » ; CE, 7 octobre 1988, « Fédération autonome des transports », Rec. p. 333.

[5] CE, 4 février 1944, « Guieysse », *RDP*, 1944, p. 158, note JEZE, concl. CHENOT ; G. BRAIBANT concl. sur CE, 3 juin 1964, « Société sucrière de la Mahavavy », Rec. Lebon : « *d'un côté, du sucre de canne, produit à Madagascar, avec une main-d'œuvre à bon marché et un régime fiscal particulier ; de l'autre, du sucre de betterave, produit en France* ». Toutefois, là aussi, Pierre DELVOLVE notait que l'exigence du lien avec l'objet n'était ni enfermée dans un texte ni même compris dans une ligne directrice jurisprudentielle clairement établie ; cf. P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, Paris, 1969, p. 148, n° 217.

[6] O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel gardien de l'égalité ? », in *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?*, Université de Strasbourg et Université Paris II Panthéon-Assas, Strasbourg, 6 mai 2011, points 2.2 et 2.3 ; voir aussi F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, PU Aix-Marseille, Economica, coll. « Droit public positif », 1997, p. 190 : « *il est vrai qu'en pratique il n'est pas toujours évident de bien distinguer la notion d'intérêt général d'autres notions assez voisines telles que celles d'objet ou de but de la loi* ». Voir aussi, C. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1982, pp. 296-353, spéc. p. 314.

722. L'« objet » en question n'est alors jamais prédéterminé mais s'apprécie au cas par cas[1]. Or, cet « objet » doit servir de « *point de vue comparatif* », de « tertium comparationis *d'après lequel seulement il est possible d'apprécier les ressemblances et dissemblances pertinentes, "essentielles" entre situations* »[2]. L'approche casuistique entraîne une absence de critère d'objectivité *per se*. Aussi, on constate que « *dans la plupart des cas la discussion est ouverte sur l'opportunité d'une distinction opérée par le législateur ou l'Administration eu égard au principe abstrait d'égalité* »[3]. Le caractère abstrait de la formulation des principes d'égalité offre aux juges une évidente souplesse dans l'appréciation des éléments qui le constituent. On constate alors que l'absence de lien avec l'objet fonde la majorité des ruptures d'égalité constatées par le juge à l'égard des collectivités territoriales[4]. Il peut être exprimé de manière explicite[5] ou implicite. De fait, le lien avec l'objet n'est pas une condition aisée à anticiper pour les collectivités territoriales dès lors que le juge l'interprète assez librement. Si l'objet en question est sans lien avec l'égalité, cette condition peut laisser échapper des traitements qui peuvent confirmer, voire accroître, des inégalités préexistantes. Le contrôle du juge peut alors s'étendre aux « inégalités manifestes » engendrées par ces différences de traitement. En effet, « *de même que l'erreur manifeste entraîne un accroissement du contrôle juridictionnel, l'inégalité manifeste autoriserait le juge à tenir compte de différences autres que celles qui sont liées à l'objet même du litige* »[6]. Désormais formulée par les juges, cette condition de validité de la différence de traitement se traduit par un contrôle de la disproportion manifeste de la mesure.

---

[1] Cette approche casuistique a été relevée par Pierre DELVOLVE que ce soit pour la détermination de l'objet (P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, op. cit., p. 180, n° 266), l'appréciation de l'intérêt général (ibid., p. 148, n° 217) ou de la différence de situations (ibid., p. 175, n° 258).

[2] O. JOUANJAN « L'égalité », *in* D. ALLAND et S. RIALS (sous la direction de), *Dictionnaire de culture juridique*, 1ère éd., PUF Lamy, 2003, pp. 585-589.

[3] V. LASSERRE-KIESOW, « L'égalité », *JCP Générale*, n° 23, 7 Juin 2010, doctr. 643.

[4] Par ex., en matière de tarification des services publics de l'énergie ou de l'eau on peut aussi relever la censure des différenciations qui seraient fonction de la surface des propriétés (cf. CE, 1er juillet 1936, « Veyre », S., 1937.3, p. 105, note L'HUILLIER ; dans le même sens, Cass. Civ., 24 octobre 1933, « D.H. », Rec. 1933, p. 570 ; *contra* CA Paris, 22 décembre 1933, *D.*, 1934.2, p. 109, note BLAEVOET : « *des règles qui, pour ses usagers remplissant les mêmes conditions par rapport au service public de la distribution d'énergie électrique, ne sont pas égales pour tous* ») ou du nombre d'ouvriers employés dans les établissements (cf. CE, 6 janvier 1967, « Ville d'Elbeuf », Rec. p. 1). Dans l'un et l'autre cas la censure du juge administratif s'explique par l'absence de lien entre le critère de différenciation – surface, nombre d'ouvriers – et l'objet du service en lui-même – l'approvisionnement en électricité ou en eau – dès lors que ces critères ne reflètent pas la réalité de la consommation des usagers. En matière de droit de stationnement, une jurisprudence bien établie a établi les critères de différenciation tarifaire applicables par les collectivités territoriales : seule la nature de l'occupation – temporaire, permanente, commerciale ou pour un usage particulier – peut être prise en compte et non la catégorie de véhicules par exemple (cf. CE, 6 mai 1932, « Genthon », Rec. Lebon p. 461 : « *Ces droits doivent viser indistinctement toutes les occupations de même nature et de même importance et les permissions ne sauraient avoir pour effet de créer entre les véhicules selon leur mode de traction une inégalité de régime fiscal pour une même occupation* »).

[5] CE, 15 mai 2000, n° 200903, « M. Barroux », Rec. Lebon.

[6] P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, op. cit., p. 194, n° 288.

723. **Une différence de traitement manifestement non-disproportionnée.** En vertu de la jurisprudence, une différence de traitement, pour être valable, ne doit pas présenter de caractère manifestement disproportionné au regard des motifs qui la fondent. Cette condition doit être impérativement contrôlée[1]. Or, refusant toujours à mettre en œuvre un contrôle en opportunité[2], le juge se contente des motifs, de droit et de faits, invoqués par la collectivité territoriale. Ce faisant, son contrôle se rapproche de celui de l'erreur manifeste d'appréciation, laissant une place à l'arbitraire du juge. L'analyse de la disproportion de la mesure se fait « *au regard des différences de situation ou des motifs susceptibles de la justifier* »[3]. Le juge est amené à donner une « valeur » à la différence de traitement en fonction de la différence de faits (motifs de fait) – qui doit être « *appréciable* »[4] – ou du but de la mesure (motifs de droit)[5] dont l'objectivité n'est jamais assurée. Les motifs de fait sont invoqués pour justifier une différence de traitement fondée sur une différence de situation[6]. Le juge applique ici un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation de la situation[7]. En revanche lorsqu'il va apprécier le rapport entre la différence de traitement et le but de la mesure (motifs de droit), notamment lorsqu'est en jeu l'intérêt

---

[1] CE, 30 mai 2007, « Hoffer », T. p. 660.

[2] Depuis l'affaire *Gomel*, le juge de l'excès de pouvoir va vérifier pour la première fois « *si l'administration a correctement raisonné au regard des faits en cause, si ces faits étaient "de nature à" justifier la décision prise […]. Lorsque les textes applicables laissent à l'administration une marge d'appréciation, le juge de l'excès de pouvoir se borne à contrôler la rectitude du raisonnement suivi, la validité de la qualification juridique des faits, l'exactitude matérielle des faits (cf. CE, 14 janvier 1916, « Camino », p. 15) ; mais il ne contrôle pas les raisons d'opportunité qui ont conduit l'administration à prendre sa décision* » ; cf. CE, « Contrôle par le juge de la qualification juridique des faits à laquelle se livre l'administration. A propos de CE, 4 avril 1914 – Gomel – Rec. Lebon p. 488 », *Note d'analyse*, site : www.conseil-etat.fr.

[3] CE, Ass., 13 juillet 1962, « Conseil nationel de l'ordre des médecins », Rec. p. 479, *RDP*, 1962, p. 739 concl. G. BRAIBANT. Il a été précisé par la suite : notamment, CE, 15 mai 2000, « Barroux », Rec. p. 172 ; CE, 10 janvier 2005, « Hardy et Le Cornec », Rec. p. 9, *AJDA*, 2005, p. 1575, note J.-C. HELIN ; CE, Sect., 25 juillet 2007, « Syndicat des avocats de France », n° 288720.

[4] CE, 10 mai 1974, « Denoyez et Chorques », Rec. p. 274 ; pour une nouvelle formulation, cf. CE, Ass., 28 juin 2002, « Villemain », req. n° 220361, Rec. Lebon.

[5] CE, 10 janvier 2005, « Hardy et Le Cornec » ; voir aussi CEDH, 22 janvier 2008, req. n° 43546/02, « E. B. c. France » : une distinction « *est discriminatoire […] si elle manque de justification objective et raisonnable* » et si elle n'a pas de « *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* » ; CJCE, 3 décembre 1974, aff. 33/74, « Van Binsbergen », Rec. p. 1299 : « *des mesures moins contraignantes* » ne doivent pas pouvoir être adoptées à la place de la règle différenciée ; CJCE, 11 mars 1987, aff. jointes n° 279/84, « Walter Rau Lebensmittenwerke c. Commission », Rec. p. 1116 : la mesure ne va « *pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé* ».

[6] CE, Ass., 28 juin 2002, req. n° 220361, « Villemain », Rec. Lebon : la différence de traitement ne doit pas être « *manifestement disproportionnée au regard des différences de situation susceptibles de la justifier* »

[7] Concl. LASSERRE sous CE, Sect., 26 avril 1985, « Ville de Tarbes », Rec. p. 119 ; *AJDA*, 1985, p. 409, chr. HUBAC et SCHOETTL : le commissaire du gouvernement LASSERRE invitait le Conseil d'Etat à étendre le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation à la question de la tarification des services publics, afin de répondre aux exigences du principe d'égalité devant le service public. Par ex. CE, 18 décembre 2002, « Conseil national des professions de l'automobile, Société SN CECAM », *AJDA*, 2003, p. 748 : « *les modalités différentes de communication des résultats de l'examen du permis de conduire ne créent aucune différence de traitement constitutive d'une rupture illégale du principe d'égalité* ». CE, 20 janvier 1980, « Centre communal d'action sociale de La Rochelle », préc., *AJDA*, 1989, p. 398, note X. PRETOT : le juge apprécie la fixation du barème des taux d'imposition applicables aux usagers, sur la base d'une évaluation des ressources de chaque foyer fondée sur les revenus imposables.

général, son contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation va se traduire par un contrôle de la qualification juridique[1].

724. Le commissaire du gouvernement BAUDOIN[2] qualifia ce contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation de « *mécanisme de secours en cas d'iniquité patente* »[3] ayant pour mission de « *susciter la crainte révérencielle de l'administration* »[4], afin que le pouvoir discrétionnaire ne se meuve pas en pouvoir arbitraire[5]. L'appréciation se fait dans un *« respect minimum de logique et de bon sens* »[6] : ce que le juge estime « *par trop inéquitable, tout homme raisonnable le considérera comme inéquitable* »[7]. Il peut alors être conduit à analyser les effets de la décision sur les personnes concernées par la décision de l'administration[8]. L'ampleur de la différence de traitement sera fonction de la pertinence de la motivation qui la fonde. On constate alors que le principe d'égalité ne s'applique plus uniquement à des situations identiques mais aussi à des situations différentes dans leur rapport de proportion[9]. Cela a pour conséquence de relativiser doublement l'égalité : « *d'une part, l'égalité n'est plus absolue entre*

---

[1] Cette tendance à inclure la qualification juridique et l'appréciation des faits dans une même démarche intellectuelle a fait de l'erreur manifeste d'appréciation « *une erreur de qualification qui dépasse "la mesure raisonnable". Ainsi, le contrôle restreint ne serait qu'une version édulcorée du contrôle normal, en ce qu'il conduit le juge à se livrer à un examen superficiel de la qualification juridique* » ; cf. M. DEGUERGUE, « Une controverse doctrinale latente relative au contrôle des motifs de fait », *in Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 378.

[2] Concl. BAUDOIN sur CE, 6 novembre 1970, « Sieur Guyé », Rec. p. 652, *RDP*, 1971, p. 517.

[3] Ibid.

[4] Ibid. Pierre DELVOLVE évoque un contrôle de l'« *inégalité manifeste* » ; cf. P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, op. cit., p. 194, n° 288.

[5] Voir aussi, concl. KAHN sous CE, Ass., 12 janvier 1968, « Min de l'Economie et des finances c. Dame Perrot », *AJDA*, 1968, II, p. 179 : la théorie de l'erreur manifeste d'appréciation consiste à « *corriger ce que la théorie du pouvoir discrétionnaire peut avoir d'excessif et d'arbitraire* ». Le Conseil constitutionnel adopte une attitude similaire ; par ex. Cons. const., 2 juillet 1986, n° 86-208 DC, Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorale, cons. 24 : « *les exceptions apportées au principe de l'égalité de suffrage ne procèdent pas, pour chacune d'elles, d'une erreur manifeste d'appréciation, elles pourraient par leur cumul aboutir à créer des situations où ce principe serait méconnu* » ; Cons. const., 18 novembre 19886, n° 86-218 DC, Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés, cons. 12 : « *il n'apparaît pas en l'état du dossier que les choix effectués par le législateur aient manifestement méconnu les exigences constitutionnelles* ».

[6] Rapport de Guy BRAIBANT, sur CE, 13 novembre 1970, « Lambert », cité par LABETOULLE et CABANES, *AJDA*, 1971, p. 35.

[7] F. REMION, « Le juge administratif et les creux du droit », in *L'hypothèse du non-droit*, XXXe séminaire de Liège des 21 et 22 octobre 1977, Liège, 1978, p. 121 : *« l'équité [qui fonde l'erreur manifeste d'appréciation] prend une part très grande de subjectivité, (...) il [en est autrement] dans les cas où la situation est trop inéquitable ; en effet, ce que le juge a estimé par trop inéquitable, tout homme raisonnable le considérera comme inéquitable* ». Voir M. FOULETIER, *Recherches sur l'équité en droit public français*, LGDJ, Bib de Droit public, T. 229, 2003, p. 100 et s.

[8] Par ex. concl. sur CE, 10 janvier 1964, « Min de l'Agriculture c. Simonnet », *RDP*, 1964.182.

[9] B. SEILLER, « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 986, n° 18 : le principe d'égalité « *ne joue plus seulement au sein de chaque catégorie mais aussi entre les catégories pour limiter la différenciation* ». Il ajoute que « *jeter des ponts entre les catégories instituées crée le risque d'établir des liens fictifs et de comparer ce qui a été volontairement distingué parce que cela n'est précisément pas comparable* » (ibid., n° 19).

les individus appartenant à une même catégorie et, d'autre part, elle tend à modérer les différences de régime instaurées entre les catégories »[1]. Le jugement de valeur sur les situations ainsi opéré par le juge gagne de plus en plus en intensité selon les domaines, les droits en présence et les textes qui les régissent. Le contrôle semble s'intensifier au fur et à mesure que la situation se précise juridiquement[2]. « *L'appréciation du "degré de différenciation" que se reconnaît aujourd'hui le juge administratif repose sur des éléments bien peu objectifs [avec] la même réserve que celle formulée au sujet de la première condition (nb : lien avec l'objet de la mesure) : le juge risque de substituer sa propre subjectivité à celle de l'autorité contrôlée* »[3]. Toutefois, il demeure limité dans ses moyens d'investigation par la structure du recours pour excès de pouvoir qui l'oblige à ne s'intéresser qu'aux faits justifiant la décision et non à ceux qui ont trait à la victime potentielle de discrimination[4]. C'est bien l'acte qui est attaqué dans ses motifs et non dans ses effets discriminatoires[5]. Ce faisant, le contrôle de la manifeste disproportion par le juge administratif ne fonde que rarement les décisions d'annulation[6].

---

[1] Ibid., pp. 986-987, n° 20.

[2] Par ex., dans le contentieux disciplinaire, le juge apprécie la disproportion entre la faute et la sanction qui s'y applique (cf. en ce sens, concl. B. GENEVOIS sur CE, Sect., 9 juin 1978, Rec. Lebon, *AJDA*, 1978, p. 573).

[3] B. SEILLER, « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », art. cit., p. 991, n° 35. M. COMBARNOUS note ainsi que « *toute l'histoire du développement du pouvoir discrétionnaire de l'administration pourrait se résumer à la généralisation du contrôle par le juge de l'appréciation des faits à laquelle se livre l'administration avant de décider, appréciation qui […] comporte nécessairement appréciation d'opportunité et jugement de valeur, dans lequel le sentiment d'équité du juge trouvera tout naturellement à s'exercer* » ; cf. M. COMBARNOUS, « L'équité et le juge administratif », *Justices*, n° 9, janvier-mars 1998, p. 79. « *Le juge fait varier son contrôle suivant son bon vouloir, pour ne pas dire son arbitraire, et tenter de couvrir le risque d'arbitraire de l'administration, lorsqu'elle exerce son pouvoir d'appréciation, par l'arbitraire du juge* » ; cf. M. DEGUERGUE, « Une controverse doctrinale latente relative au contrôle des motifs de fait », art. cit., pp. 388-389.

[4] Cette limite claire de l'office du juge, incapable de tenir compte des effets des traitements sur les individus, montre toute la difficulté à intégrer ce concept étranger qu'est la « discrimination », dans notre tradition juridique (cf. S.-J. LIEBER et D. BOTTEGHI, « Mme Perreux (II) - Juger des discriminations, une mission sous contraintes »**,** *AJDA*, 2009, pp. 2391 et s. Voir supra, n° 362 et s ; 472 et s.). Il faudrait pour y parvenir qu'il applique systématiquement un contrôle de proportionnalité complet afin de passer, comme l'indique Marjolaine FOULETIER, du contrôle du raisonnable au contrôle de l'équitable. L'auteure a ainsi démontré le rôle croissant du juge administratif dans la réalisation de l'exigence d'égalité, considérant le contrôle de l'erreur de manifeste d'appréciation comme un contrôle du raisonnable, et le contrôle de proportionnalité comme un contrôle de l'équitable. Voir, M. FOULETIER, *Recherches sur l'équité en droit public français*, LGDJ, Bibl. Droit public, tome 229, 2003, pp. 100-108.

[5] Pour autant, ces conditions n'ont pas de réelle influence sur le contentieux tant que le juge se focalise « *sur le contenu de la règle/décision et non sur […] ses effets* » ; cf. L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2011, p. 26.

[6] D'aucuns ont ainsi constaté que le contrôle des motifs mis en œuvre dans le cadre du contrôle de l'égalité ne conduisait « *finalement que très rarement à sanctionner la disproportion ; la marge d'appréciation de l'administration pour déterminer une différence de situation ou invoquer un intérêt général supérieur – notion éminemment subjective – semble enrayer le contrôle du juge qui avalise le plus souvent la différence de traitement* » ; cf. L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2011, pp. 19-20.

725. Dans l'application des principes d'égalité, il ne saurait y avoir de solution générale applicable à tous les litiges. « *il ne peut y avoir de décision qu'affaire par affaire, à la suite d'un examen méthodique* »[1]. « *La marge d'appréciation de l'administration pour déterminer une différence de situation ou invoquer un intérêt général supérieur – notion éminemment subjective – semble enrayer le contrôle du juge qui avalise le plus souvent la différence de traitement* »[2]. Les collectivités territoriales demeurent donc relativement libres, au regard des principes d'égalité, pour adopter des différences de traitement permettant d'adapter la législation aux particularités des situations qu'elles rencontrent sur leur territoire. Cette adaptation se fait dans les cadres des domaines de compétence directement attribuées, ce qui limite leur champ d'intervention. La clause générale de compétence permet à certaines d'entre elles d'investir tous les domaines disposant d'un intérêt public local.

B) Les actions autorisées par la clause générale de compétence

726. La création de collectivités territoriales libres de s'administrer par des conseils élus laisse supposer l'existence d'un *affectio societatis* entre les citoyens d'une même collectivité et, partant, d'un intérêt commun à vivre ensemble. Sur le plan juridique, cela se traduit par la reconnaissance d'un intérêt public local. Cette notion justifie l'usage de la clause générale de compétence laquelle permet de créer des services publics locaux dans des domaines étrangers aux compétences normalement attribuées par la loi (1). Son emploi ne se fait pas sans tenir compte de certaines limites relatives, en particulier, au droit de la concurrence (2).

1) L'existence de la clause générale de compétence

727. La clause générale de compétence est un objet juridique controversé qui entre en contradiction avec la conception de l'Etat unitaire et de la décentralisation à la française. Elle s'appuie sur un fondement historique fragile mais dispose d'un fondement juridique bien réel.

728. **Le fondement historique de la clause générale de compétence.** Jean-Paul PASTOREL élabore une critique du fondement historique de la clause générale de compétence.

[1] P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, op. cit., p. 175, n° 258. : « *Il ne peut y avoir de décision qu'affaire par affaire, à la suite d'un examen méthodique* ».

[2] L. CLUZEL-METAYER et M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2011, pp. 19-20.

Il remet d'abord en cause la construction du mythe du pouvoir municipal « *comme un "quatrième pouvoir" au côté, bien qu'en dessous, des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire* »[1]. Ce mythe, véhiculé notamment par les écrits de CARRE De MALBERG[2], tend à considérer d'une part que le pouvoir municipal existe par la force des choses – et non par la loi – et d'autre part que ce pouvoir se distinguerait du pouvoir administratif. Cette « *affirmation politique d'une spécificité historique du pouvoir municipal tient à ce que la Révolution fut d'abord municipale* »[3]. De là découle l'idée que les communes existeraient préalablement et indépendamment de l'Etat moderne. L'article 8 de la Constitution du 3 septembre 1791 dispose ainsi que « *les citoyens français [...] qui naissent de leur réunion dans les villes et dans certains arrondissements du territoire des campagnes, forment les communes* ». Ces dernières n'apparaissent pas au titre de « *l'administration intérieure* ». Le décret des 10-11 juin 1793 en fait des « *sociétés de citoyens* », c'est-à-dire des sociétés politiques composées de « *citoyens-magistrats* »[4]. Ce faisant, des auteurs ont affirmé que le pouvoir municipal n'était pas délégué mais qu'il était « *propre aux municipalités, provenant sans intermédiaire des citoyens, titulaires de la souveraineté nationale* »[5]. Dans les décennies qui ont suivi, a été observée une certaine tendance vers le fédéralisme, des collectivités territoriales – et pas seulement des communes – visant à s'affranchir du pouvoir central[6]. Ces arguments n'emportent pas la conviction pour justifier l'existence d'une clause générale de compétence : dès le Directoire, les communes n'ont pu résister au mouvement de centralisation[7]. La tutelle imposée à toutes les collectivités

---

[1] J.-P. PASTOREL, « Collectivité territoriale et clause générale de compétence », *RDP*, janvier 2007, n° 1.

[2] R. CARRÉ DE MALBERG, « Contribution à la théorie générale de l'État », tome 1, Sirey, 1920, réédit. éd. CNRS, 1985, p. 188.

[3] J.-P. PASTOREL, « Collectivité territoriale et clause générale de compétence », art. cit. Pour certains auteurs « *la démocratie ne naît pas des assemblées pour descendre sur le pays ; elle sort du pays lui-même pour refluer dans les assemblées, elle s'impose aux législateurs qui n'auront plus qu'à la formuler, ce sera l'œuvre de la législative et de la Convention* », G. BOURGIN, « Les communaux et la Révolution française », *Nouvelle Revue histoire de droit français et étranger*, novembre-décembre 1908, p. 713.

[4] P.-L. ROSSI, *Cours de droit constitutionnel*, Ebrard et Cie, 1836 : « *la commune était le germe qui renfermait en lui la réalisation de ce qui doit devenir un jour les principes des sociétés modernes : l'égalité civile ; c'est en elle que se résumait le bourg, le peuple, le travail libre, la participation aux affaires publiques, le gouvernement national* ».

[5] G. SAUTEL et J.-L. HAROUEL, *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution*, 8e éd., Dalloz, 1997 ; voir aussi, G.-J. GUGLIELMI, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française, de la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, LGDJ, 1991, p. 74 et s.

[6] Roland DEBBASCH a illustré cette tendance à partir du cas topique du département de l'Eure-et-Loir qui s'était cru autorisé à exercer le pouvoir législatif et à baptiser « décrets » ses délibérations ainsi qu'à statuer sur des sujets d'intérêt national ; l'Assemblée avait été contrainte à décréter, sur proposition de Le CHAPELIER : « *nul corps administratif ne pourra employer dans l'intitulé et dans le dispositif de ses délibérations, l'expression de décret, consacrée aux actes du Corps législatif... ; il doit employer le terme de délibération* », cf. R. DEBBASCH, *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Economica, 1988, p. 77.

[7] L'article 199 de la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) consacra la fin de la spécificité du pouvoir local désormais subordonné à l'administration générale et privé du pouvoir de s'immiscer dans les affaires nationales : « *les administrations, soit de département, soit de canton, ne peuvent correspondre entre elles que sur les affaires qui leur sont attribuées par la loi, et non sur les intérêts généraux de la République* ».

territoriales les a condamnées à un rôle de subordonné de l'administration centrale. Leur passé de personnes morales de droit privé ne résiste pas non plus à cette donnée.

729. En effet, jusqu'au milieu du XIXe siècle, le statut de la commune était régi par le droit privé. Leur contentieux était alors soumis à la compétence des tribunaux judiciaires[1]. Alexis de TOCQUEVILLE parlait de la commune comme « *la seule association qui soit si bien dans la nature que partout où il y a des hommes réunis, il se forme de soi-même une commune* »[2]. Association plutôt que collectivité publique, on pouvait alors distinguer la municipalité et l'administration générale : « *de ces deux pouvoirs, l'un n'est autre chose que l'autorité du père de famille, l'autre est une branche du pouvoir exécutif ; l'un n'établit que des rapports domestiques, l'autre n'agit que dans l'intérêt de l'ordre public* »[3]. Le pouvoir municipal s'opérait dans le cadre de la liberté d'association privée qui donnait « *par exemple, le droit d'instituer des organes propres, d'admettre de nouveaux adhérents, d'administrer les biens, de régler les affaires locales, en un mot d'exercer dans des limites déterminées toute l'activité administrative privée* »[4]. Cette liberté se traduit par un pouvoir d'auto-administration qui justifierait l'existence de la clause générale de compétence[5]. Toutefois, pour Jean-Paul PASTOREL, cette liberté, qui aurait pour origine la liberté d'association, ne saurait justifier cette clause dès lors que les communes sont passées dans le giron de la sphère publique, avec un statut de collectivité publique soumise à la tutelle de l'Etat. Au demeurant, ces raisons historiques invoquées par une partie de la doctrine[6] ne peuvent non plus justifier la clause générale de compétence qui a existé pour les départements et les régions. Pour autant, il existe bel et bien un fondement juridique relativement solide que le Conseil constitutionnel a semblé, un temps, rattaché à la libre administration des collectivités territoriales[7], avant de se rétracter[8].

---

[1] Voir, H. F. KOECHLIN, *Compétence administrative et judiciaire de 1800 à 1830 (étude de jurisprudence)*, éd. Rousseau, 1950, p. 131.

[2] A. De TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Livre I, 1ère partie, chap. V, p. 122.

[3] P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes*, 3e éd., Barrois, 1833, 4e éd., 1840. Le pouvoir municipal apparait ainsi comme « *une puissance domestique, comparable à celle qui existe dans la famille, plutôt qu'une puissance publique de même nature que celle de l'État* » ; ibid.

[4] G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, 2e partie, Théorie juridique de l'État, Giard et Brière, 1913, p. 368.

[5] Bertrand FAURE indique que cette clause est « *à la collectivité ce que la capacité est à l'individu* » ; cf. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, 3e éd., Dalloz, 2014, n° 700, p. 557.

[6] Voir not., J.-M. PONTIER, « *Semper manet*. Sur une clause générale de compétence », *RFDA*, 1984, p. 1443-1472.

[7] Cons. const., 9 mai 1991, n° 91-290, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, Rec. p. 50, cons. 20 ; Cons. const.,28 décembre 1982, n° 82-149, Loi relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunal, Rec. p. 76, cons. 2 à 6.

[8] Cons. const., 16 décembre 2016, n° 2016-565 QPC, Assemblée des départements de France [Clause de compétence générale des départements]. Avant celle-ci, la décision du 9 décembre 2010, n° 2010-618 DC portant sur la loi de réforme des collectivités territoriales n'avait pas éteint la controverse.

730. **Le fondement juridique de la clause générale de compétence.** Si la clause générale de compétence s'appuie sur un fondement historique fragile, son existence juridique remonte à la loi du 18 juillet 1837, laquelle investit « *les conseils municipaux du droit de statuer par eux-mêmes […] sur certaines matières d'intérêt local* »[1]. Elle a ensuite été réaffirmée à l'article 61 alinéa 1er de la loi municipale de 1884 qui dispose : « *le Conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune* ». On en trouve les prémisses, pour les départements, à l'article 48 de la loi du 10 août 1871 dans des termes un peu différents : « *Le conseil général statue [...] généralement sur tous les objets d'intérêt départemental dont il est saisi* ». Toutefois cette disposition n'aura ni pour objet ni pour effet de conférer une telle compétence générale[2]. C'est la loi du 2 mars 1982 qui l'instituera dans son article 23 qui dispose : « *le conseil général règle par ses délibérations les affaires du département* ». La formulation se retrouvera à l'identique pour les régions à l'article L. 4221-1 du Code général des collectivités territoriales[3]. Depuis la loi NOTRe du 7 août 2015, les articles L. 3211-1 et L 4221-1 précise désormais que les affaires locales des départements et des régions sont gérées « *dans les domaines de compétences que la loi [leur] attribue* » supprimant ainsi leur compétence générale respective. Désormais seule la commune possède une telle compétence, ce qui n'est pas sans susciter quelques interrogations sur le statut et la notion même de collectivité territoriale. Avant cette suppression, elle permettait notamment de les distinguer des établissements publics soumis au principe de spécialité. Elle est aussi un moyen de distinguer les compétences de l'organe délibérant de celles de l'organe exécutif, en donnant au premier une compétence de principe. Enfin, elle protège la collectivité concernée contre les empiètements de l'Etat et des autres collectivités. Cette suppression interroge aussi sur l'appréciation de l'intérêt local des départements et des régions dès lors qu'une activité n'est pas strictement prévue par les textes. Toutefois, on peut relativiser les effets de cette suppression dès lors qu'elle s'est accompagnée d'une extension non négligeable des compétences des départements et surtout des régions. Une partie de la doctrine s'est posée la question de la valeur constitutionnelle de la clause générale de compétence. Deux arguments ont été invoqués, tour à tour rejetés par le Conseil constitutionnel : le premier réside dans le rattachement de cette clause au principe de libre

[1] René GOLET, Ministre de l'Intérieur, Documents parlementaires, Chambre des députés, mai 1882, n° 657, p. 1017 et s. : « *La loi du 18 juillet 1837 peut être considérée comme ayant, la première, investi les conseils municipaux du droit de statuer par eux-mêmes […] sur certaines matières d'intérêt local […]. S'il ne paraît pas possible d'abandonner sans aucun contrôle aux assemblées municipales la gestion des affaires locales, il convient tout de même de remettre l'exercice de ce contrôle à un pouvoir qui émane de l'élection* ».

[2] Voir, Cons. const., 9 décembre 2010, n° 2010-618 DC relative à la réforme des collectivités territoriales, cons. 54.

[3] Art. 59, Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, JORF du 3 mars 1982 p. 730.

administration présent à l'alinéa 3 de l'article 72 de la Constitution[1] ; le second soutient que la clause générale de compétence aurait pu être consacrée comme principe fondamental reconnu par les lois de la République sur la base de la loi de 1871[2].

731. La clause générale de compétence a subi une réelle régression avec sa suppression pour les départements et les régions. Pour les communes, en revanche, son maintien semble renforcer l'idée du mythe du pouvoir municipal, tout du moins d'une spécificité, voire d'une supériorité de la commune parmi les différents statuts de collectivité territoriale. L'usage qu'elles ont faites de cette compétence générale à travers, ce que d'aucuns ont appelé, le « *socialisme municipal* » semble confirmer cette opinion. Ce mouvement à contribuer à la création de nombreuses activités de service public servant à répondre aux besoins spécifiques de la collectivité.

2) L'exercice de la clause générale de compétence

732. Comme l'indique Jean-Marie PONTIER, les affaires locales se définissent non pas par leur objet ou leur contenu mais par l'intérêt public auquel elles répondent[3]. S'il peut couvrir un nombre important d'activités, les collectivités territoriales – aujourd'hui uniquement les communes – sont tout de même confrontées à certaines limites dans l'exercice de cette compétence générale.

733. **La portée de la clause générale de compétence.** Pour Maurice HAURIOU « *c'est dans le cadre territorial que se dégage le plus complètement la notion de bien commun, sous la forme*

[1] Dans ces décisions de 1982 *Ville de Paris, Lyon, Marseille* (cf. Cons. const., 28 décembre 1982, n° 82-149, préc., cons. 2 à 6) et de 1991 *Statut de la Corse* (cf. Cons. const., 9 mai 1991, n° 91-290, préc., cons. 20), le Conseil constitutionnel considère que la clause générale de compétence ne méconnait pas les dispositions de l'article 72, notamment le principe de libre administration qu'il consacre. La décision de 9 décembre 2010, n° 2010-618 DC relative à la réforme des collectivités territoriales s'inscrit dans la même lignée (cf. cons. 55). Ce n'est qu'avec la décision n° 2016-565 QPC du 16 septembre 2016, Assemblée des départements de France que la controverse est définitivement tranchée. Pour le Conseil, « *le troisième alinéa de l'article 72 de la Constitution n'implique pas, par lui-même, que les collectivités territoriales doivent pouvoir intervenir dans les domaines pour lesquels aucune autre personne publique ne dispose d'une compétence attribuée par la loi* » (cons. 5). Il ajoute que « *compte tenu de l'étendue des attributions dévolues aux départements par les dispositions législatives en vigueur, qu'il s'agisse de compétences exclusives, de compétences partagées avec d'autres catégories de collectivités territoriales ou de compétences susceptibles d'être déléguées par d'autres collectivités territoriales, les dispositions contestées ne privent pas les départements d'attributions effectives* » (cons. 6).

[2] Le conseil constitutionnel écarte le raisonnement en rappelant « *que ces dispositions n'ont eu ni pour objet ni pour effet de créer une "clause générale" rendant le département compétent pour traiter de toute affaire ayant un lien avec son territoire ; que, par suite, elle ne saurait avoir donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République garantissant une telle compétence* » (cf. Cons. const., 9 décembre 2010, n° 2010-618 DC relative à la réforme des collectivités territoriales, cons. 54). Toutefois, on peut se demander si cette solution vaut aussi pour les communes.

[3] J.-M. PONTIER, « Sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984, p. 1443.

de l'intérêt général »[1]. L'échelon local, en rapprochant l'action administrative du citoyen, permet plus aisément de déterminer les besoins de la population. Il revient à l'assemblée délibérante d'apprécier ces besoins, le juge administratif se contentant d'un contrôle minimum. La notion d'intérêt public local peut alors couvrir de nombreuses activités dès lors qu'elle n'a pas de limites matérielles prédéfinies. L'intérêt doit être public[2], ce qui ne l'empêche pas de se confondre parfois avec un intérêt privé, personnel[3] ou collectif[4]. L'intérêt doit être local, ce qui implique de démontrer un lien suffisamment direct avec la collectivité[5]. Enfin, l'intérêt doit être administratif, ce qui interdit toute démarche politique[6] ou partisane[7] dans l'utilisation de la clause générale de compétence ou d'intervenir dans le domaine de la loi[8]. Considérée comme l'expression de la solidarité locale, cette clause a ainsi pu justifier l'attribution d'aides,

[1] M. HAURIOU, Précis de droit constitutionnel, Sirey, 2e éd., 1929, p. 555.

[2] Une commune ne peut pas financer l'entretien de voies privatives (cf. CE, 17 octobre 1980, « Braesch », Rec. p. 625) ou soutenir l'exercice d'un culte (cf. CE, 13 mars 1953, « Ville de Saumur », Rec. p. 131) sauf s'il présente un intérêt socio-éducatif (cf. CE, 16 mars 2005, « Min Outre-mer c. Gouvernement Polynésie française », Rec. p. 108), culturel, économique ou touristique (cf. par ex., CE, 19 juillet 2011, n° 308544, « Commune Trélazé » : pour le financement d'un orgue ; CE, 19 juillet 2011, n° 308817, « Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône et M. P. » : légalité d'une subvention pour la réalisation d'un ascenseur desservant la basilique de Fourvière).

[3] CE, 7 juillet 2004, « Commune de Celoux », Rec. p. 319 : légalité du financement de l'organisation d'un voyage outre-mer pour la moitié de ces habitants.

[4] CE, 4 avril 2005, « Commune d'Argentan », *RFDA*, 2006, p. 51 : subventions à l'union locale d'un syndicat dans la mesure où il existe un lien suffisamment direct entre ses actions menées localement et un intérêt public local sous la réserve que ces subventions ne soient pas accordées pour des motifs politiques ou pour apporter un soutien dans un conflit du travail ; CE, 20 novembre 1985, « Commune Aigues-Mortes », Rec. p. 330 : interdiction de soutenir un conflit collectif de travail sans lien suffisant avec la commune ; CE, 11 octobre 1989, « Commune de Port-Saint-Louis du Rhône c. Préfet Bouches-du-Rhône, Commune de Miramas, Commune de Gardanne », Rec. p. 184 : conformité de la gratuité des cantines scolaires aux enfants de cheminots en grève.

[5] Une commune peut acquérir un terrain d'une autre commune pour satisfaire des besoins en logements de sa population (cf. CE, 22 novembre 2002, « Commune de Gennevilliers », Rec. p. 653) ou pour agrandir les espaces verts pour ses habitants, ses centres aérés, et ses chasseurs (cf. CE, 7 février 2005, « Commune Fos-sur-Mer », Rec. p. 1032). Il est aussi possible de subventionner une association départementale qui organise sur son territoire un évènement présentant un intérêt communal évident (cf. CE, 5 décembre 1941, « Rousteau », Rec. p. 206) ou la section locale d'une structure nationale pour soutenir l'action principalement sociale menée au niveau local (cf. CE, Ass., 25 octobre 1957, « Commune de Bondy », Rec. p. 552). La référence à l'intérêt local n'est pas exigée dans l'hypothèse ou un département participe à la procédure de passation d'un marché public de l'Etat pour des prestations réalisées dans un autre département (cf. CE, 10 juillet 2009, n° 324156, « Département de l'Aisne »).

[6] CE, 23 octobre 1989, « Commune de Pierrefitte-sur-Seine », Rec. p. 209 : illégalité de la subvention de la commune de Pierrefitte-sur-Seine à la révolution sandiniste au Nicaragua ; CE, 12 novembre 1990, n° 95219, « Commune de Blénod-lès-Pont-à-Mousson » : illégalité de la prise en charge de frais de transport visant à acheminer les habitants de la commune à une manifestation parisienne de défense de la sécurité sociale et pour la paix ; CE, 27 juillet 2005, « Commune Sainte-Anne », Rec. p. 347 : interdiction pour une commune d'afficher sur un bâtiment public un drapeau symbole d'une revendication politique.

[7] Ainsi, la mise à disposition des locaux municipaux aux associations et partis politiques est strictement encadrée par la loi ; voir art. L. 2144-3, CGCT.

[8] TA Clermont-Ferrand, 24 avril 1990, « Préfet de région Auvergne c. Commune de Cendre », Rec. p. 509 : sanction d'un acte d'expulsions locatives et de saisies immobilières qui relève du bloc légal de compétences et du non-respect des décisions de justice.

financières ou matérielles[1], aux personnes, physiques[2] ou morales[3], dont l'activité, lucrative[4] ou non, se trouve en relation suffisamment directe avec la collectivité. Surtout, elle a servi à créer des services publics locaux non prévus par les transferts de compétences. Le courant que l'on a appelé le « *socialisme municipal* »[5] a donné naissance à une multitude de services publics tels qu'une boucherie municipale[6], un cabinet dentaire[7], des bains-douches et des lavoirs[8], une cantine scolaire[9], ou encore un service départemental de téléassistance à des personnes âgées indépendamment de leurs revenus[10]. Lorsqu'elles sont assimilées à des activités marchandes, ces créations doivent s'accorder avec la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence[11]. L'intérêt public local fonde ainsi un nombre et une diversité importants de mesures permettant d'adapter l'action administrative aux spécificités locales. Leur prolifération a décidé le législateur d'en restreindre la portée.

734. **Les limites de la clause générale de compétence.** Pour Bertrand FAURE, la compétence générale reconnue à certaines collectivités « *postule un tempérament du régime représentatif national par sa propre fragmentation en pouvoirs locaux distincts* »[12]. Il a donc été nécessaire d'établir une hiérarchie pour éviter la confusion, la concurrence, entre des pouvoirs disposant d'une légitimité politique quasi identique puisque tirée de l'élection. La concurrence est rendue possible par la conception de l'intérêt public local qui octroie à la collectivité disposant de la compétence générale « *une zone d'activité qui lui est propre mais*

---

[1] Il peut s'agir d'une subvention, d'une prestation ou d'une mise à disposition du personnel de la collectivité ; cf. CE, 10 avril 1970, « Brunel », Rec. p. 238 ; voir cependant, CE, 2 octobre 1996, « Territoire de Belfort », *LPA*, 29 janvier 1997, n° 13, p. 7.

[2] CE, Sect., 28 juillet 1995, « Commune de Villeneuve d'Ascq », Rec. p. 324 pour une aide à destination des étudiants étrangers originaires de villes jumelées ; CE, Ass., 29 juin 2001, « Commune de Mons-en-Barœul », Rec. p. 298 : allocation municipale d'habitation à des citoyens en vue de régler leurs dettes vis-à-vis d'organismes de logement et en contrepartie d'activités bénévoles d'intérêt général.

[3] CE, 10 janvier 1968, « Ebert et Levy », Rec. p. 27 ; CE 31 mai 2000, « Ville de Dunkerque », Rec. p. 218 : aides à des associations sportives contribuant au développement de la pratique locale du sport ; CE 4 août 2006, « Commune de Grimaud », *Bulletin juridique des collectivités locales*, 2006, n° 9 p. 675 : légalité du comblement du passif d'une association gérant un service public administratif et présentant des liens étroits avec la commune.

[4] Les aides économiques aux entreprises privées doivent s'apprécier conformément aux principes définis par l'art. L. 1511 et s., CGCT.

[5] Voir, J.-J. BIENVENU et L. RICHER, « Le socialisme municipal a-t-il existé ? », *Revue historique de droit français et étranger*, 1984, p. 205.

[6] CE, 24 novembre 1933, « Zénard », Rec. p. 1100.

[7] CE, 20 novembre 1964, « Ville de Nanterre », Rec. p. 563

[8] CE, Ass., 12 juillet 1939, « Chambre syndicale des maîtres-buandiers de Saint-Etienne », Rec. p. 478

[9] CE, Sect., 11 janvier 1952, « Association des parents d'élèves enseignement libre Seine-et-Oise », Rec. p. 26.

[10] CE, 3 mars 2010, « Département Corrèze », *AJDA*, 2010, p. 1251.

[11] Sur ce point, d'aucuns évoquent une « *théorie des cycles jurisprudentiels* » (cf. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, 3e éd., Dalloz, 2014, n° 703), selon l'orthodoxie économique du moment, où l'on est passé de la non-concurrence à l'égale concurrence entre les opérateurs privés et les opérateurs publics qui agissent sur le marché. Voir aussi, B. FAURE, « Le droit administratif des collectivités territoriales et la concurrence », *AJDA*, 2001, p. 136

[12] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., n° 706, p. 563.

pas exclusive »[1]. Ainsi, cette compétence ne saurait permettre à une collectivité d'interdire à une autre d'intervenir à l'égard de ses administrés. La tendance actuelle s'oriente vers davantage de collaboration pour ses cas d'empiètements dans le cadre de leur « *action commune* »[2]. La liberté de chacun est respectée par cette faculté à collaborer. Avant la loi NOTRe de 2015[3], l'attribution d'un domaine compétence à une collectivité n'interdisait pas à une autre d'agir dans ce domaine à titre complémentaire en application de la clause générale de compétence[4]. La loi NOTRe, en plus de supprimer la clause générale de compétence pour les départements et le régions, a mis fin à cette possibilité en attribuant des domaines exclusifs pour chaque catégorie de collectivité[5]. Le contrôle du juge s'exerce sur le respect des compétences légales attribuées expressément aux personnes publiques[6]. La protection de l'habilitation législative oblige la collectivité désireuse d'utiliser sa compétence générale de le faire à titre résiduel, c'est-à-dire pour les matières non expressément attribuées à titre exclusive. Cela ne l'empêche pas d'agir à titre complémentaire pour les autres titres de compétence.

735. La seconde limite imposée par le législateur réside dans la capacité qu'ont les collectivités territoriales d'accorder, en vertu de leur compétence générale, des financements à des projets en dehors de l'aide aux entreprises. La logique de réduction des dépenses publiques tend à encadrer et à conditionner ce mode d'action qui est pourtant un rouage essentiel de la compétence générale, la capacité à financer des projets faisant partie intégrante de la compétence générale. Depuis la réforme du 16 décembre 2010[7], le cumul de financement a été réduit en mettant en place une compétence liée qui ne laisse plus beaucoup de marge de

[1] Ibid., n° 707, p. 564.
[2] Art. 72, al. 4, Constitution.
[3] Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, JORF n° 0182 du 8 août 2015 p. 13705.
[4] Voir, par ex., pour la compétence sociale des communes complémentaire de celle des départements, CE, 29 juin 2001, « Commune Mons-en-Barœul », Rec. Lebon p. 298.
[5] Cir. du Gouvernement du 22 décembre 2015 relative aux incidences de la suppression de la clause de compétence générale des départements et des régions sur l'exercice des compétences des collectivités territoriales, NOR RDFB1520836N, p. 3.
[6] Sur cette base, le Conseil d'Etat a sanctionné, pour incompétence, une commune attribuant des logements sociaux en méconnaissance de la compétence réservée aux organismes HLM (cf. CE, 21 juin 2000, « Commune Charvieux-Chavagneux », Rec. p. 856). Il en va de même de la directive adressée au maire par le conseil municipal alors que celui-ci agit en tant qu'agent de l'Etat (cf. CE, 29 avril 1983, « Association de défense espaces ruraux et naturels Commune de Regny », Rec. p. 129) ou de la décision de supprimer le droit de vaine pâture alors qu'il s'agissait d'une compétence du conseil général (cf. TA Toulouse, 25 mars 1976, « Perier », Rec. p. 619). Il en va également ainsi de l'attribution de droits de chasse accordés par une commune alors qu'une telle compétence relève d'un établissement public de coopération intercommunale (cf. CE, 26 avril 1985, n° 31752, 44482, 45259, 48725 et 48727, « Commune de Larrau », Rec. p. 129).
[7] Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, JORF n° 0292 du 17 décembre 2010 p. 22146.

manœuvre aux collectivités[1]. Surtout, il est exigé que la collectivité maitre d'ouvrage compte pour 20 % au moins des financements publics du projet. Cette règle est toutefois assortie d'aménagements[2] au point que certains considèrent le dispositif peu efficace pour résorber les excès de la dépense publique[3].

736. Ainsi, comme l'indiquent Samuel DYENS et Teddy MOREL, « *davantage que le droit, c'est la précarisation, voire, pour certaines collectivités, la paupérisation qui rend l'utilisation de la clause générale de compétence bien hypothétique* »[4]. La compétence générale se meurt davantage à cause des problèmes de gestion et d'organisation plutôt que de problèmes juridiques. L'hétérogénéité de ce qu'on appelle le « local », désignant tout ce qui n'est pas l'Etat, peut être la cause de dérives de certains maires qui cherchent à flatter leur électorat en multipliant les services et les financements de projets[5]. Contrairement à la compétence générale, les compétences attribuées n'ont pas normalement vocation à adapter la législation aux spécificités locales. Mais face aux difficultés d'application, les juges ont exploité au maximum la flexibilité du principe d'égalité pour réaliser une subsidiarité effective. La théorie de la différenciation[6] ainsi élaborée par les juges s'est toutefois avérée insuffisante pour adapter la législation aux spécificités locales. Plutôt que de dénaturer le pouvoir d'application de la loi, le législateur a décidé de diversifier les pouvoirs normatifs des collectivités territoriales afin de leur permettre de faire plus aisément valoir ces spécificités locales.

---

[1] Tout d'abord, les collectivités ont pour obligation de financer en priorité les projets qui dépendent de leur domaine de compétence. Ensuite, l'article L. 1111-10 du CGCT fixe désormais un cadre à ces financements croisés. Les départements peuvent toujours contribuer au financement des projets des communes ou de leurs groupements à leur demande. Il peuvent aussi, « *pour des raisons de solidarité territoriale et lorsque l'initiative privée est défaillante ou absente, contribuer au financement des opérations d'investissement en faveur des entreprises de services marchands nécessaires aux besoins de la population en milieu rural, dont la maîtrise d'ouvrage est assurée par des communes ou des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre, ainsi qu'en faveur de l'entretien et de l'aménagement de l'espace rural réalisés par les associations syndicales autorisées* » (cf. art. L. 1111-10, I, al. 2., CGCT. Quant aux régions, elles ne peuvent financer les projets d'intérêt régional que dans le domaine environnemental.

[2] Elle ne s'applique pas à la majeure partie des territoires ultramarins (la Guadeloupe, la Guyane, La Réunion, la Martinique, Mayotte, Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon ; cf. art. L. 1111-10, III, al. 1er, CGCT), le seuil est abaissé à 10 % pour certains investissements en Corse, à 15 % pour les investissements financés par le fonds européen de développement régional, et elle peut faire l'objet de dérogations accordées par le préfet, notamment en cas de calamités publiques. Enfin, il faut noter que ces règles ne s'appliquent pas aux investissements prévus dans les contrats de projet Etat-région, dans les contrats de convergence, et pour toute les opérations dont la maitrise d'ouvrage relève de l'Etat ou de ses établissements publics.

[3] A. HASTINGS-MARCHADIER, « L'encadrement des financements croisés : quel gage de responsabilisation ? », *JCP Adm.*, 2011, p. 2136 et s.

[4] S. DYENS et T. MAUREL, « Chapitre 1 (folio n°4262) - Articulation et organisation des compétences », *Encyclopédie Dalloz Collectivités locales*, juin 2017, n° 153.

[5] J. BOULAY et E. CAMBER-ROUGE, *La neutralité politique des collectivités territoriales. L'obligation institutionnelle de ne pas prendre parti*, éd. Berger-Levrault, coll. Les indispensables, 2016, pp. 34-35, n° 25.

[6] Voir, CE, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, EDCE n° 48, La documentation française, 1997.

§2) La différenciation par la diversité des pouvoirs locaux

737. L'extension du pouvoir normatif local a pour conséquence d'accroître la capacité de différenciation des collectivités territoriales. Simples exécutantes lorsqu'elles sont chargées d'appliquer la loi, leur capacité de différenciation dépend du contenu de la législation à appliquer. Désormais, au pouvoir d'application de la loi s'ajoutent des pouvoirs d'adaptation, de dérogation, et même de « discrimination positive »[1], ou plus simplement de proposition ou un droit à la consultation, qui permettent de tenir compte des situations locales. A cette fin, il a été reconnu aux territoires ultramarins une capacité plus importante pour peser sur le droit qui leur est appliqué (A). En métropole, où les contextes locaux paraissent moins spécifiques, l'extension du pouvoir normatif n'est pas une évidence mais gagne du chemin à la faveur des dernières réformes[2] (B).

A) Les pouvoirs normatifs spéciaux des collectivités ultramarines

738. Les pouvoirs normatifs spéciaux des collectivités ultramarines constituent une des innovations majeures de la révision de 2003, prolongée par loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, en attendant la future loi constitutionnelle qui devrait amplifier le mouvement. Ces pouvoirs permettent de moduler l'application de la loi sur les territoires de ces collectivités en tenant compte de leurs situations particulières respectives. A la différence de l'application différenciée à l'initiative du législateur (article 73 alinéa 1er) ou du gouvernement (article 74-1)[3], la modulation est opérée par la collectivité elle-même. Bien qu'ils présentent de sérieuses ressemblances, il convient de distinguer les pouvoirs spéciaux attribués aux DROM (1) de ceux attribués aux COM (2) dans la mesure où ces derniers apparaissent plus importants[4].

[1] On vise ici les possibilités offertes par la Constitution de mettre en place des mesures préférentielles à l'égard des populations locales ; voir infra, n° 1079 et 1171.
[2] Voir encore le dernier projet de loi constitutionnelle n° 911 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 mai 2018 qui évoque un véritable droit à la différenciation entre collectivités territoriales.
[3] Voir supra, n° 628 et s.
[4] Pour une comparaison voir, L. TESOKA, « Les transformations du pouvoir normatif des collectivités territoriales d'outre-mer par la loi organique du 21 février 2007 », *RFDA*, 2007, pp. 661 et s.

1) Les pouvoirs spéciaux des DROM

739. L'article 73 de la Constitution consacre deux nouveaux types de pouvoirs qui peuvent être conférés aux DROM sur habilitation : un pouvoir d'adaptation et un pouvoir de dérogation. Ils ont pour particularité de permettre aux DROM de moduler l'application des règlements nationaux mais aussi de la loi. Au regard de leur nature et de leur portée, l'exercice de ces pouvoirs est formellement encadré sur le plan procédural.

740. **L'étendue des nouveaux pouvoirs des DROM.** L'article 73 donne la possibilité pour les DROM d'obtenir une habilitation dans deux cas : soit pour adapter à leurs « *caractéristiques et contraintes particulières* » les lois et règlements qui s'appliquent « *dans les matières où s'exercent leurs compétences* », soit pour déroger, afin de « *tenir compte de leurs spécificités* », à l'application de plein droit des lois et règlements et ainsi « *fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire* ». Le premier est un pouvoir d'adaptation des lois et règlements ; le second constitue un pouvoir de dérogation au droit commun normalement applicable sur le territoire des DROM.

741. L'adaptation s'inscrit toujours dans le droit commun de l'Etat « *au titre d'une variation qualitative [alors que] la dérogation, c'est déjà du droit d'exception au droit commun, au titre d'une variation quantitative dans le cadre d'un droit spécifique par rapport au droit commun de l'État* »[1]. Il y a donc une différence de nature et non pas de degré entre ces deux pouvoirs. Les termes de l'article 73 ont changé pour assouplir son appréciation. L'ancienne version indiquait que le régime législatif des DOM pouvait « *faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière* ». Le Conseil constitutionnel considérait que l'adaptation pouvait « *se traduire par un aménagement limité des compétences des régions et des départements d'outre-mer par rapport aux autres régions et départements, sans pour autant méconnaître le principe d'égalité posé par l'alinéa 1er de l'article de la Constitution, qui n'interdit pas l'application de règles différentes à des situations différentes* »[2]. Elle ne saurait entraîner ni transformation ni adoption d'une « *organisation particulière* » au sens de l'article 74, au risque d'engendrer un changement de statut[3]. Cette appréciation semblait toutefois moins libérale que ce que laissaient supposer les dispositions de l'ex-article 73 – qui invoque une

[1] O. GOHIN, « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *RFDA*, 2003, n° 4, pp. 678-683, spéc. p. 680. L'adaptation « *implique l'existence de deux objets, et l'idée d'ajustement entre eux au moyen d'une modification de l'un d'eux en fonction des particularismes de l'autre* » ; cf. F. MICLO, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Economica, 1982, p. 127.
[2] Cons. const., 25 juillet 1984, n° 84-174 DC, préc., cons. 5.
[3] Ibid.

« *nécessité* » d'adapter – et l'interprétation du Conseil d'Etat[1]. La nouvelle formulation de l'article 73 accroît la liberté d'adaptation d'une part en supprimant la condition de nécessité[2], et d'autre part en évoquant les « *caractéristiques et contraintes particulières* », formule empruntée au droit de l'Union européenne[3], au lieu de la « *situation particulière* »[4]. En dépit de cette extension, la capacité d'auto-adaptation demeure limitée par le cadre des compétences attribuées au DROM, au contraire du pouvoir de dérogation.

742. C'est bien ici l'avantage de ce pouvoir que de faire intervenir les DROM dans de nouveaux domaines. Toutefois, compte tenu de l'atteinte causée au principe d'identité législative, cette faculté de dérogation est strictement encadrée. Elle ne peut se faire que « *dans un nombre limité de matières* » (article 73 alinéa 3), ce qui suppose que l'habilitation ne doit pas être générale. Une limite, organique celle-là, est aussi comprise à l'alinéa 5 de l'article 73 qui interdit d'octroyer un tel pouvoir au DROM de la Réunion. Quant à la notion de « *spécificités* » servant à justifier l'usage de ce pouvoir de dérogation, celle-ci paraît plus large (moins personnelle) que « *les caractéristiques et contraintes particulières* » du pouvoir d'adaptation. L'absence de précisions sur la notion laisse aux juges le soin d'en déterminer les contours.

743. Enfin, deux limites sont communes aux deux pouvoirs. D'une part l'adaptation comme la dérogation ne peuvent pas « *porter sur la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral* » ; cette liste peut être complétée, le cas échéant par une loi organique (article 73 alinéa 4)[5]. D'autre part, dans l'un et l'autre cas, l'habilitation ne peut intervenir lorsque sont en cause « *les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti* ». Cette condition, qui

[1] CE, Avis, 12 novembre 1946, *EDCE*, 1956, p. 67.

[2] Sur la nécessité, voir CE, 9 février 1984, *RDP*, 1984, p. 830, concl. D. LABETOULLE : la nécessité recouvre « *ce qui, rapproche des conséquences de l'application du droit commun et de la spécificité de la situation des départements d'outre-mer, apporte une amélioration ou évite une difficulté* ».

[3] Art. 299, § 2 du TUE ; art. 349 al. 1er TFUE évoque à ce titre « *la situation économique et sociale structurelle des départements français d'outre-mer […], qui est aggravée par leur éloignement, l'insularité, leur faible superficie, le relief et le climat difficiles, leur dépendance économique vis-à-vis d'un petit nombre de produits, facteurs dont la permanence et la combinaison nuisent gravement à leur développement* ».

[4] Sur la notion de « *situation particulière* », voir O. GOHIN, « Égalité et différenciation dans les départements d'outre-mer : la notion de situation particulière dans l'article 73 de la Constitution », in A.-M. LE POURHIET (sous la direction de), *Droit constitutionnel local. Égalité et liberté locale dans la Constitution*, Economica, PUAM 1999, p. 127.

[5] A l'origine conçue pour le pouvoir de dérogation, cette limite a été étendue au pouvoir d'adaptation par une loi organique ; cf. art. LO. 3445-2 et LO. 4445-2, CGCT.

renvoie à une jurisprudence bien établie du Conseil constitutionnel[1], prend tout son sens en matière de dérogation où les matières envisagées peuvent être directement liées à ces droits et libertés[2].

744. **L'exercice des nouveaux pouvoirs.** Quatre étapes sont nécessaires pour l'exercice des pouvoirs spéciaux reconnus aux DROM : la présence d'une loi organique, l'existence d'une demande de la collectivité départementale ultramarine, le recours à l'habilitation législative, enfin la prise de la mesure d'adaptation ou de dérogation. Pour la première, la loi organique de 2007 est intervenue en insérant deux chapitres consacrés aux conditions d'application aux DROM des deuxième et troisième alinéas de l'article 73 de la Constitution. Concernant la demande d'habilitation, celle-ci doit provenir de la collectivité concernée, plus particulièrement de son organe délibérant.

745. Pour l'adaptation, la délibération doit être motivée[3] et mentionner « *les dispositions législatives ou réglementaires en cause, ou, lorsque la demande porte sur l'adaptation d'une disposition réglementaire non encore publiée et nécessaire à l'application d'une disposition législative, la disposition législative en cause. Elle expose les caractéristiques et contraintes particulières justifiant la demande d'habilitation et précise la nature et la finalité des dispositions que le conseil départemental envisage de prendre* »[4]. Pour la dérogation, la délibération doit être adoptée à la majorité absolue des membres de l'assemblée délibérante concernée[5], mentionner « *la matière susceptible de faire l'objet de l'habilitation, expose[r] les spécificités locales justifiant la demande d'habilitation et précise[r] la nature et la finalité des dispositions que [l'organe délibérant] envisage de prendre* »[6].

[1] Par ex., Cons. const., 18 janvier 1985, n° 84-185, DC, Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales.

[2] Des matières aussi sensibles que la fiscalité, la santé, l'urbanisme, le logement, l'environnement, la sécurité routière, mais aussi le droit du travail (en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française) ou le droit commercial et le droit civil – hormis l'état des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités (en Polynésie française) – peuvent faire l'objet d'une entière réglementation territoriale. Ainsi, les dispositions législatives relatives à l'interruption volontaire de grossesse sont jugées par le Conseil constitutionnel comme ressortissant de la compétence de l'État, nonobstant la compétence de principe de la Polynésie française en matière de santé publique ; Cons. const., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, préc.

[3] Pour les DOM, art. LO. 3445-2, I, al. 1er, CGCT. Pour les ROM, art. LO. 4435-2, I, al. 1er, CGCT.

[4] Pour les DOM, art. LO. 3445-2, I, al. 2 et 3, CGCT. Pour les ROM, art. LO. 4435-2, I, al. 2 et 3, CGCT

[5] Pour les DOM, art. LO. 3445-10, al. 1er, CGCT. Pour les ROM, art. LO. 4435-10, al. 1er, CGCT.

[6] Pour les DOM, art. LO. 3445-10, al. 2 et 3, CGCT. Pour les ROM, art. LO. 4435-10, al. 2 et 3, CGCT.

746. Toutes les autres dispositions sont communes aux deux pouvoirs[1] que ce soient les conditions de caducité[2], de transmission[3], d'entrée en vigueur[4], ou de recours[5] qui régissent la demande. Il en va de même des règles applicables à l'habilitation[6], qu'elle soit législative ou réglementaire[7], et aux délibérations d'adaptation ou de dérogation elles-mêmes[8]. Il convient de noter que les demandes d'habilitation ne peuvent pas être soumises ni au référendum local ni à la consultation des électeurs[9] ; les délibérations d'adaptation ou de dérogation peuvent en revanche être soumises à la consultation mais pas au référendum. Une originalité de la procédure applicable aux DROM réside dans la saisine pour avis, sur les demandes d'habilitation, des conseils économique, social et environnemental régional ainsi que des conseils de la culture, de l'éducation et de l'environnement, dès lors que la demande porte sur une matière relevant de leurs compétences respectives[10]. Un tel avis n'est pas recueilli par les COM lorsqu'ils usent de leurs pouvoirs spéciaux.

747. L'évolution de la procédure montre la volonté du législateur organique de rendre l'exercice de ces pouvoirs plus attractif. Entre autres modifications on note la mise en place d'une compétence liée pour le Gouvernement de transmettre la demande d'habilitation au Parlement lorsqu'elle relève du domaine de la loi, l'allongement de la limitation de l'habilitation de deux ans à la fin du mandat ainsi que la possibilité d'obtenir une prorogation de droit[11], ou encore l'obligation pour une loi ou un règlement souhaitant modifier une mesure d'adaptation de le mentionner expressément[12].

---

[1] Les articles LO. 3445-11, CGCT, pour les DOM, et LO. 4435-11, CGCT, pour les ROM, rendent applicables au pouvoir de dérogation les dispositions relatives au pouvoir d'adaptation.

[2] Pour les DOM, art. LO. 3445-1, CGCT. Pour les ROM, art. LO 4435-2, CGCT.

[3] Pour les DOM, art. LO. 3445-4, al. 1er et 2, CGCT. Pour les ROM, art. LO. 4435-4, al. 1er et 2, CGCT.

[4] Pour les DOM, art. LO. 3445-4, al. 3, CGCT. Pour les ROM, art. LO. 4435-4, al. 3, CGCT.

[5] Pour les DOM, art. LO. 3445-5, CGCT. Pour les ROM, art. LO. 4435-5, CGCT.

[6] Pour les DOM, art. LO. 3445-6, CGCT. Pour les ROM, art. LO. 4435-6, CGCT.

[7] A l'origine seule l'habilitation législative était possible. L'habilitation réglementaire a été instaurée suite à la révision constitutionnelle de 2008, en accord avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel ; cf. LC n° 2008-724 du 23 juillet 2008, JORF 24 juillet 2008, p. 11890. Le Conseil constitutionnel a formellement interdit l'usage des ordonnances pour obtenir une habilitation législative ; cf. Cons. const., 15 février 2007, n° 2007-547 DC, Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, cons. 37.

[8] Art. LO. 3445-7, CGCT. Pour les ROM, art. LO. 4435-7, CGCT.

[9] Art. LO. 3445-12, CGCT. Cette exclusion tient au souci d'éviter de voir des demandes d'habilitation approuvées par la population être ensuite annulées par le juge administratif ou rejetées par le Parlement : « *l'enchaînement de ces événements pourrait générer d'importantes frustrations dans la population locale, voire déboucher sur des troubles à l'ordre public qui, outre-mer, seraient susceptibles d'avoir de graves conséquences politiques* » ; cf. D. QUENTIN, *Sur le projet de loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, Rapport n° 3593, Assemblée nationale, 17 janvier 2007, p. 64.

[10] Pour les DOM, art. LO. 3445-3, CGCT ; pour les ROM, art. LO. 4435-3, CGCT.

[11] Art. LO. 3445-6-1 et LO. 4435-6-1, CGCT, créés par art. 2, LO n° 2011-883 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités régies par l'article 73 de la Constitution, JORF n° 0173 du 28 juillet 2011 p. 12818.

[12] Art. LO. 3445-8 et LO. 4435-8, CGCT, créés par art. 1, LO n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, JORF n° 45 du 22 février 2007 p. 3121.

748. Malgré ces aménagements, les habilitations se font encore relativement rares. Les premières demandes effectuées en 2007 et 2008 par le Conseil régional de Martinique, ont été rejetées[1].

749. En 2009, le Conseil régional de Guadeloupe a adopté deux demandes de dérogation relatives d'une part, à la création d'un établissement public régional à caractère administratif chargé d'exercer les missions de service public de formation professionnelle et, d'autre part, à la maîtrise de la demande en énergie, de développement des énergies renouvelables ainsi que de réglementation thermique pour la construction de bâtiments[2]. Les habilitations législatives ont été accordées pour deux ans[3] et ont permis l'adoption de délibérations à caractère dérogatoire entrant dans les domaines législatif et réglementaire.

750. En 2011, les conseils régionaux de la Guadeloupe et de la Martinique ont également été habilités, pour une durée de deux ans, à fixer des règles spécifiques en matière de maîtrise de la demande d'énergie, de réglementation thermique pour la construction de bâtiments et de développement des énergies renouvelables[4]. La Guadeloupe adopta immédiatement ses délibérations et la Martinique le 28 juin 2013[5]. Elle adopta le même jour trois nouvelles demandes d'habilitation en matière de transports, dans le domaine de l'emploi et en vue de la création d'un établissement public administratif chargé d'exercer et de coordonner les missions de service public de formation et d'orientation[6]. Enfin, le conseil régional de Guyane a demandé en 2011 à être habilité à adapter des dispositions législatives et réglementaires du Code minier et du Code général des impôts[7].

751. Comme le décrit Olivier GOHIN, l'article 73 consacre en son sein et en son milieu « *une sorte d'article 73 et demi pour des collectivités dont les élus ont finalement obtenu de rester organiquement dans le régime de l'article 73 (...) tout en se donnant la possibilité d'entrer*

[1] Le Conseil régional de Martinique a vu sa double demande, d'abord d'adaptation, adoptée en novembre 2007, puis de dérogation, prise le 18 juin 2008, relative aux dispositions de la loi d'orientation pour les transports intérieurs du 31 décembre 1982 rejetée, dans le second cas, par un refus de publication de la part du Premier ministre. La collectivité souhaitait constituer un périmètre unique des transports dans le département et opérer un transfert des compétences des autorités organisatrices existantes à une autorité unique.

[2] Conseil général de Guadeloupe, délibération n° 2009-269 et n° 2009-270, 27 mars 2009, JORF 3 avril 2009, p. 5912.

[3] Loi n° 2009-594, 27 mai 2009, pour le développement économique des outre-mer, art. 68 et 69, JORF 28 mai 2009, p. 8816.

[4] Pour la Guadeloupe, délibération n° CR/10-1369, JORF 5 mars et 20 mai 2011 et art. 17, Loi n° 2011-884 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique, JORF 28 juillet 2011, p. 12821. Pour la Martinique, délibération n° 11-287-1, 15 mars 2011, JORF 24 avril 2011 et art. 18, Loi n° 2011-884 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique, préc.

[5] JORF 28 août 2013 et 31 août 2013.

[6] Conseil régional de Martinique, délibération n° 13-1229-1, 28 juin 2013, portant demande d'habilitation sur le transport, JORF 31 août 2013, p. 14836 ; délibération n° 13-1230-1 et n° 13-1230-2, 28 juin 2013, JORF 6 octobre 2013 p. 16584 et 16585.

[7] Conseil régional de Guyane, délibération n° 31 et 32, 20 juin 2011, JORF 27 septembre 2011 p. 16297.

matériellement dans celui de l'article 74, par souci aventureux de pénétrer dans le champ du droit local »[1]. Ce faisant, il opère une certaine confusion entre les régimes sans pour autant permettre des différenciations aussi vastes que celles rendues possibles par le statut de COM.

2) Les pouvoirs spéciaux des COM

752. Le statut de COM a été créé afin d'offrir une application sur mesure de la législation. La dérogation à l'application de la loi est une possibilité ouverte par nature à ces collectivités (article 74 alinéa 3). L'article 74 offre trois autres possibilités, non prévues par l'article 73 : le droit à la consultation sur les textes comportant « *des dispositions particulières à la collectivité* » ou pour l'adoption d'engagements internationaux conclus dans les matières relevant de sa compétence (article 74 alinéa 6), et, pour les COM-DA uniquement, des pouvoirs de « discrimination positive » dans certains domaines (article 74 alinéa 10), et de participation dans l'exercice des compétences relevant de l'Etat (article 74 alinéa 11).

753. **Les pouvoirs spéciaux communs à toutes les COM : dérogation et consultation.** Les pouvoirs normatifs dévolus aux COM sont la marque de l'étendue de leur autonomie. Ils ont pour caractéristiques d'être permanents, sauf exception, là où ils ne peuvent être exercés que de manière temporaire pour les DROM.

754. Ainsi, le pouvoir de dérogation s'inscrit directement dans le cadre de transferts de compétences définitifs rendus possibles par l'alinéa 3 de l'article 74 qui renvoie à la loi organique détaillant le statut de la COM concernée le soin de déterminer « *les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables* ». Il devient ainsi possible pour le législateur organique d'empêcher l'application de la loi dans des domaines entiers relevant de l'article 34. Ce faisant, ces domaines ressortent alors du pouvoir réglementaire de la COM. Pour Stéphane DIEMERT, cette possibilité « *d'adopter des actes réglementaires destinés à se substituer aux lois* », rendue possible depuis les réformes « Defferre » issues de la loi-cadre du 20 juin 1956, « *constitue l'un des traits les plus remarquables du droit de l'outre-mer* »[2]. Un tel « déclassement » de matières relevant normalement de la loi est possible à la condition qu'elles n'entrent pas dans la liste énumérée à l'alinéa 4 de l'article 73 (article 74 alinéa 4). Le pouvoir

[1] O. GOHIN, « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *RFDA*, 2003 p. 680.
[2] S. DIEMERT. « Le droit de l'outre-mer », *Pouvoirs*, Vol. 113, n° 2, 2005, p. 118.

de dérogation ainsi conféré à la COM devient alors définitif jusqu'à ce que le législateur[1], après consultation de la collectivité concernée[2], décide de revenir sur cette attribution[3].

755. Le droit d'être consulté « *sur les projets et propositions de loi et les projets d'ordonnance ou de décret comportant des dispositions particulières à la collectivité, ainsi que sur la ratification ou l'approbation d'engagements internationaux conclus dans les matières relevant de sa compétence* » apparaît dans la Constitution (article 74 alinéa 6). Les conditions de cette consultation sont fixées dans une loi organique[4]. Ce droit d'être consulté entre dans la logique de l'auto-détermination qui exige un avis de l'assemblée délibérante avant l'adoption du statut par une loi organique (article 74 alinéa 2). Toute modification de ce statut doit donc être précédée d'une consultation. La précision concernant la ratification ou l'approbation d'un engagement international est d'autant plus justifiée qu'elle peut ressortir de la compétence du législateur ordinaire, quand bien même la compétence locale visée serait attribuée par le biais d'une loi organique[5]. Toutefois, la consultation obligatoire des institutions locales ne s'applique pas aux amendements déposés sur un texte qui a déjà été soumis pour avis aux assemblées territoriales[6].

756. **Les pouvoirs spéciaux particuliers aux COM-DA : participation et discrimination positive.** Lorsqu'une COM est dotée de l'autonomie, la loi organique qui consacre son statut peut lui conférer deux autres pouvoirs normatifs spéciaux.

---

[1] CE, Avis n° 363.633, 5 octobre 1999 : une loi ordinaire remettant en cause l'attribution d'une compétence par une loi organique ne pouvait pas être censurée avant l'instauration de la QPC. Pour un contrôle d'une loi ordinaire par rapport à une loi organique organisant le statut d'une COM, voir n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003. La nouvelle rédaction de l'article 74 prévoit désormais, au seul bénéfice des COM-DA, la possibilité d'un « *déclassement* » par le Conseil constitutionnel, saisi notamment par les autorités locales, de dispositions législatives postérieures à la loi organique statutaire et intervenues dans le domaine de compétence de la collectivité : ce déclassement opéré, l'assemblée délibérante peut ensuite modifier – et donc abroger – le texte litigieux ; cf. art. 74, al. 9, Constitution : « *l'assemblée délibérante peut modifier une loi promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité, lorsque le Conseil constitutionnel, saisi notamment par les autorités de la collectivité, a constaté que la loi était intervenue dans le domaine de compétence de cette collectivité* ».

[2] Avant la révision du 25 juin 1992, le législateur ordinaire pouvait même le faire sans consulter les autorités locales ; voir par ex., Loi n° 91-738 du 31 juillet 1991 portant diverses mesures d'ordre social, retire subrepticement à la Polynésie française son pouvoir de fixer les règles relatives à la profession d'avocat, JORF n° 0178 du 1er août 1991 p. 10192.

[3] Il ne saurait toutefois priver de ses compétences une COM dans une mesure telle qu'il porterait atteinte à sa libre administration.

[4] Pour Saint-Barthélemy, art. LO. 6213-3, CGCT. Pour Saint-Martin, art. LO. 6313-3, CGCT. Pour Saint-Pierre-et-Miquelon, art. LO. 6413-3, CGCT.

[5] Cons. cons., 30 juin 1993, n° 93-319, DC, Loi autorisant la ratification de la Convention internationale n° 139 concernant la prévention et le contrôle des risques professionnels causés par les substances et agents cancérogènes, adoptée à Genève le 24 juin 1974, cons. 7 : « *dès lors, et sans qu'il y ait lieu d'apprécier si l'entrée en vigueur de la Convention concernée est de nature à modifier les compétences des institutions propres au territoire de la Polynésie française, l'autorisation donnée à sa ratification par une loi ordinaire n'a pas méconnu la Constitution* ».

[6] Cons. const., 23 mai 1979, n° 79-104 DC, Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État, cons. 4, 5 et 6.

757. Le premier, prescrit par l'alinéa 10, autorise la COM-DA à adopter « *des mesures justifiées par les nécessités locales […] en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier* ». Ce pouvoir de « discrimination positive » à l'égard de la population de la COM-DA concernée constitue un risque d'atteinte évident au principe d'égalité devant la loi. La justification tirée des « *nécessités locales* » permet d'établir l'existence d'une situation différente qui serait due non seulement au statut de COM-DA – puisque seul ce statut attribue ce type de pouvoir – mais aussi à des raisons conjoncturelles liées à un marché du travail particulièrement défavorable aux locaux, à une situation économique dégradée pour les entreprises locales ou encore à un marché immobilier en tension. Ces « *nécessités locales* », qui rappellent les « *caractéristiques et contraintes particulières* » de l'article 73 alinéa 1er ou les « *spécificités* » de l'alinéa 3, se retrouvent de manière récurrente dans l'ensemble des collectivités ultramarines, qu'elles soient régies par l'article 73 ou 74. Leur caractère insulaire et l'éloignement de la métropole en sont les causes premières. Actuellement, de tels régimes de faveur existent mais ne trouvent pas encore d'application : la Polynésie française a adopté un cadre permettant de favoriser l'emploi et l'installation commerciale de ses habitants ; Saint-Barthélemy et Saint-Martin connaissent également un système de préemption immobilière favorable à leurs populations. Toutefois, dans un cas comme dans l'autre les différences de traitement qui en résultent doivent rester en lien avec l'objet de la norme qui les institue et doivent être proportionnées avec les objectifs que ces collectivités entendent poursuivre (selon la formule désormais classique du principe d'égalité).

758. L'autre pouvoir spécial autorisé par le statut de COM-DA est un pouvoir de participation consacré à l'alinéa 11 de l'article 74 : « *la collectivité peut participer, sous le contrôle de l'Etat, à l'exercice des compétences qu'il conserve, dans le respect des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques* ». En vertu de ce pouvoir la Polynésie française peut intervenir dans le domaine du droit pénal, de la procédure pénale, de l'état et de la capacité des personnes, de la communication audiovisuelle, de l'entrée et du séjour des étrangers, ou encore des dispositions pénales en matière de jeux de hasard[1]. Sur le plan procédural, le Conseil constitutionnel a précisé que le décret approuvant les actes de l'assemblée de la Polynésie française intervenant dans ces matières devait être ratifié par le

[1] Art. 31, 2°, LO n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, JORF n° 52 du 2 mars 2004 p. 4183.

Parlement avant son entrée en vigueur[1]. De plus, l'entrée en vigueur des actes adoptés par les COM-DA dans ces matières est subordonnée à leur approbation par les autorités de l'État, qui peuvent s'y refuser pour des motifs de légalité comme de pure opportunité.

759. Le statut de COM, *a fortiori* celui de COM-DA, attribue un pouvoir normatif encore plus vaste que celui de DROM permettant une différenciation normative spécifique au territoire. Il convient aussi de noter, qu'en dépit du silence de l'article 74 sur ce point, la loi organique de 2007 a attribué un pouvoir d'adaptation à Mayotte et aux COM de l'Atlantique qui s'exerce peu ou prou dans les mêmes conditions. Les compétences ainsi reconnues aux collectivités ultramarines, de l'article 73 comme de l'article 74, montrent la capacité du droit français à accepter la diversité des régimes législatifs et réglementaires sur son territoire. Elles n'apparaissent pas comme une rupture d'égalité devant la loi mais plutôt comme un moyen de renforcer l'égalité par une meilleure adaptation aux conditions particulières de ces territoires[2]. Les censures proviennent principalement de la nécessité de préserver un cadre unitaire minimal pour l'ensemble des collectivités territoriales[3]. En métropole où l'identité est la règle, de tels pouvoirs de différenciation ne sauraient être acceptés si facilement. Toutefois, l'évolution du droit de la décentralisation tend à en reconnaître davantage.

B) Les pouvoirs normatifs spéciaux des collectivités métropolitaines

760. L'existence de pouvoirs normatifs spéciaux attribués aux collectivités de métropole n'a jamais été une évidence. Aussi, l'extension d'un pouvoir normatif local, au-delà du simple pouvoir d'application de la loi, ne peut se faire qu'à titre éminemment exceptionnel dans le cadre d'un territoire très particulier. La Corse semble correspondre à cette situation compte tenu de son statut et de sa situation particulière (1). Si d'autres statuts particuliers existent, le législateur n'a pas cherché à leur reconnaître de pouvoirs normatifs spéciaux mais uniquement

[1] Cons. const., 12 février 2004, n° 2004-490 DC, LO portant statut d'autonomie de la Polynésie française, cons. 49.

[2] Olivia BUI-XUAN qualifie ce système de « *différencialisme adaptateur* » ; cf. O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004, pp. 275 et s.

[3] Il s'agit des cas où les habilitations ou les transferts de compétences portent atteintes au domaine réservé de l'Etat ou du législateur, à l'indivisibilité de la souveraineté nationale ou encore aux garanties d'exercice des libertés publiques. Voir sur ce point, F. LEMAIRE, « L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République », *NCCC*, n° 35 (Dossier : La Constitution et l'outre-mer), avril 2012 ; J.-P. PASTOREL, « Le principe d'égalité en outre-mer », *NCCC*, n° 35 (Dossier : La Constitution et l'outre-mer), avril 2012.

à rationaliser leur organisation[1]. La loi NOTRe[2] s'inscrit dans cette logique de rationalisation par la spécialisation des compétences et des rôles attribués à chaque catégorie de droit commun. Les régions, réduites au nombre de treize, se voient ainsi confier un rôle de coordination normative de l'action publique. Amorçant une dynamique qui pourrait mener au régionalisme, la réforme est toutefois encore loin d'avoir instauré un véritable pouvoir législatif aux régions. Seul un pouvoir de proposition d'adaptation de la loi a été reconnu (2).

1) Les pouvoirs spéciaux d'une collectivité particulière, la collectivité de Corse

761. Le spécificité corse apparaît comme une évidence tant par son histoire que par ses aspirations. Dans le contexte actuel, « *elle est le seul territoire insulaire à la superficie et à la démographie suffisante pour prétendre à une certaine forme d'autonomie* »[3]. Malgré la force du mouvement indépendantiste, son statut demeure en deçà de ce que la Constitution autorise pour les outremers en matière de pouvoir normatif local. L'article L. 4422-16 du CGCT permet à la collectivité de Corse d'influer sur la législation applicable à son territoire à travers un droit à la consultation pour tout texte la concernant, un pouvoir de proposition et un pouvoir d'adaptation sur habilitation législative. Toutefois, le bilan mitigé qui en ressort a conduit le pouvoir constituant a élaboré un projet ambitieux de modification de son statut.

762. **L'existence d'un pouvoir normatif spécifique à la Corse : droit à la consultation, pouvoirs de proposition et d'adaptation.** Dès la loi du 2 mars 1982, la Corse s'est vue reconnaître un pouvoir de proposition, sur sa propre initiative ou à la demande du Premier ministre, afin de modifier ou d'adapter les dispositions législatives ou réglementaires applicables sur son territoire (article 27 alinéa 3). Le Conseil constitutionnel a jugé que « *ces dispositions se bornent à prévoir la procédure par laquelle l'Assemblée de Corse peut présenter des propositions tendant à la modification ou à l'adaptation, par les autorités compétentes de*

[1] Il s'agit plutôt de rationaliser leur organisation. La double nature communale et départementale, de Paris a été prise en compte dès 1964 avec la loi n° 64-707 du 10 juillet 1964 portant réorganisation de la région parisienne puis en 1975 avec la loi n° 75-1331 du 31 décembre 1975 portant réforme du régime administratif de la ville de Paris. Le statut de métropole a été reconnu à la ville de Lyon d'abord par la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (JORF du 28 janvier 2014, p. 1562), codifié aux articles L. 3611-1 et s. du CGCT.

[2] Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, JORF n° 0182 du 8 août 2015 p. 13705.

[3] R. FERRAND, Y. BRAUN-PIVET, M. FRESNEAU, G. LE GENDRE et P. MIGNOLA, Rapport n° 1137 sur le projet de Loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace (n° 911), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 juillet 2018, p. 211.

l'État, de dispositions réglementaires ; que, par suite, elles ne transfèrent, par elles-mêmes, à cette collectivité aucune matière relevant du domaine réglementaire »[1]. La loi du 13 mai 1991, à son article 26, instaure un droit à la consultation « *sur les projets de loi ou de décret comportant des dispositions spécifiques à la Corse* ». Le Conseil constitutionnel a jugé cette formalité sans « *incidence sur la régularité de la procédure législative, laquelle relève de la Constitution et des lois organiques prises pour son application* » ; ainsi « *elle ne saurait en rien limiter le droit d'initiative du Gouvernement en matière législative* »[2]. Enfin, l'article 1er de la loi du 22 janvier 2002 relative à la Corse confirme les deux dispositifs précédents et ajoute la possibilité pour la collectivité d'être habilitée « *par le législateur à fixer des règles adaptées aux spécificités de l'île* ».

763. Le Conseil constitutionnel a validé cette disposition au bénéfice d'une réserve d'interprétation. Il précise d'une part que « *le pouvoir réglementaire dont dispose une collectivité territoriale dans le respect des lois et des règlements ne peut s'exercer en dehors du cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi* »[3]. D'autre part, il indique que la demande d'habilitation ne saurait avoir « *ni pour objet ni pour effet de mettre en cause le pouvoir réglementaire d'exécution des lois que l'article 21 de la Constitution attribue au Premier ministre* »[4]. Ces réserves se retrouvent aujourd'hui à l'article L. 4422-16 du CGCT qui regroupe l'ensemble de ces compétences particulières ; elles n'ont pas évolué depuis.

764. On peut noter que le législateur avait prévu, dans sa loi de 2002, un paragraphe IV à l'article L. 4422-16 qui permettait à l'Assemblée de Corse de demander au législateur « *la possibilité de procéder à des expérimentations comportant le cas échéant des dérogations aux règles en vigueur, en vue de l'adoption ultérieure par le Parlement de dispositions législatives appropriées* »[5]. Si l'expérimentation a été rendue possible après la révision de 2003, celle-ci ne peut être pérennisée qu'à la condition d'être généralisée à l'ensemble des collectivités de la même catégorie[6] ; le dispositif imaginé pour la Corse souhaitait au contraire lui accorder un régime spécifique dérogatoire du droit commun de la catégorie en question. La traduction juridique des dispositifs d'adaptation ou de dérogation aux spécificités locales corses demeure donc relativement limitée. Son bilan est, à ce jour, assez mitigé.

[1] Cons. const., 17 janvier 2002, n° 2001-454 DC, Loi relative à la Corse, cons. n° 9.
[2] Cons. const., 9 mai 1991, n° 91-290 DC, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, cons. n° 48.
[3] Cons. const., 17 janvier 2002, n° 2001-454 DC, préc., cons. n° 13.
[4] Ibid.
[5] Ibid., cons. n° 21.
[6] Art. LO. 1113-6, CGCT. Voir supra, n° 690 et s.

765. **L'utilisation par la Corse de son pouvoir normatif spécial : bilan et perspectives.** Un rapport commandé en janvier 2018 par le président de l'Assemblée de Corse dresse le bilan de l'utilisation de ces dispositifs censés permettre à la collectivité de Corse d'influer sur l'application des lois et règlements sur son territoire[1]. La conclusion de la rapporteuse est sévère : « *l'objectif affiché de l'association de l'Assemblée de Corse à l'édiction des règles la concernant était donc essentiellement symbolique. Et dans les faits, il fut cantonné au monde d'un principe de courtoisie. Ou plutôt de discourtoisie* »[2].

766. Un bilan de la mise en œuvre des dispositifs de l'article L. 4422-16 CGCT, réalisé par la commission des compétences législatives et réglementaires de l'Assemblée de Corse, a été dressé en 2013. Tout d'abord, la commission souligne l'absence d'habilitation par le législateur à adapter les modalités d'application des lois. Cet échec est attribué à la complexité de la procédure, alors qu'elle est sensiblement la même que pour les DROM. Ensuite, si le droit à la consultation a bien été respecté, l'Assemblée de Corse n'a jamais été saisie d'une proposition de loi ou d'un projet d'ordonnance. Elle n'a jamais non plus été saisie pour avis lorsqu'il s'est agi de débattre d'un texte de portée générale ayant un impact significatif sur la vie locale. Enfin, alors même que l'Assemblée de Corse a usé à quarante reprises, en vingt-huit ans, de sa faculté de proposition, elle a rarement été entendue. Elle fut même, le plus souvent, complètement ignorée par le Gouvernement, celui-ci n'étant pas obligé d'y répondre formellement[3].

767. Face à l'inefficacité des pouvoirs de différenciation reconnus à la Corse, une révision de la Constitution est envisagée qui insèrerait un nouvel article 72-5 comprenant trois alinéas : le premier inscrirait le fait que la Corse est une collectivité à statut particulier au sens du premier alinéa de l'article 72 rendant impossible son retour dans le droit commun ; le second reconnaitrait la spécificité de la Corse en disposant que« *les lois et règlements peuvent comporter des règles adaptées aux spécificités liées à son insularité ainsi qu'à ses caractéristiques géographiques, économiques ou sociales* »[4] ; le troisième alinéa serait relatif

[1] W. MASTOR, *Pour un statut constitutionnel de la Corse*, Rapport au président de l'Assemblée de Corse, 18 janvier 2018.
[2] Ibid., p. 30.
[3] Après avoir constaté le défaut systématique de publication au *Journal officiel* des propositions, demandes et avis adoptés par l'Assemblée de Corse, en contradiction avec les dispositions de l'article L. 4422-17 CGCT, le Premier ministre a édicté, en 2011, une circulaire demandant aux membres du Gouvernement de « *veiller au respect des procédures qui garantissent l'application effective des dispositions de l'article L. 4422-16 du code général des collectivités territoriales* » ; cf. circulaire du Premier ministre du 23 juin 2011 relative au respect des compétences de la collectivité territoriale de Corse concernant le processus législatif et réglementaire, NOR : PRMX1117379C.
[4] Selon l'exposé des motifs, cette liberté pourrait trouver à s'exercer par la création, par exemple, de « *taxes locales propres à la Corse sans qu'il soit besoin de créer les mêmes sur le continent* » ; cf. Art. 16, al. 4, Exposé des motifs, Projet de loi constitutionnelle n° 911, pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace. enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 mai 2018. Le législateur pourrait également adapter la norme nationale, s'il l'estime utile et justifié, voire suspendre tout ou partie de son application, sans craindre de

au pouvoir d'adaptation avec une rédaction très proche de celle de l'article 73 : « « *sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, ces adaptations peuvent être décidées par la collectivité de Corse dans les matières où s'exercent ses compétences et si elle y a été habilitée, selon le cas, par la loi ou le règlement* ».

768. Les évolutions suggérées par le projet de loi constitutionnelle n° 911 lui confèreraient un statut particulièrement proche de celui des collectivités des outremers. On note toutefois l'absence de pouvoir de dérogation sur habilitation identique à celui des DROM notamment. Cette trajectoire spécifique à la Corse ne saurait faire office d'exemple pour les autres collectivités métropolitaines. Même l'Alsace ne semble pouvoir y prétendre. Sans aller jusqu'à ce cas spécifique de la collectivité de Corse, des débats sont ouverts sur la possibilité d'octroyer aux régions un pouvoir réglementaire renforcé qui leur permettrait, elles aussi, d'influer sur l'application des lois et règlements sur leur territoire. La loi NOTRe[1] a ouvert la brèche, mais les avancées en ce sens restent timides.

2) Les pouvoirs spéciaux d'une catégorie de droit commun, les régions

769. Depuis quelques années, de plus en plus d'acteurs politiques appellent à un renforcement du pouvoir réglementaire local, notamment au profit des régions. Dès 2006, le rapport du député Michel PIRON sur *L'équilibre territorial des pouvoirs* appelait à « *transférer aux régions un véritable pouvoir normatif* »[2] en rappelant la prégnance du régionalisme en Europe. La loi NOTRe[3] s'inscrit dans cette tendance européenne favorisant à la fois les métropoles et les régions. Sur le plan réglementaire, les avancées sont minimes. Elle reconnaît un nouveau pouvoir aux régions en matière de modification ou d'adaptation de dispositions législatives ou réglementaires[4]. Toutefois, il ne s'agit que d'un pouvoir de proposition qui

---

tomber sous le coup d'une censure pour atteinte au principe d'égalité. A ce propos on peut se référer à la jurisprudence relative aux dérogations législatives mises en place pour les collectivités ultramarines ; cf. Cons. const., 25 janvier 2013, n° 2012-290/291 QPC, Société Distrivit e. a. ; Cons. const., 22 avril 2016, n° 2016-537 QPC, Société Sofadig Exploitation ; Cons. const., 22 mai 2013, n° 2013-313 QPC, Chambre de commerce et d'industrie de région des îles de Guadeloupe e. a. ; Cons. const., 3 juin 2016, n° 2016-544 QPC, M. Mohamadi C.

[1] Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, préc.

[2] M. PIRON, *L'équilibre territorial des pouvoirs*, Rapport d'information remis à Assemblée national, n° 2881, 2 février 2006, p. 325.

[3] Loi n° 2015-991 du 7 août 2015, préc.

[4] Ibid., art. 1er, 3°, e) : « *un conseil régional ou, par délibérations concordantes, plusieurs conseils régionaux peuvent présenter des propositions tendant à modifier ou à adapter des dispositions législatives ou réglementaires, en vigueur ou en cours d'élaboration, concernant les compétences, l'organisation et le fonctionnement d'une, de plusieurs ou de l'ensemble des régions. Les propositions adoptées par les conseils régionaux en application du*

s'avère en réalité limité. Au surplus, dans les cas où une adaptation ou une modification serait accordée à une ou plusieurs régions, elle devra respecter les exigences de conformité à la norme supérieure et notamment au principe d'égalité.

770. **Le nouveau pouvoir de proposition des régions.** La loi NOTRe reconnaît une capacité de proposition à l'initiative uniquement des régions[1]. L'alinéa 5 du nouvel article L. 4221-1 alinéa 4 du CGCT dispose ainsi qu'« *un conseil régional ou, par délibérations concordantes, plusieurs conseils régionaux peuvent présenter des propositions tendant à modifier ou à adapter des dispositions législatives ou réglementaires, en vigueur ou en cours d'élaboration, concernant les compétences, l'organisation et le fonctionnement d'une, de plusieurs ou de l'ensemble des régions* ».

771. L'Assemblée a tenté de rendre ce pouvoir de proposition plus coercitif. En première lecture, elle proposa d'instaurer une décision implicite d'acceptation du Premier ministre en cas d'absence de réponse dans un délai de douze mois ainsi qu'une obligation, pour ce dernier, de motiver ses décisions de refus dans un délai de six mois[2]. Une telle disposition pouvait cependant présenter des difficultés pratiques – en cas d'acceptation implicite, comment publier la loi ou le règlement adapté ou modifié ? – et juridiques – le Conseil constitutionnel n'aurait pas accepté l'obligation faite au Premier ministre de répondre à une délibération locale[3]. C'est donc à raison que cet ajout a été supprimé par le Sénat en deuxième lecture le 2 juin 2015[4].

772. Les autorités de l'Etat ne sont donc pas liées par les délibérations comprenant les propositions d'adaptation ou de modification. « *Cette faculté de proposition n'emporte donc reconnaissance d'aucun pouvoir normatif au profit des régions. […] En définitive, le législateur se contente de formaliser la faculté pour les régions de porter à la connaissance des autorités étatiques de simples propositions d'évolutions législatives ou réglementaires, faculté dénuée de*

---

quatrième alinéa du présent article sont transmises par les présidents de conseil régional au Premier ministre et au représentant de l'Etat dans les régions concernées »

[1] Contrairement au pouvoir de proposition de la collectivité de Corse ; cf. voir supra, n° 762 et s.

[2] Art. L. 4421-1, al. 5, CGCT : « *les propositions adoptées par les conseils régionaux en application du quatrième alinéa du présent article sont transmises par les présidents de conseil régional au Premier ministre et au représentant de l'Etat dans les régions concernées* ».

[3] Voir par analogie, Cons. const., 9 mai 1991, n° 91-290 DC, cons. 50 : « *la Constitution attribue au gouvernement, d'une part, et au Parlement, d'autre part, des compétences qui leur sont propres ; que le législateur ne saurait, sans excéder la limite de ses pouvoirs, enjoindre au Premier ministre de donner une réponse dans un délai déterminé à une proposition de modification de la législation ou de la réglementation, émanant de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale* ».

[4] Cette règle a été expurgée de la version finale de l'article 1er de la loi du 6 août 2015, préservant très probablement le texte d'une censure dont le Sénat, pourtant favorable au dispositif, n'avait pas manqué de pointer les risques. Voir, J.-J. HYEST et R. VANDIERENDONCK, *Sur le projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République*, Rapport n° 174 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, enregistré à la Présidence du Sénat le 10 décembre 2014, p. 49.

tout effet contraignant et qui, possible dans la pratique, n'aurait pas même eu besoin d'être prévue par la loi »[1].

773. **Les limites du pouvoir normatif spécial des régions.** On peut s'interroger sur les conséquences de l'adoption par le pouvoir central des adaptations ou modifications proposées par les régions sur leur territoire. Dans le cas où elles toucheraient l'ensemble de la catégorie, aucune application différenciée de la loi ne sera constatée. Il n'y a donc pas de risque de rupture d'égalité entre les régions et, par extension, entre les citoyens de ces collectivités. En revanche, dès lors que les mesures adoptées ne s'appliquent qu'à un nombre limité de régions, ou à une seule région, le législateur ou le gouvernement doit pouvoir les justifier au regard du principe d'égalité devant la loi.

774. La première limite, que l'on retrouve pour toutes les collectivités quel que soit leur statut, réside dans l'interdiction de remettre en cause « *les conditions essentielles de mise en œuvre d'un liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti* »[2]. Une autre limite serait liée au fait que la modification demandée aurait pour conséquence d'instaurer un statut particulier pour la ou les régions concernées, notamment si celle-ci a trait, par exemple, à leur organisation ou à leur domaine de compétence[3]. Enfin, s'agissant d'une simple adaptation de ses propres règles par le pouvoir central, ce dernier doit être en mesure de la justifier au regard du principe d'égalité[4]. A cette fin, le seul critère géographique n'est pas en mesure de le faire[5]. Il convient alors de démontrer d'une part, l'existence d'une différence de situation ou d'invoquer un motif d'intérêt général suffisant, et d'autre part, que le traitement différencié ne soit pas manifestement disproportionné.

775. Pour Laetitia JANICOT, l'incertitude liée à la jurisprudence relative au principe d'égalité ainsi que l'encadrement procédural de ce pouvoir de proposition posent question sur l'issue d'une telle démarche[6]. Comme l'indique Alexis ZARCA, « *entre initiative normative et pouvoir normatif, il y a un pas que le législateur ne peut franchir dans le cadre constitutionnel*

---

[1] L. JANICOT, « Le pouvoir normatif des régions », *RFDA*, 2016, p. 664.
[2] Art. 72, al. 4, Constitution.
[3] Le changement de statut et le transfert de compétence relève de la compétence du législateur.
[4] Pour Laetitia JANICOT cette auto-adaptation écarterait l'application du contrôle par le juge du pouvoir d'adaptation issu de la jurisprudence du Conseil d'Etat ; cf. L. JANICOT, « Le pouvoir normatif des régions », art. cit. Voir, par ex., CE, 24 octobre 1997, n° 163950, « Syndicat des pilotes d'Air Inter », T. p. 634 et 1094 ; CE, Ass., 20 novembre 1981, n° 12644, « Fédération générale des transports et de l'équipement CFDT », Rec. Lebon p. 432 ; CE, Ass., 2 juillet 1993, n° 123174 et 123175, « Syndicat Fédération SUD des PTT », Rec. Lebon p. 191 ; *AJDA*, 1993 p. 823, note S. SALON.
[5] L. JANICOT, « Le pouvoir normatif des régions », art. cit. : « *dans ce cas, le principe d'égalité, appliqué au droit intéressant les collectivités territoriales, ne permettrait en réalité d'opposer aucune limite à la diversification territoriale de la loi* ».
[6] Ibid.

actuel, ce que le détricotage du pouvoir régional d'adaptation des lois dans la dernière version de la loi NOTRe a encore récemment démontré »[1]. Géraldine CHAVRIER y voit tout de même un mécanisme qui permet aux régions de « *récupérer une capacité d'influence sur l'élaboration de la norme réglementaire étatique dans toutes les hypothèses où le législateur n'aurait pas utilisé la faculté qui est la sienne de renvoyer directement au pouvoir réglementaire local pour l'application d'une loi* »[2].

776. En cela, « *la mesure n'est donc pas inintéressante, mais sa réussite est totalement subordonnée au bon vouloir de l'Etat. Or, l'Etat ne peut pas être mieux placé que les collectivités pour affiner les règles encadrant l'exercice des compétences locales en fonction des circonstances, même si ces dernières l'y aident* »[3]. Si elle participe tout de même « *à la promotion d'une diversité normative* »[4], la loi « NOTRe » est encore loin de reconnaître un « *pouvoir législatif aux régions* »[5], et *a fortiori*, d'instaurer un « *fédéralisme à la française* »[6]. La volonté de préserver le contrôle de l'Etat a pour effet de réduire le risque d'arbitraire, et partant d'inégalités, que l'approfondissement de la dynamique de décentralisation par la localisation du droit peut engendrer[7]. Elle se manifeste également dans sa maîtrise des mécanismes de solidarité administrative instaurés afin d'adapter la politique territoriale aux inégalités de fait constatées entre les collectivités territoriales

[1] A. ZARCA, « Egalité et territorialisation du pouvoir normatif », *Civitas Europa*, n° 35, 2015/2, p. 68.
[2] G. CHAVRIER, « Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales », in J. BENETTI (sous la direction de), *Les collectivités territoriales et le principe d'égalité*, travaux de l'Association de droit des collectivités locales, L'Harmattan, 2016, pp. 145-155, spéc. p. 152.
[3] Ibid.
[4] Ibid., p. 151.
[5] E. MAULIN, « La décentralisation du pouvoir normatif. Le pouvoir législatif des régions », *AJCT*, 2014, p. 309 et s.
[6] R. PASQUIER, « Les régions dans la réforme territoriale : vers un fédéralisme à la française ? », *AJCT*, 2016, p. 71 et s.
[7] Voir not., L. DAVEZIES, « Décentralisation : un risque d'inégalités accrues ? », *Cahiers français*, n° 318, 2004.

Chapitre 2: L'adaptation aux inégalités de faits par la solidarité administrative

777. La création de catégories de droit commun tend à cacher l'existence d'inégalités structurelles extrêmement fortes entre les collectivités qu'elles regroupent. Les débats sur la question n'ont pas cessé depuis les années cinquante jusqu'à aujourd'hui. Ils retrouvent une certaine acuité avec le livre controversé du géographe Christophe GUILLUY, *La France périphérique. Comment on a sacrifié les classes populaires*[1], dont la thèse repose sur une supposée disparition de la classe moyenne et l'opposition entre « *la France des métropoles, brillante vitrine de la mondialisation heureuse […] et la France périphérique des petites et moyennes villes, des zones rurales éloignées des bassins d'emplois les plus dynamiques* ». Cette analyse a été fortement nuancée par la note officielle de France Stratégie, publiée en 2016[2], dans laquelle apparaît non pas un clivage entre les métropoles et les autres territoires mais une rupture géographique entre la France du Nord-Est et celle de l'Ouest et du Sud[3].

778. Quelle que soit la nature des inégalités observées, celles-ci existent bel et bien et se maintiennent à un niveau élevé. Les politiques publiques destinées à les résorber opposent généralement deux modèles : l'aménagement équilibré du territoire d'une part, centré sur la notion d'équilibre[4], et l'investissement ciblé dans un territoire moteur – pôle d'attractivité –

[1] C. GUILLUY, *La France périphérique. Comment on a sacrifié les classes populaires*, Champs-Flammarion, 2014.
[2] France Stratégie, « Dynamiques et inégalités territoriales », *Note*, juillet 2016.
[3] D. BEHAR, « Inégalités territoriales : aggravation ou changement de nature ? », The Conversation, 25 juillet 2016 ; Sur les questions méthodologiques de l'analyse des inégalités territoriales, voir par ex., Club de l'observatoire social en Rhône-Alpes, *Les inégalités territoriales*, DRASS Rhône-Alpes, janvier 2008.
[4] Elle est illustrée par la politique de la ville qui aide prioritairement les zones urbaines « sensibles ».

d'autre part, dont les effets doivent permettre une redistribution vers les autres territoires[1]. Elles s'articulent toutes les deux autour de l'idée de solidarité entre les territoires à laquelle les collectivités territoriales participent activement. La politique d'aménagement équilibré se manifeste, en premier lieu, par la mise en place d'une solidarité financière entre les collectivités grâce à un système de péréquation[2] (Section 1). La « politique du premier de cordée » se traduit, quant à elle, par une « *solidarité de projet* »[3] qui associe des collectivités territoriales entre elles ou avec l'Etat pour organiser la gestion des territoires (Section 2).

Section 1: La solidarité financière par la péréquation

779. Le terme « péréquation » trouve ses racines étymologiques dans ceux de *perequaere* qui signifie « égaliser » et *peraequatio* qui signifie « répartition égale de l'impôt ». Aujourd'hui le dictionnaire en ligne de l'Académie française définit la péréquation comme une « *répartition équitable de certains impôts ou charges, destinée à favoriser l'égalité entre les citoyens* »[4]. En France, c'est dans le contexte de la décentralisation qu'elle a trouvé à s'appliquer juridiquement. Elle « *apparaît comme une contrepartie indispensable à la limitation des effets induits par le développement de l'autonomie locale* »[5]. Elle constitue alors « *un aménagement du partage des ressources entre les collectivités locales pour redistribuer entre elles les moyens inversement à leur richesse relative* »[6] (§1). On distingue alors deux formes de péréquation : la péréquation verticale entre l'Etat et les collectivités et la péréquation horizontale entre collectivités de même nature (§2).

[1] Elle est illustrée par la politique des villes nouvelles censées tirer avec elles les territoires qui les entourent. Voir par ex., V. FOUCHIER, *La politique des villes nouvelles (1965-2000)*, Centre de Ressources Documentaires Aménagement-Logement-Nature, décembre 1999.
[2] Sur les liens entre la péréquation et la notion de solidarité, Vanessa BARBE se réfère notamment à l'exemple allemand qui a influencé le système français ; cf. V. BARBE, « La péréquation, principe constitutionnel », *RFDC*, n° 81, 2010/1, pp. 3-19, spéc. pp. 14-17
[3] Pour reprendre l'expression d'Anne-Sophie GORGES ; cf. A.-S. GORGES, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, Dalloz, 2011, p. 489 et s.
[4] *Dictionnaire de l'Académie française*, 9e éd., disponible le 03 août 2018 sur : http://atilf.atilf.fr/academie9.htm.
[5] C. DARBOUSSET, *Recherches sur la notion de péréquation en droit public*, thèse de Droit public, Université de La Rochelle, 5 juillet 2011, p. 19.
[6] R. MUZELLEC, « La péréquation financière entre les collectivités locales : perspectives et réalités », *RFDA*, 1995, p. 923 et s.

§1) La consécration de la péréquation entre les collectivités

780. Système ancien, la péréquation est rapidement apparue commune une nécessité au fur et à mesure que les collectivités territoriales gagnaient en autonomie. Elle l'est d'autant plus dans le contexte français qui présente comme particularité de compter un grand nombre de collectivités avec, entre elles, les plus importantes inégalités de potentiel fiscal d'Europe[1]. La péréquation, dont l'objectif est de réduire les écarts de richesse fiscale entre les collectivités, « *tire son fondement du principe de justice fiscale horizontale qui veut que l'effort fiscal demandé au contribuable soit proportionné à la qualité du service public qui lui est rendu* »[2]. La genèse du système actuel est concomitante aux prémices de la décentralisation et sa mise en place a été progressive (A). Elle est devenue indispensable au point de trouver une consécration juridique affirmée (B).

A) La mise en place du système de péréquation territoriale

781. En tant que méthode de répartition des richesses, la péréquation n'a pas toujours été appliquée uniquement aux inégalités entre collectivités territoriales. A ces origines, il s'agit d'un moyen d'établir une égalité entre individus dans leur contribution à l'impôt foncier (1). Ce n'est qu'avec la reconnaissance d'une autonomie locale que la question s'est posée d'établir un certain équilibre territorial compte tenu des inégalités constatées entre les entités locales (2).

1) Aux origines de la péréquation entre collectivités territoriales

782. La péréquation entre les collectivités territoriales trouve ses prémices sous la Rome antique à travers la péréquation cadastrale. Cette péréquation sera reprise par les

[1] C. BLANQUART, « Un état des lieux des solidarités entre collectivités », table ronde, in G. DELFAU, *Pour une réelle péréquation des richesses entre collectivités*, Actes du colloque organisé au Sénat, avec la participation de Mairie-conseils (Caisse des Dépôts et Consignations) et de l'Institut de la Décentralisation, le 4 décembre 2007, p. 5 : « *Elles vont en effet de 1 à 8 500 pour les communes, de 1 à 4,3 pour les départements et de 1 à 3 pour les régions. Ces chiffres sont importants. Ils signifient que 1% des communes les mieux dotées ont une richesse fiscale 44 fois plus élevée que les 1% les moins bien dotées. En euros cela fait environ 7 403 euros par habitant pour les communes les plus riches contre seulement 168 euros en moyenne pour les plus pauvres* ».
[2] Ibid.

révolutionnaires sans grand succès, mais la notion et l'idée qui la sous-tendent resteront dans le vocabulaire juridique.

783. **La mise en place de la péréquation cadastrale sous la Rome antique.** C'est dans la Rome antique que l'on trouve les grandes lignes de la péréquation actuelle. Elle s'appuie sur un régime juridique et fiscal qui vise à établir une forme d'égalité[1] entre les contribuables sur la base d'un recensement – ou cadastre[2]. L'établissement du cens fut décidé par Servius Tullius, Roi légendaire de la Rome antique (578 à 534 avant J.-C.), lequel impose à chaque citoyen de fournir aux censeurs, une déclaration détaillée contenant son nom, son âge, le nom de sa femme, le nombre, le sexe et l'âge de ses enfants, ses esclaves, et l'état de sa fortune mobilière et immobilière[3]. Véritable déclaration fiscale, le cens permet de diviser le peuple en six classes, elles-mêmes subdivisées en cent quatre-vingt-treize centuries d'après l'importance de la fortune. Il sert alors de base « *à l'état civil et politique de chaque personne, à l'exercice du droit de vote dans les assemblées, à l'aptitude aux fonctions de sénateurs, à l'assujettissement au service militaire et au paiement des impôts* »[4]. Il y a donc un lien direct entre la qualité de contribuable et celle de citoyen. Sous l'Empire, le cens perd peu à peu ses liens avec les droits politiques et civiques. Il devient un instrument principalement fiscal à la disposition de l'administration pour l'assiette et la répartition des impôts mobilier et immobilier. Avec l'extension de l'Empire romain des « péréquateurs » sont nommés pour corriger les erreurs volontaires ou involontaires des censeurs. Agissant sur une base cadastrale, ils rectifient les inégalités flagrantes observées entre des communes ou des contribuables d'une même commune. L'objet de ces « révisions » est « *d'établir les bases de l'égalité proportionnelle de la répartition de l'impôt entre tous les contribuables* »[5]. Les péréquateurs peuvent aussi, au moyen de l'épibolé, empêcher les riches propriétaires de se décharger d'une partie de leur impôt foncier en cédant les terrains improductifs d'une même concession en échange d'un partage de l'impôt[6].

---

[1] On retrouve ces grandes lignes dans la conception partagée par la Commission européenne pour qui la péréquation a pour objectif de permettre aux Etats « *[d'exercer] une pression fiscale sensiblement comparable* » ; cf. voir J. ANASTOPOULOS, « Finances publiques et fédéralisme », in *Revue française des finances publiques*, n°20, Paris, 1987, p. 10.

[2] Étymologiquement, le mot cadastre vient du provençal « cathastre », lui-même altération de l'ancien italien « catastico » emprunté au bac grec katastikhon, signifiant liste ou registre.

[3] Il fallait indiquer la contenance des terres, leur nature de culture, leur qualité et leur produit.

[4] C. DARBOUSSET, *Recherches sur la notion de péréquation en droit public*, thèse de Droit public, Université de La Rochelle, 5 juillet 2011 pp. 20-21.

[5] Ibid., p. 22.

[6] L'épibolé est « *le droit accordé au fisc de réunir les fermages (*canones*) et les impôts (*tributa*) des terres stériles aliénées, aux fermages et aux impôts afférents aux terres fertiles conservées aux mains des détenteurs des biens patrimoniaux ou emphytéotiques provenant du fisc* » ; cf. D. SERRIGNY, *Droit public et administratif romain ou*

784. **L'échec de la péréquation cadastrale révolutionnaire.** Les révolutionnaires français ont repris le concept de péréquation cadastrale des romains[1]. A l'institution de la contribution foncière par l'Assemblée constituante de 1791, il n'existait aucun cadastre général. Jusqu'au règne de Charles V, on se fondait toujours sur le cadastre général élaboré par Auguste qui s'appliquait d'une part au tracé des villes et d'autre part à la répartition des terres dans les campagnes[2]. Malgré la volonté réaffirmée d'en établir un pendant les siècles qui ont suivi aucun véritable projet n'a pu voir le jour. Le 21 novembre 1763, l'article 2 de la déclaration royale de Louis XV de Bourbon ordonne la confection d'un cadastre général des biens-fonds, y compris ceux de la couronne, des princes et des privilégiés, qui ne sera pas suivi d'effets[3]. Par la loi du 15 septembre 1807 un cadastre général parcellaire français – ou cadastre napoléonien – est finalement établi. Entre temps, l'Assemblée constituante avait fait des contributions mobilière et foncière les principales ressources fiscales du pays[4]. Créée par la loi du 23 novembre 1790, la contribution foncière est assise sur le revenu net des biens-fonds, c'est-à-dire des propriétés bâties et non bâties, indépendamment des facultés personnelles des contribuables et « *sans autres exceptions que celles déterminées (...) pour les besoins de l'agriculture* »[5]. L'évaluation des revenus des immeubles de la France sert de point de fixation au montant global de la contribution foncière. Il s'agit alors d'un impôt par répartition dont on détermine le montant total avant d'en fixer l'assiette et les taux, par opposition à l'impôt de quotité dont l'assiette et les taux sont fixées préalablement au montant. Le système est aussi appelé « *péréquation de l'impôt foncier* ». Toutefois, ses effets creusent les inégalités, tout au long du XIXe siècle[6], en

---

institutions politiques, administratives, économiques et sociales de l'Empire romain, tome 2, Paris, Aug. Durand, 1862, p. 56.

[1] J. FLORIMOND-GASTON, *Du culte du Dieu Terme et de la limitation de la propriété chez les romains; De la péréquation de l'impôt foncier*, Jourde, Université de Droit, 1886.

[2] A. RIGAUDIERE (sous la direction de), *De l'estime au cadastre en Europe : le Moyen-âge*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, colloque des 11, 12 et 13 juin 2003, 2006, 605 p.

[3] Voir A. ALIMENTO, « Le rêve de l'uniformité face à l'impôt : le projet du premier cadastre général en France », *Histoire et mesure*, VIII – n° 3/4, Université de Pise, 1993. D'autres projets ont connu par la suite le même sort à l'instar du projet « parcellaire » de TURGOT élaboré en 1774, de ceux de DUTILLET De VILLARS en 1781, de Lamy ou de Gracchus BABEUF en 1789. Ce dernier propose, dans un mémoire intitulé *Projet de cadastre perpétuel*, un système de partage de toutes les propriétés composées de onze arpents par ménage. Ce projet égalitariste fut mal perçu et contribua à repousser l'établissement d'un cadastre jusqu'à l'exercice napoléonien. Sur la question des projets de cadastre général, voir M. VAISSIERE, *Histoire du cadastre*, Del Monsénher, Millau, 2007.

[4] M. MINORET, *La contribution mobilière et foncière pendant la Révolution*, thèse de Droit public, Librairie A. Rousseau, 1900 ; G. ARDANT, *Histoire de l'impôt*, tome 2, Fayard, 1972.

[5] C. BLOCH, *Les contributions directes, Instruction, recueil de textes et notes*, Imprimerie nationale, n° 161, décret sur la contribution foncière du 23 novembre 1790, 1915.

[6] Les enquêtes se multiplient dans la seconde moitié du XIXe siècle avec les rapports de 1854, 1862, 1874 et 1883. L'évaluation du revenu des propriétés non bâties faite par l'administration en vertu de la loi du 9 août 1879, terminée en 1883, montre que le taux moyen de l'impôt foncier s'élève à 4,49 % du revenu. Ainsi la Corse est taxée à 0,95 %, l'Aude à 2,50 %, la Haute-Savoie à 2,58 % ; tandis que l'Eure paie 6,11 %, la Charente 6,26 %, la Lozère 6,80 %, les Hautes-Alpes 7,21 % ; voir, J. TROUSSET (sous la direction de), *Nouveau Dictionnaire*

raison du caractère permanent de la répartition provisoire instituée par la loi du 1er décembre 1790, des difficultés à terminer le cadastre général[1] et de l'inefficience des pouvoirs publics à établir un équilibre entre les contribuables. La péréquation cadastrale de la Révolution se maintient jusqu'à la loi du 8 août 1890 qui partage l'impôt foncier en deux contributions, l'une sur le bâti, qui devient un impôt de quotité, et l'autre sur le non-bâti. La fin de la méthode de répartition sur les propriétés non-bâties est définitivement actée avec la loi du 29 mars 1914 mettant un terme à la péréquation cadastrale.

785. Pour Charley DARBOUSSET, « *l'histoire de la péréquation permet d'expliquer le passage de son application des individus-contribuables aux collectivités locales car l'égalité fiscale visée par la péréquation a toujours eu un lien avec les territoires […]. Les compétences et le pouvoir fiscal confiés aux départements et aux communes créent un besoin de correction afin que la décentralisation nouvelle ne forme pas des inégalités trop marquées entre citoyens-contribuables. L'objectif de cette correction est, à l'instar des péréquations romaines et révolutionnaires, d'assurer* in fine *une égalité territoriale aux individus* »[2].

2) Un mécanisme de correction des inégalités entre les collectivités territoriales.

786. Après la fin de la péréquation entre contribuables fonciers et sous l'influence germanique, la question d'une répartition des richesses plus juste entre les collectivités territoriales commence à sérieusement se poser. Les premiers fonds appliquant la péréquation en France deviennent « *un instrument au service de l'égalité réelle et de la solidarité entre territoires dans la seconde partie du [XXe] siècle* »[3] afin de combler les inégalités qui apparaissent entre les collectivités territoriales. L'évaluation de l'efficacité du système se fait alors en fonction des « ressources disponibles » avant et après l'application de la répartition.

787. **L'appréciation des inégalités entre les collectivités territoriales.** Comme le rappelle Jean-Philippe BROUANT, « *un territoire est en lui-même inégalitaire : les déterminismes naturels ne se soucient guère d'égalité, et la présence de richesses naturelles ou non constitue*

---

encyclopédique Universel illustré, Quatrième volume, A.-Char, 1885-1891. Le défaut de proportion existe aussi entre les arrondissements et les communes d'un même département. Le taux effectif peut varier d'une commune à une autre de 0,73 % à 35,50 % ; cf. M. BOUVIER, M.-C. ESCLASSAN, J.-P. LASSALE, *Finances Publiques*, 10e éd., LGDJ, 2010.

[1] IL fut terminé en 1850, réorganisé par le Décret du 9 juin 1898 portant création au ministère des finances d'un service du renouvellement ou de la révision et de la conservation du cadastre, JORF du 13 juin 1898 p. 3649

[2] C. DARBOUSSET, *Recherches sur la notion de péréquation en droit public*, préc., p. 28.

[3] Ibid., p. 18.

une inégalité "de naissance". Ce que certains géographes appellent la "tyrannie de la localisation"[1] *est une des causes principales des inégalités* »[2]. Ainsi, les dépenses d'aménagement, de voirie, d'assainissement ou de transports seront plus importantes dans un territoire à faible densité, montagneux ou insulaire[3]. Dans le même sens, tous les territoires ne sont pas égaux face aux gisement potentiels d'énergies renouvelables et ne sont pas également vulnérables devant les risques naturels[4]. Au niveau des ressources, on constate que tous les territoires n'ont pas les mêmes capacités à produire des richesses. Cette disparité agit sur les recettes fiscales des collectivités territoriales, lesquelles sont en partie basées sur l'activité professionnelle : jusqu'en 2010, les collectivités territoriales percevaient la taxe professionnelle qui fut remplacée par la contribution économique territoriale[5]. Pour autant, d'aucuns s'interrogent sur l'utilisation du PIB comme indicateur du développement territorial[6]. Les mêmes problèmes se posent concernant le calcul des charges. Le Conseil des prélèvements obligatoires notait les difficultés à distinguer les charges exogènes, qui s'imposent en raison des caractéristiques géographiques, sociales ou démographiques, des charges endogènes qui résultent des décisions politiques ou gestionnaires de la collectivité[7]. Ainsi, le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur n'avait pas entaché son appréciation d'une erreur manifeste en tenant compte, dans son mécanisme de péréquation, « *des charges supportées par les départements ruraux au titre de la gestion de l'espace et de celles pesant sur les départements urbains au titre des difficultés sociales* »[8]. Enfin, si la péréquation vise expressément les collectivités territoriales, et plus précisément leurs budgets, il est évident que, comme tout dispositif de cohésion territoriale, elle cherche à réduire les inégalités entre les personnes vivant sur ces territoires afin d'éviter les phénomènes de ségrégation spatiale[9]. A

[1] Il s'agit de l'ensemble des facteurs naturels qui ont donné les choix de localisation des activités pendant de nombreux siècles (facilités de communication, fertilité des sols, caractéristiques climatiques, etc…).
[2] J.-P. BROUANT, *Droit de la cohésion territoriale*, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 9.
[3] M. KLOPFER, « Problématique de la péréquation entre collectivités territoriales », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, 2013, n° 87, p. 25.
[4] J.-P. BROUANT, *Droit de la cohésion territoriale*, op. cit., p. 9.
[5] Loi n° 2009-1673 du 30 décembre 2009 de finances pour 2010, JORF n°0303 du 31 décembre 2009, p. 22856.
[6] Voir en ce sens, L. DAVEZIES, *La République et ses territoires*, Seuil, 2008, p. 7.
[7] Conseil des prélèvements obligatoires, *La fiscalité locale*, Rapport, La documentation française, mai 2010.
[8] Cons. const., 29 décembre 2004, n° 2004-511 DC, Loi de finances pour 2005, cons. 31.
[9] Ce qui fait dire à Eric MAURIN que « *la principale limite des politiques ciblées sur les territoires particuliers ne tient pas au principe du ciblage, mais au fait même d'avoir des territoires pour cibles* » ; cf. E. MAURIN, *Le ghetto français*, Seuil, 2004, p. 69.

cette fin, l'efficacité des dispositifs de péréquation est analysée en utilisant notamment le coefficient de Gini[1] qui mesure les inégalités de revenu à l'intérieur d'un territoire[2].

788. **L'appréciation des ressources disponibles des collectivités territoriales.** Entre les collectivités territoriales, il est possible d'observer plusieurs types d'inégalités qui pèsent sur les budgets locaux : les inégalités de richesse, de charges, de ressources, de besoins, de potentiel fiscal ou financier, entre les habitants, que ce soit dans l'accès aux services publics ou vis-à-vis de la pression fiscale, ou encore les inégalités liées aux transferts de l'Etat. On distingue alors dans les budgets locaux les recettes des dépenses, les secondes étant soustraites aux premières afin d'observer l'équilibre financier propre à chaque collectivité. Une fois retranchés les recettes et les coûts liés aux choix politiques locaux, les ressources sont calculées à partir d'un potentiel et les charges sur la base des impondérables assorties des difficultés propres à la collectivité pour parvenir au même résultat que ses paires. « *Cette méthodologie permet de définir les ressources libres, ou ressources disponibles, dont disposent les assemblées locales pour mener leurs politiques publiques* »[3]. Le rapport d'information du Sénat présenté en 2004 sur la péréquation interrégionale indique la nécessité « *d'un état des lieux précis des inégalités et cela passe naturellement par la nécessité de mesurer avec objectivité à la fois les inégalités de ressources et les inégalités de charges [afin] d'apprécier la marge de manœuvre laissée à chaque [collectivité] de pratiquer sa propre politique* »[4]. A cette période, les résultats obtenus n'étaient pas exploitables à cause d'un calcul du potentiel des ressources tronquées et d'un indice de coût reposant sur une moyenne nationale. Alain GUEGANT et Guy GILBERT ont critiqué la notion de potentiel fiscal telle qu'elle était comprise par la législation[5]. Ils proposent un « *potentiel fiscal réel par habitant […] corrigé ensuite des charges unitaires* »[6]. Ce potentiel

---

[1] Selon la définition de l'INSEE, « *l'indice (ou coefficient) de Gini est un indicateur synthétique d'inégalités de salaires (de revenus, de niveaux de vie...). Il varie entre 0 et 1. Il est égal à 0 dans une situation d'égalité parfaite où tous les salaires, les revenus, les niveaux de vie... seraient égaux. A l'autre extrême, il est égal à 1 dans une situation la plus inégalitaire possible, celle où tous les salaires (les revenus, les niveaux de vie...) sauf un seraient nuls. Entre 0 et 1, l'inégalité est d'autant plus forte que l'indice de Gini est élevé* » ; cf. URL : https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1551.

[2] Voir par ex. Rapport de l'Inspection générale des finances n° 2013-M-049-01 et de l'Inspection générale de l'administration n° 13-047/13-045/01, *Enjeux et réformes de la péréquation financière des collectivités territoriales*, juin 2013.

[3] C. DARBOUSSET, *Recherches sur la notion de péréquation en droit public*, op. cit., p. 32. La notion de ressources disponibles sert aussi à l'analyse des dispositifs de péréquation d'Alain GUENGANT et Guy GILBERT ; cf. A. GUENGANT et G. GILBERT, « Evaluation du dispositif de péréquation financière entre les communes, les départements et les régions », *Territoires 2020*, La documentation française, 2004, pp. 19-28.

[4] J. FRANCOIS-PONCET et C. BELOT, *Sur la péréquation entre les régions*, Rapport d'information n° 342, Annexe au procès-verbal de la séance du 9 juin 2004.

[5] Loi n° 79-15 du 3 janvier 1979 instituant une dotation globale de fonctionnement versée par l'Etat aux collectivités locales et à certains de leurs groupements et aménageant le régime des impôts directs locaux pour 1979, JORF du 4 janvier 1979, p. 25.

[6] A. GUENGANT, G. GILBERT, « Evaluation du dispositif de péréquation financière entre les communes, les départements et les régions », op. cit. ; voir aussi A. GUENGANT, G. GILBERT, « Evaluation de la performance

fiscal réel doit prendre en compte l'ensemble des recettes propres au sens l'alinéa 3 de l'article 72-2 de la Constitution. La notion de potentiel fiscal, devenue obsolète suite à la suppression de la taxe professionnelle en 2011, fut remplacée, pour l'ensemble des mécanismes de péréquation verticale[1], par celle de potentiel financier qui prend en compte les recettes fiscales ainsi que les dotations financières de l'Etat[2]. Pour les mécanismes de péréquation horizontale intercommunaux la notion de potentiel fiscal agrégé a été esquissée[3]. Quant au calcul des charges par habitant, il est possible de tenir compte des disparités territoriales de coût d'usage des services publics locaux pour déterminer exactement les chances des collectivités de parvenir aux mêmes résultats en consentant les mêmes efforts. Toutefois, ces disparités dans les coûts paraissent difficilement observables.

789. Si la péréquation entre collectivités territoriales doit permettre de lutter contre les inégalités existant entre elles, les difficultés liées à leur observation laissent perplexe quant à l'efficacité des dispositifs. La raison de leur maintien tient vraisemblablement à leur coût politique moindre : alors que la péréquation cadastrale visait l'égalité entre les individus, la péréquation entre collectivités territoriales ne concerne que des personnes morales et abstraites. L'équilibre territorial qu'elle recherche n'est analysé qu'au regard des équilibres budgétaires des collectivités et non sur la base d'indicateurs relatifs aux inégalités d'accès aux services publics. C'est certainement l'une des raisons pour laquelle sa juridicisation n'a pas posé de réelle difficulté.

B) La juridicisation du système de péréquation territoriale

790. La juridicisation de la péréquation entre les collectivités territoriales est intervenue dès la Révolution même si elle n'en a pas encore explicitement le nom. La mise en place du système commence par la création de fonds de péréquation. Le processus reprend à partir de la fin du

---

péréquatrice des concours financiers de l'Etat aux communes », *Economie et statistiques*, n° 373, Paris, INSEE, 2004, pp. 81 à 108 ; Direction générale des collectivités locales, *Indicateurs de performance de la péréquation entre collectivités territoriales : actualisation 2002-2006*, G. GILBERT et A. GUENGANT, Ministère de l'Intérieur, 2008.

[1] Dotation de solidarité urbaine (DSU), dotation de solidarité rurale (DSR) et garanties de sortie pour le bloc communal, dotation de péréquation urbaine (DPU), dotation de fonctionnement minimale (DFM) et garanties de sortie pour les départements et dotation de péréquation verticale perçue par les régions.

[2] Sur l'ensemble de cette évolution, voir P. DALLIER, C. GUENE, P. JARLIER et A. De MONTGOLFIER, *Péréquation financière entre les collectivités territoriales : les choix de la commission des finances du Sénat*, Rapport d'information n° 731, enregistré à la Présidence du Sénat le 6 juillet 2011.

[3] La formule du potentiel financier : potentiel financier = potentiel fiscal + [dotation forfaitaire – compensation part « salaires »] ; la formule du potentiel fiscal agrégé : potentiel fiscal agrégé = potentiel fiscal de l'EPCI + potentiel fiscal des communes membres.

XIXe siècle et du début du XXe siècle. La période marquera sa reconnaissance politique et juridique. C'est surtout à partir de la seconde moitié du XXe siècle que les fonds vont se multiplier sous l'impulsion du législateur (1). Le Conseil constitutionnel aura alors à se prononcer sur leur conformité à la Constitution. En 2003, la révision constitutionnelle va consacrer définitivement, à l'article 72-2 de la Constitution, l'existence de dispositifs de péréquation « *destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales* » (2).

1) La création de dispositifs de péréquation territoriale par la loi

791. Si la péréquation cadastrale n'a pas fonctionné en France, elle a permis de populariser le concept de péréquation. Les nombreux débats dont il a fait l'objet au cours du XIXe siècle ont permis d'isoler l'objectif d'équilibre territorial. L'idée de péréquation des richesses a ainsi pu être appliquée aux budgets des collectivités territoriales. Les dispositifs se sont alors multipliés sous l'impulsion du législateur. Sa compétence en la matière fut confirmée par la révision constitutionnelle de 2003.

792. **La multiplication des dispositifs de péréquation territoriale.** Si les premiers fonds de péréquation pour les collectivités territoriales datent de l'époque révolutionnaire, ce n'est qu'à partir du milieu du XXe siècle, prenant la suite de la péréquation cadastrale, qu'ils ont connu un véritable essor. Le premier fonds de péréquation pour les communes se trouve dans le décret du 19-22 juillet 1791 relatif à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle. Il indique que le prix de la vente des objets confisqués ainsi que les amendes versées, dans le cadre des opérations de police municipale, seront employés pour « *un quart aux menus frais du tribunal, un quart aux frais des bureaux de paix et de jurisprudence charitable ; un quart aux dépenses de la municipalité, et un quart aux soulagement des pauvres de la commune* »[1]. Ce n'est qu'en 1860 que l'on trouve le premier fonds de péréquation sous leur forme moderne. Alimenté par la redevance proportionnelle des exploitants des mines, il permet au ministre des travaux publics de répartir une partie de l'argent perçu entre les départements « *suivant leurs*

[1] Art. 47, Décret 19-22 juillet 1791 relatif à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle, L., tome V, p. 424 ; B., tome XVI, p. 215. Art. 70, al. 2 relatif à la police correctionnelle : « *un tiers aux menus frais de la municipalité et du tribunal de première instance, un tiers à ceux des bureaux de paix et de jurisprudence charitable, et un tiers au soulagement des pauvres de la commune* ».

besoins respectifs »[1] sans autre précision[2]. La loi du 22 février 1918 supprime les droits d'octroi sur l'alcool et les boissons hygiéniques et crée un fonds commun de contributions indirectes au profit des communes redistribuées au prorata de la consommation d'alcool. La loi du 25 juin 1920 portant création de nouvelles ressources fiscales créé aussi deux fonds : le premier recueillant le dixième des amendes recouvrées dans le cadre de l'imposition sur le chiffre des affaires se répartit entre les personnels en charge de son application (article 70) ; le second, constitué sur la base d'une majoration de 25 % des droits perçus par l'Etat sur les automobiles, doit servir aux départements (article 100). A partir de 1942, le fonds basé sur la taxe sur le chiffre d'affaires se transforme en fonds national de péréquation. Il bénéficie aux communes et finance également une péréquation locale assurée par des fonds communs départementaux. La taxe sur le chiffre d'affaires remplacée par la taxe sur la valeur ajoutée, la péréquation se développe avec la loi du 29 juillet 1975 qui établit les fonds départementaux de péréquation de taxe professionnelle. Elle apparaît également dans le cadre du versement représentatif de la taxe sur les salaires qui devient la source de financement principale des collectivités territoriales. Il contient une allocation de péréquation répartie selon le montant des impôts levés sur les ménages. Ce dispositif est remplacé en 1979[3], par la dotation globale de fonctionnement (DGF), qui devient le dispositif de péréquation privilégié du législateur. Il créé alors deux fonds au bénéfice des départements : l'un financé par l'Etat (dotation de péréquation) et l'autre par les départements contributeurs (dotation de fonctionnement minimale). La première péréquation horizontale apparaît avec la loi du 10 juillet 1964[4] qui instaure le fonds d'égalisation des charges des communes parisiennes. Supprimé en 1980[5], l'idée est reprise en 1991 sous la dénomination de Fonds de solidarité de la région Île-de-France[6]. Depuis 2011, il s'agit du fonds francilien de péréquation des recettes fiscales communales et intercommunales. Les régions bénéficient,

[1] Art. 510, Décret du 30 juin 1860 concernant la fixation de l'abonnement à la redevance proportionnelle des mines : « *ce fonds de non-valeurs est constitué par les dix centimes additionnels à la redevance proportionnelle ; moitié est mise à la disposition des préfets […] ; l'autre moitié reste à la disposition du ministre des travaux publics pour former un fonds commun qu'il répartit entre les départements suivant leurs besoins respectifs (D. 6 mai 1811, art. 57)* ».

[2] L'article 57 du décret du 6 mai 1811 relatif à l'assiette des redevances fixes et proportionnelles sur les mines disposait pour sa part : « *l'autre moitié restera à la disposition particulière du ministre de l'Intérieur, et sera destinée principalement à accorder des suppléments de fonds aux départements ucquels le* maximum *des centimes additionnels ne suffirait pas pour faire face aux dépenses précédemment énoncées, et à accorder des remises et modérations extraordinaires aux départements ou les exploitations auraient éprouvé des accidents majeurs* ».

[3] Loi n° 79-15 du 3 janvier 1979, préc.

[4] Art. 33, Loi n° 64-707 du 10 juillet 1964 portant réorganisation de la région parisienne, JORF du 12 juillet 1964, p. 6204.

[5] Loi n° 80-10 du 10 janvier 1980 portant aménagement de la fiscalité directe locale, JORF du 11 janvier 1980, p. 72.

[6] Loi n° 91-429 du 13 mai 1991 instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région Île-de-France, réformant la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements et modifiant le Code des communes, JORF n°111 du 14 mai 1991, p. 6329.

quant à elle, depuis 1992, d'un mécanisme horizontal : le fonds de correction des déséquilibres régionaux[1]. Le législateur a donc été à l'origine de la création des dispositifs de péréquation. Avec la révision de 2003, cette compétence s'est affirmée.

793. **La compétence du législateur pour instaurer les dispositifs de péréquation.** Loin de limiter le législateur, la révision constitutionnelle de 2003 lui donne compétence pour adopter les dispositifs de péréquation entre les collectivités territoriales[2]. A ce propos, le Conseil constitutionnel considère que l'alinéa 5 de l'article 72-2 « *n'impose pas que chaque transfert ou création de compétences donne lieu à péréquation* »[3] alors même qu'il dispose, à l'indicatif, que « *la loi prévoit* » les dispositifs de péréquation[4]. La question s'est posée quant à la place de ces dispositifs dans les lois de finance. Ainsi, le Conseil constitutionnel considère tout d'abord que les dispositions qui modifient les règles d'affectation de la dotation globale de fonctionnement allouée par l'État aux collectivités territoriales sont des cavaliers budgétaires, dès lors qu'elles restent sans effet sur le montant global de la dotation allouée par l'État[5]. En sens inverse, lorsqu'une réforme de la dotation globale de fonctionnement ne se borne pas à modifier les règles de répartition de chaque dotation, mais transforme substantiellement leurs structures, elle instaure divers mécanismes amortisseurs destinés à contrecarrer les effets préjudiciables que son application aurait causés à certaines collectivités. Or ces mécanismes sont à la charge de l'État et constituent une somme significative au regard des masses budgétaires de sorte qu'il convient de les faire figurer dans les lois de finance[6]. Depuis, l'article 34, II, 7, c) de la loi organique relative aux lois de finances consacre désormais la possibilité pour la loi de finances de définir les « *modalités de répartition des concours de l'État aux collectivités territoriales* ». Ensuite, le Conseil constitutionnel est intervenu pour préciser le contenu minimal de la disposition législative instaurant le mécanisme de péréquation : « *le prélèvement sur les ressources fiscales d'une collectivité territoriale dans le but d'accroître les*

---

[1] Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, JORF n°33 du 8 février 1992, p. 2064.

[2] Voir sur la question, V. BARBE, « La péréquation, principe constitutionnel », *RFDC*, n° 81, 2010/1, pp. 3-19.

[3] Cons. const., 18 décembre 2003, n° 2003-487 DC, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité. Cons. const., 17 juillet 2003, n° 2003-474 DC, cons. 18, Rec. p. 389 ; *D.*, 2004, p. 1272, obs. O. LE BOT **;** Cons. const., 18 décembre 2003, n° 2003-487 DC, cons. 15.

[4] A l'inverse, la Loi fondamentale allemande fixe une obligation à l'article 107 alinéa 2 qui dispose : « *La loi doit assurer une compensation appropriée des inégalités de capacité financière entre les Länder, en tenant compte de la capacité et des besoins financiers des communes (ou groupements de communes). La loi doit définir les conditions d'existence des droits à péréquation des Länder bénéficiaires et des obligations de péréquation des Länder prestataires ainsi que les critères de détermination des versements de péréquation. Elle peut également disposer que la Fédération, sur ses ressources propres, accorde aux Länder à faible capacité financière des dotations destinées à les aider à couvrir leurs besoins financiers généraux (dotations complémentaires)* ».

[5] Cons. const., 27 décembre 2002, n° 2002-464 DC, Loi de finances pour 2003.

[6] Cons. const., 29 décembre 2004, n° 2004-511 DC, Loi de finances pour 2005.

ressources d'autres collectivités territoriales doit être défini avec précision quant à son objet et sa portée »[1] ; « *il est loisible au législateur de mettre en œuvre la péréquation financière entre [des] collectivités en les regroupant par catégories, dès lors que la définition de celles-ci repose sur des critères objectifs et rationnels* »[2]. Le juge constitutionnel applique un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation[3]. Vanessa BARBE prend l'exemple de l'Allemagne pour montrer les différences dans l'encadrement des pouvoirs du législateur en matière de péréquation. Là où le Conseil constitutionnel laisse le législateur relativement libre du contenu de ses dispositions, la Cour constitutionnelle allemande a élaboré « *un véritable manuel à l'usage du législateur pour la répartition des ressources financières* »[4]. La première étape est celle de la loi « de référence » (« *Maßstäbegesetz* ») qui fixe les critères abstraits de répartition des ressources financières. Ensuite, la répartition de l'impôt entre les Länder, prévue par l'article 107 alinéa 1er de la Loi fondamentale, nécessite une deuxième loi (« *Finanzausgleichsgesetz* ») qui établit les critères concrets de répartition et de la péréquation. La troisième étape est celle des dotations complémentaires accordées par la Fédération à des *Länder* particulièrement faibles économiquement. Elles regroupent le résultat de la péréquation et une allocation pour des besoins spéciaux[5]. Il faut noter qu'en Allemagne, les entités locales ne disposent pas d'une réelle autonomie fiscale.

794. La péréquation entre collectivités territoriales est donc apparue sous l'impulsion du législateur influencé par la pratique germanique. Toutefois, contrairement à l'Allemagne traversée par une culture de la maîtrise des comptes publics, l'encadrement de la compétence du législateur est relativement faible. Aussi, l'inscription de la péréquation entre collectivités

[1] Cons. const., 6 mai 1991, n° 91-291 DC, Loi instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région d'Ile-de-France, réformant la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements et modifiant le code des communes, cons. 31 : en l'espèce, les communes assujetties à ce prélèvement sont déterminées en fonction de critères objectifs. En outre, la loi procède à la fixation du taux applicable compte tenu du potentiel fiscal des communes concernées, et la finalité du prélèvement, qui commande l'utilisation de son produit, est définie par le législateur.

[2] Cons. const., 29 décembre 2004, n° 2004-511 DC, préc. : en l'espèce, le législateur a créé une dotation de péréquation visant les départements urbains (dotation de péréquation urbaine) au sein de la dotation globale de fonctionnement des départements. Le texte distingue les départements urbains des autres départements en les définissant comme ceux ayant une densité de population supérieure à 100 habitants au km2 et un taux d'urbanisation supérieur à 65 %.

[3] Il indique alors qu'« *en tenant spécialement compte des charges supportées par les départements ruraux au titre de la gestion de l'espace, et de celles pesant sur les départements urbains au titre des difficultés sociales, le législateur n'a pas entaché son appréciation d'une erreur manifeste* » ; cf. Cons. const., 29 décembre 2004, n° 2004-511 DC, préc., cons. 31.

[4] V. BARBE, « La péréquation, principe constitutionnel », art. cit., p. 12. Cf. BVerfGE, 72, 330 (396) du 24 juin 1986.

[5] La Cour constitutionnelle autrefois favorable à l'attribution de ces aides exceptionnelles (cf. BVerfGE, 86, 148) est aujourd'hui plus stricte (cf. BVerfGE, 116, 327).

territoriales dans la Constitution n'a pas véritablement bouleversé les modes de financement de la décentralisation.

2) La reconnaissance constitutionnelle de la péréquation territoriale

795. La péréquation est une modalité de répartition des richesses entre les collectivités territoriales destinée à améliorer l'équilibre territorial. Elle trouve les dispositions nécessaires à son développement dans la reconnaissance de l'autonomie locale, de l'égalité entre les collectivités territoriales, et de l'égalité devant l'impôt à travers la proportionnalité et l'universalité. Lors de ses décisions, le juge constitutionnel a eu notamment à se prononcer sur la conformité du mécanisme de péréquation avec la libre administration des collectivités territoriales et le principe d'égalité.

796. **Péréquation *versus* libre administration des collectivités territoriales.** La péréquation s'oppose au principe de libre administration[1] sous deux aspects : d'une part elle empêche les collectivités contributrices de profiter de leurs ressources[2] ; d'autre part elle place les collectivités bénéficiaires « *dans une situation de dépendance incompatible avec l'autonomie de gestion consacrée par la Constitution* »[3]. Toutefois, le principe de libre administration inscrit dès 1958 à l'article 72 de la Constitution, dont la valeur constitutionnelle a ensuite été confirmée par le Conseil constitutionnel en 1979[4], n'impliquait pas une autonomie financière. Elle fut consacrée par le législateur en 1982[5]. A partir de cette date, la jurisprudence

[1] La France avait envisagé d'assortir la ratification de la Charte européenne de l'autonomie locale d'une déclaration interprétative, dans les termes suivants : « *Selon la République française, les mesures de péréquation des ressources fiscales inégalement réparties entre les collectivités locales peuvent être mises en place, dès lors que lesdites mesures sont définies avec précision quant à leur objet et à leur portée et n'ont pas pour effet de restreindre les ressources fiscales des collectivités territoriales au point d'entraver leur libre administration* » ; cf. *La Charte européenne de l'autonomie locale : la vérification d'une convergence entre l'évolution en Europe et en France*, Étude du service des collectivités territoriales du Sénat n° 1 (2006-2007), 15 janvier 2007. La Charte européenne de l'autonomie locale du 15 octobre 1985 qui prévoit, en son article 9, alinea 5, que « *la protection des collectivités locales financièrement plus faibles appelle la mise en place de procédures de péréquation financière ou des mesures équivalentes destinées à corriger les effets de la répartition inégale des sources potentielles de financement ainsi que des charges qui leur incombent. De telles procédures ou mesures ne doivent pas réduire la liberté d'option des collectivités locales dans leur propre domaine de responsabilité* ».

[2] Le transfert de recettes représenterait même pour certains auteurs « *une menace pour l'avenir de la décentralisation* » ; cf. A. GUENGANT, « Les transferts financiers », *Revue française des finances publiques*, 1992, p. 57.

[3] V. BARBE, « La péréquation, principe constitutionnel », art. cit., p. 5. L'auteure renvoit à M. BOUVIER, *Finances locales*, LGDJ, 2005, p. 75.

[4] Cons. const., 23 mai 1979, n° 79-104 DC, Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État.

[5] Loi n° 82-213 du 2 mars 1982, JORF du 3 mars 1982, p. 730.

constitutionnelle empêche le retour en arrière : elle établit un seuil au-delà duquel le législateur porte atteinte au principe. Le Conseil constitutionnel peut censurer la réduction des ressources locales[1] mais il ne s'y oppose pas si elle s'accompagne d'une compensation financière de l'Etat sous la forme d'une dotation[2] ou que la perte est limitée dans son ampleur[3]. En 1991[4], il rappelait ainsi que le principe de libre administration des collectivités territoriales s'applique « *dans les conditions prévues par la loi* », et que « *l'article 34 de la Constitution réserve au législateur la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources ainsi que la fixation des règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures* ». La révision constitutionnelle de 2003 n'a fait que confirmer la compétence du législateur en la matière[5]. Si l'autonomie financière est désormais consacrée sous ses trois aspects – liberté de disposer des ressources (alinéa 1er), compensation des charges (aliéna 4), et autonomie fiscale (alinéa 3) – sa protection demeure limitée. La liberté de disposer des ressources n'empêche pas le législateur de prévoir des dépenses obligatoires, dès lors qu'elles sont définies avec précision quant à leur objet et à leur portée[6], ou encore d'affecter des subventions à un but précis[7]. Dans le cadre de la compensation des transferts, le Conseil constitutionnel laisse au législateur le soin de déterminer le niveau de compensation[8]. Les ressources affectées à la compensation peuvent faire l'objet d'un contrat d'objectifs et de

[1] Cons. const., 25 juillet 1990, n° 90-277 DC, Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux.
[2] Cons. const., 27 décembre 2002, n° 2002-464 DC, Loi de finances pour 2003.
[3] Cons. const., 24 juillet 1991, n° 91-298 DC, Loi portant diverses mesures d'ordre économique et financier, cons. 38.
[4] Cons. const., 6 mai 1991, n° 91-291 DC, préc., cons. 37.
[5] Art. 72-2, Constitution : « *Les collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi. Elles peuvent recevoir tout ou partie du produit des impositions de toutes natures. La loi peut les autoriser à en fixer l'assiette et le taux dans les limites qu'elle détermine. Les recettes fiscales et les autres ressources propres des collectivités territoriales représentent, pour chaque catégorie de collectivités, une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources. La loi organique fixe les conditions dans lesquelles cette règle est mise en œuvre. Tout transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi. La loi prévoit des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales* ».
[6] Cons. const., 30 juillet 2003, n° 2003-482 DC, Loi organique relative au référendum local.
[7] Cons. const., 17 juillet 2003, n° 2003-474 DC, Loi de programme pour l'outre-mer.
[8] Cons. const., 18 décembre 2003, n° 2003-487 DC, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité, cons. 13 : est constitutionnelle la loi qui prévoit « *que la compensation des charges entraînées par les transfert et création de compétences est calculée, pour l'année 2004, "sur la base des dépenses engendrées par le paiement du revenu minimum d'insertion en 2003" ; qu'au titre des années suivantes, "la compensation sera ajustée de manière définitive au vu des comptes administratifs des départements pour 2004"* ».

moyens signé par les collectivités concernées ainsi que les acteurs du secteur, et l'Etat[1]. Enfin, l'autonomie fiscale reste mal définie. L'alinéa 3 de l'article 72-2 indique que « *les recettes fiscales et les autres ressources propres des collectivités territoriales représentent, pour chaque catégorie de collectivités, une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources* ». Or, la loi organique censée intervenir pour en préciser le contenu[2] n'a pas mis fin aux difficultés d'interprétation liées à la notion de « *part déterminante* »[3]. La péréquation offre uniquement la garantie d'un socle de ressources pour toutes les collectivités territoriales à la fois pour celles qui contribuent et pour celles qui bénéficient du dispositif en question[4]. Finalement, l'incompatibilité entre la péréquation et l'autonomie financière des collectivités territoriales n'est qu'apparente. En revanche, la conception formelle du principe d'égalité paraît s'opposer plus sérieusement au mécanisme et aux objectifs de la péréquation.

797. **Péréquation *versus* principe d'égalité.** Les dispositifs de péréquation financière entre les collectivités territoriales peuvent se trouver confronter à l'acception formelle du principe d'égalité, telle qu'elle résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, si les différences de traitement qu'ils envisagent ne sont justifiées ni par une différence de situation, ni par une raison d'intérêt général. Ainsi, lorsqu'il a fallu s'interroger sur la création du Fonds de solidarité des communes d'Ile-de-France, le Conseil constitutionnel a considéré qu'au regard « *des traits spécifiques* » de la région (la masse de sa population, l'importance globale de ses ressources et la présence de la capitale), de la probable « *distribution très inégale du potentiel fiscal des communes* », et des écarts importants qui en découlent « *dans les niveaux d'équipement et de service que les communes sont en mesure d'offrir à leurs habitants* »[5], la création d'un tel fonds, qui a « *pour objet de contribuer à l'amélioration des conditions de vie dans celles des*

---

[1] Cons. const., 13 janvier 2005, n° 2004-509 DC, Loi de programmation pour la cohésion sociale, cons. 13 : « *la loi déférée supprime certaines exonérations de la taxe d'apprentissage due par les entreprises et affecte les ressources supplémentaires qui en résultent au Fonds national de développement et de modernisation de l'apprentissage ; que ce fonds abondera, dans le cadre de contrats d'objectifs et de moyens conclus entre l'Etat, les régions, les chambres consulaires et les branches professionnelles, les fonds régionaux de l'apprentissage et de la formation professionnelle continue ; que le législateur a, dès lors, accompagné l'extension, au demeurant limitée, des compétences des régions mise en œuvre par l'article 24 de la loi déférée de ressources nouvelles déterminées conformément à la deuxième phrase du quatrième alinéa de l'article 72-2 de la Constitution* ».

[2] Cons. const., 29 décembre 2003, n° 2003-489 DC, Loi de finances pour 2004.

[3] La loi organique a défini cette part déterminante permettant la garantie de la libre administration des collectivités territoriales, au regard de la nature des compétences qu'elles avaient à exercer. Elle a précisé que cette part ne pouvait être inférieure au niveau constaté au titre de l'année 2003. Un tel seuil ne peut correspondre qu'à une interdiction de réduire les ressources des collectivités, mais ne saurait en aucun cas garantir un niveau suffisant ; cf. Cons. const., 29 juillet 2004, n° 2004-500 DC, Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités locales.

[4] Voir not., H. DAIMALLAH, « La péréquation entre collectivités territoriales dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue française de finances publiques*, septembre 2015, n° 131, p. 303 et s.

[5] Cons. const., 6 mai 1991, n° 91-291 DC, Loi instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région d'Ile-de-France, réformant la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements et modifiant le code des communes, cons. 24.

communes qui supportent des charges particulières sans disposer d'un potentiel fiscal par habitant élevé »[1], n'est pas contraire au principe d'égalité. Dans le même sens, il considère que la mise en place de critères différents de répartition de la dotation de fonctionnement minimale entre les départements urbains (indice synthétique de ressources et de charges déterminé par la combinaison de plusieurs critères qu'il a énumérés, à savoir, outre le potentiel financier, le nombre des bénéficiaires d'aides au logement, celui des allocataires du revenu minimum d'insertion, ainsi que le revenu moyen par habitant) et entre les départements non-urbains (longueur de la voirie et potentiel financier)[2], le législateur n'a pas entaché son appréciation d'une erreur manifeste, dès lors qu'en agissant ainsi, il a tenu « *spécialement compte des charges supportées par les départements ruraux au titre de la gestion de l'espace, et de celles pesant sur les départements urbains au titre des difficultés sociales* » [3]. En effet, c'est parce que la péréquation s'inscrit dans une logique de solidarité destinée à réduire les inégalités de fait entre les collectivités territoriales que ses mécanismes sont considérés non seulement comme compatibles avec le principe d'égalité, mais plus encore comme étant un moyen d'en assurer la mise en œuvre[4]. La révision de 2003 l'affirme avec force lorsqu'elle rappelle que « *les dispositifs de péréquation [sont] destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales* » (article 72-2 alinéa 5). Il en va de même des décrets d'application, et plus largement du pouvoir réglementaire, sous le contrôle du juge administratif[5], qui doivent également respecter l'objectif d'égalité mentionné dans la Constitution[6].

---

[1] Ibid., cons. 25.

[2] Cons. const., 29 décembre 2004, n° 2004-511 DC, Loi de finances pour 2005, cons. 30.

[3] Ibid., cons. 31.

[4] « *De façon générale, il est paradoxal de reprocher à un mécanisme de péréquation de méconnaître le principe d'égalité, puisqu'un tel mécanisme a précisément pour objet de corriger des inégalités naturelles (ressources inférieures, charges supérieures et handicaps structurels)* » ; cf. Comm. *CCC*, n° 18 sur Cons. const., 6 mai 1991, n° 91-291 DC, préc. Le Conseil constitutionnel avait déjà jugé « *qu'en prévoyant, dans le cadre de la législation qu'il a édictée relative à l'aménagement et au développement du territoire ainsi que de la législation relative à la politique de la ville, la passation de conventions locales et régionales destinées à tenir compte de la spécificité des situations territoriales, il a mis en place une procédure qui loin de méconnaître le principe d'égalité constitue un moyen d'en assurer la mise en œuvre* » ; cf. Cons. const. 26 janvier 1995, n° 94-358 DC, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, Rec. p. 183, cons. 29.

[5] Cons. const., 26 janvier 1995, n° 94-358 DC, préc., cons. 29 : le législateur peut « *confier au pouvoir réglementaire, sous le contrôle du juge administratif, le soin de déterminer, dans le respect de ces législations, les zones et opérations concernées en fonction des appréciations concrètes que requiert une telle détermination* ».

[6] Cons. const., 12 février 2004, n° 2004-490 DC, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, cons. 65 : « *considérant que l'article 52 de la loi organique est relatif au fonds intercommunal de péréquation qui reçoit une quote-part des impôts, droits et taxes perçus au profit du budget général de la Polynésie française ; qu'il met ainsi en œuvre le dernier alinéa de l'article 72-2 de la Constitution aux termes duquel : "La loi prévoit des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales" ; que les ressources de ce fonds sont réparties par un comité entre les communes au prorata de leurs habitants et de leurs charges ; qu'il est prévu que ce comité pourra décider d'attribuer une dotation affectée à des groupements de communes pour la réalisation d'opérations d'investissement ou la prise en charge de dépenses de fonctionnement présentant un intérêt intercommunal ; que tant le décret en Conseil d'État qui doit fixer les modalités d'application de l'article 52, que la répartition qui sera faite du fonds intercommunal de péréquation ne devront pas méconnaître*

798. Parce qu'elle est placée sous le signe de la solidarité, la péréquation devient un élément nécessaire de la décentralisation[1]. Elle participe à l'amélioration des capacités d'actions, et, partant, à l'exercice effectif de la libre administration, des collectivités les plus fragiles économiquement[2]. Elle favorise une égalité de fait entre les niveaux de prestation assurés à l'intérieur d'une même catégorie de collectivités, qui touche les ressources mais également les charges[3]. La multiplication des mécanismes de péréquation témoigne de la parfaite insertion du concept dans le corpus juridique français[4]. Les différentes formes qu'il adopte contribuent cependant à en brouiller les contours.

§2) Les formes de la péréquation entre les collectivités

799. Dès lors qu'elle recouvre tout dispositif de redistribution des richesses en vue d'améliorer l'égalité entre les collectivités, même de manière implicite, la péréquation recouvre des mécanismes divers qui peuvent aller de la création d'un fonds commun spécifique à une simple proportionnalité dans la détermination d'exonérations fiscales. Ces mécanismes peuvent être tout autant financés « *par une dotation de l'Etat [ou] grâce à un fonds alimenté par des ressources des collectivités territoriales* »[5]. On distingue ainsi la péréquation verticale « *constituée par le versement par l'Etat de dotations au profit des collectivités territoriales dont le niveau de ressources est inférieur à un seuil défini* » (A) de la péréquation horizontale qui « *consiste à prélever un produit sur les ressources des collectivités territoriales les plus prospères afin de le redistribuer aux collectivités territoriales moins favorisées* » (B).[6]

---

l'objectif d'égalité mentionné au dernier alinéa de l'article 72-2 de la Constitution ; que, sous cette réserve, l'article 52 n'est pas contraire à la Constitution ».

[1] Vanessa BARBE s'interroge *in fine* sur la question « *de savoir si l'unité de la République française peut se concrétiser sans une valorisation du principe constitutionnel de solidarité nationale* » ; cf. V. BARBE, « La péréquation, principe constitutionnel », art. cit., p. 19. Bien que nécesaire, elle n'est pas au nombre des droits et libertés garantis par la Constitution qui permettent de fonder une question prioritaire de constitutionnalité ; Cons. const., 22 septembre 2010, n° 2010-29/37 QPC.

[2] C. DARBOUSSET, *Recherches sur la notion de péréquation en droit public*, op. cit., p. 19 : « *sous l'effet de la décentralisation, la péréquation apparaît comme une contrepartie indispensable à la limitation des effets induits par le développement de l'autonomie locale* ».

[3] Cons. const., 29 juin 2012, n° 2012-255/265 QPC.

[4] Au point que le principe d'égalité devant les charges publiques ne s'applique(rait) pas aux collectivités territoriales ; cf. CAA Versailles, 21 juillet 2015, n° 12VE03379, *AJDA*, 2015, p. 2161, note C. LANTERO, « Le principe d'égalité devant les charges publiques ne s'applique(rait) pas aux collectivités territoriales ».

[5] Ibid.

[6] J. MEZARD et R. POINTEREAU, *Sur la péréquation*, Rapport d'information n° 309, enregistré à la Présidence du Sénat le 23 février 2010, p. 7.

A) La péréquation verticale

800. « *La péréquation verticale consiste pour l'État à répartir équitablement les dotations qu'il verse aux collectivités territoriales* »[1]. Prise au sens strict, il s'agit des dotations spécifiques dont l'objectif affiché est d'améliorer l'équilibre territorial par un système de redistribution (1). Au sens large, on retrouve la péréquation dans les compensations attribuées aux collectivités en cas d'augmentations des charges ou de baisses des recettes imposées par l'Etat (2).

1) Les dotations de péréquation

801. La création de la dotation globale de fonctionnement (DGF) en 1979 a permis d'ancrer la péréquation dans une part non négligeable des ressources des collectivités territoriales. Chaque niveau de collectivité reçoit alors une dotation forfaitaire calculée en fonction de sa population, et une dotation d'aménagement attribuée selon une méthode de péréquation. Aujourd'hui plusieurs de ces dotations expresses de péréquation existent. Elles sont mises en œuvre soit au travers d'un système de parts[2] soit par le biais d'un indice synthétique[3].

802. **Au niveau communal et intercommunal.** Depuis la loi de finances pour 2004[4], les communes possèdent, en plus d'une dotation forfaitaire qui reste répartie en fonction de la population et de la superficie des territoire**s,** trois dotations de péréquation. La dotation nationale de péréquation (DNP), se fonde sur le potentiel financier[5] par habitant[6]. La dotation de solidarité urbaine et de cohésion social (DSU) intervient sur la base d'un classement des communes selon un indice synthétique comprenant le potentiel financier (45 %) les bénéficiaires de l'aide au logement (30 %), le nombre de logement sociaux (15 %) et le revenu par habitant (10 %)[7]. Les crédits attribués doivent servir à la réalisation de projets

[1] Selon la présentation qu'en fait le gouvernement sur le site : www.collectivités-locales.gouv.fr, dernière mise à jour au 15 février 2018.
[2] Par ex. Dotation de solidarité rurale et Dotation nationale de péréquation.
[3] Par ex. Dotation de solidarité urbaine et de cohésion sociale.
[4] Loi n° 2003-1311 du 30 décembre 2003 de finances pour 2004, JORF n°302 du 31 décembre 2003, p. 22530.
[5] Pour rappel : potentiel financier = potentiel fiscal + [dotation forfaitaire – compensation part « salaires »]. Voir supra, n° 788.
[6] Art. L. 2334-14-1, CGCT.
[7] Art. L. 2334-15 et s., CGCT.

d'investissement ou d'actions dans le domaine économique et social, à l'issue d'une convention passée avec le Préfet, et la commune ou l'EPCI concerné. Enfin, la dotation de solidarité rurale (DSR) vise les communes de moins de 10 000 habitants en fonction du potentiel financier et du revenu par habitant[1]. Le niveau intercommunal comprend lui aussi une dotation de base (ou dotation de compensation correspondant à l'ancienne compensation « part salaires » de la taxe professionnelle et à la compensation que percevaient certains EPCI au titre des baisses de la dotation de compensation de la taxe professionnelle) et une dotation de péréquation calculée en fonction de la population, du potentiel fiscal (70 %) et du coefficient d'intégration fiscale[2]. Les EPCI, comme les communes, peuvent percevoir une dotation d'équipement des territoires ruraux[3] sous forme de subventions devant financer des investissements ou des projets dans les domaines économique, social, environnemental et touristique ou favorisant le développement ou le maintien des services publics en milieu rural.

803. **Au niveau départemental et régional.** Pour les départements, on trouve une dotation forfaitaire qui est issue depuis 2015 de l'agrégation des anciennes composantes (une dotation de base, calculée chaque année en fonction de la population départementale, et un complément de garantie). Il existe ensuite une dotation de compensation comprenant le concours financier particulier institué pour compenser la suppression des contingents communaux d'aide sociale (CCAS) et 95 % de la dotation globale de décentralisation (DGD). Se sont ajoutés les crédits auparavant attribués dans le cadre de la première part de la dotation générale d'équipement (DGE), au titre des fractions « voirie » et « majoration potentiel fiscal ». Il existe ensuite deux dotations de péréquation : l'une attribuée aux départements urbains, dont la densité de population est supérieure à 100 habitants par kilomètre carré et le taux d'urbanisation à 65 %[4], et l'autre aux départements ruraux. Ces derniers bénéficient de la dotation de fonctionnement minimale (DFM) affectée en fonction du potentiel financier par habitant et de la longueur de la voirie[5]. La dotation de péréquation urbaine (DPU) est répartie, quant à elle, sur un indice synthétique de ressources et de charges basé sur le potentiel financier, le nombre des bénéficiaires d'aides au logement et des allocataires du revenu de solidarité active[6]. Les régions bénéficient, depuis la loi n° 2003-1312 du 30 décembre 2003 de finances pour 2004, d'une dotation de péréquation, en plus de leur dotation forfaitaire, attribuée en fonction d'une part du

[1] Art. L. 2334-20 et s., CGCT.
[2] Art. L. 5211-30 et s., CGCT.
[3] Art. L. 2334-32 et s., CGCT.
[4] Art. L. 3334-6-1, CGCT.
[5] Art. L. 3334-7, CGCT.
[6] Art. L. 3334-6-1, CGCT.

potentiel fiscal par habitant pondéré par l'effort fiscal et par la population, d'autre part par le potentiel fiscal par kilomètre carré[1].

804. Chaque niveau de collectivité est pourvu d'une dotation forfaitaire et d'une dotation de péréquation au moins. Toutefois, les critiques sont nombreuses sur l'efficacité des dispositifs de dotations de péréquation, en dépit de leur renforcement constant entre 1998 et 2010[2]. C'est ce qui pousse le législateur à étendre la logique de la péréquation à l'ensemble des compensations que l'Etat doit verser aux collectivités territoriales.

2) La péréquation dans la compensation des charges et des exonérations

805. « *Un des principes essentiels de la décentralisation réside dans le fait que tout transfert, création ou extension de compétences pesant sur les collectivités territoriales doit faire l'objet d'une compensation financière*[3] »[4]. Dans le cadre de ces transferts de charge, des mécanismes de péréquation ont fait leur apparition. On l'a vu apparaître également dans les compensations attribuées aux collectivités territoriales en cas d'exonérations de fiscalité locale imposées par le législateur.

806. **Péréquation et compensation des charges.** Dans le cadre de la compensation des charges, la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'oblige pas le législateur à faire évoluer les montants en cas de transfert de compétence[5], pas plus qu'elle ne le contraint à un montant minimum en cas de création ou d'extension de compétence[6]. Pour Michel BORGETTO, un tel état du droit « *rend dès lors quasiment inévitable que ne se creusent dans les faits des inégalités plus ou moins sensibles entre collectivités, certaines d'entre elles – celles aux ressources les moins fortes et/ou les plus frappées par le chômage – risquant d'être placées face à un choix redoutable : soit augmenter les prélèvements fiscaux, soit "durcir" la mise en œuvre des prestations (RSA par exemple)* »[7]. Le législateur peut alors être tenté d'introduire une logique de péréquation afin d'atténuer le creusement des inégalités causé par cette augmentation des charges pour les collectivités. Il l'a fait à l'occasion de la création de l'allocation personnalisée

[1] Art. L. 4332-8 et s., CGCT.
[2] J. MEZARD et R. POINTEREAU, *Sur la péréquation*, Rapport d'information n° 309, op. cit., pp. 9-17.
[3] Art. 72-2, al. 4, Constitution.
[4] J.-P. BROUANT, *Droit de la cohésion territoriale*, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 88.
[5] Cons. const., 30 juin 2011, n° 2011-144 QPC, Départements de l'Hérault et des Côtes−d'Armor [Concours de l'État au financement par les départements de la prestation de compensation du handicap], cons. 12.
[6] Cons. const., 30 juin 2011, n° 2011-142/145 QPC, Départements de la Seine-Saint-Denis e. a. [Concours de l'État au financement par les départements du RMI, du RMA et du RSA], cons. 7.
[7] M. BORGETTO, « Egalité et aide sociale », *RDSS*, 2013, p. 401 et s.

d'autonomie pour les personnes âgées[1]. Le montant du concours versé aux départements en contrepartie de la gestion de cette allocation était réparti annuellement en fonction de la part des dépenses réalisées par chaque département au titre de l'allocation ; ce montant était « *modulé en fonction du potentiel fiscal […] et du nombre de bénéficiaires du revenu de solidarité active de chaque département* »[2]. Le Conseil constitutionnel a considéré que le critère principal de répartition était suffisamment défini, et que les autres critères « *ne servent qu'à le moduler en fonction de la situation de chaque département quant à ses ressources et à ses autres charges d'aide sociale* »[3]. Dix ans plus tard, sa jurisprudence a évolué puisqu'il attribue au pouvoir réglementaire, à propos de la prestation de compensation du handicap, le soin « *de fixer (les charges incombant aux départements) à un niveau qui permette, compte tenu de l'ensemble des ressources des départements, que le principe de la libre administration des collectivités territoriales ne soit pas dénaturé, [et, le cas échéant,] de prendre les mesures correctrices appropriées* »[4]. Toutefois, on constate qu'il dégage cette jurisprudence non pas pour protéger le principe d'égalité entre les collectivités territoriales mais pour empêcher les atteintes à la libre administration.

807. **Péréquation et compensation des exonérations fiscales.** Pour alléger le poids de l'impôt sur le contribuable, l'Etat accorde depuis quelques années des exonérations et des dégrèvements relatifs à la fiscalité locale tout en garantissant aux collectivités la compensation de ce manque à gagner. Il peut s'agir de l'exonération de la taxe d'habitation pour les plus modestes, ou encore des exonérations de taxes foncières dans les zones urbaines dès lors qu'elles ne font pas l'objet d'un vote de l'assemblée délibérante mais sont imposées par l'Etat unilatéralement. Ainsi, non seulement ces mesures réduisent le pouvoir de décision fiscal des collectivités, mais en plus elles tendent à remplacer le contribuable local par le contribuable national[5]. En 2013, au titre des crédits prévus par le projet de loi de finances pour 2014, ces compensations pour exonération représentaient un total de 12,6 milliards d'euros pour un total de 12,5 % des transferts financiers de l'Etat en faveur des collectivités territoriales. La masse

[1] Loi n° 2001-647 du 20 juillet 2001 relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie, JORF n°167 du 21 juillet 2001, p. 11737.
[2] M. BORGETTO, « Egalité et aide sociale », art. cit.
[3] Cons. const., 18 juillet 2001, n° 2001-447 DC, Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie.
[4] Cons. const., 30 juin 2011, n° 2011-144 QPC, préc., cons. 11 : à propos de la prestation de compensation du handicap dont la répartition entre départements est fixée selon les modalités de l'article L. 14-10-6 du Code de l'action sociale et des familles. Voir aussi, Cons. const., 30 juin 2011, n° 2011-143 QPC, Départements de la Seine-Saint-Denis et de l'Hérault [Concours de l'État au financement par les départements de l'allocation personnalisée d'autonomie], cons. 13.
[5] En 2010, plus d'un quart de la fiscalité directe locale était pris en charge par le contribuable national ; cf. Conseil des prélèvements obligatoires, *La fiscalité locale*, Rapport, La documentation française, mai 2010.

des compensations versées lui permet d'intervenir pour en moduler la répartition selon une méthode de péréquation. Ces dotations de compensation sont ainsi souvent rattachées à d'autres dotations ; c'est le cas de la DGF, instaurée suite à la fin du versement représentatif de la taxe sur les salaires, et dont les dernières évolutions de 2004 et 2005 ont eu pour objectif d'y inclure de nouvelles dotations ou compensations de suppressions d'impôts jusqu'alors éparses. D'aucuns constatent alors que « *ces subventions fiscales ont tendance à se transformer en dotations venant alimenter la section de fonctionnement* »[1] du budget des collectivités territoriales. « *Ainsi, l'Etat revient progressivement sur l'objectif de compensation pour organiser une péréquation entre collectivités, c'est-à-dire répartir les compensations en fonction non pas des "droits acquis", mais des inégalités de richesse et de charges* »[2].

808. La péréquation est une méthode qui s'étend, dans la pratique des transferts d'argent de l'Etat vers les collectivités territoriales. Malgré cette extension, beaucoup s'interrogent sur l'efficacité des dispositifs de péréquation verticale. A ce titre les dotations de compensation permettent d'ajouter une part de péréquation à la DGF même si leur performance sont moindres[3]. En réalité, les difficultés à remplir l'objectif d'équilibre territorial de la DGF tiennent principalement au fait qu'elle soit construite sur un modèle économique assis sur la croissance[4]. Plutôt que des couches successives c'est d'une réforme structurelle dont la DGF a besoin. La péréquation horizontale apparaît alors comme un moyen de contourner les obstacles politiques – de la réforme – et juridiques – de l'égalité des collectivités au sein d'une même catégorie.

B) La péréquation horizontale

809. Bien que la part de la péréquation horizontale soit encore faible au sein des recettes des collectivités territoriales[5], celle-ci a cru de manière exponentielle. Depuis 2010, on assiste à une multiplication des fonds de péréquation horizontale instaurés par la loi (1). A ceux-ci, il

[1] M. BOUVIER, *Les finances locales*, LGDJ, 2008, p. 85.
[2] J.-P. BROUANT, *Droit de la cohésion territoriale*, op. cit., p. 90.
[3] J. MEZARD et R. POINTEREAU, *Sur la péréquation*, Rapport d'information n° 309, op. cit., p. 18.
[4] En cas de stagnation ou de dépression, seul le complément de garantie peut aider, à son niveau, les dotations péréquatrices que sont la DSU et la DSR.
[5] « *Ces nouveaux fonds, même s'ils sont aujourd'hui moins dotés que les dotations de l'Etat à visée péréquatrice (7,2 milliards d'euros en 2012 contre un peu moins d'un milliard d'euros pour les fonds de péréquation horizontale existants en 2012), permettent toutefois de donner un nouvel élan à la réduction des inégalités territoriales. A terme, ils devraient représenter une masse de plus de 2 milliards d'euros* » ; cf. URL : https://www.collectivites-locales.gouv.fr/perequation-horizontale, dernière mise à jour 15 février 2018.

convient d'ajouter le cas particulier de l'intercommunalité qui « *constitue, en elle-même, un mécanisme de péréquation entre communes* »[1] (2).

1) Les dispositifs législatifs de péréquation horizontale

810. L'idée de péréquation horizontale jaillit dès la loi n° 95-115 du 4 février 1995 qui indiquait que les ressources des collectivités à l'intérieur d'un même espace régional « *ne peuvent être inférieures à 80 % ni excéder 120 % de la moyenne nationale par habitant des ressources des collectivités territoriales et de leurs groupements* »[2]. L'équilibre territorial s'apprécie donc à l'intérieur des catégories mais aussi au sein d'un même espace géographique. Jusqu'en 2010, les fonds de péréquation horizontale restaient peu utilisés et ne concernaient que le secteur communal[3]. Avec la refonte de la fiscalité locale causée par la suppression de la taxe professionnelle, les dispositifs se sont multipliés : quatre nouveaux fonds nationaux de péréquation horizontale ont été créés entre 2011 et 2013, qui viennent s'ajouter au fonds de solidarité des communes de la région Ile-de-France (FSRIDF). La loi de finances pour 2014 en crée deux autres en faveur des départements.

811. **Au niveau communal.** Le niveau communal était le seul secteur concerné par la péréquation horizontale jusqu'en 2010. Il a vu apparaître le premier fonds de péréquation horizontale à l'égard des communes de la région Île-de-France. Un premier dispositif avait été créé en 1964, le fonds d'égalisation des charges, qui assurait la redistribution, au profit des communes les moins favorisées, d'une partie du produit de la taxe locale sur le chiffre d'affaires perçu par les communes les plus favorisées. Il fut supprimé en 1980. Onze ans plus tard, la loi du 13 mars 1991 crée le fonds de solidarité des communes de la région Île-de-France (FSCRIF)[4]. Dans une région où les écarts entre communes sont particulièrement élevés[5], l'objectif de ce fonds « *est de contribuer à l'amélioration des conditions de vie dans les communes urbaines d'Île-de-France supportant des charges particulières au regard des*

[1] J.-P. BROUANT, *Droit de la cohésion territoriale*, op. cit., p. 95.
[2] Art. 68, Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JORF n°31 du 5 février 1995, p. 1973.
[3] Fonds départementaux de péréquation de la taxe professionnelle (FDPTP) et Fonds de solidarité des communes de la région d'Île-de-France (FSRIF).
[4] Art. L. 2531-12 à L. 2531-16, CGCT.
[5] La spécificité du projet avait été validée par le Conseil constitutionnel compte tenu de la situtation particulière des communes dans cette région ; cf. Cons. const., 6 mai 1991, n° 91-291 DC, Loi instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région d'Ile-de-France, réformant la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements et modifiant le code des communes, préc.

besoins sociaux de leur population sans disposer de ressources fiscales suffisantes »[1]. Ce dispositif assure une redistribution entre les communes de la région Île-de-France par prélèvement sur les ressources fiscales des communes les plus favorisées au profit des communes les plus défavorisées. Plus proche de nous, le fonds national de péréquation des ressources intercommunales et communales (FPIC)[2] a été mis en place en 2012[3]. Premier mécanisme national de péréquation horizontale pour le secteur communal, il s'appuie sur la notion d'« *ensemble intercommunal* », composée d'un établissement public de coopération intercommunal à fiscalité propre (EPCI) et de ses communes membres. Depuis 2016, les ressources de ce fonds sont fixées à 2 % des ressources fiscales communales et de leurs groupements dotés d'une fiscalité propre, soit plus d'1 milliard d'euros[4]. Sont contributeurs les ensembles intercommunaux ou les communes isolées dont le potentiel financier agrégé par habitant[5] est supérieur à 0,9 fois le potentiel financier agrégé par habitant moyen constaté au niveau national. Les bénéficiaires du FPIC sont les six dixièmes des ensembles intercommunaux classés selon un indice synthétique composé à 60 % du revenu par habitant, à 20 % du potentiel financier agrégé et à 20 % de l'effort fiscal[6]. L'EPCI est chargé d'attribuer les sommes : une partie revient à l'EPCI en fonction du coefficient d'intégration fiscale, puis le reste est réparti entre les communes membres en fonction de l'insuffisance du potentiel financier par habitant de ces communes et de leur population[7]. Ces critères peuvent être adaptés si le conseil communautaire le décide à une majorité des deux tiers, voire être carrément supprimés et remplacés par des critères propres à l'EPCI en cas de vote à l'unanimité. La loi de finances pour 2012, a substantiellement modifié le FSCRIF d'une part, s'agissant du montant de ses ressources, d'autre part, s'agissant de ses modalités de répartition pour les articuler avec le nouveau FPIC. Enfin, il existe aussi pour les communes de moins de 5 000 habitants une taxe additionnelle aux droits d'enregistrement ou à la publicité foncière dont le montant est recouvert

[1] Art. 14, Loi n° 91-429 du 13 mai 1991 instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région Île-de-France, réformant la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements et modifiant le Code des communes, préc.
[2] Voir not., V. AUBELLE, « Le FPIC ou les nouveaux contours de la péréquation horizontale », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, 2012, n° 76, pp. 1-8.
[3] Art. L. 2336-1, CGCT.
[4] Selon les chiffres du gouvernement, URL : https://www.collectivites-locales.gouv.fr/perequation-horizontale.
[5] Pour rappel : formule du potentiel financier : potentiel financier = potentiel fiscal + [dotation forfaitaire – compensation part « salaires »] ; la formule du potentiel fiscal agrégé : potentiel fiscal agrégé = potentiel fiscal de l'EPCI + potentiel fiscal des communes membres
[6] L'effort fiscal correspond au rapport entre le produit des impôts locaux sur les ménages et le potentiel fiscal ; cf. Art. L. 2334-6, CGCT.
[7] Le Conseil d'Etat a considéré que le critère du potentiel financier était « *objectif et rationnel* » et que le mécanisme du FPIC ne restreignait pas les ressources des collectivités au point de dénaturer le principe de libre administration ; cf. CE, 21 septembre 2012, req. n° 360602, *AJDA*, 2012, p. 1769.

par les services de l'État puis redistribué aux communes appartenant à cette strate selon des critères de péréquation au profit d'un fonds départemental de péréquation[1]. Les ressources de ce fonds sont par la suite réparties entre ces communes par délibération du conseil départemental en fonction de critères tenant compte notamment de la population, du montant des dépenses d'équipement brut et de l'effort fiscal fourni par la collectivité bénéficiaire.

812. **Aux niveaux départemental et régional.** A la suite de la réforme de la fiscalité directe locale, le législateur a souhaité créer deux dispositifs de péréquation des ressources de cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE), l'un pour les départements, l'autre pour les régions[2]. Ces deux dispositifs ont été profondément modifiés par la loi de finances pour 2013. Il y a tout d'abord le fonds national de péréquation des ressources des régions et de la collectivité territoriale de Corse. L'objectif du fonds est de faire converger les taux de croissance régionaux des ressources perçues par les régions et issues de la suppression de la taxe professionnelle (CVAE, IFER, DCRTP, FNGIR) vers la moyenne nationale[3]. Les régions contributrices sont celles de métropole dont le taux cumulé de croissance des ressources entre l'année antérieure à la répartition et 2011 est supérieur au taux moyen national (métropole et outremers). Les régions des outremers sont de droit bénéficiaires du fonds ; les autres sont celles dont la croissance des ressources est inférieure à la moyenne. Pour les départements, la loi de finances pour 2013 restructure le fonds national de péréquation de la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE)[4]. Les contributeurs sont les départements dont le produit de CVAE par habitant est supérieur à 90 % de la moyenne et donc le revenu par habitant est supérieur à la médiane. Le critère de reversement est fixé en fonction d'un indice synthétique comprenant le potentiel financier par habitant, le revenu moyen par habitant, le nombre de bénéficiaires du RSA, et le nombre de personnes âgées de plus 75 ans. On trouvait déjà, pour les départements, le fonds national de péréquation des droits de mutation à titre onéreux (DMTO) mis en place en 2011. Ce fonds est alimenté par deux prélèvements, un premier prélèvement sur « stock » lié au niveau des DMTO du département relativement à la moyenne de l'ensemble des départements, un second prélèvement sur « flux » prenant en compte la dynamique de progression des recettes de DMTO d'un département. Sont contributeurs les départements dont le montant par habitant des droits perçus est supérieur à 0,75 fois le montant

[1] L'article 1595 *bis* du Code général des impôts prévoit, pour les communes de moins de 5 000 habitants, la perception du produit de la taxe additionnelle aux droits d'enregistrement ou à la taxe de publicité foncière au profit d'un fonds départemental de péréquation.
[2] Art. 78, Loi n° 2009-1673 du 30 décembre 2009 de finances pour 2010, préc.
[3] Art. L. 4332-9, CGCT.
[4] Art. L. 3335-1, CGCT.

moyen par habitant des droits perçus par l'ensemble des départements ; sont bénéficiaires des ressources du fonds tous les départements dont le potentiel financier par habitant est inférieur à la moyenne de l'ensemble des départements[1]. Les ressources sont réparties pour un tiers en fonction du revenu moyen par habitant, pour un tiers en fonction du potentiel financier par habitant, et pour le dernier tiers en fonction du montant par habitant des droits de mutation perçus à titre onéreux. Enfin, la loi de finances pour 2014 crée deux fonds supplémentaires : le fonds de solidarité en faveur des départements (FSD)[2] qui a pour objet de redistribuer une partie des recettes provenant également des DMTO et le fonds de solidarité des départements de la région Île-de-France (FSDRIF)[3] qui fonctionne selon un indice synthétique de ressources et de charges.

813. Il existe aujourd'hui de nombreux dispositifs législatifs de péréquation horizontale à tous les niveaux. Si l'origine des fonds varient, la redistribution se fait sur des bases souvent proches. On note tout de même la particularité de la région Île-de-France dont les problématiques spécifiques ont été très tôt prises au sérieux. Il est difficile aujourd'hui de dire qu'elle a servi d'exemple. Elle fait plutôt figure d'exception. Surtout, le niveau communal présente désormais la particularité d'être fortement concurrencé par le développement de l'intercommunalité qui constitue par nature un dispositif d'intégration financière basé sur la péréquation.

2) L'intégration financière des intercommunalités

814. Au titre de la politique d'aménagement du territoire instaurée par la loi n° 95-115 du 4 février 1995, « *l'organisation d'agglomérations favorisant leur développement économique, l'intégration des populations, la solidarité dans la répartition des activités de services et de la fiscalité locale ainsi que la gestion maîtrisée de l'espace* » fait partie des « *choix stratégiques* » opérés par le législateur[4]. Les intégrations fiscale et financière, qui sont au cœur de l'intercommunalité à fiscalité propre[5], ont pour conséquence de mutualiser certaines recettes et

[1] Cons. const., 29 juin 2012, n° 2012-255 QPC, Départements de la Seine-Saint-Denis et du Var [Fonds national de péréquation des droits de mutation à titre onéreux perçus par les départements], cons. 8 : les critères de determination des départements contributeurs et des départements bénéficiaires sont objectifs et rationnels et en lien avec l'objectif poursuivi par le législateur.
[2] Art. L. 3335-3, CGCT.
[3] Art. L. 3335-4, CGCT.
[4] Art. 2, Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, préc.
[5] Voir M. LEPRINCE, « Intégration fiscale et "financière" : d'où viennent les différences entre intercommunalités à fiscalité propre ? », *Pouvoirs locaux*, n° 88, 2011, pp. 43 et s.

dépenses. En outre, il peut exister, dans certains EPCI, une dotation de solidarité communautaire qui contribue à rééquilibrer les échanges financiers à l'intérieur du groupement.

815. **La mutualisation des recettes et dépenses dans les EPCI à fiscalité propre.** On distingue parmi les EPCI à fiscalité propre[1], les seuls permettant un partage de la fiscalité locale[2], les EPCI à fiscalité professionnelle unique (FPU) – les métropoles, la plupart des communautés urbaines, les communautés d'agglomération et les syndicats d'agglomération nouvelle – et les EPCI à fiscalité additionnelle – la plupart des communautés de communes appliquent, en principe, la fiscalité additionnelle mais peuvent opter pour la FPU. Pour la première catégorie, les EPCI se substituent aux communes membres pour toutes dispositions relatives à la fiscalité professionnelle[3]. Ils perçoivent également, de plein droit, la taxe additionnelle à la taxe foncière sur les propriétés non bâties, et peuvent voter des taux additionnels sur chacune des taxes composant la fiscalité des ménages[4], à l'instar des EPCI à fiscalité additionnelle[5]. La création d'un EPCI à fiscalité propre, *a fortiori* un EPCI à fiscalité professionnelle unique, donne lieu à un processus d'intégration de la fiscalité professionnelle et des ménages dont les taux convergent. Ensuite, les charges correspondant aux compétences transférées à la structure intercommunale sont également mutualisées. Elles sont calculées par la Commission d'évaluation des charges transférées, instituée pour l'occasion[6]. Elles regroupent les charges de fonctionnement non liées à un équipement et les charges liées à un équipement[7]. Une fois l'évaluation effectuée, celle-ci doit faire l'objet d'un accord à la majorité

[1] Les EPCI sans fiscalité propre, les syndicats, sont dépourvus de tout pouvoir en matière fiscale (pas de vote des taux). Leurs ressources sont constituées soit d'une contribution budgétaire (les communes allouent les ressources nécessaires au fonctionnement de l'EPCI), soit d'une contribution fiscalisée (des taux additionnels aux taxes directes locales calculés par l'administration, sur la base du produit voté par le syndicat, s'ajoutent aux taux votés par la commune).

[2] Loi n° 80-10 du 10 janvier 1980 portant aménagement de la fiscalité directe locale, préc.

[3] Ils perçoivent ainsi la contribution économique territoriale (CET, composée de la cotisation foncière des entreprises [CFE] et de la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises [CVAE]), mais également les impositions forfaitaires de réseau (IFER) dont tout ou partie des composantes revient au bloc communal, et la taxe sur les surfaces commerciales (TASCOM). Ils ont, dans ce cadre, la faculté de moduler le taux de la CFE et le coefficient multiplicateur de la TASCOM.

[4] Taxe d'habitation (TH), taxe foncière sur les propriétés bâties (TFPB), et taxe foncière sur les propriétés non bâties (TFPNB).

[5] Dans le cadre de la fiscalité additionnelle, l'EPCI vote des taux en matière de taxes directes locales sur les ménages (TH, TFPB, TFPNB) et de CFE, qui s'ajoutent aux taux communaux. L'EPCI partage également avec les communes la perception de la CVAE, des IFER et de la TASCOM. Le produit de ces impositions intercommunales alimente le budget de l'EPCI. Ces groupements peuvent également, dans certaines conditions, instaurer une fiscalité professionnelle de zone ou une fiscalité éolienne unique. Dans ce cadre, ils perçoivent l'intégralité de la fiscalité professionnelle sur le territoire de la zone d'activités économiques ou afférente aux éoliennes terrestres implantées sur leur territoire.

[6] Article 1609 *nonies* C du Code général des impôts tel que modifié par art. 183, Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, JORF n° 190 du 17 août 2004 p. 14545 : pour les EPCI à FPU.

[7] Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relatives aux libertés et responsabilités locales, préc.

qualifiée[1] des conseils municipaux[2]. Après avoir la détermination des charges transférées, l'EPCI devra verser à chaque commune une attribution de compensation dont l'objectif est de neutraliser les effets de ces transferts sur les budgets communaux[3]. En plus de mettre un terme à la concurrence fiscale entre les communes, l'intégration s'accompagne d'un échange de produits fiscaux, voire d'un partage de croissances fiscales aux effets péréquateurs[4], puisque les attributions de compensation augmentent avec le dynamisme de l'intercommunalité. « *La réforme de la taxe professionnelle et son remplacement par la contribution foncière des entreprises (CFE) unique, impôt dont la croissance et le rendement sont beaucoup plus faibles, risquent d'atténuer ce premier effet péréquateur. Cette évolution donne une place prioritaire à la fiscalité des ménages* »[5].

816. **La dotation de solidarité communautaire.** La dotation de solidarité communautaire (DSC) est un versement au profit des communes membres ou d'autres EPCI[6] qui est effectué par les groupements soumis aux régimes de la taxe professionnelle unique ou de la taxe professionnelle de zone. Elle est obligatoire pour les communautés urbaines ainsi que pour les EPCI issus d'une fusion d'EPCI à fort écart de richesses qui ont élaboré un pacte financier et fiscal[7]. Pour les autres EPCI elle est facultative. Les caractères facultatif et péréquateur de la DSC ont été contestés dans un rapport qui relevait, en 2013, que sur l'ensemble de la France, seulement 25 % des communautés de communes à FPU et 68 % des communautés d'agglomération l'avaient instaurée et constatait que dans certaines communautés, plus les communes avaient un potentiel financier par habitant élevé, plus elles touchaient de DSC[8]. En effet, c'est le conseil communautaire statuant à la majorité des deux tiers qui fixe le principe et les critères de répartition de la DSC, en tenant compte en priorité de l'importance de la population et du potentiel fiscal ou financier par habitant pour les communautés de communes et communautés d'agglomération non signataires d'un contrat de ville, et le revenu par habitant

[1] Cet accord doit être exprimé par deux tiers au moins des conseils municipaux représentant plus de la moitié de la population totale des communes membres ou bien par la moitié au moins des conseils municipaux représentant les deux tiers de la population.
[2] Dans les conditions fixées au 1er alinéa du II de l'article L. 5211-5 du CGCT.
[3] Voir not., Direction générale des collectivités locales, Min. de l'Intérieur, « Attributions de compensation », *Guide pratique*, juin 2017, site : www.collectivites-locales.gouv.fr.
[4] A. GUENGANT et G. GILBERT, « Le rôle péréquateur de l'intercommunalité : effets redistributifs entre communes au sein des communautés », *Les notes territoriales de l'Assemblée des communautés de France*, 2008.
[5] J.-P. BROUANT, *Droit de la cohésion territoriale*, op. cit., p. 98.
[6] La loi n° 2004-809 du 13 août 2004 (préc.) étend la possibilité de verser une dotation aux EPCI à fiscalité propre limitrophes lorsqu'une zone d'activité économique d'intérêt départemental est située sur son territoire.
[7] La loi laisse toutefois à ces EPCI toute latitude pour déterminer le volume de l'enveloppe qu'ils souhaitent allouer à leurs communes membres ; cf. Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, JORF n° 0182 du 8 août 2015 p. 13705
[8] F. PUPPONI, *Péréquation et politique de la ville*, Rapport remis à François LAMY, ministre délégué auprès de la ministre de l'Egalité des territoires et du logement, chargé de la Ville, 19 juin 2013.

ainsi que le potentiel fiscal et financier par habitant pour tous les autres EPCI. Ces critères prioritaires peuvent cohabiter avec des critères complémentaires laissés à la discrétion des intercommunalités. Or, comme le mentionne Patrick ABATE, « *il n'y a pas une nomenclature des critères complémentaires ni de pondération*[1] *prévue par la loi. […] Ainsi, dans certains territoires, même lorsque la règle est respectée, apparaissent de graves entorses à l'esprit de la DSC, en particulier avec l'intégration de certains critères complémentaires qui par nature ont pour effet de limiter, voire d'annuler, les effets attendus d'une DSC* »[2]. C'est le cas, notamment, lorsqu'un pourcentage élevé est affecté à un critère comme celui de la base de contribution foncière des entreprises de chaque commune. Pour éviter ces dérives, la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine fait obligation aux intercommunalités signataires d'un contrat de ville, qui par définition font face à des disparités économiques et sociales plus importantes, d'élaborer un « *pacte financier et fiscal de solidarité visant à réduire les disparités de charges et de recettes* » entre les communes membres. A défaut, l'EPCI est obligé de mettre en place une DSC.

817. L'intercommunalité constitue un mécanisme de péréquation par l'intégration des communes associées. C'est d'ailleurs l'effet recherché par la loi n° 92-125 du 6 février 1992 posant les fondements de l'intercommunalité à fiscalité propre et la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale. Comme tout mécanisme de péréquation, elle est « *un instrument au service de l'égalité réelle et de la solidarité entre territoires* »[3]. L'article L. 5210-1 du CGCT définit ainsi l'intercommunalité comme l'élaboration de « *projets communs de développement au sein de périmètres de solidarité* ». Comme d'autres dispositifs, l'intercommunalité participe également d'une « solidarité de projet », non plus budgétaire, mais contractuelle, l'une n'excluant pas l'autre. Cette forme de solidarité par l'action commune permet, au même titre que la péréquation, de compenser les inégalités structurelles entre les collectivités, et partant de réduire le risque de différence de traitement entre les habitants de collectivités d'une même catégorie.

[1] Dans son arrêt du 9 octobre 2007 « affaire préfet du Val-de-Marne contre la communauté de communes Val-de-Bièvre », la cour administrative d'appel de Paris a établi qu'à 20 %, le poids des critères prioritaires était insuffisant.
[2] Question orale n° 1400S de M. Patrick ABATE (Moselle - Communiste républicain et citoyen), JO Sénat du 10 mars 2016, p. 896.
[3] C. DARBOUSSET, *Recherches sur la notion de péréquation en droit public*, thèse de Droit public, Université de La Rochelle, 5 juillet 2011, p. 18.

Section 2: La solidarité de projet par la coopération

818. Bien plus que la solidarité financière, la solidarité de projet contribue à réduire les inégalités territoriales dès lors qu'elle vise le développement d'un territoire particulier[1]. Ainsi, elle s'inscrit généralement dans une politique d'aménagement du territoire, expresse ou incidente, dans laquelle les acteurs du territoire ont intérêt à agir de manière concertée afin de parvenir au développement durable du territoire considéré[2]. Dans certains espaces sous-dotés, les problématiques multiples qui y surgissent ne peuvent être résolues par la répartition mécanique des compétences entre les différents niveaux d'administration. Comme l'exprime Mathieu DOAT, « *aujourd'hui [...] il s'agit moins d'exercer telle ou telle compétence, construire des routes, distribuer de l'eau, transporter des écoliers, que de répondre à [de] nouvelles exigences économiques et produire un urbanisme équilibré, assurer un développement local du territoire* »[3]. Ainsi, « *la force normative des réalités économiques, l'exigence d'une maîtrise locale de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme, en cohérence avec celle du développement socio-économique, la banalisation des relations entre les collectivités territoriales elles-mêmes, selon des formes juridiques variées, transforment, en effet, le système normatif français* »[4]. Cette transformation s'observe par la multiplication des solidarités de projet entre collectivités territoriales à travers des coopérations plus ou moins

[1] Voir par ex., Cons. const., 16 janvier 1991, n° 90-287 DC, Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales, cons. 18 : le recours à des conventions régionales entre établissements d'hospitalisation privés et caisses régionales d'assurance maladie pour fixer les tarifs « *loin de méconnaître le principe d'égalité constitue un moyen d'en assurer la mise en œuvre* » dans la mesure où cette procédure conventionnelle permet « *de tenir compte de la spécificité de la situation de ces établissements exerçant leur activité dans une même région* ». Voir aussi, Cons. const., 26 janvier 1995, n° 94-358 DC, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire. A propos de cette décision, Dominique ROUSSEAU constate que le Conseil « *cherche à promouvoir une conception équitable de l'égalité. Le concept central qui paraît en effet guider son raisonnement est le principe de justice : est juste et donc acceptable, selon les juges constitutionnels, une inégalité qui contribue à rendre la situation des plus défavorisés la meilleure possible. Le principe de justice n'est pas en contradiction avec le principe d'égalité ; il en est au contraire le prolongement nécessaire, la forme la plus élaborée. La justice, en l'espèce, se décline dans l'idée de solidarité territoriale. Il est juste que le législateur institue des procédures juridiques et des aides particulières pour les collectivités des zones défavorisées même si les autres parties du territoire, plus favorisées, n'en profitent pas ; car ces inégalités contribuent à améliorer la situation économique et sociale de ces zones et favorisent en conséquence non seulement la cohésion territoriale mais aussi l'égalité réelle entre les citoyens quel que soit leur lieu d'habitation. Par justice, par solidarité, les collectivités les plus riches doivent accepter ces inégalités de traitement. Par fraternité aussi, peut-être, qui est un des principes de la République énoncé à l'article 3 de la Constitution de 1958* » ; cf. D. ROUSSEAU, « Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire », *RFDA*, 1995, p. 876 et s.

[2] Voir, Loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire et portant modification de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JORF n° 148 du 29 juin 1999 p. 9515.

[3] M. DOAT, *Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, LGDJ, Bib. de Droit public, tome 230, 2003, p. 276.

[4] A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, Dalloz, 2011, p. 453.

étroites en vue d'aménager un territoire (§1). Cette nouvelle approche du territoire, qui transcende les frontières géographiques et juridiques des collectivités, implique également les services de l'Etat. Il redevient l'ordonnateur principal de la politique locale à travers les outils de coopération que la loi préconise pour aménager le territoire (§2).

§1) La coopération entre collectivités pour aménager un territoire

819. « *L'existence d'un territoire propre à chaque administration locale suffit à engendrer des relations de voisinage qui sont plus ou moins fortes […]. C'est [alors] la solidarité qui unit chaque collectivité aux collectivités des territoires voisins* »[1]. En cela, « *l'évocation de l'idée de solidarité exprime, dans le droit des collectivités territoriales, le sentiment d'appartenance à un groupe territorial bien défini* »[2]. On peut dire qu'à partir du moment où des collectivités territoriales possèdent des frontières et des espaces communs, elles ont vocation à coopérer entre elles (A). La solidarité qui en découle « *fait naître une dépendance mutuelle des collectivités territoriales les unes vis-à-vis des autres* »[3] qui se concrétise par une utilisation commune et concertée des moyens à leur disposition (B).

A) <u>La vocation à coopérer des collectivités territoriales</u>

820. « *Le principe de solidarité se subsume*, selon les mots d'Anne-Sophie GORGE, *dans la volonté d'agir ensemble, donc de s'entendre ou d'aller de concert, et de s'unir pour la réalisation de projets communs* »[4]. Toutefois, cette forme de solidarité n'a pas toujours été bien reçue. En effet, historiquement, le législateur a longtemps refusé d'autoriser, pour des raisons politiques, les relations entre collectivités territoriales et par suite les coalitions d'administrations locales[5]. Ce n'est que progressivement que l'interdiction fut levée afin de

[1] E. BAUDOT, *Recherches sur les rapports entre administrations publiques en droit administratif français*, Université de Nancy, 1913, p. 93.
[2] A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, op. cit., p. 489.
[3] Ibid.
[4] Ibid.
[5] Art. 16, Loi des 22-25 juin 1833 pour les conseils généraux dans son article 16 : « *il est interdit à tout conseil génral de se mettre en correspondance avec un ou plusieurs conseils d'arrondissement ou de département. En cas d'infraction à cette disposition, le conseil général sera suspendu par le préfet, en attendant que le Roi ait statué* » ;

laisser naître des groupements d'intérêts communs rendus nécessaires par la complexité du maillage administratif (1). Ces rapprochements entre collectivités interrogent sur les risques d'établissement d'une hiérarchie entre elles. En cela, la notion de collectivité chef-de-file doit encore être précisée au regard du principe de non-tutelle (2).

1) La naissance des groupements d'intérêts communs

821. La coopération, « *en prenant la forme d'accords librement débattus, entraîne, en cas de dommage causé, une responsabilité solidaire des administrations cointéressées*[1] »[2]. Cette solidarité est rapidement apparue nécessaire afin d'assurer l'exécution de certains services publics[3]. Très tôt, dès 1871, le législateur a levé l'interdiction qui était faite jusque-là aux collectivités de se réunir ensemble pour discuter de leurs intérêts communs. Aujourd'hui, certaines formes de regroupements sont si intégrées que la jurisprudence a dégagé la notion d'intérêt communautaire afin de justifier les dérogations aux principes d'égalité et de libre administration qui s'appliquent aux collectivités territoriales membres de ces groupements.

822. **La nécessaire coopération entre collectivités.** Ce sont les lois du 10 août 1871 relative aux conseils généraux et du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale qui permettent la constitution d'institutions spéciales, qui, tantôt préparent les bases d'une entente sans pouvoir propre[4], tantôt décident librement sur les objets en vue desquels elles ont été créées[5]. La loi du

---

Art. 30, Loi des 21 et 23 mars 1831 pour l'administration municipale : « *si un conseil se mettait en correspondance avec un ou plusieurs conseils […], il serait suspendu par le préfet en attendant qu'il eût été statué par le Roi* ».

[1] Voir par ex., CE, 22 juin 1906, « Sieurs Flicoteaux, Borne, et Boutet », Rec. Lebon p. 572 : responsabilité solidaire des communes dans le cas d'une association intercommunale non autorisée du fait de l'existence d'une entreprise intercommunale ; CE, 14 décembre 1906, « Préfet de l'Hérault au nom des communes intéressées au chemin d'intérêt commun », n° 64, Rec. Lebon p. 918 : responsabilité solidaire des communes intéressées à un même chemin vicinal ; CE, 4 novembre 1927, « Sieur Roumagnac », Rec. Lebon p. 1019 : responsabilité solidaire de l'Etat et de la commune en cas d'accident survenu à un enfant dans une école primaire.

[2] A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, op. cit., p. 489.

[3] Maurice HAURIOU constatait déjà que l'exécution des services publics était bien souvent le résultat d'une « *coadministration volontaire* » qui rend responsables, solidairement, les « coadministrants » ; cf. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12e éd., Dalloz, 2002, p. 68. Voir par ex. CE, 22 juin 1906, « Sieurs Flicoteaux, Borne, et Boutet », Rec. Lebon p. 572 : responsabilité solidaire des communes dans le cas d'une association intercommunale non autorisée du fait de l'existence d'une entreprise intercommunale ; CE, 14 décembre 1906, « Préfet de l'Hérault au nom des communes intéressées au chemin d'intérêt commun », Rec. Lebon p. 918 : responsabilité solidaire des communes intéressée à un même chemin vicinal ; CE, 4 novembre 1927, « Sieur Roumagnac », Rec. Lebon p. 1019 : responsabilité solidaire de l'Etat et de la commune en cas d'accident survenu à un enfant dans une école primaire.

[4] Ce sont notamment les conférences interdépartementales (article 90 de la loi du 10 août 1871 relative aux conseils généraux) et les conférences intercommunales (article 116 à 118 de la loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale).

[5] Les commissions syndicales (art. 161 à 163 de la loi du 5 avril 1884, préc.) composées de délégués des conseils municipaux des communes intéressées, peuvent sur la demande de l'une d'elles être constituées par décret.

22 mars 1890 va plus loin en autorisant les communes ayant des intérêts identiques à s'associer de façon durable, à diriger en commun un service et à constituer entre elles des institutions volontaires et spontanées « *lorsque la conscience du besoin a été affirmée et dans la limite de ce besoin […] tout en laissant carrière aux initiatives locales* »[1]. Les groupements ainsi créés agissent « *selon une dynamique de projet exprimée par un partage des objectifs et une mise en commun des moyens administratifs, humains, techniques et/ou financiers* »[2]. Cette dynamique de projet « *tend, par la création d'institutions types, à encourager la constitution de collectivités viables et donc à résoudre l'inadaptation de l'organisation territoriale française aux conditions actuelles de la vie administrative*[3] »[4]. Que ce soit en milieu rural ou en milieu urbain, le regroupement des collectivités territoriales est alors exigé « *par les nécessités de la gestion quotidienne et de l'équipement ainsi que par les impératifs de l'aménagement du territoire, par la nécessité de reconstituer en France un tissu urbain équilibré, de préparer enfin dans les régions rurale des structures d'accueil* »[5]. Le regroupement des collectivités territoriales rend compte de l'esprit de solidarité « *par la dépendance acceptée des uns à l'égard des autres et l'effort réciproque des différentes catégories dans l'intérêt de tous* »[6], en vue de développer un territoire considéré dans une optique de cohésion. La pertinence du périmètre d'intervention doit alors être appréciée « *non au regard de ses conséquences pour chaque commune ou ses habitants mais au regard de l'objectif prévu par la loi de mise en œuvre au sein d'un espace de solidarité d'un projet commun de développement et d'aménagement* »[7]. Afin d'empêcher « *la constitution de groupements composés de territoires disparates, résultat*

---

[1] L. MORGAND, *La loi municipale : commentaire de la loi du 5 avril 1884 sur l'organisation et les attributions des conseils municipaux*, Berger-Levrault, 1884-1885, p. 1071.

[2] A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, op. cit., p. 490.

[3] Selon l'exposé des motifs du projet de loi relatif aux libertés et responsabilités locales, la coopération participe de « *la nécessaire modernisation [du] pays et de l'évolution de ses structures administratives* », pour établir (ou rétablir) « *la solidarité entre les citoyens et entre les territoires* » ; cf. Al. 2 et 3, Exposé des motifs, Projet de loi n°4 relatif aux responsabilités locales,1er octobre 2003.

[4] A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, op. cit., p. 490.

[5] J.-C. VENEZIA, « Les regroupements de communes. Bilan et perspectives », *RDP*, 1971, p. 1070 et s. ; G. GOUZES, Rapport n° 1356 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 1155) relatif à l'organisation urbaine et à la simplification de la coopération intercommunale, AN 28 janvier 1999, p. 9 : « *pour les communes rurales, le renforcement de la coopération intercommunale constitue un moyen de fédérer les énergies en regroupant compétences et ressources dans un but de solidarité et de développement de projets. Pour les communes urbaines, il est indispensable de définir un cadre permettant d'impulser de véritables politiques d'agglomération en partageant une richesse fiscale, trop souvent inégalement répartie, et des compétences dépassant les limites administratives actuelles* ».

[6] J.-M. PONTIER, « De la solidarité nationale », *RDP*, 1983, p. 910 et s.

[7] Cir. n° NOR/INT/B/01/00197/C du 5 juillet 2001 portant mise en œuvre de la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale. Pertinence des périmètres et exercice effectif des compétences, p. 9.

de rivalités géographiques ou politiques »[1], il est imposé aux espaces de solidarité de former un ensemble d'un seul tenant et sans enclave[2] sous réserve des dérogations énoncées par le législateur[3]. « *En se caractérisant par cette vocation à la réalisation de projets communs au service d'une vision partagée de l'avenir d'un territoire et en tentant d'unir les collectivités riches aux collectivités les plus démunies, la coopération [inter-collectivités] donne, autant que possible, la prévalence de la solidarité à l'égard des [collectivités]* »[4]. Le niveau d'intégration atteint aujourd'hui par certains établissements de coopération intercommunale ainsi que les compétences qui peuvent leur être transférées montrent la volonté politique de consacrer la notion d'intérêt communautaire.

823. **La naissance d'un intérêt communautaire.** La création d'une intercommunalité crée « *une situation irréversible […] : l'institution porteuse du projet existe désormais par elle-même* »[5]. Sa mise en place va alors favoriser la marche vers une intégration communautaire de plus en plus poussée, portée par un intérêt communautaire, c'est-à-dire « *un intérêt global de la population sans distinction d'appartenance à une commune particulière* »[6]. En effet, on observe, depuis le début des années 1990[7], une « *dynamique de supracommunalité* »[8] au centre d'un paradoxe consistant à « *maintenir une logique de délégation au sein de laquelle les communes resteraient les lieux de pouvoir initiaux et les structures intercommunales des pouvoirs seconds. On veut ignorer le renversement de la relation qui place les communes sous la primauté de l'entité communautaire. Une telle disqualification juridique paraît difficilement tenable à long terme et il serait imprudent de vouloir maintenir le* statu quo »[9]. En cela, la notion d'intérêt communautaire entre en confrontation avec les principes d'égalité et de libre administration dès lors qu'elle contraint, voire exclut, les collectivités membres de l'EPCI. Tout d'abord, cette notion sert de « *ligne de partage au sein d'une compétence entre les domaines d'action transférés à la communauté et ceux qui demeurent au niveau communal* »[10]. Le législateur l'applique, soit à l'ensemble des compétences transférées, par matière, aux

[1] G. GOUZES, Rapport n° 1356, op. cit., p. 37.
[2] Art. L. 5214-1 (communautés de communes), L. 5215-1 (communautés urbaines) et L. 5216-1 (communautés d'agglomération), CGCT.
[3] Art. L. 5211-18, I, 1°, CGCT
[4] A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, op. cit., pp. 494-495.
[5] H. GROUD, « L'intérêt communautaire au lendemain de la loi Chevènement », *AJDA*, 2000, p. 971 et s.
[6] Ibid., p. 969.
[7] Voir not., Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, JORF n° 33 du 8 février 1992, p. 2064
[8] J. MONTAIN-DOMENACH, « Principe de libre administration et intercommunalité : transition et incertitudes », CCC, n° 12, mai 2002, p. 118.
[9] Ibid., p. 121.
[10] Cir. n° NOR/INT/B/01/00197/C du 5 juillet 2001, préc., p. 27.

communautés de communes en fonction de la finalité assignée par la loi[1], soit aux compétences particulières, d'ailleurs différentes en considération de leur objet, exercées par les communautés d'agglomération et les communautés urbaines[2]. Mais il n'en définit pas le contenu[3]. La notion d'intérêt communautaire est un outil au service du « *troc communautaire* »[4] ; déterminée lors des négociations entre les représentants des communes membres, elle est, par nature, une « *matière indéfinissable* »[5] dont l'application devrait s'inspirer, selon Gérard MARCOU, du principe de subsidiarité[6]. Comme principe de répartition des compétences, elle permet finalement de respecter l'égalité et la liberté des communes membres, d'une part en s'appliquant uniformément à chacune d'elles[7] et d'autre part en donnant vie au principe de spécialité des EPCI. Toutefois, à la lecture stricte des attributions de compétences effectuées

---

[1] S'agissant de la communauté de communes, le législateur laisse aux conseils municipaux des communes membres le soin de décider, à la majorité qualifiée, des actions relevant des domaines de compétences communautaires au sein du « *pacte statutaire* » (cf. Cir. n° NOR/INT/B/01/00197/C du 5 juillet 2001, préc., p. 27). « *Le préfet pourrait parfaitement user de son entier pouvoir discrétionnaire, au moment de la création et de l'approbation des statuts, pour exclure du champ d'intervention de la communauté l'exercice d'une compétence qui serait manifestement contraire à cette notion d'intérêt communautaire, compte tenu par exemple de répercussions exclusives au bénéfice d'une seule commune, les autres n'en retirant aucun bénéfice ou avantage* » ; cf. Cir. du 14 mai 1992 relative à la création des communautés de communes.

[2] S'agissant de la répartition des compétences entre les communes et les communautés urbaines ou les communautés d'agglomération, « *la subordination à l'intérêt communautaire pour justifier la compétence de la structure intercommunale est définie par le conseil communautaire à la majorité des deux tiers. Autrement dit, la communauté décide, dans les conditions fixées par la loi, de l'étendue de sa compétence dans les matières concernées ; elle se saisit elle-même des prérogatives qu'il lui paraît opportun d'exercer dans l'intérêt de la population et donne, de fait, un contenu à l'intérêt communautaire sans que les conseils municipaux des communes membres puissent participer à sa définition* » ; cf. A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, op. cit., p. 522.

[3] « *Lors de la discussion du projet de loi relatif au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, le gouvernement avait proposé de déterminer l'intérêt communautaire, dans les trois mois suivant la création de la communauté d'agglomération, selon différents critères (superficie, nombre de lots ou de logements, fréquentation, tout autre critère quantifiable permettant de définir, dans chacun des domaines considérés, les actions, les opérations, les zones et les équipements dont l'intérêt n'est pas détachable du développement, de l'aménagement ou de la politique de cohésion sociale et de gestion urbaine). Mais, en prenant appui sur le principe de la libre volonté, base politique des projets communs de coopération, la loi […] ne retient pas, au final, ces critères objectifs de l'intérêt communautaire* » ; cf. A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, op. cit., p. 520.

[4] A. BENZ et A. FRENZEL, « La dynamique institutionnelle de la région urbaine de Bordeaux : du système Chaban à Alain Juppé », in B. JOUVE et C. LEFEVRE (coord.), *Villes, métropoles. Les nouveaux territoires du politique*, Anthropos, coll. « Villes », 1999, p. 81.

[5] J.- P. CHEVENEMENT, ministre de l'Intérieur, JO Sénat débats, séance du 7 avril 1999, p. 2210.

[6] G. MARCOU, « La réforme de l'intercommunalité : quelles perspectives pour les agglomérations urbaines ? », *AJDA*, 2002, pp. 305-325, spéc. p. 325 : l'intérêt communautaire permet de « *moduler la répartition concrète des compétences et d'éviter de surcharger le pouvoir d'agglomération avec des tâches qui ne sont pas de son niveau. Mais cet usage de la notion d'intérêt communautaire ne prévaut pas toujours* ». Voir aussi, A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, op. cit., p. 524 : « *c'est ainsi que la notion d'intérêt communautaire, en bouleversant la logique traditionnelle de délimitation des compétences, introduit la méthode de subsidiarité dans les relations entre les communes et les communautés* ».

[7] « *L'institution se caractérise, par son objectivité [...]. Si une fois son objet et ses moyens définis, elle se différencie des autres, l'instrument qu'elle est, est utilisable par tous. Plus d'objectivité c'est peut- être, d'ailleurs, d'uniformité qu'il faudrait parler* » ; cf. J.-M. PONTIER, « Coopération contractuelle et coopération institutionnelle », *La Revue administrative*, n° 278, mars-avril 1994, pp. 162-167, spéc. p. 162.

dans les statuts[1] et qui fait prévaloir l'autonomie communale[2], s'est substituée une lecture finaliste de la compétence transférée qui peut amener à étendre les domaines d'action de l'intercommunalité[3]. Cette extension est telle que d'aucuns voient dans la notion d'intérêt communautaire « *l'embryon d'une clause générale de compétence* »[4], un « *espace de libertés* »[5] de l'intercommunalité qui s'imposeraient aux communes membres. La contrainte communautaire, incarnée par le préfet[6], « *chef d'orchestre de l'intercommunalité* »[7], connait certaines limites. L'intérêt communautaire ne saurait s'opposer à l'expression de « *la volonté déclarée, c'est-à-dire socialisée, des communes* »[8] de s'unir[9] ou de celle de se retirer d'une

---

[1] L'attribution d'une compétence de gestion de certains équipements communautaires n'inclut pas la compétence pour la construction de nouveaux équipements (TA Strasbourg, 12 septembre 1997, « Charles Mathern c. Commune de Wahlenheim, préfet du Bas-Rhin », *LPA*, 6 avril 1998, concl. P. PORTAIL). En constatant que le district de la Moyenne-Moselle prend en charge, conformément à ses dispositions statutaires, l'assainissement des agglomérations, le Conseil d'État censure, sur cette base, la délibération par laquelle le conseil de district avait décidé la construction d'une usine d'incinération des ordures ménagères, cette opération ne figurant pas *stricto sensu* au nombre des attributions districales (CE, 19 novembre 1975, « Commune de Thaon-les-Vosges », Rec. Lebon p. 577). Dans le même sens, le Conseil d'État censure une délibération du conseil de district de Reims décidant de la réalisation d'un plan d'occupation des sols, alors que ses propres statuts lui donnaient compétence pour l'étude des plans directeurs de l'agglomération et du groupement d'urbanisme (CE, 10 mai 1989, « District de Reims c. Commune de Saint-Brice-Courcelles », *RFDA*, 1990, p. 188, concl. B. STIRN). Voir encore, CE, 23 octobre 1985, « Commune de Blaye-les-Mines », *AJDA*, 1986, p. 48, note J. MOREAU.

[2] « *En effet, ces établissements publics territoriaux ne possèdent aucune compétence de droit ; toutes celles qu'ils exercent leur ont été dévolues par les communes dans l'acte institutif [...] ou par des décisions postérieures modificatives. On comprend dès lors qu'en cas de litige sur ce point, tribunaux administratifs et Conseil d'État se réfèrent à la lettre des statuts et, en cas de rédaction obscure, fassent prévaloir une interprétation favorable à l'autonomie communale* » ; cf. J. MOREAU, note sur CE, 20 janvier 1989, « SIVOM de l'agglomération rouennaise », *AJDA*, 1989, p. 398.

[3] En constatant que le législateur transfère aux communautés urbaines les compétences exercées par les communes en matière de voirie et de signalisation, le Conseil d'État en a déduit que la communauté urbaine peut devenir gestionnaire du domaine et délivrer, à ce titre, des permissions de voirie ; cf. CE, 7 janvier 1987, « Ville de Bordeaux », *AJDA*, 1987, p. 428, note X. PRETOT. Voir encore, CE, 20 janvier 1989, « SIVOM de l'agglomération rouennaise », préc. ; CE, 1er avril 1994, « Commune de Reaue », T. p. 843 ; CE, 19 novembre 2008, « Communauté urbaine de Strasbourg », *AJDA*, 2009, p. 425, note M. VERPEAUX. Le juge vérifie que l'opération d'intérêt communautaire envisagée par la communauté se rattache bien à une compétence que le législateur a souhaité lui attribuer ; cf. voir par ex., CAA Lyon, 17 juin 1999, « Communauté urbaine de Lyon », req. n° 99LY00321, Inédit. Pour un vice d'incompétence d'un EPCI, par ex., CE, 26 octobre 2001, « Commune de Berchères-Saint-Germain », T. p. 1103.

[4] J.-F. JOYE, « Les EPCI à fiscalité propre : des collectivités locales mal nommées ? », *LPA*, n° 98, 16 mai 2003, p. 11 : « *la notion d'intérêt communautaire préfigure une clause générale de compétence intercommunale* ».

[5] F. BENCHENDIKH, « L'intérêt communautaire dans les agglomérations en pratique », *AJDA*, 2002, p. 1327.

[6] CAA Bordeaux, 25 juin 2001, req. n° 97BX01988, « Communes du Port, de la Possession, de Sainte-Marie, de Sainte-Suzanne, Saint-Pierre, de Petite Ile, de Saint-Philippe, de Cilaos et de Saint-Louis (département de la Réunion) », Inédit : le préfet n'est pas tenu de fixer le périmètre de l'EPCI. Voir aussi, CE, 3 avril 1998, « Communauté de communes du Pays d'Issoudun », Rec. Lebon p. 123 : le préfet peut refuser l'admission d'une commune dans un EPCI en se fondant sur la circonstance que « *le projet de constitution du pays de Bourges était susceptible, à la date de la décision attaquée, de justifier que la commune en cause ne soit pas admise à faire partie de la communauté de communes du pays d'Issoudun* ».

[7] J.- F. LACHAUME, « Préfet et intercommunalité », *Cahiers de droit de l'intercommunalité* (supplément au *JCP Adm.*), juillet-août-septembre 2008, n° 3, p. 34.

[8] A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, op. cit., p. 527.

[9] L'article L. 5211-5 du CGCT indique que la création de l'intercommunalité est décidée par arrêté du représentant de l'État après accord des conseils municipaux. Il interdit toutefois que le périmètre de l'EPCI à fiscalité propre qui a pris la décision de se transformer inclue, sans leur accord, les communes membres d'une communauté de communes dont l'éligibilité à la dotation globale de fonctionnement bonifiée a été constatée (ibid., art. L. 5211-

intercommunalité[1]. Il revient alors au législateur d'aménager la coexistence des principes d'égalité, de libre administration avec l'intérêt communautaire.

824. L'intercommunalité fait partie intégrante de la politique d'aménagement du territoire en ce qu'elle favorise « *la construction de nouveaux espaces de solidarité [qui] permette[nt] aux communes de mobiliser leurs possibilités d'action, de développer des projets communs et d'offrir à leurs habitants davantage de service* »[2]. La multiplication de ses structures institutionnelles favorise l'intégration communautaire qui gagne désormais l'ensemble du territoire. L'intercommunalité est devenue un niveau d'administration à part entière qui concurrence[3] les communes au point de mettre en péril leur existence même. Véritable lieu de pouvoir[4], « *la coopération intercommunale de projet a pu devenir la nouvelle échelle des relations locales* »[5]. La coopération n'est ainsi pas toujours bénéfique aux communes, les plus faibles pouvant être amenées à disparaître au profit de celles capables de faire prévaloir leur volonté lors des négociations au sein de la structure. Elle interroge alors la possible

41-1). Le représentant de l'État ne peut, sans altérer le sens et la portée de la consultation des conseils municipaux, procéder à la création d'une communauté différente, dans son étendue et sa composition ; cf. TA Dijon, 15 mars 1994, « Commune de Boncourt-le-Bois e. a. », Rec. Lebon p. 693. Le juge administratif a validé l'abandon de l'unanimité dans le cadre de la création d'un EPCI ; cf. CE, 2 octobre 1996, « Communes de Bourg-Charente, de Mainxe et de Gondeville, Rec. Lebon p. 361. Il peut, comme juge des référés, faire prévaloir la libre-administration de la commune intégrée contre son gré, que ce soit dans le cadre du référé-liberté (CE, 24 janvier 2002, « Commune de Beaulieu-sur-Mer », T. p. 873) ou du référé-suspension (CE, 5 juillet 2004, req. n° 264867, « Commune de Ria-Sirach »).

[1] Le législateur peut interdire l'application du droit de retrait aux communautés urbaines (Art. L. 5211- 19, CGCT) et, *a contrario*, imposer le retrait des communes d'une structure de coopération, par exemple, lors de la mise en œuvre des procédures de fusion ou de transformation par extension du périmètre communautaire des communautés d'agglomération et des communautés urbaines (ibid., art. L. 5211- 41- 1 et L. 5215- 22). Le préfet peut lui-même refuser, quand bien même les conditions légales seraient remplies, le retrait d'une commune d'une communauté d'agglomération pour des considérations liées à la pérennisation de la structure intercommunale et à la logique territoriale de l'appartenance de la commune à cet établissement public (CE, 24 janvier 2005, req. n° 276493, « Commune de Wissous », Inédit). La loi autorise le retrait, pour les communes qui ont été intégrées contre leur gré à l'intercommunalité (Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-472 DC) dès lors que ce retrait ne crée pas d'enclave, que le préfet ne trouve pas de motifs d'intérêt général à lui opposer, et que la demande de retrait s'accompagne de l'adhésion à un nouvel EPCI. Ensuite, l'article L. 5211- 19 du CGCT indique qu'« *une commune peut se retirer de l'établissement public de coopération intercommunale [...] avec le consentement de l'organe délibérant de l'établissement* ». En sens inverse, la loi peut également limiter l'usage du retrait obligatoire d'une commune. Dans le cadre de l'extension du périmètre d'une communauté d'agglomération ou d'une communauté urbaine, l'article L. 5211-41-1, alinéa 1, CGCT interdit le retrait, contre son gré, d'une commune de la communauté de communes à laquelle elle appartient si cette dernière bénéficie d'une dotation globale de fonctionnement bonifiée.

[2] A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, op. cit., p. 495.

[3] A ce titre, la circulaire relative aux nouvelles dispositions introduites par la loi « libertés et responsabilités locales » fait valoir, en ce sens, que le pouvoir de police intercommunale est une « *innovation importante […] en ce qu'il met en cohérence le transfert de certaines compétences aux EPCI par leurs communes membres et l'exercice du pouvoir de police correspondant* » ; cf. Cir. n° NOR/LBL/B/04/10075/C du 15 septembre 2004 relative aux nouvelles dispositions concernant l'intercommunalité introduites par la loi « libertés et responsabilités locales », p. 21. Voir, art. L. 5211-9-2, CGCT.

[4] Les structures intercommunales constituent désormais, non « *la simple conséquence de la réunion des volontés des communes pour gérer en commun certaines missions* » mais « *l'expression d'un lieu de pouvoir, représentant l'intérêt de la population sur un espace renouvelé* » ; J. MONTAIN-DOMENACH, « Principe de libre administration et intercommunalité : transition et incertitudes », *CCC*, 2002, n° 12, p. 121.

[5] A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, op. cit., p. 492.

contradiction avec l'interdiction de la tutelle d'une collectivité sur une autre. Mais si dans le cadre de l'intercommunalité, la domination d'une collectivité sur les autres est le fruit d'un jeu d'influences politiques, l'interdiction de la tutelle a, aussi, une portée juridique qui entre en conflit avec la fonction de collectivité cheffe-de-file.

2) La fonction de collectivité cheffe-de-file

825. En dehors de l'association, la coopération entre collectivités territoriales peut voir le jour de manière pragmatique, lorsque plusieurs collectivités agissent de manière concurrente sur un même projet. Dans cette hypothèse, le principe d'égalité entre les collectivités territoriales qui suppose l'interdiction de la tutelle d'une collectivité sur une autre quelle que soit la catégorie à laquelle elle appartient[1], a pour effet de maintenir les deux réglementations concurrentes. Afin de rationaliser l'exercice des compétences, la fonction de collectivité cheffe-de-file a été inscrite dans la Constitution en 2003. L'article 72 alinéa 5 la formule comme une dérogation au principe de non-tutelle des collectivités entre elles : « *aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune* ».

826. **L'étendue de la fonction de chef-de-file.** Si l'idée de collectivité cheffe-de-file figure dans les travaux doctrinaux depuis le milieu des années 1970[2], la notion a mis du temps à apparaître en droit positif[3] jusqu'à son inscription dans la Constitution en 2003. Après une

[1] Voir supra, n° 105 et s.

[2] Le rapport de la commission de développement des responsabilités locales déposé en 1976 sous le titre « Vivre ensemble » évoque « *le rôle dominant* » dévolu à une autorité déterminée dans un domaine de compétences ; cf. Commission de développement des responsabilités locales, présidée par O. GUICHARD, *Vivre ensemble*, La Documentation français, 1976, p. 96. La première apparition véritable de la fonction de collectivité cheffe-de-file figure à l'article 65 de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire du 4 février 1995 qui renvoie à une loi ultérieure la définition des « *conditions dans lesquelles une collectivité locale pourra assumer le rôle de chef de file pour l'exercice d'une compétence ou d'un groupe de compétences relevant de plusieurs collectivités territoriales [...]. Jusqu'à la date d'entrée en vigueur de cette loi, les collectivités territoriales pourront, par convention, désigner l'une d'entre elles comme chef de file pour l'exercice de ces mêmes compétences* »

[3] La loi n° 2002- 92 du 22 janvier 2002 relative à la Corse institue, par exemple, une conférence de coordination des collectivités territoriales qui, en ayant vocation à se réunir sous l'autorité du président du conseil exécutif de Corse pour échanger des informations débattre de questions d'intérêt commun et coordonner l'exercice des compétences notamment en matière d'investissements, constitue, semble- t- il, un véritable substitut à la fonction de chef-de-file (art. 54 de la loi 2002- 92 du 22 janvier 2002 relative à la Corse instituant l'art. L. 4421- 3, CGCT). De la même façon, l'article 102 de la loi 2002- 276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité utilise, de manière implicite, la notion de collectivité cheffe-de-file, lorsqu'il confie à la région le soin d'attribuer les aides

première mise en application législative le 13 août 2004[1], l'intérêt pour la fonction fut relancé par la loi MAPTAM de 2014[2], sans que celle-ci ne change fondamentalement l'état du droit jurisprudentiel[3]. « *La fonction de chef-de-file, exprime […] une règle de bonne gouvernance, ou de management public, qui rend compte de la recherche de l'échelon le plus pertinent d'intervention des collectivités territoriales* »[4]. En cela, elle n'est pas sans lien avec le principe de subsidiarité. Elle s'accompagne de transferts de compétences par blocs, chaque échelon étant le chef de file naturel des domaines qui lui sont attribués. Ainsi, aux termes de l'article L. 1111-9 du CGCT, les régions sont désignées cheffes-de-file en matière d'aménagement et de développement durable du territoire, de la protection de la diversité ou encore du climat, de la qualité de l'air et de l'énergie. Les départements se voient attribuer le chef-de-filât pour l'action sociale, le développement social, la contribution à la résorption de la précarité énergétique, l'autonomie des personnes et la solidarité des territoires. Enfin, les communes sont chargées de la mobilité durable, de l'organisation des services publics de proximité, de l'aménagement de l'espace et du développement local[5]. Malgré la tentative de clarification des compétences apportée par la loi MAPTAM[6], d'aucuns dénoncent la proximité et la généralité des domaines déterminés. Cette imprécision présente alors le risque de multiplier les interprétations en fonction des chefs-de-file et donc de différences de traitement entre les administrés. La loi de 2014 vient également préciser les pouvoirs associés à la fonction. Premièrement, les collectivités cheffes-de-file disposent d'un pouvoir d'initiative ou d'impulsion qui se traduit par la faculté, pour les communes ou EPCI à fiscalité propre auxquels elles ont transféré leurs compétences, et l'obligation, pour les départements et les régions, d'établir des conventions territoriales d'exercice concerté dans les domaines mentionnés à l'article L. 1111-9 du CGCT. En deuxième lieu, le pouvoir d'animation s'exprime au sein de la Conférence territoriale de l'action publique dont les débats sont l'occasion pour la collectivité cheffe-de-file de convaincre ses partenaires de se conformer aux orientations établies dans la convention[7]. Enfin, le pouvoir

directes aux entreprises et subordonne, en ce domaine, la participation financière des départements et des communes à la conclusion d'une convention avec celle- ci.

[1] Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, préc.

[2] Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, JORF n° 0023 du 28 janvier 2014 p. 1562

[3] L. JANICOT, « La fonction de collectivité chef de file », *RFDA*, 2014, p. 472 et s.

[4] A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, op. cit., p. 454.

[5] La capacité des plus petites communes à jouer le rôle de chef-de-file est régulièrement discutée ; voir not. J.-F. JOYE, « La notion de "chef-de-file" en droit des collectivités locales. Entre échec et progrès de la clarification des compétences », *Collectivités Territoriales Intercommunalité*, juillet 2003, p. 14.

[6] S. DYENS, « La "clarification" des compétences dans la loi MAPAM : coordonner avant d'imposer ? », *AJCT*, 2014, p. 291.

[7] Certaines critiques ont été émises à l'égard de cette structure, notamment sa composition et son influence au détriment des assemblées délibérantes et du chef de file ; voir not., P. BONAMY, « La CTAP : une conférence

de coordination est constitué par la remise par la collectivité cheffe-de-file d'un rapport détaillant les actions menées dans le cadre de la convention ou du plan d'actions, ainsi que les interventions financières réalisées. Au regard du régime institué par le législateur, la fonction de chef-de-file relève davantage de l'image du « *chef d'orchestre* »[1] que du « *pouvoir de commandement* »[2]. Elle est finalement assez limitée.

827. **Les limites de la fonction de chef-de-file.** La fonction de chef-de-file connaît principalement des limites d'ordre juridique compte tenu des risques qu'elle induit de hiérarchisation des rapports entre les collectivités territoriales. Ce faisant, elle pourrait contrevenir au principe d'égalité entre les collectivités territoriales fondé, au niveau constitutionnel, sur l'interdiction de la tutelle. Toutefois, l'étendue de cette interdiction n'est pas évident à déterminer de sorte que pour chaque coopération la question se pose de savoir « *où s'arrête la capacité à harmoniser, à mettre en cohérence ou à impulser et où commence la tutelle* »[3]. « *La fonction de collectivité chef-de-file s'introduit, en effet, dans un système juridique de relations entre collectivités territoriales, de sorte qu'elle peut créer, ou renforcer, des rapports de dépendance sinon en droit, du moins en fait* »[4]. Elle montre « *la nécessité d'un fédérateur qui doit être celui qui perçoit le mieux les besoins des citoyens pour la matière en cause* »[5], là où les autres échelons de collectivités seraient moins compétents. La dépendance qui s'instaure à l'égard de la collectivité cheffe-de-file peut également s'observer dans sa capacité à solliciter des financements dans le cadre des projets qu'elle pilote[6]. Comme l'explique Robert HERTZOG « *les arrangements suivent l'argent selon une technique d'entraînement bien rodée : la collectivité qui peut mettre des fonds dans une opération convainc les autres d'y contribuer* »[7]. A ce titre, les régions, disposant des compétences en

---

supra-locale des exécutifs », *JCP Adm.*, nº 6, 15 février 2016, act. 116. Voir aussi, N. FERREIRA, « Chef de filât et conférence territoriale et l'action publique », *JCP Adm.*, nº 8, 24 février 2014, p. 2048.

[1] L. GELIN-RACINOUX, « La fonction de chef de file dans la loi du 13 août 2004 », *AJDA*, 2007, p. 283.

[2] J.-F. JOYE, « La notion de "chef-de-file" en droit des collectivités territoriales », *Collectivités territoriales Intercommunalités*, 2003, chr. n° 9, pp. 12-17.

[3] « *Compte tenu des risques d'imbrication des politiques, la communauté d'objectifs [...] pour les actions menées par l'État et les différents niveaux de collectivités est donc nécessaire. L'État ne peut à lui seul rapprocher les objectifs et imposer les arbitrages. Des hiérarchies s'imposent nécessairement entre régions et départements, départements et communes rurales, entre villes et régions. Alors, où s'arrête la capacité à harmoniser, à mettre en cohérence ou à impulser et où commence la tutelle ?* » ; cf. Groupe « décentralisation : bilan et perspectives », présidé par M. BURON, *Décentralisation : l'âge de raison*, Commissariat général du plan, préparation du XIe plan, La documentation française, 1993, p. 65.

[4] A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, op. cit., p. 456.

[5] Commission du Livre blanc, présidée par J. CHABAN-DELMAS et R. MONORY, *Poursuivre la décentralisation, tome 1 – Réflexions sur le bilan et les perspectives de la décentralisation*, éd. Pouvoirs locaux, 1994, p. 81.

[6] Commission pour l'avenir de la décentralisation, *Refonder l'action publique locale*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 2000, p. 48.

[7] R. HERTZOG, « Les relations entre collectivités territoriales dans une administration locale fragmentée : des régimes juridiques variés au service de finalités multiples », in S. CAUDAL et F. ROBBE (sous la direction de),

matière de développement économique et d'aménagement du territoire[1], apparaissent comme des cheffes-de-file permanents[2] exerçant une tutelle insidieuse sur les autres niveaux de collectivités. Dans cette optique, « *la contractualisation locale qui, en principe, soutient la mise en œuvre effective des fonctions du cheffe-de-file, peut devenir une forme masquée de tutelle* »[3]. Dans sa décision n° 94- 358 DC du 26 janvier 1995 le juge constitutionnel soulève d'office l'inconstitutionnalité de l'article 65-II de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire en obligeant le législateur à définir les pouvoirs et les responsabilités afférents à la fonction de chef-de-file avant de chercher à renvoyer la désignation du chef-de-file à une convention locale[4]. Cette décision, semble-t-il, vise à protéger le principe de non-tutelle d'une conception trop autoritaire de la fonction. Entendue au sens large, la tutelle est « *le mode de rapports entre les collectivités territoriales qui, fondé sur des relations de caractère juridique, permet, au-delà du contrôle du strict respect des lois et des règlements nationaux, à une collectivité territoriale d'influer ou de réformer les décisions prises par une autre collectivité territoriale* »[5]. Elle peut même signifier « *la tutelle du savoir-faire, c'est-à-dire du déséquilibre qui réside [...] dans la capacité d'étudier, d'analyser, de préparer le lancement de politiques nouvelles, d'organiser des services nouveaux, d'élaborer des projets d'équipement ou de bâtiment* »[6]. Dès lors, toute influence entraînant la dépendance d'une

---

Les relations entre collectivités territoriales, Actes du colloque organisé le 28 janvier 2005 par l'Institut d'Etudes administratives de la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin – Lyon 3, L'Harmattan, 2005, p. 214. Voir, CAA Versailles, 9 mars 2006, req. n° 03VE02793, « Département des Yvelines ».

[1] La réforme de la planification établie par la loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 propose un cadre favorisant la mise en œuvre cohérente des politiques nationales et des initiatives décentralisées, pour que sa mise œuvre se fasse par des projets régionaux, élaborés par la collectivité territoriale. De fait, suivant l'opinion de Jean-François AUBY, « *le plan départemental lorsqu'il existe doit s'intégrer au plan régional. Il y a là, qu'on le veuille ou non, un mécanisme de tutelle particulièrement important si l'on songe à l'étendue des domaines couverts par la planification et que nombre des politiques sectorielles décidées par les départements doivent, en bonne logique, être conformes aux objectifs définis par leur propre plan* » ; cf. J.- F. AUBY, « La décentralisation fait- elle naître de nouvelles tutelles ? », *AJDA*, 1984, pp. 412-419, spéc. p. 416.

[2] Y. MADIOT, « Les techniques de correction de la répartition des compétences entre collectivités locales », *RFDA*, 1996, p. 970.

[3] A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, op. cit., p. 458. L'État peut, à titre expérimental et pour une durée de cinq ans, confier à la région le soin d'élaborer un schéma régional de développement économique ayant vocation à servir de cadre pour toute contractualisation entre les collectivités territoriales : « *le schéma régional de développement économique expérimental définit les orientations stratégiques de la région en matière économique. Il vise à promouvoir un développement économique équilibré de la région, à développer l'attractivité de son territoire et à prévenir les risques d'atteinte à l'équilibre économique de tout ou partie de la région* » ; cf. art. 1er, II, Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, JORF n° 190 du 17 août 2004 p. 14545. Dans le même sens, voir not., M. LAROQUE, « La contractualisation comme technique de tutelle : l'exemple du secteur social », *AJDA*, 2003, p. 976.

[4] Cons. const., 26 janvier 1995, n° 94- 358 DC, préc. cons. 57.

[5] J.- F. AUBY, « La décentralisation fait- elle naître de nouvelles tutelles ? », art. cit., p. 412.

[6] A. RICHARD, rapporteur de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, JOAN débats, 1re séance, 27 juillet 1981, p. 309 : débats portant sur la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

collectivité sur une autre serait susceptible de constituer une tutelle[1]. La jurisprudence retient une conception plus restrictive, exclusivement normative de la tutelle : en droit administratif, elle se retrouve dans les mesures d'annulation, d'approbation, de suspension, d'autorisation et de substitution. Elle implique donc nécessairement l'existence préalable d'une décision de la collectivité sous tutelle[2]. Ainsi, les incitations financières d'une collectivité sur une autre[3], pas plus que les avances consenties sans contrôle sur leur utilisation[4], ne procèdent de mécanismes de tutelle. Pour le Conseil constitutionnel, la lecture de l'alinéa 5 de l'article 72 de la Constitution autorise le législateur « *à désigner une collectivité territoriale pour organiser et non pour déterminer les modalités de l'action commune de plusieurs collectivités* »[5]. Cette décision traduit bien l'acception principalement normative de la tutelle privilégiée par les juges.

828. La fonction de collectivité chef-de-file, limitée par l'interdiction de la tutelle, ne saurait donc entraîner l'attribution d'un pouvoir de contrainte sur un acte d'administration locale. Elle a trait, selon la formule de la commission des lois du Sénat, « *à l'organisation des modalités, à l'animation et à la coordination des actions communes* »[6]. Si elle peut induire une hiérarchie, ce n'est pas une hiérarchie des organes mais des normes qu'elle institue[7]. Dès lors, « *une relation d'autorité normative peut très bien naître entre les décisions prises en amont par la collectivité chef[fe]-de-file pour l'organisation des actions communes et les décisions prises*

[1] En habilitant le département à répartir entre les collectivités territoriales des dotations financières affectées aux travaux d'électrification rurale, l'article L. 3232- 2 du CGCT instituerait une forme de tutelle financière. Voir par ex., J.-F. AUBY, « La décentralisation fait-elle naître de nouvelles tutelles ? », art. cit., p. 419. Dans la même idée, art. L. 5511- 1, CGCT relatif aux agences départementales reproduisant une forme de tutelle technique.

[2] Concl. VUGHT sur CE 8 janvier 1971, « Union pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales des Alpes- Maritimes », Rec. Lebon p. 21 et 27.

[3] CE, 12 décembre 2003, « Département des Landes », Rec. Lebon p. 502 ; *RFDA*, 2004, p. 518, concl. F. SENERS et p. 525, note J.- C. DOUENCE. Les aides financières et la méthode de conseil ou d'assistance, qui pèsent sur le devenir des communes, telles que prévues à l'article L. 3233-1 CGCT, ne relèvent pas de la théorie classique de la tutelle ; cf. CE, 27 octobre 2008, « Département de la Haute-Corse », *AJDA*, 2009, p. 159, note M. VERPEAUX.

[4] CAA Marseille, 30 mai 2000, req. n° 98MA00392, « Préfet des Alpes-de-Haute-Provence », *Grands arrêts Droit de la décentralisation*, n° 5, p. 35.

[5] Cons. const., 24 juillet 2008, n° 2008-567 DC, Loi relative aux contrats de partenariat, cons. 32. Le Conseil ajoute qu'« *en disposant que la convention passée entre [les] collectivités précise les conditions [du] transfert de compétences et en fixe le terme, l'article 18 de la loi déférée a non seulement autorisé la collectivité désignée à organiser l'action commune de plusieurs collectivités mais lui a également conféré un pouvoir de décision pour déterminer cette action commune [...] dès lors il a méconnu le cinquième alinéa de l'article 72 de la Constitution* » ; cf. ibid., cons. 33.

[6] R. GARREC, Rapport n° 27 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et de l'administration générale, Annexe au procès-verbal de la séance du 23 octobre 2002, p. 112 (projet de loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République).

[7] Ainsi, le plan d'aménagement et de développement durable, établi par la collectivité territoriale de Corse, s'impose aux schémas de cohérence territoriale, aux schémas de secteur, aux plans locaux d'urbanisme et aux cartes communales puisqu'il détermine, par exemple, les objectifs du développement économique, social, culturel et touristique de l'île, les orientations fondamentales en matière d'aménagement de l'espace, les principes de localisation des grandes infrastructures de transport et des grands équipements ; cf. art. L. 4424- 9 s., CGCT.

ensuite par les autres collectivités participantes »[1]. Pour Jean-François Brisson, « *la notion de collectivité chef[fe]-de-file conjuguée à l'interdiction de la tutelle entre collectivités territoriales suggère que l'articulation des compétences au niveau local ne pourra prendre qu'une forme contractuelle, seule en mesure de garantir le consentement de l'ensemble des partenaires aux orientations définies par le chef de file* »[2]. Ce faisant, la fonction de collectivité cheffe-de-file encourage la mise en œuvre de procédés de coopération entre les collectivités territoriales.

B) La mise en œuvre de la coopération entre collectivités territoriales

829. « *Vouloir être seule, c'est pour une collectivité, se condamner à l'inefficacité de son action et à l'impossibilité même d'agir* »[3]. Face à ce constat, Jean-Marie PONTIER remarque que « *la coopération est aujourd'hui, tout en même temps, une nécessité reconnue et un thème à la mode, le second procédant de la première. La nécessité est celle de devoir agir de concert pour espérer réaliser les objectifs, ambitieux et souvent coûteux que l'on se donne* »[4]. Dans cette recherche de coopération, les collectivités territoriales ont expérimenté plusieurs modes d'actions concertées. On les distingue par leur forme selon que la coopération engendre la mise en place d'une structure pourvue de la personnalité juridique (1) ou qu'elle ne se réalise qu'à travers une convention (2).

[1] L. TESOKA, *Les rapports entre catégories de collectivités territoriales*, PU Aix-Marseille, 2004, p. 292. A cet égard, le Conseil constitutionnel précise que la simple obligation de compatibilité des documents d'urbanismes vis-à-vis des schémas de cohérence territoriale n'est pas de nature à porter atteinte à la libre administration des collectivités ; cf. Cons. const., 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC, Loi sur la solidarité et le renouvellement urbains, cons. 7 : « *les schémas de cohérence territoriale ont vocation à déterminer les orientations générales de développement à l'échelle de l'agglomération concernée ; [...] les autres documents d'urbanisme, et en particulier les plans locaux d'urbanisme élaborés par les communes, se voient imposer par l'article L. 122- 1 une simple obligation de compatibilité avec les orientations générales ; [...] une telle obligation n'est pas de nature à porter atteinte à la libre administration des collectivités concernées* ».

[2] J.-F. BRISSON, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales », *AJDA*, 2003, p. 529 et s., spéc. p. 538.

[3] J.-M. PONTIER, « Les relations entre les collectivités territoriales », *Les cahiers du CNFPT*, juin 1988, n° 2, p. 18.

[4] J.-M. PONTIER, « Coopération contractuelle et coopération institutionnelle », *La Revue administrative*, 1994, p. 162.

1) La coopération institutionnelle

830. La solidarité entre les collectivités territoriales peut se mettre en œuvre à travers la création d'une structure institutionnelle commune qui portera la responsabilité des actions menées dans le cadre des compétences qui lui ont été transférées. Cette méthode est particulièrement développée, et incitée par le législateur, auprès des communes afin de réduire les effets de l'éparpillement territorial. S'il existe depuis 1996[1], une possibilité pour les départements[2] et les régions[3] d'instituer des structures d'utilité commune, les mécanismes proposés par le législateur n'ont pas vraiment convaincu les élus. Au sein de la coopération institutionnelle, on peut distinguer l'intercommunalité de gestion de l'intercommunalité d'intégration, pour ensuite évoquer les structures de droit privé.

831. **L'intercommunalité de gestion.** Première à faire son apparition, la coopération institutionnelle a d'abord pris la forme d'une intercommunalité de gestion par syndicat. La loi du 22 mars 1890 crée les syndicats de communes à vocation unique (SIVU) qui associent des communes en vue d'assurer la gestion de services d'intérêt communal[4]. L'ordonnance n° 59-29 du 5 janvier 1959 leur a permis d'avoir une vocation multiple (SIVOM) ; la loi du 31 décembre 1970 a supprimé la distinction entre les SIVU et les SIVOM. Forme la plus utilisée de coopération[5], leur nombre baisse progressivement sous l'influence du législateur[6]. Si dans un premier temps, chaque commune était représentée par deux délégués, sauf disposition contraire du statut[7], la loi NOTRe prévoit désormais la prise en compte de la population dans la répartition des sièges au sein des comités des syndicats de communes et des syndicats mixtes. Parmi ces derniers, on distingue les syndicats mixtes « fermés » (SMF) qui regroupent exclusivement des communes et leurs groupements[8] et des syndicats mixtes « ouverts » (SMO) qui regroupent tout type de collectivités ou de groupements ainsi que d'autres personnes

[1] Loi n° 96-142 du 21 février 1996 relative à la partie Législative du code général des collectivités territoriales, JORF n° 47 du 24 février 1996 p. 2992.
[2] Art. L. 5421-1 et s., CGCT.
[3] Ibid., art. L. 5621-1 et s.
[4] Ibid., art. L. 5212-1.
[5] Ils étaient 12 666 au 1er janvier 2015 ; cf. J. FERSTENBERT, F. PRIET, et P. QUILICHINI, *Droit des collectivités territoriales*, 2e éd., Dalloz, 2016, p. 195, n° 334.
[6] La loi « NOTRe » du 7 août 2015 prévoit la réduction du nombre de syndicats de communes et de syndicats mixtes en particulier par la suppression des doubles emplois entre EPCI, ou entre ceux-ci et des syndicats mixtes, notamment dans le domaine de l'eau, de l'assainissement, des déchets, du gaz, de l'électricité, et des transports.
[7] Art. L. 5112-7, CGCT.
[8] Ibid., art. L. 5711-1. Le statut de syndicat mixte fermé peut servir à la mise en place de « pays » (loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JORF n° 148 du 29 juin 1999 p. 9515) qui ont pour rôle d'organiser la réflexion des acteurs locaux mais sont dénués de compétences. Ils sont incités à se transformer en pôle d'équilibre territorial et rural par la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 (« MAPTAM »).

morales de droit public[1]. Les SMF ne sont ni des EPCI[2] ni des établissements publics au sens de l'article L. 5721-1 du CGCT[3] qui qualifie expressément les SMO d'établissements publics[4].

832. **L'intercommunalité d'intégration.** Au sein des EPCI, outre les syndicats de communes, il existe les EPCI à fiscalité propre, à vocation intégrative, divisés en trois catégories : les communautés de communes, les communautés urbaines, les communautés d'agglomération et les métropoles. Ces EPCI suivent une logique d'intégration encouragée par le législateur qui n'a de cesse, depuis les années 2000, d'inciter à la fusion et à un agrandissement de leur taille[5]. Les premiers EPCI à fiscalité propre apparus, les communautés urbaines, ont été institués par la loi du 31 décembre 1966 qui en crée d'office quatre : Lyon, Strasbourg, Bordeaux et Lille. Leur seuil de création a régulièrement évolué pour se fixer actuellement à 250 000 habitants avec des possibilités d'y déroger. La liste de leurs compétences obligatoires en compte aujourd'hui dix-neuf, divisées en six rubriques[6]. La loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République (« ATR ») crée, avec des succès contrastés, les communautés de communes et les communautés de ville. Ces dernières finiront par disparaître, avec les districts urbains[7], dans la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 tendant au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale. Quant aux communautés de communes, elles constituent la forme la plus répandue d'EPCI à fiscalité propre[8]. Leur création ne nécessite pas de seuil démographique et leur champ de compétences dispose aujourd'hui de sept[9] blocs de compétences obligatoires[10] et de neuf blocs

---

[1] Art. L. 5721-1 et s., CGCT.

[2] Au sens de l'article L. 5210-1-1, A, CGCT.

[3] CE, 5 janvier 2005, « Syndicat des eaux du Nord », *AJDA*, 2005, p. 770, note M. DEGOFFE.

[4] Il en va de même des syndicats créés pour la gestion des biens ou des droits indivis des communes ainsi que celle des services publics qui y sont rattachés, qualifiés expressément d'établissements publics ; cf. art. L. 5222-1 et s., CGCT.

[5] Voir not., Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, préc. ; Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, préc. ; Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (« MAPTAM »), préc. ; Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (« NOTRe »), préc.

[6] Art. L. 5215-20, CGCT. Les six rubriques sont : le developpement et l'aménagement économique, social et culturel accompagné de la compétence en matière d'équipements, l'aménagement de l'espace communautaire, l'équilibre social de l'habitat, la politique de la ville, la gestion des services d'intérêt collectif, la protection et la mise en valeur de l'environnement et la politique du cadre de vie. En outre, elle peut exercer tout ou partie des compétences d'aide sociale du département par délégation.

[7] Ils ont été créés par l'ordonnance du 5 janvier 1959.

[8] 1884 au 1er janvier 2015 ; cf. J. FERSTENBERT, F. PRIET, et P. QUILICHINI, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 201, n° 349.

[9] Ils n'étaient que deux avant la loi « NOTRe » du 7 août 2015, préc.

[10] Il s'agit de l'amènagement de l'espace (Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF n° 0072 du 26 mars 2014, p. 5809), du développement économique (complété par la loi « NOTRe », préc. ; art. L. 5214-16, CGCT), de la gestion des milieux aquatiques et la prévention des inondations (loi « MAPTAM », préc.), de la promotion du tourisme, des aires d'accueil des gens du voyage, de la collecte et le traitement des déchets des ménages, et de la gestion de la distribution de l'eau et de l'assainissement (loi « NOTRe », préc.).

de compétences optionnelles[1]. Pour être éligibles à la dotation globale de fonctionnement bonifiée, elles doivent opter pour au moins deux des compétences optionnelles suivantes : la voirie, la politique du logement social et l'action en faveur du logement des personnes défavorisées, la politique de la ville, l'assainissement, l'eau, ou le développement et l'aménagement sportifs de l'espace[2]. Les communautés d'agglomération doivent former un « *ensemble de plus de 50 000 habitants d'un seul tenant et sans enclave, autour d'une ou plusieurs communes centre de plus de 15 000 habitants* »[3] avec quelques dérogations possibles. En termes de compétences, on trouve sept groupes obligatoires[4] et trois optionnels à choisir parmi sept groupes[5]. L'acte constitutif de la communauté d'agglomération peut également lui transférer des compétences non prévues par les textes dès lors qu'elles concourent au projet commun de développement et d'aménagement de l'espace[6]. Enfin, les métropoles[7], créées par la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales (« RCT ») et modifiées par les lois « MAPTAM » du 27 janvier 2014 et « NOTRe » du 7 août 2015, se divisent en deux catégories : les métropoles de droit commun et celles à statut particulier[8]. Pour créer une métropole, il convient de réunir plus de 400 000 habitants. Leurs élus seront tous désignés par suffrage universel direct en 2020. Pour ce qui concerne leurs compétences, on note que l'intérêt communautaire – ou plutôt « métropolitain » – est présumé pour l'ensemble de ses compétences de sorte qu'il revient à la structure de fixer l'étendue de toutes ses compétences mais également la possibilité de disposer de compétences départementales et régionales.

---

[1] Les communautés de communes doivent opter pour au moins trois des neuf groupes de compétences suivants : politique du logement et du cadre de vie, protection et mise en valeur de l'environnement, soutien aux actions de maîtrise de la demande d'énergie, voirie, équipements (sportifs, culturel, ou scolaires), action sociale, politique de la ville (loi n° 2014-73 du 27 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine), l'assainissement, l'eau (jusqu'à leur passage en compétences obligatoires au 1er janvier 2020), et la compétence en matière de maisons de services au public et la définition des obligations de service public y afférentes.

[2] Art. L 5214-23-1, CGCT.

[3] Ibid., art. L. 5216-1.

[4] Ibid. art. L. 5216-5, I : le développement économique, l'aménagement de l'espace communautaire, l'équilibre sociale de l'habitat, la politique de la ville, la gestion des milieux aquatiques et prévention des inondations, l'accueil des gens du voyage, la collecte et le traitement des déchets des ménages et assimilés. Elles disposent également du droit de préemption urbain pour la mise en œuvre de la politique communautaire d'équilibre social de l'habitat (II *bis*).

[5] Ibid., art. L. 5216-5, II : création ou aménagement et entretien de voirie, assainissement des eaux usées, eau, protection et mise en valeur de l'environnement et du cadre de vie, construction, action sociale, création et gestion de maisons de services au public et définition des obligations de service au public y afférentes. En outre, par convention, elles peuvent exercer tout ou partie de la compétence des départements en matière d'action sociale (V).

[6] CE, 9 mai 2005, « Ministre de l'intérieur, sécurité intérieure et liberéts locales c. Commune de Saint-Cyr-en-Séners », *AJDA*, 2005, p. 1394.

[7] Il existe aussi des « *pôles métropolitains* » pour les espaces urbains ne répondant pas aux critères de la métropole. Ils ont pour objectif d'améliorer la compétitivité et l'attractivité du territoire de solidarité et la promotion d'un modèle d'aménagement, de développement durable et de solidarité territoriale par le biais d'actions d'intérêt métropolitain.

[8] Il s'agit des métropoles d'Aix-Marseille-Provence et du Grand Paris.

833. **Les structures coopératives de droit privé.** Pour terminer, il convient d'évoquer les structures de coopération de droit privé que sont les associations ou les sociétés à capitaux publics. Les premières sont régulièrement employées pour la gestion d'équipements publics ou de services publics sous le régime de la loi de 1901[1]. Parmi les secondes, on trouve les sociétés d'économie mixte locales (SEML) qui se caractérisent par un capital majoritairement public mais pas exclusivement (au moins 15 % de capital privé)[2] et peuvent intervenir dans tous les domaines dès lors qu'un motif d'intérêt général le justifie[3]. La loi du 13 juillet 2006 a créé les sociétés publique locale d'aménagement (SPLA)[4] à capitaux entièrement publics[5] qui permettent de réaliser toute opération d'aménagement par le biais de contrats *in house*. Enfin, les sociétés publiques locales (SPL) ont été créées par la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010[6] avec un champ d'intervention très large couvrant les opérations d'aménagement, de construction, d'exploitation de service public, ou de toute autre activité d'intérêt général. Contrairement au SEML, SPL et SPLA doivent exercer leurs activités uniquement pour le compte de leurs actionnaires et sur leur territoire[7].

834. Sous sa forme institutionnelle, la coopération tend à démultiplier les acteurs locaux, plutôt que de les réduire. Ainsi, aux 36 000 communes s'ajoutent aujourd'hui 1 263 établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre sur le territoire français dont 21 métropoles, 11 communautés urbaines, 222 communautés d'agglomération et 1 009 communautés de communes. En 2017, ce sont 1 254 entreprises publiques locales en activité qui ont été recensées[8]. La coopération contractuelle permet d'éviter ce foisonnement d'institutions.

---

[1] Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, JORF du 2 juillet 1901 p. 4025.
[2] Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983, préc. modifiée par la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 renovant l'action sociale et médico-sociale (JORF du 3 janvier 2002 p. 124).
[3] CE, 5 juillet 2010, n° 308564, « Syndicat national des agences de voyages », Rec. : elles sont créées pour « *réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics industriels et commerciaux ou pour toute autre activité d'intérêt général* ».
[4] Art. L. 327-1, Code de l'urbanisme.
[5] Loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, JORF n° 0073 du 27 mars 2009 p. 5408.
[6] JORF n° 0122 du 29 mai 2010 p. 9697.
[7] Voir, J. D. DREYFUS et F. LATULLAIRE, « SEML et SPL : les conditions de prise en charge d'une activité économique », *AJCT*, 2011, p. 77.
[8] Selon les chiffres de la Fédération des entreprises publiques locales ; cf. site : www.lesepl.fr.

2) La coopération contractuelle

835. Au-delà de la solidarité institutionnelle, la solidarité entre collectivités territoriales peut aussi prendre la forme d'une solidarité contractuelle dans laquelle les cocontractants sont engagés solidairement à l'égard des débiteurs. Le code général des collectivités territoriales prévoit à cet effet trois types de convention qui permettent aux collectivités de mener des projets communs sans que cela entraine la création d'une structure dédiée : les chartes intercommunales de développement et d'aménagement (CIDA), les ententes et les conférences.

836. **Les chartes intercommunales de développement et d'aménagement.** Définies à l'article L. 5223-1 du CGCT, les CIDA « *définissent les perspectives à moyen terme de […] développement économique, social et culturel, déterminent les programmes d'action correspondants, [et] précisent les conditions d'organisation et de fonctionnement des équipements et services publics* »[1] des communes signataires. Le préfet arrête les périmètres des zones concernées, après avis du conseil départemental et sur proposition des communes intéressées. L'Etat, la région, le département et les principaux organismes professionnels, économiques ou sociaux qui le demandent sont associés à l'élaboration de la charte. Ils déterminent ensemble les modalités de leur concertation. Sur la base de cette charte, ces différents acteurs peuvent être amenés à conclure des conventions afin de réaliser les projets et programmes qu'elles ont définis[2].

837. **Les conférences intercommunales et interdépartementales.** Il s'agit de lieux de débats sur les questions d'intérêt commun où chaque organe délibérant des parties intéressées – communes, EPCI, SM – est représenté par « *une commission spéciale nommée à cet effet et composée de trois membres désignés au scrutin secret* »[3]. A la demande des parties, le préfet peut assister à ces conférences[4]. Enfin, les décisions qui y sont prises ne sont exécutoires qu'après avoir été ratifiées par tous les organes délibérants[5]. Les départements disposent du même dispositif à la différence notable que le préfet ne peut assister à ces conférences[6].

838. **Les ententes intercommunales et interdépartementales.** Elles peuvent être provoquées par les organes délibérants des communes, d'EPCI ou de SM, qui décident d'établir « *par l'entremise de leurs maires ou présidents, une entente sur les objets d'utilité communale*

[1] Al. 1er.
[2] Art. L. 5223-2, CGCT.
[3] Ibid., art. L. 5221-2, al. 1er.
[4] Ibid., art. L. 5221-2, al. 2.
[5] Ibid., art. L. 5221-2, al. 3.
[6] Ibid., art. L. 5411-2.

ou intercommunale compris dans leurs attributions »[1]. A cet égard, « *ils peuvent passer entre eux des conventions à l'effet d'entreprendre ou de conserver à frais communs des ouvrages ou des institutions d'utilité commune* »[2]. Elles connaissent un regain d'intérêt depuis que le Conseil d'Etat a précisé leur différence avec les délégations de service public. Pour la Haute-juridiction, à côté des délégations de service public, une commune « *peut conclure, hors règles de la commande publique, […] une convention constitutive d'une entente pour exercer en coopération avec des communes, établissements publics de coopération intercommunale ou syndicats mixtes, de mêmes missions, notamment par la mutualisation de moyens dédiés à l'exploitation d'un service public, à la condition que cette entente ne permette pas une intervention à des fins lucratives de l'une de ces personnes publiques, agissant tel un opérateur sur un marché concurrentiel* »[3]. Ces modalités constituent un avantage indéniable pour les petites communes qui ne disposent pas des moyens suffisants pour mettre en œuvre une procédure d'appel d'offre. Si le même type d'entente[4] est prévu pour les départements, les ententes interrégionales sont, quant à elles, des établissements publics associant plusieurs régions voisines[5].

839. Le code général des collectivités territoriales organise de nombreuses procédures de coopération entre les collectivités territoriales, offrant ainsi une palette particulièrement diversifiée d'options juridiques allant de la forme institutionnelle intégrative au simple lieu de discussion. Si la coopération institutionnelle a pour défaut de multiplier le nombre d'acteurs, la forme contractuelle n'offre pas toujours de garanties suffisantes pour les collectivités les plus faiblement dotées. Les inégalités structurelles créent ici un déséquilibre dans les relations entre les collectivités territoriales que d'aucuns assimilent à une nouvelle forme de tutelle[6]. Le risque est grand de voir les inégalités se creuser si les actions communes ainsi mises en place n'en tiennent pas compte. A cet égard la politique d'aménagement du territoire vise principalement à réduire ces inégalités. Toutefois, portée à titre principal par l'Etat, qui devient alors le grand ordonnateur de la cohésion du territoire, elle entraine une forme de recentralisation de l'action publique locale.

---

[1] Ibid., art. L. 5221-1, al. 1er.
[2] Art. L. 5221-1, al. 2, CGCT.
[3] CE, 3 février 2012, req. n° 353737, « Commune deVeyrier-du-Lac, Communauté d'agglomération d'Annecy », Rec. Lebon.
[4] Art. L. 5411-1, CGCT.
[5] Ibid., art. L. 5621-1 et s. En matière de coopération contractuelle des régions, l'article L. 5611-1 du CGCT indique de manière lacunaire que « *deux ou plusieurs régions peuvent, pour l'exercice de leurs compétences, conclure entre elles des conventions ou créer des institutions d'utilité commune* ».
[6] Voir, J.-B. AUBY, « La décentralisation fait-elle naître de nouvelles tutelles ? », art. cit.

§2) La coopération avec l'Etat pour aménager le territoire

840. La solidarité de projet visant à réduire les inégalités territoriales s'illustre également par les mécanismes de coopération avec l'Etat qui s'inscrivent dans le cadre de la politique publique nationale d'aménagement du territoire[1]. Elaborée par le législateur, la politique d'aménagement du territoire ne peut être définie que par le biais d'orientations donnant une portée normative limitée aux lois qui en posent les fondations[2] : la loi du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire (LOADT), modifiée par la loi du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire (LOADDT)[3]. A cette portée normative limitée, s'ajoute l'absence de fondement constitutionnel propre. Or, « *il est certain que donner un socle constitutionnel à la politique de lutte contre les inégalités territoriales aurait pour effet de donner une meilleure assise et, partant, une plus grande stabilité aux dispositifs juridiques utilisés* »[4]. Parce qu'elle est mise en place par des outils particuliers de coopération entre l'Etat et les collectivités territoriales, la politique d'aménagement pâtit de cette base juridique trop imprécise (B). Ce constat est d'autant plus vrai qu'elle s'applique à des territoires en situation particulière qui remettent en cause les frontières instituées par la décentralisation, et partant, l'influence des collectivités territoriales sur une partie de leur territoire (A).

A) Les territoires de la coopération avec l'Etat

[1] Voir not., N. PORTIER, « Un nouveau mode de relations entre l'Etat et ses partenaires : l'exemple de l'aménagement du territoire », *AJDA*, 2003, p. 986 et s.
[2] F. LEFEBVRE, *Aménagement du territoire. Emergence d'un nouveau droit ?*, L'Harmattan, 2003, p. 104.
[3] D'autres lois et dispositions ont un impact non négligeable sur l'aménagement du territoire : les lois « Littoral » et « Montagne », la loi d'orientation pour la ville, la loi d'orientation des transports intérieurs, la loi Solidarité et renouvellement urbain, la loi sur la rénovation urbaine ou encore la loi sur le développement des espaces ruraux… etc.
[4] Sur les débats constitutionnels, voir J.-P. BROUANT, *Droit de la cohésion territoriale*, LGDJ-Lextenso, 2015, pp. 41 à 46, spéc. p. 42. L'auteur identifie trois principes pouvant servir de relais à la prise en compte, de manière incidente, dans le droit constitutionnel, des enjeux liés à l'aménagement du territoire : l'unicité de la République, le principe d'égalité, et le principe de péréquation. Voir aussi, Y. MADIOT, « L'aménagement du territoire et le droit », *RFDA*, 1994, p. 891.

841. « *En vue de renforcer la cohésion territoriale, la politique d'aménagement du territoire définit ses propres périmètres géographiques d'intervention* »[1]. Le territoire national constitue alors l'espace de référence pour évaluer les disparités ; l'Etat est le seul, avec l'Union européenne, à être capable d'appréhender les inégalités territoriales à cette échelle. Les zones d'intervention tendent alors à se multiplier en fonction des objectifs poursuivis par l'action publique (1). Leur délimitation n'est pas sans poser des problèmes contentieux dès lors qu'elles ont pour conséquence l'application d'un régime de faveur à l'égard de ces territoires (2).

1) La multiplication des territoires d'action administrative

842. L'article 42 de la LOADDT définit l'ADN de la politique d'aménagement du territoire : il s'agit d'un ensemble de « *politiques renforcées et différenciées de développement […] mises en œuvre dans les zones caractérisées par des handicaps géographiques, économiques ou sociaux* »[2]. On peut alors distinguer d'une part les territoires particuliers par nature et d'autre part des zones identifiées comme étant en difficultés suite à l'évaluation de leurs caractéristiques socio-économiques.

843. **Les territoires particuliers.** Parmi les territoires particuliers de la politique d'aménagement du territoire on compte d'abord des territoires insulaires et ultrapériphériques à savoir la Corse et les outremers. La spécificité des outremers est reconnue en droit de l'Union[3] européenne ainsi qu'en droit constitutionnel lequel autorise le législateur à en tenir compte[4]. Ainsi, la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 indique que dans « *les départements et collectivités d'outre-mer, [les quartiers prioritaires de la politique de la ville] peuvent être caractérisés par des critères sociaux, démographiques, économiques ou relatifs à l'habitat, tenant compte des spécificités de chacun de ces territoires* »[5]. La politique nationale de lutte contre les inégalités

---

[1] J.-P. BROUANT, *Droit de la cohésion territoriale*, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 103.

[2] Il ajoute : « *ces zones comprennent les zones d'aménagement du territoire, les territoires ruraux de développement prioritaire, les quartiers prioritaires de la politique de la ville, les bassins d'emploi à redynamiser et les régions ultrapériphériques françaises […]* » ; art. 42, Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, préc.

[3] Art. 349 du TFUE oblige les Etats membres à adopter des mesures particulières aux régions ultrapériphériques en tenant compte de leur « *situation économique et sociale structurelle […] qui est aggravée par leur éloignement, l'insularité, leur faible superficie, le relief et le climat difficiles, leur dépendance économique vis-à-vis d'un petit nombre de produits, facteurs dont la permanence et la combinaison nuisent gravement à leur développement* ».

[4] Le législateur ordinaire peut adapter ses mesures aux caractéritiques et contraintes particulières de ces collectivités (art. 73, Constitution) et le législateur organique peut autoriser, pour les collectivités régies par l'article 74 de la Constitution et dotée de l'autonomie, la mise en place de mesures en faveur de leur population qui sont justifiées par les nécessités locales (art. 74, al. 10, Constitution).

[5] Art. 5, Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, JORF n° 0045 du 22 février 2014 p. 3138.

territoriales se traduit principalement par des exemptions fiscales, des quotes-parts spécifiques et des majorations appliquées à la péréquation. L'objectif de « *continuité territoriale* »[1] participe également de cette politique avec pour but notamment, de faciliter les liaisons avec la métropole[2].

844. Pour ce qui concerne la Corse, si elle ne dispose pas de la qualification de région ultrapériphérique, les mêmes problématiques peuvent y être associés : inégalités et continuité territoriales[3]. Les avantages fiscaux sont également appliqués aux activités ayant cours sur le territoire de la collectivité, notamment l'existence de taux particuliers de taxe sur la valeur ajoutée. On note également que l'article 53 de la loi n° 2002-92 du 22 janvier 2002 prévoit la mise en œuvre, pour une durée de quinze ans d'un « *programme exceptionnel d'investissements [afin d'] aider la Corse à surmonter les handicaps naturels que constituent son relief et son insularité, et pour résorber son déficit en équipements et services collectifs* »[4]. Pour assurer la continuité territoriale, la Corse peut établir des régimes d'aides individuelles et imposer des obligations de service public, en échange d'une compensation financière[5], aux prestataires des transports maritimes et aériens[6]. L'Etat verse à la collectivité de Corse une « *dotation de continuité territoriale* »[7].

845. Les littoraux et les montagnes peuvent à leur tour être inclus dans ces territoires particuliers. Bien qu'ils ne soient pas la cible des lois fondatrices de l'aménagement du territoire, les politiques applicables à ces territoires en ont été des précurseurs. Après l'aménagement purement touristique des stations de sport d'hiver, la politique de l'espace montagnard a évolué vers une approche plus globale avec la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne[8]. Elle définit des « *zones de*

---

[1] Cons. const., 17 juillet 2003, n° 2003-474 DC, Loi de programme pour l'outre-mer : pas de valeur constitutionnelle au principe de continuité territoriale, ni de manière autonome, ni comme corollaire du principe d'indivisibilité.

[2] Art. L. 1803-1 et s., Code des transports. La loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 a mis en place un fonds de continuité territoriale qui finance notamment les aides au déplacement des étudiants, et des personnes ayant besoin d'une formation professionnelle. Elle a également instauré un dispositif de compensation de certains coûts de transport pour les entreprises situées outre-mer.

[3] Cons. const., 17 janvier 2002, n° 2001-454 DC, cons. 29 : « *eu égard aux caractéristiques géographiques et économiques de la Corse […] les différences de traitement […] entre les personnes résidant en Corse et celles résidant dans le reste du territoire national* » ne sont pas constitutives d'atteinte au principe d'égalité.

[4] Art. L. 4425-9, CGCT.

[5] Sur la conformité avec le droit de l'Union européenn, voir CE, 13 juillet 2012, req. n° 355616.

[6] Art. L. 4424-18 CGCT.

[7] Ibid., art. L. 4425-4.

[8] JORF du 10 janvier 1985, p. 320. Avant cette loi, on trouve la directive d'aménagement national de 1977 relative à la protection et à l'aménagement de la montagne ; cf. Décret n° 77-1281 du 22 novembre 1977 approuvant la directive d'aménagement national relative à la protection et à l'amélioration de la montagne, JORF du 24 novembre 1977 p. 5513. La loi n° 2016-1888 du 28 décembre 2016 de modernisation, de développement et de protection des territoires de montagne (JORF n° 0302 du 29 décembre 2016) redéfinit les objectifs et la gouvernce sans en modifier les principes. Voir, CE, Ass., Avis, séances du jeudi 8 septembre 2016 et du mardi 13 septembre 2016,

montagne », rattachées à l'un des six massifs existant en métropole, en fonction de l'importance du handicap lié à la déclivité[1]. Celles-ci bénéficient de régimes particuliers principalement en matière d'urbanisme[2] et l'Etat fait bénéficier aux communes qui y sont situées d'un traitement de faveur au regard de la dotation versée[3]. Les littoraux disposent également d'un régime particulier compte tenu de leur forte urbanisation et de la pression foncière qui constituent une menace pour l'environnement. La loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral[4] est chargée de concilier la préservation des espaces naturels avec la mise en valeur des littoraux[5] en leur appliquant des régimes particuliers, notamment en matière d'urbanisme[6].

846. Enfin, la région Capitale peut également être rangée parmi ces territoires particuliers[7]. Sans s'attarder sur ses nombreuses spécificités (urbanisation importante, forte densité, poids économique et politique…), il convient de rappeler qu'elle a depuis longtemps fait l'objet d'un traitement particulier par le législateur, que le Conseil constitutionnel a validé, que ce soit le seuil abaissé des communes obligées d'avoir au moins 20 % de logements sociaux[8], la taxe spéciale sur les bureaux[9] ou le fonds de péréquation horizontale propre aux communes d'Ile-de-France[10]. Les objectifs de la politique d'aménagement de la région divergent selon qu'il s'agisse de déséquilibres externes ou internes : pour les déséquilibres externes le but est de mieux répartir les activités sur l'ensemble du territoire nationale[11] ; pour les déséquilibres internes les pouvoirs publics ont tenté des aménagements, comme la création de villes nouvelles

n° 391883, p. 9 : « *le Conseil d'Etat considère qu'au regard de l'objet du projet de loi, qui est de permettre aux communes qui le souhaitent de pouvoir conserver un office du tourisme propre, l'appartenance à la catégorie des stations de tourisme, en ce qu'elle traduit une démarche volontaire et un dynamisme concrétisé notamment par des travaux et des équipements, constitue une différence de situation de nature à justifier, au regard du principe d'égalité, le périmètre donné à cette mesure dérogatoire* ».

[1] Art. 3, Loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne, préc.

[2] Art. L. 145-3, Code de l'urbanisme : préservation des terres nécessaires aux activités agricoles et pastorales ou forestières, protection des espaces, paysages et milieux caractéristiques du patrimoine montagnard, maîtrise de l'urbanisation et orientation du développement touristique.

[3] Art. L. 2334-7 et art. L. 2334-22, CGCT.

[4] JORF du 4 janvier 1986, p. 200. Voir, S. FERRARI, « La loi "Littoral" entre deux eaux », *RFDA*, 2017, p. 1161.

[5] Art. L. 321-1, Code de l'environnement.

[6] Art. L. 146-1 à L. 146-9, Code de l'urbanisme.

[7] Voir supra, n° 646 et s.

[8] Cons. const., 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC, Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains.

[9] Cons. const., 29 décembre 1989, n° 89-270 DC, Loi de finances rectificative pour 1989.

[10] Cons. const. 6 mai 1991, n° 91-291 DC, Loi instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région d'Ile-de-France, réformant la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements et modifiant le code des communes, préc.

[11] Décret n° 55-36 du 5 janvier 1955 tendant à favoriser une meilleure répartition des industries sur l'ensemble du territoire, JORF du 8 janvier 1955 p. 385.

ou un réseau de transports pour le « Grand Paris »[1], en plus d'une réponse institutionnelle avec la création de la « Métropole du Grand Paris ».

847. **Les territoires zonés.** « *Le zonage est une opération qui consiste à délimiter des territoires au niveau national, sur la base d'un certain nombre de critères, en vue de leur faire bénéficier, dans une logique de différenciation, de régimes dérogatoires au droit commun* »[2]. On retrouve cette technique dans les mesures de mise en œuvre du « *plan national d'aménagement du territoire* » dans les années 1950[3]. Ces zones d'aménagement du territoire peuvent aujourd'hui être séparées en deux grandes catégories, urbaines et rurales. A côté, existent d'autres zones éligibles à différents programmes en fonction de leurs caractéristiques.

848. Concernant d'abord les zones urbaines, elles se distinguent par une dynamique de ségrégation spatiale où se cumulent les problèmes de logement, d'emploi et de précarité[4]. Elle est devenue progressivement la politique de la ville[5] dont les prémisses remontent à la création des 39 quartiers « Habitat et vie sociale » en 1977. En 1982, ce sont 148 quartiers qui bénéficient des conventions de développement social. La LOADT du 4 février 1995 renforce ce zonage en distinguant trois niveaux : les zones urbaines sensibles (ZUS) au nombre de 751 qui contiennent les zones de revitalisation urbaine (ZRU) et les zones franches urbaines (ZFU)[6]. La loi du 21 février 2014 ne prévoit plus qu'un seul périmètre avec les « *quartiers prioritaires de la politique de la ville* » définis à partir d'un nombre minimal d'habitants et des écarts en termes de revenu par habitant. Arrêtée par décret, la liste des quartiers doit être actualisée dans l'année qui suit le renouvellement général des conseils municipaux[7]. Les régimes de faveur

---

[1] Loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris, JORF n° 0128 du 5 juin 2010 p. 10339

[2] J.-P. BROUANT, *Droit de la cohésion territoriale*, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 114.

[3] Décret n° 55-878 du 30 juin 1955 instituant une prime spéciale d'équipement, JORF du 2 juillet 1955 p. 6641 : elle est attribuée aux entreprises qui se créent ou s'installent « *à l'intérieur des localités ou zones [souffrant] de sous-emploi grave et permanent ou d'un développement économique insuffisant* » ; Décret n° 55-879 du 30 juin 1955 d'allègements fiscaux, en faveur de l'expansion économique régionale, aux entreprises qui procèdent à des transferts ou créations d'établissements industriels, JORF du 2 juillet 1955 p. 6641 : il permet aux collectivités d'accorder des allègements aux entreprises qui s'installent dans certaines zones.

[4] Art. 2, Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, préc. : il s'agit de « *territoires urbains destructurés ou très dégradés cumulant des handicaps économiques et sociaux* ».

[5] Pour une chronologie, voir J. DAVID, « Politique de la ville : chronologie », *Revue française des affaires sociales*, n°3, 2001/3, pp. 15-22.

[6] Pour délimiter ces territoires, on retiendra l'existence de l'Indice synthétique d'exclusion (« ISE »), apparu dans les années 1990, chargé de déterminé le degré d'exclusion selon des critères proches des indices extérieurs des zones d'éducation prioritaires : la proportion de jeunes de moins de 25 ans, de chômeurs de longue durée et le taux d'étrangers, remplacé, dans l'ISE, par le taux de personnes sans diplôme. Il a permis d'opérer une hiérarchie entre ces trois zones à laquelle était appliquée une hiérarchie de régimes plus ou moins favorables.

[7] La loi de programmation pour la ville et la cohésion urbaine du 21 février 2014 prévoit, dans son article 5, les modalités de réforme de la géographie prioritaire de la politique de la ville. Celles-ci sont détaillées, pour la métropole, dans le décret n° 2014-767 du 3 juillet 2014 relatif à la liste nationale des quartiers prioritaires de la politique de la ville et à ses modalités particulières de détermination dans les départements métropolitains (JORF n° 0154 du 5 juillet 2014 p. 11183) et, pour les territoires ultra-marins, dans le décret n° 2014-1575 du 22 décembre

appliqués sont des avantages fiscaux : exemptions de fiscalité locale[1], de fiscalité nationale[2] et de cotisations de sécurité sociale[3]. Avec la loi de 2014, seule l'exonération de cotisation foncière des entreprises est maintenue. S'y ajoute une exonération de charges sociales pour les personnes physiques créatrices d'entreprise[4]. Par ailleurs, depuis 2003, ces quartiers prioritaires font l'objet d'un programme national de rénovation urbaine qui « *vise à [les] restructurer, dans un objectif de mixité sociale et de développement urbain* »[5]. Enfin, ce zonage est également pris en compte pour l'éligibilité à la dotation de développement urbain[6] et agit comme facteur de majoration pour la dotation de solidarité urbaine et de cohésion sociale[7].

849. La seconde grande catégorie de territoires zonés regroupe les territoires ruraux. Ils font l'objet de régimes dérogatoires depuis 1960 avec la création des « *zones d'action rurale* » caractérisée par « *leur sous-aménagement, leur surpeuplement ou leur sous-peuplement et par l'exode des populations rurales* »[8]. La LOADDT se réfère aux « *territoires ruraux de développement prioritaire* »[9] qui reprennent la même définition que les « *zones de revitalisation rurale* »[10]. Les communes classées doivent appartenir à un EPCI à fiscalité propre, avoir une faible densité de population, et satisfaire à l'un des trois critères socio-économiques suivants[11] : un déclin de la population, un déclin de la population active, et une forte proportion d'emplois agricoles. Elles ont été redynamisée en 2005[12]. Les entreprises créées ou reprises dans ces territoires avant le 31 décembre 2014 peuvent bénéficier d'une exonération d'impôt sur les

2014 relatif aux modalités de détermination des quartiers prioritaires de la politique de la ville particulières aux départements d'outre-mer, à Saint-Martin et à la Polynésie française (JORF n° 0297 du 24 décembre 2014 p. 22179).

[1] Art. 1466 A, I, Code général des impôts : exemption de cotisation foncière des entreprises ; ibid., art. 1383 B, et 1383 C : exemption de la taxe foncière sur les propriétés bâties.

[2] Ibid., art. 44 *sexies*, et 44 *octies* : exemption d'impôt sur le revenu ou sur les sociétés dans les zones franches urbaines.

[3] Art. L. 5141-1, Code du travail.

[4] Ibid.

[5] Art. 6, Loi n° 2003-710 du 1er août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, JORF n°177 du 2 août 2003 p. 13281. Voir infra, n° 1155 et s.

[6] Art. L. 2334-40, CGCT.

[7] Ibid., art. L. 2334-18-2.

[8] Art. 20, Loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole, JORF du 7 août 1960 p. 7360. Ces zones bénéficient d'une priorité dans les investissements publics.

[9] Art. 42, Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, préc.

[10] Art. 1465 A, Code général des impôts.

[11] Voir, Décret n° 2013-548 du 26 juin 2013 pris pour l'application du II de l'article 1465 A du code général des impôts relatifs aux zones de revitalisation rurale, JORF n°0148 du 28 juin 2013 p. 10716.

[12] Voir, M. SOUSSE, « Les aides régionales aux entreprises dans les zones rurales. L'apport de la loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux », *AJDA*, 2005, p. 2051.

bénéfices pendant cinq ans[1] ainsi que d'autres exonérations avec l'accord des organismes concernés[2].

850. En dehors de ces deux grandes catégories de territoires zonés dans le cadre de la politique d'aménagement du territoire, on recense d'autres espaces particuliers visés par la LOADDT. On y trouve les « *zones d'aménagement du territoire […] caractérisée notamment par leur faible niveau de développement économique et par l'insuffisance du tissu industriel ou tertiaire* »[3]. Elles peuvent bénéficier des aides à finalité régionale autorisées par le droit de l'Union européenne. L'article 42 de la LOADDT vise également les « *bassins d'emploi à redynamiser* » qui souffrent d'un taux de chômage important, d'une décroissance démographique, et de nombreuses pertes d'emploi. Pour finir, il existe également des zones de restructuration de la défense caractérisées par la perte d'au moins cinquante emplois directs dans ce secteur du fait de la réorganisation des unités militaires sur le territoire.

851. Plusieurs remarques peuvent être faites sur ces territoires visés par la politique d'aménagement. Tout d'abord, ils ne sont pas les seuls : en effet, Jean-Philippe BROUANT citent également les territoires dit « *polarisés* » qui connaissent un développement important et sur lesquels il convient de s'appuyer afin d'espérer des effets d'entrainement, et les territoires de l'intercommunalité qui font désormais partie du projet global d'aménagement du territoire[4]. Ensuite, il convient de noter que, si elle en est la figure, la politique d'aménagement du territoire n'est pas la seule à employer la technique du zonage : on peut citer à cet égard la politique de sécurité intérieure avec les zone de sécurité prioritaire ou l'éducation nationale avec les fameuses zones d'éducation prioritaire, devenues réseaux d'éducation prioritaire. La sémantique est ici importante car d'une part elle reflète les critères utilisés et d'autre part elle peut être la source de préjugés à l'égard des territoires « zonés »[5]. Ce faisant, la technique du zonage présente un double risque de discrimination : à l'égard des habitants, par la stigmatisation, et à l'égard des non-bénéficiaires, par la différence de traitement. Au plan juridique, le principe d'égalité a été invoqué pour contester l'établissement de ces zones d'action administrative.

---

[1] Art. 44 *quindecies*, Code général des impôts.

[2] Avec l'accord des collectivités territoriales et des EPCI à fiscalité propre : contribution foncière des entreprises (art. 1464 B, et 1464 C, Code général des impôts), contribution sur la valeur ajoutée des entreprises (ibid., art. 1586 *nonies*), taxe foncière sur les propriétés non bâties (ibid., art. 1383 A et 1464 C). Avec l'accord des organismes consulaires : taxes pour frais de chambres de commerce et de l'industrie et taxes pour frais de chambres de métiers et de l'artisanat (ibid., art. 1602 A).

[3] Art. 42, Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, préc.

[4] J.-P. BROUANT, *Droit de la cohésion territoriale*, op. cit., pp. 119-125.

[5] Voir infra, n° 938-940 ; 1156.

2) Le contentieux de l'instauration des zones d'action administrative

852. La logique de la « géographie prioritaire » adoptée par la politique d'aménagement du territoire met en corrélation deux conceptions de l'espace, le territoire administratif et la spécificité locale[1]. Il s'agit d'une approche fonctionnelle du découpage du territoire où les régimes administratifs particuliers qui s'y appliquent sont fonction des critères de spécificité retenus. Ainsi, la détermination de ces zones est soumise à une double problématique juridique : la question de l'autorité compétente pour les déterminer et celle des critères utilisés pour les déterminer. Elles se posent différemment selon que l'on se situe au niveau du juge constitutionnel ou du juge administratif.

853. **Contentieux constitutionnel.** Avant sa décision fondatrice n° 94-358 DC du 26 janvier 1995 sur la LOADDT, le Conseil constitutionnel avait eu à se prononcer sur l'adéquation des régimes particuliers en Ile-de-France au regard de la spécificité de la situation dans cette région. Que ce soit pour la taxe annuelle sur les locaux à usage de bureaux[2] ou, plus tard, sur la détermination d'un seuil spécifique, de 1500 habitants au lieu de 3500, pour l'obligation des communes de disposer d'au moins 20 % logements sociaux[3], le Conseil constitutionnel considère que le législateur a fait appel à des critères « *objectifs et rationnels* » en lien avec la situation particulière de la région, et que les mesures qu'il envisage sont susceptibles de remplir

---

[1] Sur ce point voir, A. DESROSIERES, « Le territoire et la localité. Deux langages statistiques », *Politix*, n° 25, 1994, pp. 46-58, cité par P. ESTEBE, « Instruments et fondements de la géographie prioritaire de la politique de la ville (1982-1996) », *Revue française des affaires sociales*, n° 3, 2001/3, pp. 23-38.

[2] A propos de l'institution d'une taxe annuelle sur les locaux à usage de bureaux de la région Ile-de-France, il juge que le respect du principe d'égalité en matière fiscale implique que le législateur, lorsqu'il établit une imposition, fonde « *son appréciation sur des critères objectifs et rationnels* ». En l'espèce, il rappelle la « *volonté des pouvoirs publics d'engager dans cette région un programme d'investissement visant à corriger les déséquilibres les plus graves qu'elle connaît en matière d'accès de nombre de ses habitants à des logements locatifs, d'éloignement entre leur lieu de travail et leur lieu d'habitation et de saturation des infrastructures de transport ; que le taux de la taxe est modulé selon trois zones afin de contribuer à orienter les nouvelles implantations ; [et] que le […] dispositif [est] propre à la région Ile-de-France, où se posent avec une acuité particulière des difficultés spécifiques* » ; cf. Cons. const., 29 décembre 1989, n° 89-270 DC, cons. 4 et 5. On retrouve une jurisprudence identique s'agissant d'une système dérogatoire d'admissibilité à l'IEP de Paris dont il revient au conseil de direction, par dérogation aux dispositions du troisième alinéa de l'article L. 612-3, d'en déterminer les modalités ; cf. Cons. const., 11 juillet 2001, n° 2001−450 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, cons. 33.

[3] Le Conseil constitutionnel a validé le dispositif de l'article 55 de la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains abaissant le seuil à partir duquel l'obligation de construire 20 % de logements sociaux doit être respectée à 1500 habitants, alors que le seuil retenu pour les autres régions est de 3 500 habitants. Pour cela, il indique d'une part que les objectifs du dispositif consistent à « *favoriser un développement équilibré du logement social, et de la nature même de l'obligation instituée, le législateur a pu placer en dehors du champ d'application de cet article les communes non urbanisées, les communes isolées, ainsi que les petites communes* », et d'autre part que « *la région Ile-de-France est particulièrement urbanisée* » ; cf. Cons. const., 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC, Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains, cons. 41 et 42.

les objectifs que la loi sur l'aménagement du territoire leur a assignés. Par la suite, il sera saisi de plusieurs articles de la LOADT qui auraient pu méconnaître les principes d'égalité et/ou la compétence du législateur. Le Conseil constitutionnel va valider tous les dispositifs prévus.

854. Tout d'abord, il confirme l'instauration des directives territoriale, actes administratifs applicables à des zones particulières définies par décret[1].

855. Ensuite, concernant « *les conditions dans lesquelles il est procédé par l'État au contrôle des décisions de réorganisation et de suppression des services aux usagers par les établissements et organismes publics ainsi que par les entreprises nationales sous tutelle chargés d'un service public* »[2], notamment dans les zones prioritaires de développement du territoire, il rappelle qu'une telle mesure constitue précisément une nouvelle garantie « *de mise en œuvre du principe de continuité des services publics* »[3]. « *La loi précise que doivent être pris en compte par les organismes concernés, pour l'égal accès de tous au service public, des objectifs "d'aménagement du territoire et de services rendus aux usagers" fixés dans des contrats de plan ou des contrats de service public conclus à cet effet* »[4]. Ces contrats, qui s'appliquent à « *des zones prioritaires de développement […] définies par l'article 42 de la loi, [dont la] détermination [est] destinée à tenir compte de situations spécifiques* »[5], doivent se conformer aux objectifs fixés par la loi. « *Dès lors, en renvoyant à un décret en Conseil d'État la fixation de critères propres à ces zones, le législateur n'a méconnu ni le principe d'égalité ni sa propre compétence* »[6].

856. L'article 42 de la LOADT institue un régime d'avantages fiscaux pour les ZUS, ZFU, et ZRU. A cet égard, les parlementaires faisaient valoir « *qu'en ne définissant pas avec suffisamment de précision ces zones prioritaires, le législateur [avait] non seulement méconnu sa compétence mais aussi le principe d'égalité devant la loi et le principe de libre administration des collectivités locales* »[7]. Après avoir rappelé les différentes dispositions législatives qui définissent ces territoires, le Conseil constitutionnel en a conclu d'une part que « *le législateur pouvait renvoyer au pouvoir réglementaire la délimitation du périmètre de ces zones prioritaires sans méconnaître sa compétence* »[8] et d'autre part « *que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures*

[1] Cons. const., 26 janvier 1995, n° 94-358 DC, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, cons. 4, 5 et 6. Voir infra, n° 879 et s.
[2] Cons. const., 26 janvier 1995, n° 94-358 DC, préc., cons. 16.
[3] Ibid., cons. 17.
[4] Ibid.
[5] Ibid.
[6] Ibid.
[7] Ibid., cons. 31.
[8] Ibid., cons. 33.

d'incitation au développement et à l'aménagement de certaines parties du territoire national dans un but d'intérêt général »[1].

857. Enfin, on retiendra la formule employée par les juges au moment d'analyser la conformité du dispositif d'agrément, par une autorité administrative, des opérations relatives aux locaux servant à des activités professionnelles ne relevant pas de l'État[2]. Il indique non seulement que les décisions que le pouvoir réglementaire envisage d'adopter dans ce cadre « *doivent prendre en compte les orientations définies par la politique d'aménagement et de développement du territoire et par la politique de la ville ainsi que la nécessité d'un équilibre entre les constructions destinées à l'habitation et les activités soumises au régime de l'agrément* »[3], mais surtout « *qu'en prévoyant, dans le cadre de la législation qu'il a édictée relative à l'aménagement et au développement du territoire ainsi que de la législation relative à la politique de la ville, la passation de conventions locales et régionales destinées à tenir compte de la spécificité des situations territoriales, [le législateur] a mis en place une procédure qui loin de méconnaître le principe d'égalité constitue un moyen d'en assurer la mise en œuvre* »[4]. Ainsi, pour la première fois, le Conseil constitutionnel admet que la parcellisation du droit et, partant, la multiplication des régimes juridiques différenciés, contribuent à la mise en œuvre de l'exigence d'égalité[5].

858. **Contentieux administratif.** Dès lors que la délimitation d'une zone a pour effet d'octroyer des avantages aux administrés qui y résident, ceux qui n'en sont pas les bénéficiaires risquent d'en demander la suppression ou l'extension afin de rétablir l'égalité. Ils ciblent alors l'application des critères de délimitation par l'autorité administrative compétente.

859. Dans l'affaire *Association des travailleurs indépendants du Denaisis*[6], les requérants s'étaient vu refuser leur demande d'extension au centre-ville de Denain de la zone franche urbaine de Denain et de Douchy-les-Mine, définie à l'annexe 4 du décret du 19 décembre 2006 portant délimitation des zones franches urbaines créées en application de la loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances. Le juge rejette leur demande d'annulation de la décision de refus du Premier ministre, quand bien même une telle extension favoriserait le développement économique et l'emploi dans le secteur. Il ajoute que le fait que certains immeubles du centre-

[1] Ibid., cons. 34.
[2] Art. 41, Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, préc.
[3] Cons. const., 26 janvier 1995, n° 94-358 DC, préc., cons. 29.
[4] Ibid.
[5] Il ajoute que la détermination de ces zones et des opérations y afférentes ne peut se faire que par des appréciations concrètes, ce qui n'est pas sans rappeler l'appréciation *in concreto* de la non-discrimination par les juges européens ; cf. ibid. Sur l'appréciation *in concreto* voir supra, n° 295 et s.
[6] CE, 10 janvier 2011, n° 325716.

ville y soient inclus « *n'a pas pour effet d'induire une discrimination au regard des commerces de la rue de Villars, dès lors en tout état de cause qu'il n'est pas établi que les bénéficiaires concernés exerceraient des activités identiques à l'intérieur d'une même zone de chalandise* »[1]. « *Par suite, le moyen tiré de ce que, faute d'avoir inclus le centre-ville de Denain, la délimitation de la zone franche urbaine retenue dans l'annexe 4 du décret du 19 décembre 2006 créerait une discrimination au regard des objectifs de la loi mentionnée ci-dessus, ne peut qu'être écarté* »[2]. Partant, il n'écarte pas la possibilité d'annuler une telle délimitation pour discrimination – sur la base du principe d'égalité – si tous les éléments sont rassemblés.

860. Dans une espèce relative au système de voies d'accès dérogatoire à l'Institut d'études politiques, l'Union nationale inter-universitaire entendait prouver l'exclusion de fait des établissements d'enseignement privé du système de partenariat privilégié mis en place par l'établissement parisien. Le juge ne lui a pas donné raison[3] estimant que rien ne permettait de déduire des critères objectifs de la qualité de ZEP que les établissements d'enseignement privé en seraient systématiquement exclus, ou alors à admettre qu'ils discriminent eux-mêmes les étrangers, les non francophones, ou les boursiers[4]. Dans cette affaire, il est intéressant de noter que les critères ne sont pas directement déterminés par la loi mais par le conseil de direction de l'établissement. Le Conseil constitutionnel n'a pas censuré cette dérogation accordée à l'IEP de Paris considérant qu'il revient au juge administratif de vérifier que les modalités ainsi fixées reposent sur « *des critères objectifs de nature à garantir le respect de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction* »[5]. Dans sa décision sur la LOADT, le Conseil constitutionnel avait déjà précisé que le pouvoir réglementaire, sous le contrôle du juge administratif, peut disposer du *« soin de déterminer, dans le respect de [la législation], les zones et opérations concernées en fonction des appréciations concrètes que requiert une telle détermination* »[6].

---

[1] Ibid.
[2] Ibid.
[3] CAA Paris, formation plénière, 6 novembre 2003, n° 02PA02821.
[4] Les critères internes à l'établissement sont compris à l'annexe de la circulaire n° 81-536 du 28 décembre 1981. Le juge considère que si l'établissement privé n'obtient pas une convention de partenariat c'est bien parce qu'il n'accueille pas d'élèves ayant les caractéristiques requises.
[5] Cons. const., 11 juillet 2001, n° 2001−450 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, cons. 33 : « *considérant que, s'il est loisible au législateur de déroger aux dispositions du troisième alinéa de l'article L. 612-3 du code de l'éducation en vue de permettre la diversification de l'accès des élèves du second degré aux formations dispensées par l'Institut d'études politiques de Paris, c'est à la condition que les modalités particulières que fixera à cette fin, sous le contrôle du juge de la légalité, le conseil de direction de l'Institut, reposent sur des critères objectifs de nature à garantir le respect de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction ; que, sous cette réserve, l'article 14 est conforme à la Constitution* ».
[6] Cons. const., 26 janvier 1995, n° 94-358 DC, préc., cons. 26

861. De manière générale, en droit de l'urbanisme, où la délimitation géographique relève de l'essence même de la matière, l'invocation du principe d'égalité ne donne que rarement satisfaction aux requérants qui désirent la contester. Depuis 1934[1], le Conseil d'État admet, malgré le principe d'égalité, la division d'un territoire en zones comportant des servitudes variables. Il réitère régulièrement dans un considérant de principe, la formule selon laquelle « *il est de la nature de toute réglementation d'urbanisme de distinguer des zones où les possibilités de construire sont différentes, ainsi que des zones inconstructibles ; que, dès lors que cette délimitation ne repose pas, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, sur une appréciation manifestement erronée, elle ne porte pas d'atteinte illégale au principe d'égalité des citoyens devant la loi* »[2]. Cette réalité se manifeste lorsque le juge considère que l'octroi ou le refus du permis de construire ne s'apprécie pas au regard des décisions prises à propos de terrains voisins ou de projets semblables dans la même zone ou la même commune[3]. Dans une matière où chaque situation est unique, il devient également impossible d'invoquer la règle du précédent administratif pour faire valoir l'application identique d'un traitement déjà accordé à un autre administré[4]. Au surplus, on notera que la maintien de droits acquis du fait d'un changement de régime dans ces zones ne saurait être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité dès lors qu'un tel changement est justifié par un motif d'intérêt général[5]. Le juge administratif tire la même conclusion au regard d'une éventuelle violation du droit de propriété tel qu'il est protégé par l'article 1er du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[6].

862. Le juge administratif porte un regard plutôt bienveillant sur les dispositifs d'aménagement du territoire, à l'instar du Conseil constitutionnel. Les orientations et les

[1] CE, 3 février 1934, « Laine », S., 1935.3, p. 9, note LAROQUE.

[2] CE, 3 novembre 1982, « Mademoiselle Bonnaire e. a. », Rec. Lebon p. 363, n° 30396, 30419 et 30459.

[3] CE 24 février 1978, « Min. Équipement c. Charrière », Rec. Lebon p. 106 ; CE, Sect., 1er décembre 1978, « Consorts Dory », Rec. Lebon p. 487.

[4] Voir, S. HOURSON, « Quand le principe d'égalité limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire : le précédent administratif », *RFDA*, 2013.

[5] CE, 1ère chambre jugeant seule, Rejet de l'admission du pourvoi en cassation, 26 juin 2017, n° 406878, cons. 5 : la mesure « *ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations* ». Voir aussi, CE, 10 novembre 2010, req n° 327850, « Société ST informatique », Inédit : « *considérant, d'autre part, qu'eu égard aux objectifs qu'elles poursuivaient, consistant à concentrer l'effet des exonérations de cotisations sociales sur les salariés les moins qualifiés et à réduire le coût de ce dispositif dérogatoire pour les finances publiques, le moyen tiré de ce que les dispositions contestées de l'article 190 de la loi de finances pour 2009 affecteraient une situation légalement acquise dans des conditions contraires à la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ou aux autres principes constitutionnels invoqués par les sociétés requérantes ne présente pas un caractère sérieux* ». Le juge administratif tire la même conclusion au regard d'une éventuelle violation du droit de propriété tel qu'il est protégé par l'article 1er du protocole additionnel n° 1 à la CSDH.

[6] CE, 27 juillet 2012, req. n° 327850, « Société ST informatique », T.

dispositifs que le législateur instaure, non seulement ne méconnaissent en rien le principe d'égalité mais sont même de nature à participer à la mise en œuvre de ce principe[1]. Sur le plan juridique, l'intérêt de cette politique réside principalement sur l'adéquation entre les objectifs et les modalités employées pour y parvenir ; les résultats sont laissés à l'appréciation des pouvoirs publics[2]. Dans une matière qui induit une approche transversale et globale, pour laquelle le législateur ne fixe que des orientations[3], il est nécessaire d'employer des outils de coopération associés à une logique de solidarité entre les différents acteurs afin que ceux-ci mettent à profit leurs compétences respectives en vue de tendre vers un objectif commun.

B) La mise en œuvre de la coopération avec l'Etat

863. La politique aménagement du territoire se caractérise par la détermination au niveau législatif d'objectifs transversaux dont la mise en œuvre requière une action concertée des acteurs des territoires. « *C'est l'objet des schémas et des plans dont l'élaboration est prévue à divers niveaux géographiques sous la responsabilité de l'Etat, ou de celle des collectivités territoriales et de leurs groupements* »[4]. Ces documents d'aménagement du territoire coordonnent une action commune entre les différents échelons de la décentralisation et les services de l'Etat dans l'exercice de leurs compétences respectives (1). L'autre particularité de ces documents réside dans le fait que certains d'entre eux sont propres à des territoires hors du champ de la décentralisation (2).

1) Les documents applicables aux territoires de la décentralisation

864. L'aménagement du territoire, comme d'autres politiques, emploie des documents permettant de fixer des orientations au niveau national dans des documents administratifs qui trouveront leur mise en application au niveau local. La concertation est de rigueur dans le

[1] Cons. const., 26 janvier 1995, n° 94-358 DC, préc., cons. 29.
[2] Pour une approche critique des différents zonages établis, voir D. BEHAR, « Les inégalités territoriales sont-elles solubles dans le zonage ? D'une géographie prioritaire à une géographie stratégique différenciée », in E. LAURENT (sous la direction de), *Vers l'égalité des territoires. Dynamiques, mesures, politiques*, Rapport au ministre de l'égalité des territoires et du logement, La documentation française, février 2013, pp. 398-412.
[3] Sur le caractère normatif de la Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, voir J.-P. BROUANT, *Droit de la cohésion territoriale*, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 47.
[4] Ibid., p. 49.

processus. Toutefois, ces outils qui ont tendance à se multiplier ne disposent pas de la même portée juridique.

865. **La multiplication des documents de coopération[1].** Dans la relation de coopération qu'elle instaure, la politique d'aménagement du territoire sous-tend « *un état d'esprit égalitaire et consensuel […], l'alliance en vue de la réalisation d'un objectif commun, la solidarité entre les partenaires* »[2]. Le procédé du contrat apparaît ici comme le procédé le plus adapté pour remplir les objectifs de cohésion territoriale qu'elle se fixe. Pendant tout le XIXe et la première partie du XXe siècle, l'utilisation d'un tel outil était exclue des processus de décision de l'administration publique[3]. L'essor du « concept contractuel » dans le droit administratif a réellement débuté avec l'économie contractuelle[4] (1960-1982) qui « *se traduit, dans le cadre de la planification, par l'apparition des quasi-contrats du XIVe Plan (1962-1965), des "conventions de plan" du Ve Plan (1966-1970) et de la pérennisation des contrats de plan opérée par la loi du 29 juillet 1982 sur la planification* »[5]. La deuxième phase de la contractualisation est celle de l'administration territoriale (1982-1992). Elle débute avec les lois du 2 mars 1982 et du 7 janvier 1983 qui développent « *les conventions de mise à disposition de services, la coopération contractuelle entre collectivités locales (art. L. 5111-1 du code général des collectivités territoriales, loi du 7 janvier 1983). Les contrats de plan Etat-régions du IXe Plan (1984-1988) deviennent l'élément fondateur de la planification. La loi du 13 juillet 1991 institue les contrats de ville ("partenariat encadré" en matière de programmes locaux d'habitat)* »[6]. La dernière période identifiée par Laurent RICHER en 2003 est celle du « *tout contractuel* » (1992-2002) caractérisée par deux phénomènes : la place prise par le contrat dans le cadre des services publics et le développement, par mimétisme avec les techniques de gestion

[1] Pour un panorama assez complet mais non exhaustif des outils de coopération et de planification sur un territoire limité aux aspects économique, social et environnemental, voir Etude d'impact, Projet de loi de programmation relatif à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 août 2016, 2 août 2016, NOR : OMEX1617132L/Bleue-1.

[2] R. DENOIX de SAINT-MARC, « La question de l'administration contractuelle », *AJDA*, 2003, p. 970.

[3] Le premier grand rapport commandé par le gouvernement sous la Ve République, en 1959, le rapport « Armand-Rueff », propose de très nombreuses réformes, sauf en ce qui concerne l'action administrative où il ne formule qu'une proposition : renforcer les moyens de fonctionnement de l'administration et déconcentrer. Pas un mot n'y figure sur l'utilisation du procédé contractuel comme moyen pour renforcer l'efficacité de l'action de l'Etat.

[4] M. VASSEUR, « Un nouvel essor du concept contractuel : les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle », *RTD civ.*, 1964, p. 5.

[5] L. RICHER, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA*, 2003, p. 973. La contractualisation marque également le régime des prix institué par l'ordonnance du 30 juin 1945 qui sera aménagé à partir de 1966 par le développement d'un « *régime conventionnel des prix* ».

[6] Ibid. Voir aussi, Loi n° 83-1186 du 29 décembre 1983 portant modification de dispositions relatives aux relations financières et aux transferts de compétences entre l'Etat et les collectivités locales, JORF du 31 décembre 1983 p. 3887.

privée, des contrat d'objectifs[1]. C'est à cette époque que ce sont mis en place les dispositifs de coopération spécifiques à la politique d'aménagement du territoire.

866. Au niveau national, après l'échec de l'élaboration du schéma national d'aménagement et de développement du territoire (SNADT) institué par la LOADT, la LOADDT du 25 juin 1999 lui substitue les schémas de services collectifs dont l'objet est de mettre en œuvre les choix stratégiques du législateur[2] à savoir : l'enseignement supérieur et la recherche, la culture, la santé, l'information et la communication, les transports de voyageurs et de marchandises, l'énergie, les espaces naturels et ruraux et le sport[3]. Elaboré pour une période de vingt ans, après une très large concertation, ils définissent les objectifs des interventions publiques et les moyens de les réaliser.

867. Au niveau régional, ces lois ont institué les schémas régionaux d'aménagement et de développement du territoire (SRADT)[4] qui établissent les orientations, à moyen terme, du développement durable du territoire régional, notamment en ce qui concerne la localisation des grands équipements, des infrastructures et des services d'intérêt général[5]. Ils font l'objet d'une élaboration concertée entre les différents acteurs du territoire, Etat y compris. D'autres schémas au régime spécial, assimilés à des documents d'urbanisme et donc opposables, sont prévus par le législateur : le schéma directeur de la région Ile-de-France[6], les schémas des régions d'outre-mer et celui de la Corse[7]. Enfin, d'autres schémas adoptés au niveau régional ont aussi des conséquences sur l'aménagement du territoire : le schéma régional de cohérence écologique[8] ou encore le schéma directeur régional de l'accessibilité[9].

---

[1] Si ce n'est pas totalement nouveau (par ex., S. NORA, *Sur les entreprises publiques*, Rapport au Premier min. fait au nom du Groupe de travail du comité interministériel des entreprises publiques, avril 1967 ; Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, JORF du 27 janvier 1984 p. 441), c'est surtout à partir des années 1990 que la méthode est systématisée, en matière d'organisation administrative (apparition en 1996 du contrat de service entre l'administration centrale et les services déconcentrés), et en matière de relations entre l'administration de l'Etat et les entités publiques et privées (contrats d'objectifs GDF/Etat 1991-1993 ; contrats Etat/fédérations prévus par la loi du 13 juillet 1992 sur le sport ; contrats d'objectifs Etat/organismes de sécurité sociale, Etat/agences régionales hospitalières prévus par l'ordonnance du 24 avril 1996).

[2] Art. 2, Loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire, JORF n° 148 du 29 juin 1999 p. 9515.

[3] Décret n° 2002-560 du 18 avril 2002 approuvant les schémas de services collectifs, JORF n° 96 du 24 avril 2002 p. 7316. Voir Y. JEGOUZO, « Les schémas de services collectifs », *AJDA*, 2002, p. 683. L'ordonnance du 8 juin 2005 a allégé les procédures d'adoption et de révision de ces schémas et a supprimé les seuls schémas contraignants : les schémas multimodaux de services collectifs des transports.

[4] Voir, Cir. du 18 décembre 2000 relative au volet territorial des contrats de plan Etat-région.

[5] Art. L. 4251-1, CGCT.

[6] Art. L. 141-1 et s., Code de l'urbanisme.

[7] Art. L. 4433-7, CGCT.

[8] Art. L. 371-3, Code de l'environnement.

[9] Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF n° 36 du 12 février 2005 p. 2353. L'ordonnance n° 2014-1090 du 26 septembre 2014 nomme les régions comme cheffes de file de l'élaboration des SDAP dédiés aux services de transports publics

868. Au niveau départemental, si la loi ne prévoit pas de document spécifique, certains conseils généraux ont pris l'initiative d'élaborer des schémas départementaux d'aménagement du territoire qui peuvent conditionner l'action du département en matière d'aides versées aux collectivités territoriales notamment.

869. Enfin, au niveau communal et intercommunal, l'article 23 de la loi du 25 juin 1999 institue les « *projets d'agglomération* » qui déterminent d'une part les orientations de l'agglomération dans l'exercice de ses compétences[1] et d'autre part « *les mesures permettant de [les] mettre en œuvre* ». Entièrement décentralisés dans la procédure, ils n'ont pas de portée contraignante mais servent de cadre aux contrats d'agglomération conclus entre l'intercommunalité, la région et l'Etat[2].

870. Avant leur suppression par la loi du 16 décembre 2000, le législateur de 1999 avait instauré les chartes de développement des « pays », que le projet d'aménagement et de développement durable du schéma de cohérence territoriale devait prendre en compte, et qui servaient de cadre à la conclusion des contrats de « pays » conclus notamment avec l'Etat.

871. Citons encore, les schémas de cohérence territoriale (SCOT), créés par la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, qui sont des documents locaux de planification stratégique définissant les orientations de l'aménagement du territoire à l'échelle de l'agglomération. Bien qu'il s'agisse de documents d'urbanisme, ils doivent aussi comporter un projet d'aménagement et de développement durable. Ils assurent « *la cohérence de l'ensemble des politiques d'urbanisme communales et des politiques sectorielles dans les domaines des déplacements, de l'habitat et des implantations commerciales* »[3].

872. Laurent RICHER constatait, en 2003, que « *la multiplication des contrats crée la confusion. Il en est fréquemment ainsi des partenariats contractuels en matière locale* ». Quinze années plus tard, la situation n'a guère changé. L'articulation de ces contrats devrait permettre d'y voir plus clair.

873. **La portée juridique des documents de coopération.** La portée juridique des documents de coopération s'analyse d'abord en fonction de leur caractère contraignant et ensuite en fonction de leur rapport de compatibilité les uns par rapport aux autres.

---

régionaux ferroviaires et routiers et définit les délais de réalisation des opérations. A ce titre, la région a la responsabilité du « *pilotage et de la coordination de l'élaboration du SDAP régional et de sa mise en œuvre* ».

[1] Il s'agit du développement économique et de la cohésion sociale, de l'aménagement et de l'urbanisme, des transports et du logement, de la politique de la ville, ainsi que de la politique de l'envirionnement et de gestion des ressources.

[2] Cir. interministérielle du 7 juin 2001 relative à la mise en oeuvre des contrats d'agglomération.

[3] J.-P. BROUANT, *Droit de la cohésion territoriale*, op. cit., p. 53.

874. Sur le caractère contraignant, il convient de distinguer les documents ne présentant que des orientations, des contrats conclus en vue de leur mise en application. Pour les premiers, la jurisprudence a confirmé leur caractère non prescriptif que ce soit les contrats de plan Etat-Région[1], les schémas de services collectifs (SSC)[2], les schémas nationaux et régionaux d'aménagement et de développement du territoire (SRADT) ou encore les projets d'agglomération[3], et les chartes de pays. Par exception, le schéma directeur de la région Ile-de-France[4], les schémas des régions d'outre-mer et de la Corse[5] ainsi que les SCOT[6] disposent d'une portée juridique contraignante. Assimilable à des documents d'urbanisme, ils sont opposables aux tiers comme aux cocontractants. Pour les contrats de mise en œuvre de ces documents d'orientation, leurs conséquences juridiques sont bien réelles pour les cocontractants de sorte qu'ils peuvent invoquer la responsabilité contractuelle en cas de non-respect des obligations par l'une des parties signataires. C'est le cas pour les contrats particuliers des contrats de plan[7], les contrats d'agglomération chargés de mettre en œuvre le projet d'agglomération,[8] ou encore pour les contrats de pays censés mettre en œuvre les chartes de pays.

875. Pour ce qui concerne l'articulation des différents outils de coopération, une hiérarchie s'impose selon des rapports de compatibilité – et non de conformité[9] – entre eux[10]. A cet égard, le Conseil constitutionnel précise que la simple obligation de compatibilité des documents d'urbanismes vis-à-vis des schémas de cohérence territoriale n'est pas de nature à porter atteinte

---

[1] CE, 25 octobre 1996, « Association Estuaire-Ecologie », Rec. p. 416 : « *le contrat de plan n'emporte, par lui-même, aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou opérations qu'il prévoit* ».

[2] J.-P. BROUANT, *Droit de la cohésion territoriale*, op. cit., p. 50 : « *il faut bien avouer que, faute de portée juridique, ces documents sont très largement tombés dans l'oubli* » ; voir aussi, J.-M. PONTIER, « Faut-il oublier les schémas de services collectifs », *AJDA*, 2005, p. 1705.

[3] CAA Bordeaux, 2e chambre, 16 juillet 2013, n° 12BX01432, cons. 6 : « *le projet d'agglomération, qui ne fixe que des orientations et prévoit leur concrétisation par des conventions ultérieures, constitue une simple déclaration sans portée juridique* ».

[4] Art. L. 141-1 et s., Code de l'urbanisme.

[5] Art. L. 4433-7, CGCT.

[6] Leurs orientations sont directement opposables à certaines opérations d'aménagement (zones d'aménagement concerté, lotissements, permis de plus de 5000 m²). La loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010 (JORF n° 0160 du 13 juillet 2010 p. 12905) renforce la portée des SCOT, incite très fortement à leur adoption, et le rend obligatoire dans les territoires qui veulent s'ouvrir à l'urbanisation.

[7] CE, 21 décembre 2007, n° 293260, « Région du Limousin » ; CE, 7 mars 2008, n° 290259, « Ministre de l'écologie et du développement durable ».

[8] CAA Bordeaux, 16 juillet 2013, n° 12BX01432, cons. 6 : « *les contrats particuliers que constituent les contrats d'agglomération conclus pour la mise en oeuvre du projet d'agglomération présentent […], le caractère de contrat susceptible de mettre en jeu la responsabilité contractuelle des contractants* ».

[9] Sans toutefois que la distinction soit très claire ; cf. CE, 18 décembre 2017, req. n° 395216 : le Conseil d'Etat apporte un éclairage sur le rapport de compatibilité SCOT/PLU ainsi que sur le contrôle du juge en la matière ; CE, 10 juin 1998, « SA Leroy Merlin », *BJDU*, n° 4, 1998, p. 242, concl. H. SAVOIE.

[10] Voir par ex., J.-M. PONTIER, « Les schémas de services collectifs et l'ordonnancement juridique », *Revue de la recherche juridique*, 2002, n° 4, p. 1693.

à la libre administration des collectivités[1]. Cette obligation de compatibilité s'applique de la loi vers les contrats et schémas d'orientations adoptés par l'échelon compétent[2], des contrats et schémas d'un échelon supérieur vers les contrats et schémas d'orientations d'un niveau inférieur[3], et du contrat ou schéma d'orientations vers les conventions ou les mesures chargées de leur application[4]. Dès lors, « *une relation d'autorité normative peut très bien naître entre les décisions prises en amont par la collectivité chef[fe]-de-file pour l'organisation des actions communes et les décisions prises ensuite par les autres collectivités participantes* »[5]. Cette relation d'autorité peut devenir tutélaire lorsque des financements sont en jeu[6]. Ce constat est d'autant plus vrai que la relation implique l'Etat.

876. Si ces documents sont bien qualifiés de contrats administratifs par le Conseil d'Etat[7], la relation n'a rien de contractuelle dans la mesure où l'inégalité, de fait, entre les parties réduit l'autonomie de la volonté des collectivités les plus en difficultés. De surcroît, plusieurs auteurs dénoncent la fréquence des violations par l'Etat des accords qu'il conclut[8]. Ainsi, « *l'histoire*

---

[1] Cons. const., 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC, Loi sur la solidarité et le renouvellement urbains, cons. 7 : « *les schémas de cohérence territoriale ont vocation à déterminer les orientations générales de développement à l'échelle de l'agglomération concernée ; [...] les autres documents d'urbanisme, et en particulier les plans locaux d'urbanisme élaborés par les communes, se voient imposer par l'article L. 122- 1 une simple obligation de compatibilité avec les orientations générales ; [...] une telle obligation n'est pas de nature à porter atteinte à la libre administration des collectivités concernées* ».

[2] CE, 18 décembre 2017, req. n° 395216 : « *à l'exception des cas limitativement prévus par la loi dans lesquels les schémas de cohérence territoriale peuvent contenir des normes prescriptives, ceux-ci doivent se borner à fixer des orientations et des objectifs ; que les plans locaux d'urbanisme sont soumis à une simple obligation de comptabilité avec ces orientations et objectifs ; que si ces derniers peuvent être en partie exprimés sous forme quantitative, il appartient aux auteurs des plans locaux d'urbanisme, […], d'assurer, ainsi qu'il a été dit, non leur conformité aux énonciations des schémas de cohérence territoriale, mais leur compatibilité avec les orientations générales et les objectifs qu'ils définissent ; que, pour apprécier la compatibilité […], il appartient au juge administratif de rechercher, dans le cadre d'une analyse globale le conduisant à se placer à l'échelle de l'ensemble du territoire couvert en prenant en compte l'ensemble des prescriptions du document supérieur, si le plan ne contrarie pas les objectifs qu'impose le schéma, compte tenu des orientations adoptées et de leur degré de précision, sans rechercher l'adéquation du plan à chaque disposition ou objectif particulier* ».

[3] Art. 1er, Loi n° 95-115 du 4 février 1995 prévoit que les SRADT doivent être compatibles avec les SSC. Art. L. 141-1, Code de l'urbanisme, le SDRIF (schéma directeur de la région Ile-de-France) doit prendre en compte les orientations des SSC.

[4] Cons. const., 26 janvier 1995, n° 94-358 DC, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, cons. 17 : « *l'article 29 de la loi précise que doivent être pris en compte par les organismes concernés, pour l'égal accès de tous au service public, des objectifs "d'aménagement du territoire et de services rendus aux usagers" fixés dans des contrats de plan ou des contrats de service public conclus à cet effet* ».

[5] L. TESOKA, *Les rapports entre catégories de collectivités territoriales*, PU Aix-Marseille, 2004, p. 292.

[6] Les contrats de plan et les contrats de ville visent notamment à mieux encadrer les aides publiques. Ce faisant, ils conditionnent l'action publique des candidats à ces aides en déterminant les conditions de leur octroi. Pour Laurent RICHER, « *derrière cette sélectivité se profile souvent l'ombre de l'ancienne "tutelle technique"* » ; cf. L. RICHER, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA*, 2003, p. 973.

[7] A propos des contrats de plan, voir CE, Ass., 8 janvier 1988, « Min. chargé du plan et de l'aménagement du territoire c. Communauté urbaine de Strasbourg », *RFDA*, 1988, p. 25, concl. S. DAEL ; CE, 25 octobre 1996, « Association Estuaire écologie », *AJDA*, 1996, p. 1048 ; *RFDA*, 1997, 339, concl. J. H. STAHL, note Y. MADIOT.

[8] Voir not. L. RICHER, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA*, 2003, p. 973.

[…] a prouvé que l'Etat pouvait reporter d'un an l'application des contrats de plan Etat-région sans que les cocontractants aient leur mot à dire. Et l'inverse est vrai également, c'est-à-dire qu'il arrive qu'une région ne tienne pas les engagements qui avaient été inscrits dans le contrat à un moment donné »[1].

877. La faible portée juridique des documents de coopération entre l'Etat et les collectivités territoriales dans les territoires de la décentralisation ne leur enlève pas tout leur intérêt. A travers la multiplication de ces outils, l'Etat réinvestit les territoires. Il contraint les collectivités à contracter avec lui et conditionne l'attribution des financements au respect des orientations fixées par la loi[2]. On notera, de surcroit, que la grande majorité de ces contrats de coopération disposent aujourd'hui de dispositifs d'évaluation propres qui renforcent le pouvoir de domination de l'Etat dans la relation[3]. Concernant la coopération en dehors des territoires de la décentralisation, les dispositifs également mis en place s'avèrent souvent plus contraignants.

2) Les documents applicables hors des frontières de la décentralisation

878. La coopération entre l'Etat et les collectivités territoriales s'appliquent également en dehors des circonscriptions classiques à des territoires spécifiquement déterminés pour améliorer la cohésion territoriale. Le fait qu'aucune collectivité ne puisse véritablement revendiquer la défense d'un intérêt public local sur ces territoires renforce l'influence de l'Etat et facilite l'adoption de documents contraignants. Quatre documents peuvent être mis en valeur ici : les directives territoriales d'aménagement et de développement durable (DTADD), les contrats de ville, les chartes de parcs nationaux et régionaux, ainsi que les schémas relatifs à la montagne et au littoral.

879. **Les directives territoriales d'aménagement et de développement durable.** Proposées par le Conseil d'Etat en 1992, instituées par la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire (LOADT) du 4 février 1995, les DTADD figurent à l'article L. 111-1-1 du Code de l'urbanisme qui les définit comme des documents qui fixent « *sur*

[1] G. MARCOU, « Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales. Réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs », *AJDA*, 2003, p. 982.

[2] Gérard MARCOU nuance les effets de ces contrats sur les politiques publiques locales mises en œuvre par les collectivités territoriales. Il a pu notamment, avec la Cour des comptes, constater « *que sous couvert des contrats de ville les communes continuent souvent leurs propres politiques plutôt qu'elles n'adhèrent à celles voulues par l'Etat* », cf. Ibid.

[3] Ibid. : « *Les circulaires de 1998 qui préparaient la négociation de ces contrats ont accordé une certaine importance à l'organisation de cette évaluation. Aujourd'hui la nécessité de l'évaluation des résultats des contrats est un point qui me semble acquis. Ce qui est plus compliqué, c'est la méthodologie de l'évaluation. Pour que l'évaluation puisse jouer son rôle cela suppose que les objectifs du contrat soient clairement définis* ».

certaines parties du territoire, les orientations fondamentales de l'Etat en matière d'aménagement et d'équilibre entre les perspectives de développement, de protection et de mise en valeur des territoires » ainsi que les « *principaux objectifs de localisation des grandes infrastructures de transport, des grands équipements et de préservation des espaces naturels, des sites et des paysages* ». Elles peuvent également « *préciser les modalités d'application des dispositions particulières aux zones de montagne et au littoral adaptées aux particularités géographiques locales* ». Le ministère de la cohésion des territoires précise ainsi que les DTADD « *constituent pour l'Etat, dans le respect du principe de libre administration des collectivités locales, l'opportunité d'affirmer ses priorités et d'établir une vision d'ensemble et transversale, sur l'avenir de territoires identifiés comme porteurs d'enjeux nationaux, où se posent des conflits particulièrement aigus entre développement urbain et économique, valorisation d'espaces sensibles et enjeux de déplacements. Elles facilitent, par ailleurs, l'organisation de l'espace à une échelle géographique très large qui peut être difficilement portée par les collectivités territoriales, du fait de leur multiplicité sur le territoire concerné* »[1].

880. Elaborées à l'initiative de l'Etat, ou éventuellement à la demande d'un conseil régional, elles reposent sur une démarche déconcentrée, sous l'autorité d'un préfet coordonnateur, en association étroite avec les collectivités locales concernées, avec d'abord une phase d'études préalable qui donnera lieu à un rapport, puis une phase d'élaboration effective avec une consultation officielle pour avis des collectivités et une enquête publique suivie d'un rapport de la commission d'enquête. « *Documents stratégiques de planification territoriale à long terme (20 ans), à mi-chemin entre la mise en œuvre des politiques d'aménagement du territoire et d'urbanisme, […] elles constituent un élément de cadrage et de références pour les documents locaux d'urbanisme, schémas de cohérence territoriale et schémas de secteurs, voire plans locaux d'urbanisme en cas d'absence de SCOT, et pour les plans de déplacements urbains* »[2]. Si tous ces documents doivent être compatibles avec les dispositions des six directives territoriales d'aménagement (DTA) adoptées avant 2010[3] et toujours en vigueur, le nouveau régime[4], instituant les DTADD, supprime cette portée contraignante. En revanche, l'État peut

[1] Site : www.cohesion-territoires.gouv.fr.
[2] Ibid.
[3] DTA des Alpes-Maritimes (décret n° 2003-1169 du 2 décembre 2003, JORF n° 284 du 9 décembre 2003 p. 20969) ; DTA des bassins miniers nord-lorrains (décret n° 2005-918 du 2 août 2005, JORF n° 181 du 5 août 2005 p. 12815) ; DTA de l'estuaire de la Seine (décret n° 2006-834 du 10 juillet 2006, JORF n° 160 du 12 juillet 2006 p. 10403) ; DTA de l'estuaire de la Loire (décret n° 2006-884 du 17 juillet 2006, JORF n° 165 du 19 juillet 2006 p. 10828) ; DTA de l'aire métropolitaine lyonnaise (décret n° 2007-45 du 9 janvier 2007, JORF n° 10 du 12 janvier 2007 p. 774) ; DTA des Bouches-du-Rhône (décret n° 2007-779 du 10 mai 2007). Quant à la DTA des Alpes du Nord, le décret d'approbation n'est jamais paru.
[4] Art. 13, Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JORF n° 0160 du 13 juillet 2010 p. 12905.

qualifier de projet d'intérêt général les mesures nécessaires à la mise en œuvre des DTADD. Il reviendra alors au préfet de notifier aux collectivités ce projet et ses incidences sur leurs documents d'urbanisme[1].

881. **Les contrats de ville.** Les contrats de ville sont des contrats administratifs prévus dans le cadre de la politique de la ville avec « *pour objectif de soutenir les quartiers prioritaires et de réduire les écarts territoriaux de développement au sein des agglomérations* »[2]. La loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine[3] a retenu l'échelle intercommunale – en cohérence avec les bassins de vie et d'emplois – pour opérer ce rééquilibrage en faveur de la cohésion urbaine et sociale. Elle donne ainsi aux intercommunalités, désormais échelon de pilotage des contrats de ville, un rôle de chef-de-file pour décliner, en concertation avec les communes, les actions déployées au bénéfice des habitants des quartiers prioritaires. L'article 6 de la loi indique que ces contrats sont coproduits et conclus à l'échelle intercommunale entre d'une part l'État et ses établissements publics et, d'autre part, les communes et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre[4]. Les départements et les régions doivent simplement les signer. L'établissement de coopération intercommunal, ou à défaut la commune[5], dispose de nombreuses prérogatives. Il est chargé, entre autres, du diagnostic du territoire, de la définition des orientations, de l'animation et de la coordination du contrat de ville[6].

882. Instaurés en 1999, les contrats de ville ont fait l'objet de critiques au mitan des années 2000 pour leur caractère peu contraignant et les difficultés posées par leur articulation avec les autres documents de coopération[7]. Ils constituent désormais les contrats uniques de l'intervention des pouvoirs publics dans les quartiers prioritaires[8] et prennent la forme soit d'un contrat unique au niveau intercommunal, obligatoire lorsque la politique de la ville relève de la compétence de l'EPCI, soit d'un contrat-cadre décliné en conventions communales territorialisées. La loi de 2014 prévoit que les projets de territoires des intercommunalités,

---

[1] Art. L. 113-4, Code de l'urbanisme.

[2] A. BEAUCHESNE, T. STAROZYNSKI, et Direction de la Ville et de la Cohésion urbaine du CGET, *Orientations méthodologiques pour l'élaboration du pacte financier et fiscal de solidarité*, mars 2017.

[3] JORF n° 0045 du 22 février 2014, p. 3138.

[4] Art. 6, I, al. 1er, Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, JORF n° 0045 du 22 février 2014 p. 3138.

[5] Ibid., art. 6, III, al. 3.

[6] Ibid., art. 6, I, al. 4.

[7] Voir not., P. ANDRE, *Contrat de ville : rénover et simplifier*, Rapport d'information n° 402 (2004-2005), fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 15 juin 2005.

[8] Le contrat de ville s'articule obligatoirement avec le projet éducatif territorial (PEDT), le contrat éducatif local (CEL), le contrat local de santé et le contrat local de sécurité et de prévention de la délinquance qu'il remplace dans les quartiers prioritaires. Cf. art. 6, IV, al. 8, Loi n° 2014-173 du 21 février 2014, préc.

comprenant un ou plusieurs quartiers prioritaires, intègrent désormais obligatoirement un volet relatif à la cohésion sociale et urbaine qui définit les orientations des communautés et métropoles en matière de politique de la ville et de renforcement des solidarités entre les communes-membres. Les objectifs définis par les signataires doivent impérativement s'inscrire dans les orientations définies par l'intercommunalité[1]. Dans ce cadre, les nouveaux contrats de ville sont appelés à mobiliser prioritairement le droit commun. À ce titre, chaque partenaire du contrat doit identifier et mettre en œuvre les modalités d'adaptation et de renforcement des politiques publiques relevant de ses compétences[2]. Ces nouveaux contrats de ville sont l'occasion de faire évoluer les documents de planification stratégique pour garantir une meilleure prise en considération des enjeux spécifiques des quartiers prioritaires[3].

883. La loi de 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine vise ainsi à instaurer « *un retour de l'État dans les quartiers populaires* »[4] qui s'appuie sur des « *conventions interministérielles d'objectifs* »[5] signées entre les différents ministères et déclinées au niveau local par les préfets de région. Des « *conventions interpartenariales* »[6] ont également été signées avec les associations représentatives des collectivités territoriales[7]. Cette démarche se décline à chaque échelon territorial avec la formalisation de conventions départementales de mobilisation du droit commun pour les quartiers prioritaires, conformément aux dispositions des conventions nationales d'objectifs. Le but de ces conventions est de territorialiser les politiques sectorielles de l'État[8], à l'instar des directives territoriales.

884. **Les chartes de parcs nationaux et régionaux.** Inscrites dans le code de l'environnement, les chartes de parcs nationaux[9] et régionaux[10] sont des instruments normatifs de protection des territoires adoptés par décret en Conseil d'Etat au même titre que la

---

[1] Ibid., art. 6, I, al. 5.
[2] Voir, CGET, *Instruction relative à la concrétisation des engagements de droit commun dans les contrats de ville*, 10 mars 2017.
[3] Décret n° 2015-986 du 31 juillet 2015 fixant la liste des plans, schémas de planification et contrats conclus par les collectivités territoriales et leurs groupements prenant en considération les objectifs de la politique de la ville.
[4] CGET, *Nouveau cadre de référence de la lutte contre les discriminations au sein de la politique de la ville : les enjeux de la nouvelle contractualisation*, 2014, p. 7.
[5] Ibid.
[6] Ibid.
[7] L'assemblée des départements de France, la fédération des villes moyennes, l'association des maires villes et banlieues de France et l'association des maires de France.
[8] Cir. n° 5706/SG du 26 mars 2014 relative à la mise en œuvre par l'administration territoriale de l'Etat des conventions d'objectifs pour les quartiers de la politique de la ville.
[9] Art. L. 331-1 et s., Code de l'environnement. Le projet de charte du parc national est élaboré par l'établissement public du parc national ou par le groupement d'intérêt public le préfigurant. Il est transmis pour avis aux collectivités territoriales intéressées et à leurs groupements concernés ; cf. ibid, art. L. 331-3, al. 7.
[10] Ibid., art. L. 333-1 et s. La charte constitutive des parcs régionaux est élaborée par la région avec l'accord de l'ensemble des collectivités territoriales concernées et en concertation avec les partenaires intéressés ; art. L. 244-1 al. 3, Code rural et de la pêche maritime.

détermination des parcs concernés. Elles définissent « *les orientations de protection, de mise en valeur et de développement et les mesures permettant de les mettre en œuvre* » et comportent « *un plan élaboré à partir d'un inventaire du patrimoine indiquant les différentes zones du parc et leur vocation, accompagné d'un document déterminant les orientations et les principes fondamentaux de protection des structures paysagères sur le territoire du parc* »[1].

885. Les signataires de la charte « *appliquent les orientations et les mesures de la charte dans l'exercice de leurs compétences sur le territoire du parc. Ils assurent, en conséquence, la cohérence de leurs actions et des moyens qu'ils y consacrent* »[2]. Ainsi, non seulement, les dispositions de la charte s'imposent, dans un rapport de compatibilité, aux documents locaux d'urbanisme (SCOT ou plan local d'urbanisme (PLU)) mais de surcroît le Conseil d'Etat a indiqué que les signataires doivent « *mettre en œuvre les compétences qu'ils tiennent des différentes législations, dans toute la mesure où elles confèrent un pouvoir d'appréciation, dans un souci de cohérence qui est une condition de leur légalité* »[3]. Ce faisant, il est possible de se demander si le non-respect des dispositions de la charte par une des parties n'est pas susceptible de fonder un recours pour excès de pouvoir, voire d'engager sa responsabilité en cas de carence. La gestion des parcs est confiée au niveau national à des établissements publics spécifiques et au niveau régional à des syndicats mixtes.

886. **Les schémas relatifs à la montagne et au littoral.** L'article 57 de la loi du 7 janvier 1983 prévoit l'adoption de schémas de mise en valeur de la mer, élaborés par l'Etat et soumis pour avis aux communes, aux départements et aux régions intéressés. Ils déterminent les orientations fondamentales de l'aménagement, de la protection et de la mise en valeur du littoral et sont opposables aux autres documents d'urbanisme selon un principe de compatibilité limitée, c'est-à-dire, une compatibilité rendue nécessaire uniquement avec le document qui lui est immédiatement supérieur[4]. Il existe actuellement trois schémas de mise en valeur de la mer : celui du bassin d'Arcachon en Gironde (2004), celui du bassin de Thau dans le Languedoc-Roussillon (1995) et celui du bassin de Trégor-Goëlo dans les Côtes-d'Armor (2007).

887. Pour la montagne, la loi sur le développement des territoires ruraux de 2005 prévoit la mise en place d'un schéma interrégional d'aménagement et de développement pour chacun des six massifs présents en France et en outre-mer. Elaborés et mis en œuvre sous l'autorité du « *préfet coordonnateur de massif* » – qui est l'un des préfets des régions concernées – avec

[1] Art. L. 244-1, al. 2, Code rural et de la pêche maritime.
[2] Ibid., art. L. 244-1, al. 4.
[3] CE, 27 février 2004, req. n° 198124, « Centre régional de la propriété foncière de Lorraine-Alsace ».
[4] Voir, S. TRAORE, « Les schémas de mise en valeur de la mer dans leurs rapports avec les autres documents d'urbanisme », *Construction urbanisme*, 2009, n° 1, p. 11 et s.

l'aide « *des comités de massif* », organismes consultatifs, ces documents d'orientation stratégique, contrairement aux autres documents de coopération hors territoires de la décentralisation, ne sont juridiquement pas opposables.

888. La coopération hors territoire de la décentralisation, en créant de nouveaux territoires d'intervention, fait entrer l'Etat en concurrence avec les élus locaux dans la gestion des affaires locales. Celui-ci peut alors tirer profit de la portée juridique plus contraignante des documents adoptés et de sa maîtrise des financements, pour réinvestir les territoires au détriment des collectivités territoriales. Il en va de même de la coopération dans les territoires de la décentralisation. Ainsi, Jacques FIALAIRE indiquait à propos de la planification régionale qu'elle « *ne se réalise que pour une part encore modeste dans un cadre d'autonomie régionale substantielle. L'ensemble est dominé par une territorialisation simplement fonctionnelle, au regard des restrictions du cadre normatif* »[1].

889. Ces outils de coopération appliqués à la politique d'aménagement du territoire remettent en cause certains principes fondamentaux de notre droit, en particulier le principe d'égalité. D'une part, en causant une parcellisation du droit, la contractualisation des rapports entre les collectivités publiques est susceptible de rompre l'égalité formelle établie par l'application uniforme de la loi sur tout le territoire[2]. D'autre part, les mesures d'aménagement du territoire entraînent « *la légitimation de discriminations positives, qu'elles concernent les services publics, la fiscalité, le logement, … etc*. »[3]. Paradoxalement, c'est dans le cadre fixé par le principe d'égalité que ces mesures, qui visent à y déroger, permettent d'en approfondir la réalisation[4]. Renaud DENOIX De SAINT-MARC résumait ainsi ces deux problématiques : « *L'autorité publique […] ne peut pas négliger la nécessaire universalité de certaines règles qu'une mosaïque d'engagements contractuels viendrait ruiner. Elle ne peut pas [non plus] être insensible aux inégalités de traitement qui résultent de conventions négociées "sur mesure" avec des cocontractants pourtant placés dans des conditions identiques* »[5]. Ce n'est qu'en gardant ces préoccupations en tête que les solidarités de projet parviendront à instaurer une plus grande cohésion du territoire

[1] J. FIALAIRE, « Planification régionale et territorialisation du droit », in J.-M. WOEHRLING, *Du droit local à la territorialisation du droit – Perspectives et limites*, Institut du droit local alsacien-mosellan, 2014, p. 148.

[2] Par ex., en ce qui concerne le domaine, non seulement le contrat prend la place de la décision administrative unilatérale, mais encore il arrive qu'il se substitue à la loi, avec l'autorisation de cette dernière. C'est le cas lorsque le législateur prévoit, comme en 2002, des transferts de compétences par voie conventionnelle, le Conseil constitutionnel exigeant seulement que la définition des compétences figure dans la loi ; cf. Cons. const., 26 janvier 1995, n° 94-358 DC, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, p. 183.

[3] Y. JEGOUZO, « Droit de la ville et droit dans la ville », *Revue française des affaires sociales*, n° 3, 2001, p. 61.

[4] Ce paradoxe est soulevé par Yves JEGOUZO ; cf. ibid., p. 61.

[5] R. DENOIX De SAINT MARC, « La question de l'administration contractuelle », *AJDA*, 2003, p. 970.

Conclusion Titre 1

890. Comme le rappelle le Conseil d'Etat « *la loi et la jurisprudence ont très tôt admis que l'homme concret de l'espace économique ne doit pas être considéré comme l'homme abstrait du droit à la citoyenneté* »[1]. La réponse apportée par les autorités a été de développer les différenciations spatiales dans le but d'adapter la règlementation et le mode d'administration aux spécificités de chaque territoire.

891. L'adaptation normative aux spécificités locales est devenue une nécessité dont « *l'existence même de statuts particuliers sert de révélateur. S'ils s'imposent c'est que les statuts de droit commun ne peuvent qu'imparfaitement rendre compte des considérations de terrain. […] L'histoire, la géographie et le droit se conjuguent et imposent des réalités dont le découpage administratif n'est que la conséquence. On passait d'une organisation territoriale spontanée sous l'Ancien Régime à une organisation territoriale imposée à la Révolution française. […] Or, cet ordre géométrique imposé par les statuts de droit commun résiste mal à l'évolution du temps. Avec la démocratisation des institutions publiques, les logiques historique, sociologique et politique semblent faire retour et, le règne de ces statuts généraux sur tout le territoire est parfois ressenti comme un anachronisme et contesté comme tel* »[2]. La localisation du droit a sonné le glas de l'uniformité de l'application de la loi et de l'unité de l'Etat. Les différences sont devenues si grandes, et les statuts sur mesure si nombreux, qu'il est aujourd'hui difficile d'arriver à reconstituer le dénominateur commun de toutes les collectivités territoriales[3]. Toutefois, si la localisation normative permet d'adapter les régimes juridiques aux spécificités locales, elle ne répond pas à la question de Géraldine CHAVRIER « *de la source normative d'égalitarisation réelle des situations : est-ce à l'Etat ou aux collectivités locales ?* »[4]. En cela, la diversification des régimes juridiques n'est pas forcément synonyme d'une plus grande égalité de fait.

---

[1] CE, *Sur le prinicpe d'égalité*, Rapport public 1996, EDCE n° 48, La documentation française, 1997, p. 91.

[2] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, 3e éd., Dalloz, 2014, n° 411, p. 313.

[3] Y. KRATTINGER et J. GOURAULT, *Premières orientations sur la réorganisation territoriale*, Rapport d'information n° 264 (2008-2009) fait au nom de la mission collectivités territoriales, déposé le 11 mars 2009, spéc. p. 81 : le rapport d'information du Sénat rappelle expressément que le principe d'égalité entre les collectivités territoriales « *ne constitue ni un commandement d'uniformité ni un obstacle à l'adaptation des statuts aux spécificités locales* ».

[4] G. CHAVRIER, « Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales », in J. BENETTI (sous la direction de), *Les collectivités territoriales et le principe d'égalité*, travaux de l'Association de droit des collectivités locales, L'Harmattan, 2016, pp. 145-155, spéc. p. 146 : « *appliquée à la décentralisation, la recherche de l'égalité réelle*

892. Pour y parvenir, les autorités publiques ont adopté une nouvelle politique d'aménagement et de développement des territoires, qualifiée expressément de politique d'intérêt général[1], et à laquelle participent activement les collectivités territoriales. Elle met en place des mécanismes de solidarités qui permettent d'adapter la structure administrative au risque de discrimination causé par les écarts entre les territoires. Si l'idée de solidarité entre les collectivités publiques n'est pas nouvelle[2], de nouveaux mécanismes de solidarité, financière et contractuelle, se sont principalement développés à partir de la seconde XXe siècle au point de devenir un élément constitutif de la décentralisation[3]. Mode d'action privilégié de la politique d'aménagement du territoire, ces mécanismes apparaîssent ainsi comme la réponse politique à l'incapacité des principes d'égalité à assurer simultanément une stabilité juridique[4] et une égalité dans les faits[5]. En concourant à « *l'unité et à la solidarité nationales* »[6], ils constituent la réplique de l'objectif d'unité par l'égalité des révolutionnaires, à la différence qu'ici l'égalité visée, est une égalité matérielle et non plus formelle[7]. Ce faisant, ils mènent à une

---

par la différenciation des normes applicables aux collectivités doit rester compatible avec le principe d'unité de l'Etat, ce qui pose assez rapidement la question de la source normative d'égalitarisation réelle des situations : est-ce à l'Etat ou aux collectivités locales ? ».

[1] Art. 1er, al. 1er, Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JORF n° 31 du 5 février 1995 p. 1973.

[2] J.-B. LOUVET à la Convention nationale, séance du 11 thermidor an III, Réimpression de l'Ancien Moniteur, tome 25, p. 326 : il décrit la République comme « *une République […], où chaque contrée doit, selon ses forces, au corps entier secours en subsistances, en contributions, en moyens de défense intérieure et extérieure* ».

[3] Art. 72-2, al. 5, Constitution : « *La loi prévoit des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales* ».

[4] Valérie LASSERRE-KIESOW constate que « *dans la plupart des cas la discussion est ouverte sur l'opportunité d'une distinction opérée par le législateur ou l'Administration eu égard au principe abstrait d'égalité* ». Ses effets en deviennent d'autant plus aléatoires que ses conditions d'application en sont plus incertaines ; cf. V. LASSERRE-KIESOW, « L'égalité », *JCP Générale*, n° 23, 7 juin 2010, doctr. 643.

[5] G. KOUBI, « La territorialisation du service public, atteinte à l'égalité devant le service public ? », in M. LONG (sous la direction de), *Egalité et services publics territoriaux*, LGDJ, 2005, pp. 34-35 : « *Sous l'éclairage de la territorialisation du droit, la mise en œuvre de ces deux archétypes est associée à la différenciation et à la diversification de l'offre locale de biens et de services. Favorisée par la dynamique de la déconcentration et de la décentralisation, ces modélisations de la particularisation locale conduisent assurément à une remise en cause du principe d'égalité des citoyens devant et dans les services publics. En tenant compte du fait qu'une inégalité persistante se révèle entre les collectivités territoriales elles-mêmes, et malgré les mécanismes financiers destinés à réduire les inégalités spatiales dont pâtissent les citoyens – la redistribution des moyens financiers entre les collectivités ne le permettent pas systématiquement –, lorsque les ressources de chaque collectivité sont prises en considération, "diversification et inégalité vont de pair. Les citoyens locaux des communautés des communautés riches peuvent avoir une demande solvable de services publics locaux dont ne peuvent que rêver ceux des communautés pauvres" (cf. L. DAVEZIES, « Décentralisation : un risque d'inégalités accrues ? »,* Cahiers français, *n° 318, 2004, p. 67)* ».

[6] Art. 1er al. 1er, Loi n° 95-115 du 4 février 1995, préc.

[7] La politique d'aménagement et de développement du territoire a « *pour but d'assurer, à chaque citoyen, l'égalité des chances sur l'ensemble du territoire et de créer les conditions de leur égal accès au savoir, [et] pour objet la mise en valeur et le développement équilibré du territoire de la République* » ; cf. ibid.

restructuration de l'organisation territoriale qui sort des frontières des collectivités territoriales pour se structurer autour de pôles territoriaux d'action commune[1].

893. Aussi, c'est bien « *la perception d'un danger potentiel, d'un risque considéré comme majeur pour la société* »[2] – les risques de discrimination liés au nom respect de l'objectif d'égalité des chances – qui a favorisé « *l'apparition de […] droits nouveaux et préparer leur formulation juridique* »[3], en l'espèce les droits issus de la politique d'aménagement et de développement du territoire[4].

894. Toutefois, si la parcellisation territoriale de l'action publique a permis de compenser les inégalités, elle n'a jamais pu les effacer[5]. Au surplus, elle a aussi eu des effets néfastes en stigmatisant certains territoires et leurs populations, augmentant ainsi le risque de discrimination. En n'anticipant pas ces limites, l'adaptation proposée par la parcellisation territoriale montre qu'elle n'a pas su appréhender le risque de discrimination dans sa globalité. L'apparition de la nouvelle approche dite « intégrée » des politiques publiques permet justement de résoudre cette lacune en privilégiant une analyse par le risque du problème ciblé. Développée depuis plus de vingt-ans dans le cadre des politiques d'égalité femmes-hommes, elle gagne progressivement l'ensemble des politiques d'égalité pour atteindre finalement la lutte contre les discriminations. En s'intégrant à la méthodologie des contrats de ville, elle offre une réponse à l'évolution de l'inégalité territoriale qui, selon les mots de Laurent DAVEZIES et Pierre VELTZ, « *n'est plus d'abord un problème interrégional [mais] désormais un (énorme) problème urbain et local* »[6].

---

[1] Sur l'évolution des solidarités territoriales, voir not. J.-M. PONTIER, « Territorialisation et déterritorialisation de l'action publique », *AJDA*, 1997, p. 723 et s.
[2] Y MADIOT, « Vers une territorialisation du droit », *RFDA*, 1995, p. 946 et s.
[3] Ibid.
[4] Ibid.
[5] O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004, p. 66 : « *Le constat que les inégalités sociales de départ ne permettent pas à tous de bénéficier de leurs droits de la même manière et qu'une égalité des droits peut même accentuer les inégalités, en vertu d'un* "effet Mathieu" *bien connu, conduit à l'instauration de mesures préférentielles au profit des plus "malchanceux". Il s'agit de délimiter les publics les plus vulnérables, d'évaluer leurs difficultés et d'élaborer les actions permettant de les compenser, afin de donner les mêmes chances à tous. L'égalité des chances passe ainsi par la création de mesures relevant d'un différencialisme qu'on a appelé "compensatoire". […] Les inégalités socio-économiques ne peuv[e]nt en effet être véritablement corrigées, au sens d'effacer, de gommer, de supprimer [;] elles ne peuvent qu'être atténuées. Aussi le terme "compenser" semble-t-il plus approprié pour désigner les mesures préférentielles réservées à certains publics, destinées à réduire leurs difficultés – sociales, économiques, parfois culturelles – et, par là même, à diminuer l'écart qui les sépare du reste de la population* ».
[6] L. DAVEZIES et P. VELTZ, « Les métamorphoses du territoire : nouvelles mobilités, nouvelles inégalités », in P. ROSANVALLON, T. PUECH, E. MAURIN et P. VELTZ (sous la direction de), *La république des idées. La nouvelle critique sociale*, éd. du Seuil – Le Monde, 2006, pp. 27-36.

Titre 2: La correction du risque de discrimination par l'approche intégrée

896. La discrimination en tant que risque a été appréhendée récemment. Jusqu'ici abordée à travers le prisme des inégalités territoriales, c'est-à-dire de ses effets, la discrimination est apparue comme la conséquence de l'inadéquation de la structure juridico-administrative française dont l'uniformité l'empêche de s'adapter à la diversité des situations locales. En localisant la gestion des inégalités, les pouvoirs publics ont pensé trouver une réponse au problème. Or, ils ont également accru l'implication et la responsabilité des acteurs locaux dans ce domaine. Ce faisant, la discrimination est devenu un problème public pour les autorités locales, notamment les collectivités territoriales. Il est devenu plus saillant à la lumière des études mettant en avant le caractère systémique du phénomène et l'influence du facteur territorial.

897. Dans les années 1990, plusieurs études relatives à la question des « banlieues » et de l'insertion des « jeunes issus de l'immigration », ont montré l'importance de la discrimination dans certains quartiers. Face à ce constat, la problématique y prend des traits spécifiques : d'abord « ethno-raciale » en visant les origines du public, elle est aussi territoriale en ciblant particulièrement les « banlieues », zones « périurbaines » ou quartiers politique de la ville ; elle est enfin systémique dès lors qu'elle résulte d'un ensemble de facteurs mêlant inégalités et stigmates en direction de populations assignées à ce territoire. Vue ainsi, la discrimination apparaît comme un problème public qui s'inscrit parfaitement dans l'approche intégrée de l'égalité. L'analyse par le risque qu'elle préconise permet de saisir son aspect systémique en se fondant sur une approche pluridisciplinaire et holistique[1]. Elle permet d'appréhender

[1] Voir, R. AUCLAIR, « Conjoncture actuelle et approches intégrées », *Service social*, n° 362-3, 1987, spéc. p. 207.

globalement l'ensemble des causes du phénomène et de ses effets. Les résultats obtenus montrent la pertinence d'une analyse localement située comme méthode d'appréciation du risque de discrimination et le rôle central que les collectivités territoriales ont à y jouer[1]. Elle justifie l'inscription dans la loi de « *la lutte contre les discriminations* » parmi les objectifs auxquels doivent concourir les collectivités territoriales à travers leur action[2] (Chapitre 1).

898. De plus en plus préconisée, l'approche intégrée a été portée sur les scènes internationale et européenne à travers la question de l'égalité femmes-hommes[3]. Elle est appliquée depuis 2012 à la politique du handicap[4]. Elle est définie comme « *la (ré)organisation, l'amélioration, l'évolution et l'évaluation des processus de prise de décision, aux fins d'incorporer [le problème public visé] dans tous les domaines et à tous les niveaux, par les acteurs généralement impliqués dans la mise en place des politiques* »[5]. Cette approche des politiques publiques remet donc en cause les politiques sectorielles existantes pour redéfinir leur action en fonction de l'objectif visé. Ici, cela se traduit par l'intégration de la question de la discrimination dans tous les processus de décisions, quel que soit le niveau ou le domaine

[1] L'Union européenne soutient une telle approche, cf. Préambule, Règlement (UE) n° 1304/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au Fonds social européen et abrogeant le règlement (CE) n° 1801/2006 du Conseil, JOUE L 347 du 20 décembre 2013, pp. 470-486 : § 18 : « *Conformément à l'article 10 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la mise en œuvre des priorités financées par le FSE devrait contribuer à la lutte contre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle en accordant une attention particulière aux personnes confrontées à une discrimination multiple. […] [Le FSE] devrait également promouvoir le passage d'une prise en charge institutionnelle à une prise en charge de proximité. [Il] ne devrait soutenir aucune action contribuant à la ségrégation ou à l'exclusion sociale* » ; § 22 : « *Le FSE devrait soutenir les partenariats intersectoriels et territoriaux pour favoriser une approche intégrée et globale en matière d'emploi et d'inclusion sociale* » ; § 23 : « *La mobilisation des acteurs régionaux et locaux devrait contribuer à la mise en œuvre de la stratégie Europe 2020 et à la réalisation de ses grands objectifs. Les pactes territoriaux, les initiatives locales pour l'emploi et l'inclusion sociale, les stratégies pérennes et globales de développement local menées tant en zones urbaines que rurales par les acteurs locaux et les stratégies de développement urbain durable peuvent être utilisés et encouragés afin de faire participer plus activement à la préparation et à la mise en œuvre des programmes opérationnels les autorités régionales et locales, les villes, les partenaires sociaux et les organisations non gouvernementales* ».

[2] Art. L. 1111-2, al. 2, CGCT.

[3] Dir. n° 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JOUE p. L 204/23 : Art. 26 – Prévention de toute discrimination ; art. 29 – Intégration dans les différentes politiques des questions d'égalité entre les hommes et les femmes. Voir, art. 1er, Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JORF n° 0179 du 5 août 2014 p. 12949 : « *L'Etat et les collectivités territoriales, ainsi que leurs établissements publics, mettent en œuvre une politique pour l'égalité entre les femmes et les hommes selon une approche intégrée. […] La politique pour l'égalité entre les femmes et les hommes comporte notamment : 1° Des actions de prévention et de protection permettant de lutter contre les violences faites aux femmes et les atteintes à leur dignité ; […] 3° Des actions destinées à prévenir et à lutter contre les stéréotypes sexistes […]* ».

[4] Voir, Cir. du 4 septembre 2012 sur la prise en compte du handicap dans les projets de loi, JORF n° 0206 du 5 septembre 2012 p. 14345.

[5] Groupe de spécialistes pour une approche intégrée de l'égalité, *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des "bonnes pratiques"*, Rapport final d'activités pour la direction générale des droits de l'homme, Strasbourg, 2004, p. 13.

concerné[1] en vue d'en éliminer le risque[2]. Cette approche se traduit, en matière d'égalité, par des actions positives – spécifiques à un public, de type gestion de crise – et des actions de type « universel », d'autres diront « *intégrées* »[3], voire éventuellement « *mainstream* »[4], « *de droit commun* »[5] ou « *inclusives* »[6] – même si leurs définitions ne se recoupent pas totalement[7]. Les actions mises en œuvre dans le cadre de l'approche intégrée de l'égalité ne se limitent pas à des mesures dites « *intégrées* »[8]. Elles allient, dans un objectif de prévention efficace du risque de discrimination et d'« *égalité réelle de traitement* »[9], actions spécifiques et actions universelles[10], tendant à un traitement global du risque de discrimination (Chapitre 2).

---

[1] Sur l'intégration de la lutte contre les discriminations à tous les niveaux des politiques communautiares, cf. art. 7, Décision n° 1672/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 2006 établissant un programme communautaire pour l'emploi et la solidarité sociale – Progress, JOUE L 315 du 15.11.2006, pp. 1-8 : « *La section 4 a pour objet de soutenir la mise en œuvre effective du principe de non-discrimination et de promouvoir son intégration dans toutes les politiques communautaires par les moyens suivants* ».

[2] L'approche intégrée correspond à une conception « *moderne* » du risque qui suppose qu'en intégrant le risque considéré dans chaque prise de décision, il devient possible de réduire en amont, sa survenance. Voir not., J.-M. SAUVE, « Conclusions », in *Osez le risque !*, colloque organisé par l'École nationale d'administration, l'École de guerre et l'École des hautes études commerciales, 6 juin 2014, site : www.conseil-detat.fr : « *Pour les décideurs publics, "oser le risque", c'est donc anticiper sa survenance et, dès lors, intégrer dans toute prise de décision et dans l'organisation même de leurs structures un calcul de probabilité et une analyse des effets économiques, financiers et sociaux induits* ». Sur l'aspect préventif de l'approche des institutions européennes, cf. (8), Préambule, Décision n° 1672/2006/CE, préc. : « *il y a lieu de prendre en considération les particularités des diverses formes de discrimination et d'élaborer parallèlement des mesures appropriées visant à prévenir et à combattre la discrimination fondée sur un ou plusieurs motifs* » ; voir surtout, Art. 7, al. 2, Règlement (UE) n° 1303/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion, au Fonds européen agricole pour le développement rural et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, portant dispositions générales applicables au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, et abrogeant le règlement (CE) n° 1083/2006 du Conseil, JOUE L 347 du 20.12.2013, p. 320–469 : « *les États membres et la Commission prennent les mesures appropriées pour prévenir toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle lors de l'élaboration et de la mise en œuvre des programmes. En particulier, l'accessibilité pour les personnes handicapées est prise en compte tout au long de la préparation et de la mise en œuvre des programmes* ».

[3] S. SAID MOHAMED et E. PERICARD, *Intégrer la lutte contre les discriminations dans les contrats de ville*, Fiches méthodologiques, 2015, site : www.cosoter-ressources.info, p. 8. Voir aussi, Eric CEDIEY, « "Action positive" et "approche intégrée", deux approches opposées ? », *Les Cahiers du CRDSU*, n° 39, hiver 2003-2004.

[4] Voir not., E. CEDIEY, « "Action positive" et "approche intégrée", deux approches opposées ? », art. cit. ; S. DAUPHIN, « Apports et limites de l'approche intégrée », *Santé, Société et Solidarité*, 2008, n° 1, p. 166.

[5] Art. 1er, al. 4, Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, JORF n° 0045 du 22 février 2014 p. 3138.

[6] Par ex., T. TUOT, *La grande nation pour une société inclusive*, Rapport au Premier ministre sur la refondation des politiques d'intégration, 1er février 2013.

[7] Nous préférons le vocable « universel », plus familier des juristes, qui reflète le retour de l'universalité de la règle à travers l'approche par le risque de discrimination.

[8] Voir, S. SAID MAHOMED et E. PERICARD, *Intégrer la lutte contre les discriminations dans les contrats de ville*, op. cit., p. 7. Ainsi, il ne faut pas confondre l'approche intégrée et les mesures universelles appelées parfois mesures intégrées.

[9] CGET, *cadre de référence de la lutte contre les discriminations au sein de la politique de la ville : les enjeux de la nouvelle contractualisation*, 2014, p. 7, site : www.ville.gouv.fr, p. 7.

[10] S. SAID MAHOMED et E. PERICARD, *Intégrer la lutte contre les discriminations dans les contrats de ville*, op. cit., p. 8. Voir aussi, Eric CEDIEY, « "Action positive" et "approche intégrée", deux approches opposées ? », art. cit.

Chapitre 1: L'approche par le risque de la discrimination

899. En inscrivant la lutte contre les discriminations dans les contrats de ville, le législateur a fait le choix d'opter pour une approche intégrée qui consiste à analyser l'ensemble des processus de décision sous l'angle d'un problème donné afin de déceler toutes les erreurs, toutes les failles, qui contribuent à son développement. L'approche intégrée peut se concevoir ainsi à travers le nouveau paradigme de la société du risque mis en lumière par Ulrich BECK[1] selon lequel le monde contemporain se caractérise par l'apparition de risques environnementaux, globaux, aux causes disparates dont le traitement ne peut se passer d'une prise de conscience générale, et, partant, de la participation de l'ensemble des individus.

900. Appliquée à la discrimination, elle laisse entrevoir une autre vision que celle qui avait cours dans les années 1990. Axée sur le droit pénal, cherchant à identifier les responsables, celle-ci ne laissait guère de place à une analyse plus fine des comportements qui permet d'entrevoir les discriminations cachées, indirectes ou latentes, qui frappent certaines populations, en particulier dans les quartiers qu'on disait alors « sensibles ». C'est ainsi que la lutte contre les discriminations, sous l'influence des institutions européennes[2], est passée d'une politique exclusivement judiciaire et nationale à une politique sociale et locale, au point qu'elle a fini par intégrer les contrats de ville.

901. Les premiers plans territoriaux de lutte contre les discriminations adoptaient plutôt une approche spécifique en étant concentrés sur le critère des origines et le domaine du travail[3].

---

[1] Voir, U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, 2008 ; supra, n° 10 et 57.

[2] Voir par ex., Z. FORIKA et P. LENSSEN, « Traiter la question de la cohésion communautaire : bonnes pratiques en matière de législation sur l'égalité de traitement aux niveaux local et régional, en particulier dans les quartiers défavorisés et dégradés », *Etude*, Comité européen des régions, 2010.

[3] Initialement ces plans, prénommés alors plans territoriaux de lutte contre les discriminations, ont été adoptés, à titre expérimental, sur la période 2001-2006 dans le seul domaine du travail. En 2011, on dénombrait 72 plans

Désormais, la prévention des discriminations est incluse parmi les axes transversaux des contrats de ville. Ce faisant, ils adoptent une approche intégrée, par le risque, de la discrimination. La lutte contre les discriminations est ainsi analysée selon des modalités nouvelles qui permettent d'évaluer la vulnérabilité des personnes face au risque de discrimination (Section 1). Ces nouveaux outils d'analyse apportent un regard neuf sur le phénomène qui n'est plus perçu sous sa forme conflictuelle, distinguant les auteurs des victimes, mais dans une approche solidariste où chacun est à la fois victime et auteur potentiel de discriminations. L'action de prévention qu'elle implique doit permettre de réduire le phénomène, c'est-à-dire à la fois ses risques d'apparition – ses causes – et les risques qu'il engendre – ses effets (Section 2).

Section 1: L'analyse de la vulnérabilité face à la discrimination

902. L'analyse intégrée des problèmes publics n'est pas tout à fait nouvelle. Elle a fait son apparition dans les politiques sociales face aux difficultés rencontrées par les agents publics pour traiter chaque cas isolément. Dès 1987, un numéro de la revue *Service social* y était entièrement consacré. Ce mode d'analyse, qui favorise la transdisciplinarité, a trouvé un terrain favorable à sa diffusion en matière d'égalité, puis d'écologie, lesquelles encouragent la transversalité de l'action publique. Les modalités de l'analyse intégrée permettent de révéler l'écosystème qui favorise l'expansion du phénomène de la discrimination (§1). Elles mettent en évidence les limites des dispositifs juridiques instaurés pour faire face aux discriminations[1] (§2). Dans le cas français, l'analyse montre notamment l'importance du facteur territorial qui fragilise grandement la position des collectivités territoriales.

signés dont 62 plans actifs, et 17 en projet ou en préparation. Rebaptisés « plans de prévention des discriminations », ils sont accompagnés par l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances (ACSé) tandis que la lutte contre les discriminations est mise à la charge du Défenseur des droits. Ils passent ensuite dans le giron du CGET sous la dénomination de « plans territoriaux de prévention et de lutte contre les discriminations ».

[1] Olivia BUI-XUAN évoque, concernant le droit de la non-discrimination, un « *différencialisme correcteur* » qui doit permettre d'« *effacer […] les différences de traitement injustifiées à l'encontre de certains* » ; cf. O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004, p. 169.

§1) L'appréhension de l'écosystème de la discrimination

903. Incluse dans le nouveau paradigme de la société du risque, l'analyse intégrée demande d'appréhender la réalité selon « *une approche holistique des phénomènes, c'est-à-dire globale et non fractionnée* »[1] (A) dans une « *perspective écologique* »[2] des rapports sociaux. Cette perspective doit permettre de percevoir le problème posé dans le cadre de l'écosystème dans lequel il se produit. Elle permet de dégager un écosystème, en l'occurrence celui du phénomène de discrimination, en agglomérant l'ensemble des données recueillis sur la question. L'analyse intégrée de la discrimination consiste alors à s'intéresser au risque de discrimination dans sa totalité, selon une approche systémique, dans ses causes et ses effets (B).

A) L'approche globale de la discrimination

904. L'analyse holistique est « *un point de vue qui consiste à considérer les phénomènes comme des totalités* »[3] ; elle « *s'intéresse à son objet comme constituant un tout* »[4]. Deux niveaux d'analyse de la discrimination sont possibles. Tout d'abord, le niveau *micro* qui correspond à la relation entre le discriminateur et le discriminé. La discrimination apparaît ici comme un comportement universellement observé dans tous les secteurs de la société et chez toutes les catégories sociales (1). Le second niveau, *macro*, laisse apparaître un problème davantage politique qui s'exprime dans des rapports de pouvoir et de domination entre des groupes sociaux déterminés. La discrimination s'analyse alors comme un phénomène systémique qui favorise certains groupes au détriment des autres (2).

1) La discrimination, un comportement universel

905. Jusque dans les années 1990, la notion de discrimination est restée circonscrite, en France, à la sphère juridique. La loi la définit comme le fait qu'« *une personne [soit] traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation*

[1] R. AUCLAIR, « Conjoncture actuelle et approches intégrées », *Service social*, n° 362-3, 1987, p. 207.
[2] Ibid. Le paradigme de la société du risque a été forgé sur la base de l'appréhension des grands problèmes environnementaux qui oblige à percevoir la société comme un monde fini, un écosystème.
[3] Site : www.cnrtl.fr.
[4] Ibid.

comparable »[1] sur la base d'un critère illégal. Il s'agit donc de distinguer deux situations, de les catégoriser, pour ensuite leur attribuer deux régimes juridiques distincts. Or, la catégorisation peut se produire « *sans effort, inconsciemment, indépendamment de toute volition individuelle* »[2], conduisant tout individu à être potentiellement un auteur de discrimination, et donc condamnable, y compris pénalement, quelles que soient ses intentions réelles[3].

906. **Stéréotypes, préjugés et discriminations.** Les notions de stéréotype et de préjugé appartiennent aux champs de la psychosociologie et de la psychologie cognitive qui ont cherché à les définir pour ensuite tenter d'expliquer leur rapport.

907. Les études les plus récentes considèrent les stéréotypes comme « *des croyances et des opinions concernant les caractéristiques, les attributs et les comportements des membres de divers groupes* »[4]. Il s'agit d'une image qui est propre à chacun, exact ou inexact, descriptive ou prescriptive, positive ou négative[5]. Du point de vue des sciences sociales, le préjugé se distingue du stéréotype en ce qu'il renvoie aux affects ou aux émotions ressentis par un individu lorsqu'il pense à un membre d'un autre groupe ou qu'il interagit avec. Les attitudes qui en sont les expressions sont considérées « *comme des évaluations d'un groupe social dans son entier ou des individus qui font partie de ce groupe* »[6]. Les origines de ces réactions émotionnelles peuvent être diverses. On constate alors que certains individus sont de manière chronique intolérants envers les autres groupes sociaux, et que ceux qui, *a contrario*, se revendiquent d'un idéal universaliste dénué de tout préjugé peuvent avoir des attitudes négatives envers des groupes sociaux sans même en être conscients. Enfin, La discrimination peut se « *définir comme le fait de traiter les gens différemment des autres principalement en raison de leur appartenance à un groupe social* »[7]. Si généralement elle est perçue comme un traitement défavorable, la discrimination peut également conduire à un traitement positif. Analysée dans son aspect interpersonnel, elle est le résultat du traitement injuste d'une personne par une autre,

---

[1] Art. 1er, Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, JORF n° 0123 du 28 mai 2008 p. 8801.

[2] L. HAMILTON KRIEGER, « Un problème de catégories : stéréotypes et lutte contre les discriminations », Texte publié dans le cadre du programme de professeur invité 2007-2008 organisé en partenariat par Sciences Po et la French-American Foundation sur le thème « Egalité des chances », avril 2008, p. 6.

[3] Pour reprendre les mots de Gwénaële CALVES, « *le droit ne sonde pas les reins et les cœurs* » ; cf. G. CALVES, « Le discrimination : définition juridique », in *Lutte contre les discriminations : sens et pratiques en Bretagne*, colloque organisé par la Ligue de l'enseignement et l'ACSé, 9 Février 2010, p. 12.

[4] B. WHITLEY et M. KITE, *Psychologie des préjugés et de la discrimination*, trad. T. ARCISZEWSKI, éd. De Boeck, Coll. Ouvertures psychologiques, 2013, p. 14.

[5] Voir, ibid., spec. pp. 14-15.

[6] Ibid., p. 15.

[7] Ibid., p. 16.

traitement qui provient probablement de croyances stéréotypées ou d'un préjugé dont le discriminé fait l'objet[1].

908. Ce sont ces comportements qui seront sanctionnés en premier lieu par le droit de la non-discrimination en ciblant les critères de distinction à ne pas employer. « *Cette perspective suppose que les individus contrôlent leurs croyances et leurs comportements, et qu'ils choisissent en toute indépendance d'avoir ou de ne pas avoir de préjugés* »[2]. Eleanor ROSCH[3] a montré que les exhortations à ne pas utiliser tel ou tel type de catégories n'ont aucun effet « *si ces catégories reflètent des schémas que l'histoire, la culture ou la répartition économique, démographique ou politique ont rendus saillants* »[4]. Si certaines études montrent que les stéréotypes étaient devenus moins négatifs entre 1933 et 1995[5] mais aussi que certaines personnes sont dépourvues de préjugés[6], le courant post-colonialiste insiste sur la continuité et même la permanence des attitudes, des comportements et des stéréotypes vis-à-vis des anciennes populations colonisées[7].

909. **Discrimination positive, négative et intentionnelle.** Si chaque individu peut potentiellement disposer de ces biais cognitifs implicites que sont les stéréotypes et les préjugés, la justice, elle, ne se soucie guère finalement du mobile profond de l'auteur de l'agissement.

---

[1] Ibid., p. 15 : « *les recherches suggèrent que les évaluations des membres d'un groupe social sont plus fortement liées à la manière dont une personne traite ces membres du groupe que ne le sont les croyances ou stéréotypes qu'elle possède sur eux (voir Fiske, 1998)* ».

[2] Ibid., p. 17.

[3] E. ROSCH, « Human categorization », in N. WARREN (ed.), *Studies in Cross-Cultural Psychology*, New York, Academic Press, 1977, pp. 1 et s. ; voir aussi E. ROSCH, « Principles of categorization », in E. ROSCH et B. B. LLOYD (ed.), *Cognition and Categorization*, Hillsdale (NJ), Lawrence Erlbaum, 1978, pp. 27-48.

[4] L. HAMILTON KRIEGER, « Un problème de catégories : stéréotypes et lutte contre les discriminations », art. cit., p. 7.

[5] Pour les préjugés à l'égard des afro-américains, voir par ex., P. G. DEVINE et A. J. ELLIOT, « Are racial stereotypes really fading ? The Princeton trilogy revisited », *Personality and Social Psychology Bulletin*, n° 21, 1995, pp. 1139-1150. Pour les préjugés à l'égard des femmes, voir par ex., J. TWENGE, « Attitudes of towards women, 1970-1995 : A meta-analysis », *Psychology of Women Quarterly*, n° 31, 1997, pp. 35-51. Pour les préjugés à l'égard des lesbiennes et des gays, voir A. YANG, « Trends : Attitudes toward homosexuality », *Public Opinion Quarterly*, n° 61, 1997, pp. 477-507.

[6] Par ex., S. T. PHILLIPS et R. C. ZILLER, « Toward a theory and measure of the nature of nonprejudice », *Journal of Personality and Social Psychology*, n° 72, 1997, pp. 420-434.

[7] Certaines pratiques de l'administration peuvent d'ailleurs revêtir ce type d'aspect. Dans l'affaire des « réunionnais de la Creuse », plus de 1600 enfants furent déplacés par l'Etat, à partir de 1963, pour maintenir, au mépris des droits individuels, une forme de cohésion nationale (cf. Résolution de l'Assemblée nationale n° 1716 du 18 février 2014 relative aux enfants réunionnais placés en métropole). On retrouve un projet similaire adopté à l'égard des enfants indochinois, rapatriés en France lors de la décolonisation dans le cadre d'un programme mené par la Fédération des œuvres de l'enfance française d'Indochine. Ces enfants métisses français, devenus pupilles de la Nation, sont l'exact produit du processus d'assimilation républicaine d'après-guerre ayant pour but de les civiliser ; Voir par exemple, Y. DENECHERE, « Les « rapatriements » en France des enfants eurasiens de l'ex-Indochine », *Revue d'histoire de l'enfance « irrégulière »*, n° 14, 2012, 123-141 ; E. SAADA, *Les enfants de la colonie. Les métis de l'Empire français entre sujétion et citoyenneté*, La Découverte, coll. « Espace de l'Histoire », 2007.

Peu importe qu'il soit effectivement raciste, machiste, homophobe, ou antisémite, seul compte le lien de causalité entre le critère interdit et le traitement concerné.

910. Dès lors que le critère interdit est expressément invoqué par l'auteur du traitement, les juridictions n'ont pas de difficultés à démontrer l'intention discriminante. C'est le cas lorsque la République Malgache refuse un congés à une catégorie d'agents publics en raison de leur origine « ethnique »[1] ou que l'Etat français refuse l'accès à la fonction publique sur le territoire de la Polynésie française aux « *domestiques* » et aux « *serviteurs à gage* », réservant certaines fonctions aux seuls « *notables* »[2]. Il est alors inutile de démontrer le lien de causalité entre le critère invoqué et l'échec du candidat : sa seule mention suffit à établir la « *méconnaissance du principe d'égal accès aux emplois publics* »[3]. Lorsque le critère n'est pas expressément évoqué, le juge peut apprécier le contexte dans lequel le traitement discriminatoire est apparu pour déterminer ce qui a pu pousser l'auteur à agir ainsi. Le Conseil d'État a confirmé l'annulation d'un refus de titularisation pour insuffisance professionnelle d'un fonctionnaire stagiaire, en estimant qu'il a été pris « *dans un contexte de harcèlement à connotation raciste* » qui a pesé sur la décision[4].

911. L'objectivité de la démarche, qui rejette tout jugement de valeur, pour s'en tenir au constat de l'utilisation du critère, amène les juges français à censurer les discriminations positives, quand bien même l'auteur de la décision agirait de bonne foi[5]. Ils ont pu refuser à un maire la possibilité de réserver un emploi d'animateur à un jeune issu de l'immigration[6] ou encore le fait d'utiliser ses pouvoirs de police municipale pour faire respecter l'égalité entre les hommes et les femmes en interdisant un défilé de prêt-à-porter pour femmes musulmanes voilées, exclusivement réservé aux femmes[7]. La seule volonté de réduire les inégalités à travers des actions positives, à l'instar de la politique de la ville, ne garantit pas l'absence de censure,

---

[1] CE, 21 novembre 1962, « Republique Malgache c. Madame Rasafindranaly », Rec. Lebon p 618.

[2] CE, Ass., 22 janvier 1982, « Ah Won », Rec. Lebon p 33.

[3] CE, Ass., 28 mai 1954, « Barel », *GAJA*, 16e éd., n° 72, Rec. Lebon p. 308. Voir not., CE, 16 juin 1982, « Chereul », n° 23276-23277 : mention des convictions personnelles sur les notes de notation de deux enseignants ; CE, 28 septembre 1988, n° 43958, « Merlenghi » : mention des opinions politiques et de l'appartenance syndicale du candidat.

[4] CE, 13 janvier 2010, n° 314923, « A. c. Commune de Lattes ». Le Conseil d'État a néanmoins censuré pour erreur de droit l'injonction de la cour d'appel de procéder à la titularisation car celle-ci se fondait sur la circonstance que le comportement du requérant se serait amélioré durant son stage ce qui lui donnerait droit à titularisation. Or, l'annulation du refus de titularisation de Monsieur A. ne doit pas être fondée sur une erreur manifeste d'appréciation du maire de Lattes quant aux capacités du stagiaire mais sur le fait que les circonstances du déroulement du stage n'avaient pas permis qu'elles soient appréciées correctement. Le Conseil donne seulement injonction au maire de procéder au réexamen de la titularisation dans un délai d'un mois.

[5] Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Conseil de l'Europe, *Manuel de droits européens en matière de non-discrimination*, Office des publications de l'Union européenne, 2011, pp. 147-149.

[6] CAA Nîmes, 22 novembre 2002, n° 1239/02, *D.*, 2003, p. 2920.

[7] TA Cergy-Pontoise, 21 juillet 2005, « Société Jasmeen », *AJDA*, 2006, p. 439, concl. FOURNALES.

y compris devant les juridictions européennes, notamment lorsque sont en jeu des critères particulièrement sensibles comme le sexe[1] ou l'ethnie[2]. Encore faut-il, pour qu'elles soient légales, que ces mesures de discriminations positives soient suffisamment justifiées au regard du contexte dans lequel elles apparaissent.

912. Il peut alors exister un décalage entre l'intention réelle, bonne ou mauvaise, du mis en cause, l'appréciation qu'en font les juges, et le ressenti des victimes présumées. Malgré les efforts de la victime ou du juge, il est souvent difficile de démontrer l'intention discriminante de l'auteur, celle-ci étant la plupart du temps cachée. Il en est ainsi, *a fortiori*, si l'auteur ne sait même pas lui-même qu'il discrimine. Ce sont essentiellement les travaux de sociologie qui ont permis de mettre en exergue les effets discriminatoires de certaines mesures en apparence neutres. L'approche *macro* qu'ils préconisent a été un moyen d'élargir le spectre de l'analyse de la discrimination aux rapports de domination et aux systèmes de classes, ouvrant la voie à une définition systémique.

2) La discrimination, un phénomène systémique

913. L'émergence des sciences sociales dans l'étude de la discrimination a permis d'en étoffer la notion. Grâce notamment aux travaux de sociologie, apparus dès les années 1960 aux Etats-Unis[3], les discriminations ont été « *conçues comme les rouages de la (re)production des rapports de pouvoir structurels qui engendrent des groupes sociaux majoritaires et minoritaires* »[4]. Phénomène systémique d'exclusion d'un groupe, la discrimination est le résultat du produit des comportements des individus, qu'ils fassent partie du groupe majoritaire ou minoritaire, entrevu dans une perspective dynamique. Ce sont alors les effets d'exclusion qui sont mis en avant, au détriment de l'intentionnalité. Cette analyse donnera naissance à de

[1] Pour les femmes, voir par ex., CEDH, 04 juillet 2016, req. n° 7186/09, « Di Trizio c. Suisse » : est discriminatoire une méthode mixte de calcul de pensions qui aurait pour effet de pénaliser les femmes qui ont un emploi.

[2] Pour l'ethnie, voir par ex., CEDH, 13 novembre 2007, req. n° 57325/00, « D.H. e. a. c. République tchèque » : est discriminatoire la politique de scolarisation menée par les autorités tchèques à l'égard des enfants Rroms en ce qu'elle conduit à les orienter plus facilement vers des centres spécialisés accueillant des enfants présentant des retards de développement ou une situation de handicap. Voir aussi, European Union Minorities and Discrimination Survey, *Multiple Discrimination*, Enquête de l'Union européenne sur les minorités et la discrimination, Office des publications de l'Union européenne, février 2011 : le rapport met en évidence le fait que les minorités visibles sont les plus vulnérables à la discrimination multiple.

[3] Pour les premiers travaux en économie sur la question des discriminations, voir G. S. BECKER, *The Economics of Discrimination*, The University of Chicago Press, 1957.

[4] L. BERENI et V.-A. CHAPPE, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix*, n° 94, 2011/2, pp. 7-34, p. 16.

nouveaux concepts – discrimination indirecte, systémique, ou multiple – dont la transcription en droit pose plusieurs difficultés.

914. **Inégalités, exclusion et discrimination institutionnelle.** Les sociologues américains « *se sont assez rapidement affranchis du paradigme individualiste qui prévalait dans les acceptions juridiques initiales* »[1] de la notion de discrimination.

915. Comme l'écrit Robin STRYKER, « *pour les sociologues, la discrimination est de manière inhérente un phénomène qui se situe au niveau du groupe. C'est un comportement qui désavantage des membres des groupes minoritaires par rapport à des membres des groupes majoritaires en raison de leur appartenance de groupe* »[2]. Le concept de « désavantage cumulatif » (*cumulative disadvantage*[3]) a été employé pour comprendre l'héritage du passé, qu'il soit colonial ou patriarcal : « *les discriminations antérieures expliquent non seulement la persistance d'inégalités dans la distribution des ressources sociales mais aussi la persistance de comportements discriminatoires* »[4]. Comme l'explique Laure BERENI et Vincent-Arnaud CHAPPE, la discrimination est un système d'exclusion autopoïétique qui permet, « *par le biais d'une inversion des causes et conséquences, [que] les effets d'anciennes discriminations intentionnelles en viennent à justifier la continuation de traitements différenciés* »[5].

916. Dans cette analyse, on constate que les traitements défavorables infligés à des individus de manière injuste à un moment donné, peuvent, avec le temps, être perçus comme naturels. Les inégalités qui en découlent sont alors essentialisées[6] produisant ainsi des stéréotypes qui seront véhiculés autant chez les membres du groupe majoritaire que chez les individus discriminés[7]. L'insertion du concept de discrimination dans les études sociologiques a été l'occasion de faire le trait d'union entre la questions des inégalités et celle des logiques

---

[1] Ibid.

[2] R. STRYKER, « Disparate Impact and the Quota Debate : Law, Labor Market Sociology, and Equal Employment Policies », *The Sociological Quarterly*, n° 42 (1), 2001, p. 15, traduit et cité par L. BERENI et V.-A. CHAPPE, art. cit., p. 16.

[3] Le concept a été initialement forgé par Peter BLAU et Otis Dudley DUNCAN ; cf. P. BLAU, O. D. DUNCAN, *The American Occupational Structure*, John Wiley and Sons, 1967.

[4] L. BERENI et V.-A. CHAPPE, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », art. cit., p. 16.

[5] Ibid. Voir supra, n° 23.

[6] Grâce à la notion de discrimination, « *les recherches sur le genre, sur les rapports sociaux de race et d'ethnicité, ou sur la sexualité, qui existaient bien avant l'introduction du vocable de la discrimination, se sont trouvées adoubées par l'introduction de cette catégorie, qui repose sur une dénaturalisation des "inégalités naturalisées"* » ; cf. L. BERENI et V.-A. CHAPPE, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », art. cit., p. 18.

[7] La « *prédiction créatrice* » est l'attitude selon laquelle la discrimination oblige les personnes discriminées à adopter le comportement qu'on leur imputait par préjugé, venant justifier *in fine* l'action des discriminateurs ; cf. R. K. MERTON, *Éléments de théorie et de méthode sociologique*, Armand Colin, 1997 [1ère éd. 1953], p. 136 et s.

d'exclusion mises en lumière par Norbert ELIAS[1]. Ainsi, les inégalités produites ne sont plus exclusivement le résultat d'un rapport de domination établi sur une base socio-économique (analyse marxiste) ; elles peuvent être le fruit d'un système qui pousse à exclure l'Autre, l'étranger, l'intrus (« *outsider* »[2]) pour le maintenir à l'écart des lieux de pouvoir[3]. La dichotomie « autochtone-allochtone », ou « établi-étranger », qui en résulte, permet alors d'expliquer l'existence du racisme dans des sociétés prospères à la population homogène.

917. Pour expliquer ce phénomène, dans une ère où l'idéologie égalitaire est particulièrement présente et les préjugés racistes, sexistes ou homophobes non assumés, la notion de discrimination institutionnelle a été forgée dans le sillage de celle de racisme institutionnel[4]. Elle met en avant l'existence de normes et de pratiques ayant des effets discriminatoires que les institutions intègrent dans leur fonctionnement quotidien. Cette notion participe d'une « *vision systémique de la discrimination* »[5] qui s'appuie sur le caractère permanent et non-conscient des biais cognitifs implicites susceptibles de déboucher sur des comportements discriminatoires. Enfin, le concept d'effet cumulatif a également contribué à révéler les cas de discriminations multiples chaque fois qu'un individu est traité de manière défavorable en raison de plusieurs critères illégitimes.

918. **Discrimination indirecte, systémique et multiple.** Les études en sciences sociales ont apporté un nouvel éclairage au phénomène de la discrimination. Elles ont ainsi démontré le décalage entre l'offre de justice d'une part et la réalité vécue par les victimes d'autre part. L'inefficacité du droit à englober l'ensemble des discriminations observées ou ressenties est ainsi devenu une antienne maintes fois rappelée. Dans une perspective pragmatique, le droit a ainsi cherché à se réapproprier les apports de la sociologie. La notion de discrimination indirecte a été incluse dans le corpus juridique afin de contourner le problème de l'intentionnalité et

---

[1] N. ELIAS et J.-L. SCOTSON, *Logiques de l'exclusion*, Fayard, 1997.

[2] Voir, H. S. BECKER, *Outsiders. Etude de sociologie de la deviance*, trad. J.-P. BRIAND et J.-M. CHAPOULIE, éd. Métailié, 1985 [1ère éd. 1963].

[3] N. ELIAS et J.-L. SCOTSON, *Les logiques de l'exclusion*, op. cit., p. 152 : « *ce ressentiment surgit quand un groupe marginal socialement inférieur, méprisé et stigmatisé, est sur le point d'exiger l'égalité non seulement légale, mais aussi sociale, quand ses membres commencent à occuper dans la société majoritaire des positions qui leur étaient autrefois inacessibles, c'est-à-dire quand ils commencent à entrer directement en concurrence avec les membres de la majorité en tant qu'individus socialement égaux, et peut-être quand ils occupent des positions qui confèrent aux groupes méprisés un statut plus élevé et plus de possibilités de pouvoir qu'aux groupes établis dont le statut social est inférieur et qui ne se sentent pas en sécurité* ».

[4] S. CARMICHAEL et C. HAMILTON, *Black Power: The Politics of Liberation in America*, Vintage Books, 1967.

[5] L. BERENI et V.-A. CHAPPE, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », art. cit., p. 17.

mettre fin aux effets systémiques d'exclusion de certains groupes sociaux engendrés par l'application de normes en apparence neutre[1].

919. Pour certains juristes, « *le concept de discrimination indirecte apparaît riche de potentialités pour appréhender les discriminations systémiques* »[2]. Or, on sait toutes les difficultés qu'éprouvent les juges français à mettre en application cette notion[3]. Le juge administratif plus particulièrement peut difficilement la reconnaître lors d'un recours pour excès de pouvoir dans la mesure où l'acte n'a pas encore produit d'effets ; lors d'un recours de pleine juridiction, seule l'exception d'illégalité pour non-respect du droit l'Union européenne peut être invoquée pour abroger l'acte administratif attaqué[4]. De surcroît, il nous semble que la notion de discrimination indirecte, telle qu'elle est définie par le droit, ne recouvre pas toutes les hypothèses de discrimination systémique : la discrimination indirecte reste un traitement unique aux effets systémiques et à l'auteur bien identifié quand la discrimination systémique s'apparente à un « *système discriminatoire […] relayé et pratiqué par une somme d'acteurs* »[5]. Ainsi, Gwénaële CALVES relevait que « *la discrimination systémique n'a pas d'auteur* »[6], ou plutôt elle en a une multitude rendant impossible l'exercice d'imputation du fait générateur. Aujourd'hui, certains juristes appellent à repenser les outils de la non-discrimination pour y inscrire la notion de discrimination systémique[7]. Si les droits nord-américains l'ont déjà intégrée, avec des approches divergentes, elle est surtout portée en France par la doctrine[8]. On

---

[1] Art. 1er, al. 2, Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, préc. : « *constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* ».

[2] M. MINE, « Les migrations et la discrimination raciale », in I. DAUGAREILH et F. VENNAT (sous la direction de), *Migrations internationales et marché du travail*, éd. Chronique sociale, 2004, p.155 et s., et p.169 ; cité dans I. DAUGAREILH, « Les discriminations multiples. Une opportunité pour repenser le droit de la non-discrimination », *Hommes et migrations*, n° 1292, 2011, pp. 36-37.

[3] Par ex., E. FONDIMARE, « La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe », *La Revue des droits de l'homme*, n° 9, 2016. Voir supra, n° 391 et s.

[4] Depuis 2017, le Conseil d'Etat oblige même l'administration saisie d'une demande de réformation d'un règlement illégal d'y substituer les dispositions permettant de mettre fin à l'illégalité ; cf. CE, 31 mars 2017, n° 393190, « Fédération générale des transports et de l'équipement de la Confédération française démocratique du travail (FGTE-CFDT) ».

[5] Ces propos sont prêtés à Philippe BATAILLE, in G. MARCHAND, « Embauche : quand le racisme s'en mêle », *Sciences humaines*, Hors-Série n° 47, décembre 2004-janvier-février 2005.

[6] Selon Gwénaële CALVES, in E. BENBASSA et J.-R. LECERF, *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action*, Rapport d'information n° 94, Sénat, 2014, p. 12.

[7] M. MERCAT-BRUNS, « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la nondiscrimination en Europe ? », *La Revue des droits de l'homme*, n° 14, 2018.

[8] Voir not., M. MERCAT-BRUNS et E. BOUSSARD VERRECCHIA, « Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique », *Revue de droit du travail*, 2015, pp. 660-671 ; M. MERCAT-BRUNS, « L'identification de la discrimination systémique », *Revue de droit du travail*, 2015, pp. 672-681.

note, toutefois, qu'elle n'est pas tenue à l'écart des débats sur l'évolution du droit de la non-discrimination puisqu'elle a fait son apparition dans le rapport de Laurence PECAUT-RIVOLIER relatif à la mise en place des actions de groupe en matière de discrimination au travail[1]. Si le dispositif mis en œuvre par la loi s'avère efficace, il pourra influencer de manière radicale l'appréhension des discriminations systémiques, à l'instar de ce qui est observé aux Etats-Unis[2].

920. A côté de la discrimination systémique, la notion de discrimination multiple a également fait l'objet de débats importants questionnant sa capacité d'inclusion dans le droit positif. Un rapport de 2007 établi pour la Commission européenne la définit comme la « *combinaison quelconque de discriminations fondées sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* »[3]. Cette combinaison peut être variable : soit les motifs de discrimination se cumulent pour s'aggraver, il s'agit alors d'une « *discrimination additive* »[4] soit « *plusieurs motifs agissent et interagissent les uns avec les autres en même temps, d'une manière telle qu'ils sont inséparables* »[5] dans le cadre d'une « *discrimination intersectionnelle* »[6]. A l'heure actuelle, peu d'Etats en Europe disposent d'une définition en propre[7], à l'exception notable du Royaume-Uni[8]. Avec la multiplication des critères, et donc des combinaisons possibles, ajoutée aux effets de la crise économique qui renforce la vulnérabilité de certaines catégories de personnes déjà fragilisées, d'aucuns

---

[1] L. PECAUT-RIVOLIER, *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Rapport au ministère de la Justice, 2013, p. 27.

[2] Sur l'impulsion forte donnée par les *class actions* américaines à l'encontre des discriminations systémiques fondées sur le sexe, voir not., M. MERCAT-BRUNS, *Discrimination at work*, UC Press, 2016, pp. 174-180.

[3] Commission européenne, *Lutte contre la discrimination multiple ? : pratique, politiques et lois*, Office des publications de l'Union européenne, septembre 2007, p. 9.

[4] Voir, P. MARTIN, « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, 2011, pp. 585-608, spéc. p. 588. L'auteur évoque également les « *discriminations parallèles* » dans lesquelles un individu peut être discriminé dans un secteur sur la base d'une caractéristique – par exemple la couleur de la peau dans l'accès au logement – et pour un autre critère dans un secteur différent – par exemple le genre dans l'emploi. Il les distingue des « *discriminations combinées* » (*compound discrimination*) dans lesquelles « *les différents motifs se cumulent dans une même situation – ce qui en intensifient l'expérience* » ; Ibid.

[5] I. DAUGAREILH, « Les discriminations multiples. Une opportunité pour repenser le droit de la non-discrimination », art. cit., p. 37.

[6] K. W. CRENSHAW, « Mapping the margins : Intersectionality, identity politics and violence against women of colours », in *Stanford Law Review*, Vol. 43, pp. 1241-1299.

[7] Il a fallu attendre la conférence mondiale des Nations unies de 2001 contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance, et les rapports de la Commission européenne de 2007 (cf. Commission européenne, *Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois*, op. cit., 2007) et 2009 (cf. S. BURRI et D. SCHIEK, *Multiple Discrimination in EU Law : Opportunities for Legal Responses to Intersectional Gender Discrimination*, European network of legal experts in the field of gender equality, Etude pour la Commission européenne, 2009), pour que cette question soit examinée en Europe d'un point de vue institutionnel et doctrinal.

[8] L'article 14 de l'*Equality Act* de 2010 protège les « *dual discriminations* » ou « *combined discriminations* ». Selon la disposition légale « *A person (A) discriminates against another if, because of a combination of two relevant protected characteristics, A treats B less favourably than A or would treat a person who does not share either of those characteristics* ».

constatent que ce type de discrimination s'accentue au point qu'elles « *deviennent aujourd'hui la règle* »[1] sur le lieu de travail. Cette association des motifs est difficilement appréhendable en l'état actuel de la législation ne serait-ce que parce que « *le droit de la non-discrimination a été pensé de manière fragmentée par motif et/ou par domaine, et de façon nivelée et compartimentée* »[2], notamment en France. Pour Isabelle DAUGAREILH deux conditions s'imposent pour parvenir à inclure cette notion dans notre droit : « *d'une part, l'harmonisation des régimes juridiques et, d'autre part, la généralisation de l'interdiction des discriminations* »[3]. A cet égard, on notera que les discussions autour du projet de directive dite « horizontale », adopté par la Commission en 2008[4], sont restées au point mort, alors qu'elle a justement pour but d'harmoniser et de généraliser l'interdiction des discriminations en droit de l'Union européenne.

921. Sous l'effet des différentes études, mettant en lumière la pluralité et la diversité des publics discriminés, on a assisté à « *une explosion des critères discriminatoires, notamment en France, qui renvoient non seulement à des caractéristiques personnelles mais [aussi] à des situations discriminatoires nouvelles* »[5]. Ce processus de *listing* tend à fragmenter la discrimination en une multitude de cas, là où l'approche intégrée invite à une analyse globale et systémique du phénomène. C'est face au constat de la multiplication des cas de discrimination, que Marie MERCAT-BRUNS invite « *à penser le cadre dans lequel émerge le risque de discrimination* »[6]. Cette analyse par le risque constitue l'objet même de l'approche intégrée.

---

[1] Bureau international du travail, *L'Égalité au travail* : *un objectif qui reste à atteindre*, rapport global en vertu du suivi de la déclaration de l'Organisation internationale du travail relative aux principes et droits fondamentaux au travail, Genève, 2011, p. IX.

[2] I. DAUGAREILH, « Les discriminations multiples. Une opportunité pour repenser le droit de la non-discrimination », art. cit., p. 37.

[3] Ibid., p. 38.

[4] Ce projet a fait l'objet d'une résolution législative du Parlement européen du 2 avril 2009 ; cf. Résolution législative du Parlement européen du 2 avril 2009 sur la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)). Il interdit au même titre que la discrimination directe ou indirecte, la discrimination multiple et la discrimination par association. Il indique que ce type de discrimination peut se produire sur la base de deux motifs ou plus.

[5] M. MERCAT-BRUNS, « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la nondiscrimination en Europe ? », art. cit., p. 1.

[6] Ibid.

B) La détermination du risque de discrimination

922. En matière de discrimination « *l'approche intégrée ne se préoccupe pas des actes intentionnels, mais se concentre sur les effets des discriminations et les processus qui les produisent* »[1]. Il devient alors possible d'identifier les « *zones de risque discriminatoire* »[2], c'est-à-dire, les situations dans lesquelles le risque est le plus important en cherchant à déterminer ses causes (1) et ses effets (2).

1) Les causes de la discrimination

923. Les discriminés apparaissent comme des personnes stigmatisées, rattachées à une caractéristique saillante qui détermine leur identité. Parce que cette identité est indésirable aux yeux du groupe majoritaire, le discriminé subira des traitements défavorables si la situation le permet[3].

924. **Le processus de stigmatisation : l'assignation à un groupe social.** Les stigmates se définissent en fonction de leur durée (quelques jours jusqu'à la vie entière), de la possibilité de le dissimuler (ce qui pose la question de la révélation), des qualités esthétiques auxquelles il est associé, de son origine (son caractère contrôlable), et du risque qu'il procure pour les membres du groupe dominant[4]. Même au sein d'un groupe, les différences peuvent constituer des stigmates dès lors qu'elles sont associées à un groupe minoritaire[5]. Ces personnes peuvent être traités comme des *tokens* – terme anglais renvoyant à une marque ou à un témoignage – c'est-à-dire comme appartenant à un groupe stigmatisable car numériquement inférieur[6]. Ces *tokens*,

---

[1] CGET, *Nouveau cadre de référence de la lutte contre les discriminations au sein de la politique de la ville : les enjeux de la nouvelle contractualisation*, 2014, site : www.ville.gouv.fr, p. 7.

[2] CGET, *Atlas thématique des diagnostics territoriaux stratégiques (DTS) conduits sur la période 2005-2014, Multithématique*, site : www.cget.gouv.fr, p. 2.

[3] Par ex., pour une analyse des causes et des effets des discriminations en fonction des critères d'appartenance/activité syndicale, le sexe et l'âge dans l'entreprise, voir M. MERCAT-BRUNS et E. BOUSSARD-VERRECCHIA (en collaboration avec F. CLERC), « Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique ? », *Revue de droit du travail*, 2015, pp. 660 et s.

[4] B. WHITLEY et M. KITE, *Psychologie des préjugés et de la discrimination*, trad. T. ARCISZEWSKI, éd. De Boeck, Coll. Ouvertures psychologiques, 2013, pp. 486-487. Voir aussi, E. E. JONES, A. FARINA, A. HASTORF, A. H., H. MARKUS, T. MILLER, et R. SCOTT, *Social stigma : The psychology of market relationships*, W. H. Freeman, 1984.

[5] N. ELIAS et J.-L. SCOTSON, *Logiques de l'exclusion*, Fayard, 1997, p. 150 : « *c'est une experience singulière que d'appartenir à un groupe minoritaire stigmatisé et, en même temps, de se sentir complètement inséré dans le courant culturel et le destin politique et social de la majorité qui le stigmatise* ».

[6] B. WHITLEY et M. KITE, *Psychologie des préjugés et de la discrimination*, op. cit., pp. 491-493.

parce qu'ils sont différents, sont davantage remarqués, ce qui induit une mise en contraste visant à exagérer les différences, pour y assigner un stéréotype[1]. L'étude de Rosabeth Moss KANTER[2] sur les *tokens* a montré que quoi qu'ils fassent, tout devient saillant, autant leurs réalisations que leurs erreurs[3]. Le droit n'ignore pas ces stigmates ; il se charge au contraire de les lister (les origines, le genre, la situation de handicap, l'âge, l'apparence physique…etc.).

925. Comme l'a relevé Jacques CHEVALLIER, les listes de critères de discrimination constituent une forme de « *paradoxe* » : en passant « *par la construction préalable des groupes discriminés […], la lutte contre les discriminations tend à aboutir à la substantialisation des différences au risque de déboucher sur la stigmatisation des groupes concernés* »[4]. Lorsque l'emploi du principe de non-discrimination n'aboutit pas à une condamnation de l'auteur des faits, il a pour conséquence de confirmer le stéréotype attaché au critère invoqué en lui attribuant l'explication de la situation, du comportement, ou du traitement discriminatoire[5]. Les mesures d'actions positives peuvent également être la source d'une stigmatisation profonde. Ces mesures compensatoires s'opèrent au détriment de ceux qui en sont exclus[6]. Dans cette hypothèse, « *l'autorité normative affirme expressément qu'elles ont pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales ou détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles* »[7]. Les membres du groupe dominant non favorisé auront pour réflexe de se comparer avec les entrants passés par des voix dérogatoires et à remettre en cause leurs mérites. Pour Daniel SABBAGH, une mesure d'action « *immédiatement désignée comme le produit exclusif d'une manœuvre* ad hoc, *contraire aux*

---

[1] Ibid., pp. 489-490.

[2] R. M. KANTER, *Men and women of the corporation*, Basic books, 1977.

[3] Le risque de stigmatisation peut aussi toucher les membres du groupe dominant qui s'associent aux discriminés. On parle alors de « *stigmate de courtoisie* » ; cf. E. GOFFMAN, *Stigma : Notes on the management of a spoiled identity*, Englewood Cliffs, NJ : Prentice-Hall, 1963. Des études ont confirmé l'idée selon laquelle une personne associée à un discriminé est aussi perçue à travers sa différence. A ce titre, les personnes qui la jugent lui attribuent des stéréotypes spécifiques – perçus positivement ou négativement – liés à cette relation. Voir, S. L. NEUBERG, D. M. SMITH, J. C. HOFFMAN et F. J. RUSSELL, « When we observe stigmatized and "normal" individuals interacting : Stigma by association », *Personality and Social Psychology Bulletin*, n° 20, 1994, pp. 196-209 ; S. B. GOLDSTEIN et V. A. JOHNSON, « Stigma by association : Perceptions of the dating partners of college students with physical disabilities », *Basic and Applied Social Psychology*, n° 19, 1997, pp. 495-504.

[4] J. CHEVALLIER, « La lutte contre les discriminations et Etat-providence », in D. BORILLO (sous la direction de), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, coll. « Recherches », 2003, p. 38 et s., spéc. p. 49. Voir aussi, G. KOUBI, « Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence, en France… », *RTDH*, 1993, n° 14, pp. 243-262, spéc. pp. 258-260.

[5] J. M. DARLEY et P. H. GROSS, « A hypothesis-confirming bias in labeling effects », *Journal of Personality and Social Psychology*, n° 44, 1983, pp. 20-30.

[6] G. CALVES, *L'*affirmative action *dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis. Le problème de la discrimination « positive »*, thèse de Droit public, Université Panthéon Assas, Paris II, 1997, dactyl., spéc. 12 : quand « *le législateur "avantage" ou "préfère", indissociablement, il lèse ou ignore* ».

[7] F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1997, p. 207.

règles du jeu méritocratiques »[1] risque alors de confirmer le « *bien-fondé des préjugés relatifs aux capacités de ses bénéficiaires, qui apparaîtrait ainsi comme faisant l'objet d'une reconnaissance implicite de la part des pouvoir publics* »[2].

926. Il en va ainsi du droit, comme des sciences sociales[3], qui peuvent réifier des catégories entières, des groupes d'individus, au risque de créer de nouvelles discriminations. L'explosion du nombre de critères observée ces dernières années, sous l'impulsion de ces travaux, ne doit pas laisser penser que tous les stigmates présentent les mêmes conséquences.

927. **L'existence d'un rapport de domination : la recherche de la vulnérabilité.** La discrimination se manifeste par un traitement différent, d'autres diront un refus de droit ou le refus d'accès à un bien rare. Dans tous les cas, elle survient à la suite d'une interaction entre deux personnes dont l'une des deux se situe en position de force, de domination par rapport à la personne discriminée. Ce rapport s'observe tant au niveau individuel que groupal.

928. Au niveau individuel, les différentes études menées ont permis de cibler les domaines dans lesquels les discriminations avaient cours le plus souvent. Sans surprise, le travail regroupe la majeure partie des cas recensés dans la jurisprudence. La législation a suivi[4]. Dans ce milieu, le lien de subordination entre le patron et l'employé suppose un déséquilibre dans le contrat qui les lie et, partant, une situation de potentielle vulnérabilité du salarié[5]. Cette vulnérabilité se manifeste dans le régime accordé aux représentants syndicaux « *qui implique une anticipation*

---

[1] D. SABBAGH, « L'affirmative action : effets symboliques et stratégies de présentation », in G. KOUBI et G. J. GUGLIELMI (sous la direction de), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, La Découverte, 2000, p. 159.

[2] Ibid., p. 161. Voir aussi, G. KOUBI, « La territorialisation du service public, atteinte à l'égalité devant le service public ? », in M. LONG (sous la direction de), *Egalité et services publics territoriaux*, LGDJ, 2005, p. 35 : « *élaboré dans la perspective d'un ciblage social, l'appel à la notion d'égalité des chances répond à un mode de "catégorisation" juridique et sociale – au risque de la stigmatisation des populations et des personnes concernées.* »

[3] L. BERENI et V.-A. CHAPPE, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix*, n° 94, 2011/2, p. 18 : « *en France, les premières enquêtes sociologiques sur la discrimination, au cours de la décennie 1990, se sont focalisées sur le critère ethnoracial et sur le domaine de l'emploi. Cette insistance initiale s'explique en partie par les incitations d'un certain nombre d'acteurs publics préoccupés par "l'intégration" ou "l'insertion" dans l'emploi des "jeunes issus de l'immigration", et par certains acteurs associatifs et syndicaux investis dans la lutte contre le racisme. […] Ces travaux pionniers ont participé à "l'invention", à la fin de la décennie, d'un problème public des discriminations qui, en retour, leur a donné une impulsion nouvelle. Les demandes des acteurs associatifs et la commande publique constituent, aujourd'hui encore, un moteur important de la recherche sociologique sur les discriminations en France* ». Voir aussi, D. FASSIN, « L'invention française de la discrimination », *Revue française de science politique*, n° 52 (4), 2002.

[4] Au niveau national, ont été adoptées la même année, en 1983, les lois « Auroux » pour le travail salarié et « Le Pors » pour la fonction publique.

[5] La situation de vulnérabilité reconnue par le droit suppose l'existence d'un élément faiblesse particulière qui distingue l'individu du reste de sa catégorie : par ex., pour le salarié, l'âge, l'état de santé, la précarité sociale, ou encore le mandat représentatif. Voir not., X. LAGARDE (sous la direction de), *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Etude, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2009, pp. 229-289.

des risques de discrimination sous forme de représailles »[1]. Il en va de même de la protection à l'égard des femmes, et notamment pour les dispositions qui protègent la grossesse et la maternité[2]. On note également que les rares écrits doctrinaux invoquant le concept de « *risque de discrimination* » portent sur l'entreprise[3]. Les dernières études placent toujours le travail comme l'un des secteurs les plus touchés par la discrimination[4]. Elles placent ensuite le logement et les services publics[5], deux domaines également ciblés par le droit pénal[6]. Cette approche confirme l'idée qu'il s'agit là de situations à risque que le droit protège particulièrement. Dans les services publics, les enquêtes réalisées par l'approche intégrée, ont démontré les risques de discrimination liés au « *street-level bureaucrat* »[7] notamment dans les services d'aides et d'actions sociales. Influencés par leurs stéréotypes et contraints par l'obligation de resserrer le contrôle sur les bénéficiaires, les agents publics des services sociaux sont particulièrement tentés de discriminer.

929. Au niveau groupal l'introduction du paradigme de la discrimination a permis de déceler les logiques de domination entre groupes sociaux[8]. Les premières enquêtes sociologiques en France se sont intéressées plus spécifiquement au critère ethnoracial dans le domaine de l'emploi[9]. « *Ces travaux pionniers ont participé à "l'invention", à la fin de la décennie, d'un problème public des discriminations*[10] *qui, en retour, leur a donné une impulsion nouvelle* »[11]. Les études et les revendications politiques se sont alors multipliées ciblant de nouveaux groupes

---

[1] M. MERCAT-BRUNS et E. BOUSSARD-VERRECCHIA (en collaboration avec F. CLERC), « Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique ? », art. cit.

[2] Voir supra, n° 356 ; infra, n° 1097.

[3] Voir not., V. MANIGOT, *Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise. Réflexions sur un risque*, LexisNexis, Planète sociale – Thèses, 2012. Sur l'analyse de la discrimination systémique par le risque, voir M. MERCAT-BRUNS, « L'identification de la discrimination systémique », *Revue de droit du travail*, 2015 p. 672 et s. : « *La comparaison des causes et des effets des discriminations fondées sur l'appartenance syndicale, l'âge et le sexe permet de faire apparaître les enjeux de la discrimination systémique. […] Or ce qui caractérise la discrimination systémique est la forte visibilité de ses effets mais la faible lisibilité* a priori *de "causes préétablies" et coordonnées entre elles de façon rationnelle et figée. Elle résulte de l'interaction des pratiques volontairement ou involontairement discriminatoires qui est variable selon les groupes visés, tout en produisant des effets similaires* ».

[4] Par ex., A. ALESSANDRIN, *Les bordelais.e.s face aux discriminations*, Enquête de l'Observatoire bordelais de l'égalité, 2015, site : www.bordeaux.fr, p. 22.

[5] Ibid.

[6] Art. 225-2, Code pénal.

[7] Par ex., M. LIPSKY, *Street-Level Bureaucracy : Dilemmas of the Individual in Public Services*, Russell Sage Foundation, 1980.

[8] Par ex., C. GUILLAUMIN, *Sexe, race et pratique du pouvoir. L'idée de nature*, Côté-femmes, 1992 ; E. DORLIN (sous la direction de), *Sexe, race, classe, pour une épistémologie de la domination*, PUF, 2009.

[9] Voir, F. DHUME, N. SAGNARD-HADDAOUI, *Les discriminations raciales à l'emploi. Une synthèse problématique des travaux*, ISCRA-Est, 2006.

[10] Voir, D. FASSIN, « L'invention française de la discrimination », *Revue française de science politique*, n° 52 (4), 2002.

[11] L. BERENI et V.-A. CHAPPE, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix* n° 94, 2011/2, pp. 7-34, spéc. p. 18.

sociaux et de nouvelles situations[1]. A la lecture des baromètres du Défenseur des droits on se rend compte que certains groupes discriminés sont plus vulnérables que d'autres face au risque de discrimination[2]. Malgré l'horizontalité des listes de critères de discrimination, les juristes constatent à l'examen de la jurisprudence une « *hiérarchie des motifs suspects* » de discrimination, « *les juges accordant la priorité à [des] critères, comme le sexe ou la "race"* »[3]. La vulnérabilité serait donc fonction de la saillance du ou des[4] stigmates portés. La notion de vulnérabilité en se référant « *au fait d'être particulièrement exposé à un risque ou à un danger* », « *révèle que, dans un groupe de personnes ainsi vulnérables, il en est qui sont encore plus vulnérables que les autres* »[5].

930. L'observation des groupes sociaux concernés par l'interdiction des discriminations montre une corrélation certaine avec les groupes désignés par la notion de vulnérabilité[6]. Les discriminés correspondraient à des « *catégories de personnes par hypothèse vulnérables* »[7]. « *De la vulnérabilité, il peut être tentant d'opérer un glissement sémantique et de parler en termes de "groupes désavantagés"* »[8]. La notion de vulnérabilité, qui implique la mise en place d'un régime de compensation des désavantages[9], implique de d'évaluer les effets préjudiciables de la discrimination sur les personnes.

---

[1] Voir not., J.-F. AMADIEU, *Le Poids des apparences. Beauté, amour et gloire*, 2002 ; N. HERPIN, *Le Pouvoir des grands. De l'influence de la taille des hommes sur leur statut social*, La Découverte, 2006.

[2] Par ex., DDD et OIT, *10e Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi*, Enquête sur l'accès aux droits – Vol. 3, mars 2017, site : www.defenseurdesdroits.fr ; DDD et OIT, *5e Baromètre de la perception des discriminations au travail : regard croisé salariés du privé et agents de la fonction publique*, Baromètre vague 5, n° 1101846, janvier 2012, site : www.defenseurdesdroits.fr.

[3] A. GOSSERIES, « La singularité de l'âge : réflexions sur la jurisprudence communautaire », *Mouvements*, n° 59, 2009, pp. 42-54. Par ex., CEDH, 2e Sect., 13 décembre 2005, req. n° 55762/00 et 55974/00, « Timishev c. Russie » : « *la discrimination raciale est une forme de discrimination particulièrement odieuse qui exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités* ».

[4] Voir, la théorie de la « *double vulnérabilité* » développée par Frances BEALE aux États-Unis : F. BEALE, *Double jeopardy : to be black and female*, éd. T. Cade, New American Library, 1970. Voir aussi, K. CRENSHAW, « Demargenalizing the Intersection of Race and Sex : A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics », *University of Chicago Legal Forum*, 1989, pp. 67-139.

[5] J.-P. LABORDE, « Vulnérabilité », in P. ZAWIEJA et F. GUARNERI (sous la direction de), *Dictionnaire des risques psychosociaux*, Seuil, 2014, p. 828.

[6] Sur la notion, voir X. LAGARDE (sous la direction de), *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de Cassation*, op. cit. ; M. BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international*, thèse de Droit public, Université de Bordeaux, 2015.

[7] J.-P. LABORDE, « Vulnérabilité », art. cit., p. 828.

[8] P. MARTIN, « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », art. cit., p. 589.

[9] X. LAGARDE, « Avant-propos », in X. LAGARDE, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de Cassation*, op. cit., pp. 58-59 : « *Dans une société, parfois qualifiée de postmoderne, l'autonomie de l'individu requiert un peu plus que la capacité juridique, c'est-à-dire, au fond, l'aptitude à se mouvoir librement dans les cadres du droit civil. Pour qu'advienne l'individu, il importe de lui reconnaître des droits, abstraction faite des relations qu'il est à même de nouer dans l'exercice de sa capacité : droit d'agir en justice, droits sociaux (logement, emploi…), par exemple. Ces droits sont généralement reconnus par des textes de portée supralégislative. Il en est ainsi parce qu'ils sont l'expression de la dignité de l'homme. Ils accèdent au rang de droits fondamentaux* ».

2) Les effets de la discrimination

931. Associer la discrimination à la notion de vulnérabilité des victimes permet d'insister sur les effets qu'elle produit sur l'individu. Ces effets peuvent être immédiats pour les victimes. Sur le temps, les personnes discriminées décrivent des parcours qui mènent à l'exclusion, à la marginalisation, pouvant aboutir à la ségrégation de groupes sociaux dans leur entier.

932. **Les atteintes à la personne et la vulnérabilité.** En tant que traitement différencié, la discrimination pèse sur la situation des personnes. Sous l'angle juridique, la discrimination peut être assimilée à « *des préjudices de différentes natures, suivant son intensité, sa durée et ses modalités* »[1]. Certains préjudices sont patrimoniaux, comme une perte de revenus (en cas d'absence de promotion par exemple), ou extrapatrimoniaux. « *Privant injustement du bénéfice des droits et d'avantages et entraînant des conditions de travail et de vie dégradées, elle a des répercussions graves sur la santé. Elle est une cause singulière de risques psychosociaux (Dejours, 1998[2])* »[3].

933. Ces préjudices peuvent aussi toucher les proches, notamment la famille. En effet, « *les incidences psychologiques de la discrimination peuvent perturber la vie familiale ; les pertes de revenus de parents, salariés discriminés, ne sont pas sans conséquence sur leurs enfants (choix scolaires, accès aux loisirs, etc.)* ». Pour remédier en partie à ces incidences, le droit reconnaît l'existence de discrimination par association qui permet de sanctionner les traitements défavorables en raison du stigmate porté par un proche[4]. Plus largement, « *le terme de discrimination s'est imposé comme une nouvelle manière de nommer et de subsumer une grande variété de mécanismes inégalitaires qu'ils soient fondés sur le sexe, la race, ou encore la sexualité et le handicap* »[5]. C'est le cas des faits de harcèlements, rattachés à la discrimination par le droit de l'Union européenne. Rappelons que ces comportements sont définis par nature comme humiliants, offensants, ou portant atteinte à la dignité de la personne[6]. Ici, la

---

[1] M. MINE, « Discrimination », in P. ZAWIEJA et F. GUARNERI (sous la direction de), *Dictionnaire des risques psychosociaux*, op. cit., p. 212

[2] C. DEJOURS, *Souffrance en France. La banalisation de l'injustice sociale*, Seuil, 1998.

[3] M. MINE, « Discrimination », art. cit., pp. 212-213.

[4] Par ex., CJCE, Grande chambre, 17 juillet 2008, aff. C-303/06, « S. Coleman c. Attridge Law et Steve Law » Rec. UE, p. I-05603.

[5] L. BERENI, et V.-A. CHAPPE, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », art. cit., p. 18.

[6] Voir supra, n° 517 et s.

discrimination, dont le harcèlement est un avatar, se caractérise par ses effets propres, qui s'apparentent à un préjudice moral et à un risque psychosocial[1].

934. Malgré les difficultés qu'il pose[2], le rattachement des notions de « discrimination » et de « harcèlement » semble poursuivre une logique de protection des personnes vulnérables. Le constat réalisé lors des études démontre que les groupes sociaux les plus touchés par la discrimination sont aussi les plus touchés par le risque de harcèlement[3]. A cet effet, la loi a prévu des aggravations de peines pour les faits de harcèlement moral à l'encontre des mineurs de quinze ans[4], ou « *lorsqu'ils ont été commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur* »[5]. En matière de harcèlement sexuel, le code pénal ajoute la position de subordination et la précarité sociale comme facteur d'aggravation de la peine[6].

935. Pour Jean-Pierre LABORDE, « *il est […] assez douteux qu'en dehors des mineurs, et encore pas nécessairement des pré-majeurs, il y ait véritablement des personnes vulnérables par nature, la vulnérabilité étant plutôt une vulnérabilité de situation ou de position* »[7]. « *L'une de leurs faiblesses tient d'ailleurs à ce que ces catégories peinent beaucoup à se constituer en collectifs susceptibles de faire valoir des intérêts communs* »[8]. Cette faiblesse rend parfois inéluctable le processus d'exclusion engendré par les discriminations.

---

[1] Voir infra, n° 1133 et s.

[2] Voir, T. GRUMBACH, « Pour conclure et tenter de distinguer entre la gestion disciplinaire affichée, la discrimination inavouée, et le harcèlement dissimulé », *Droit ouvrier*, mai 2001, pp. 218-227.

[3] En matière de harcèlement sexuel, lequel s'exerce principalement à l'encontre des femmes, il convient pour l'employeur, afin de respecter son obligation de prévention et de protection, de promouvoir l'égalité ; voir P. ADAM, « Harcèlement sexuel : le temps de la reconstruction », *AJCT*, 2013, p. 24 et s. D'après l'accord national interprofessionnel du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail, certaines catégories de salariés peuvent être affectées plus particulièrement par le harcèlement et la violence en raison de leur origine, de leur sexe, de leur orientation sexuelle, de leur handicap, ou de la fréquence de leur relation avec le public. En effet, les personnes potentiellement exposées à des discriminations peuvent être plus particulièrement sujettes à des situations de harcèlement ou de violence au travail. Une attention particulière doit donc leur être portée. Voir, Accord national interprofessionnel du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail, site : www.dgdr.cnrs.fr, p. 4.

[4] Art. 222-33-2-2 al. 2, Code pénal.

[5] Ibid., art. 222-33-2-2 al. 3.

[6] Ibid., art. 222-33 : « *1° Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ; 2° Sur un mineur de quinze ans ; 3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur ; 4° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur auteur* ».

[7] J.-P. LABORDE, « Vulnérabilité », art. cit., p. 828.

[8] Ibid.

936. **Le processus d'exclusion et l'effet de quartier.** Lorsqu'elles fondent un comportement de rejet volontaire de la différenciation, les catégories sociales se retrouvent à la racine de l'exclusion[1]. « *La mécanique sociale du rejet dessine ainsi la trajectoire de l'exclusion*[2] »[3].

937. Sur le long terme, la discrimination subie fait dévier les parcours de vie vers les marges de la société pouvant mener à des processus de ségrégation de populations entières. Les parcours des individus discriminés montrent une pluralité de profils : du « *refoulement du stigmate* » au « *discriminé total* »[4]. Là où certains utilisent des stratégies de contournement pour amoindrir l'effet de ces stigmates[5] d'autres s'exprimeront par la révolte dans un mouvement de « *retournement des stigmates* »[6]. La discrimination pose alors la question de l'intégration des populations « marginalisées » à commencer par celle des étrangers.

938. Aussi, il est notable de constater que les prémisses de la politique de la ville se trouvent d'abord dans une politique du logement social ou ouvrier[7]. Elle est devenue une politique de développement social urbain expérimentale qui s'est renforcée avant de s'institutionnaliser. On est passé d'une politique du logement visant des « zones à urbaniser en priorité » (ZUP) à une politique de cohésion territoriales avec les « zones urbaines sensibles » (ZUS) passées dans le vocable courant sous la dénomination de « banlieues ». Ce faisant, la loi a créé un nouvel objet politique aux effets stigmatisants pour les populations. L'effet de quartier relevé par l'enquête de l'Observatoire national des zones urbaines sensibles[8] apparaît comme une des conséquences néfastes du zonage qui, en réifiant une catégorie de personnes vulnérables, en l'espèce les

---

[1] R. LENOIR, *Les exclus : un français sur dix*, Seuil, 1974, spéc. p. 99 : « *c'est le refus de la différence qui pousse à exclure l'étranger, le handicapé, le fou, le vieillard* ».

[2] G. KOUBI, « Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence, en France… », *RTDH*, 1993, n° 14, pp. 243-262, spéc. p. 243.

[3] Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bib de Droit public, tome 237, 2003, p. 251.

[4] Voir not., F. DUBET, O. COUSIN, E. MACE, et S. RUI, *Pourquoi moi ? L'expérience des discriminations*¸ Seuil, 2013.

[5] Ibid.

[6] J.-M. BELORGEY, « Discrimination et stigmate », *Informations sociales*, n° 148, 2008/4, p. 19 : « *A méconnaître la demande de reconnaissance positive et de prise en compte de formes de singularité qui sont partie intégrante de l'identité de certaines composantes de la population, et qui peuvent aussi faire obstacle, si on n'y prend garde, à ce que ces composantes émargent utilement aux prestations de droit commun des services publics, on nourrit une incroyable rancoeur, on programme un "retournement des stigmates". Ce qui est dénoncé comme nul et non avenu, disqualifiant ou menaçant, ou tout cela à la fois, en venant à être revendiqué comme valant en soi, et valant contre la société aux marges desquelles on est réduit à camper* ».

[7] P. ESTEBE, « Instruments et fondements de la géographie prioritaire de la politique de la ville (1982-1996) », *Revue française des affaires sociales*, n° 3, 2001/3, p. 26 : « *La géographie prioritaire de la politique de la ville est d'abord une géographie du logement social, ou ouvrier* ». On peut signaler que les considérations concernant le logement des ouvriers existaient déjà sous le Second Empire où Louis-Napoléon Bonaparte avait déboursé de sa « caissette » les moyens pour construire ce type de logement face à la *gentrification* de la capitale causée par les travaux du préfet Haussmann.

[8] M. BUNEL, Y. L'HORTY, P. PETIT, *Effets de quartier, discrimination territoriale et accès à l'emploi*, Les documents de l'ONZUS, Les éditions du CIV, juin 2013. Voir aussi, Centre d'analyse stratégique, *Des "effets de quartier" à la politique de la ville. Perspectives internationales*, Note d'analyse, n° 249, novembre 2011.

habitants des banlieues, tend à objectiver, pour ne pas dire « biologiser », les inégalités subies par ces groupes[1].

939. Les observations faites de l'action des pouvoirs publics dans ces territoires montrent l'absence de clarté dans la détermination des individus[2] ou des quartiers[3] visés par l'action des pouvoirs publics. Cette opacité, comme l'indique Fabrice DHUME, reproduit « *le flou, les amalgames et les arbitraires de la discrimination elle-même* »[4]. « *Penser et administrer la pauvreté à partir des questions de "mixité sociale", de "ghettos" et de "quartiers sensibles" ne comporte pas seulement le risque d'occulter les mécanismes de domination, que celle-ci soit économique, sociale ou raciste. […] Cette occultation pose les bases d'un regard misérabiliste. Et surtout le fait que ces catégories soient indissociablement territoriales et ethniques, qu'elles visent des populations ("immigrés", "jeunes issus de l'immigration") autant que des espaces, alimente une vision homogénéisante de populations qui seraient irréductiblement différentes, et à ce titre justiciables de dispositifs et de mesures spécifiques* »[5]. On remarque ainsi que dans le contexte français, la volonté de réduire les inégalités par l'aménagement du territoire a aussi été la source de nouvelles discriminations. Dans les quartiers prioritaires, le droit de la non-discrimination apparaît, encore plus qu'ailleurs, limité et inadapté pour empêcher ces effets secondaires néfastes de se développer.

§2) Les limites du droit de la non-discrimination

940. Différentes études ont montré l'ampleur du phénomène de la discrimination, ses occurrences et ses conséquences graves et irréversibles, en dépit du renforcement massif et

[1] M. BOUCHER, *Sociologie des turbulences. Penser les désordres des inégalités*, L'Harmattan, 2015, spéc. p. 24. Voir aussi, D. LAPEYRONNIE, « L'économie morale de la discrimination. La morale des inégalités dans les banlieues populaires françaises », in F. DUBET (sous la direction de), *Inégalités et justice sociale*, 2015, p. 79 et s.

[2] F. DHUME, « De la discrimination du marché au marché de la discrimination. Les fausses évidences de la "lutte contre les discriminations" », *Mouvements*, n°49, 2007/1, pp. 128-136.

[3] Philippe ESTEBE explique comment les municipalités, dans leur choix de quartiers prioritaires, tiennent compte de la réputation et de l'exemplarité des zones qui doivent présenter à la fois de lourds problèmes mais aussi posséder en leur sein les moyens – souvent des relais associatifs – de se sortir de l'exclusion. Il évoque même des quartiers « *choisis largement sur une base intuitive ou sensible* » ; P. ESTEBE, « Instruments et fondements de la géographie prioritaire de la politique de la ville (1982-1996) », art. cit., pp. 29 à 32.

[4] F. DHUME, « De la discrimination du marché au marché de la discrimination. Les fausses évidences de la "lutte contre les discriminations" », art. cit.

[5] S. TISSOT et F. POUPEAU, « La spatialisation des problèmes sociaux », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 159, 2005/4, p. 9.

constant de l'arsenal juridique[1]. L'approche essentiellement judiciaire de la lutte contre les discriminations préconisée jusqu'ici est ainsi largement contestée par la réalité du phénomène et l'analyse du contentieux. En la matière, l'approche transdisciplinaire a permis de faire apparaître les nombreuses apories dans la conception et l'application des dispositifs juridiques de lutte contre les discriminations[2], d'abord pour les victimes, qui font face à des difficultés pour agir en justice et faire reconnaitre leur préjudice de discrimination (A), mais aussi pour les acteurs des collectivités territoriales censés les respecter et les mettre en œuvre (B).

A) Les apories de l'action en justice pour les publics discriminés

941. Le processus de victimisation des personnes discriminées est un processus parfois long[3], aux causes multiples[4], qui peut entraîner un fort ressentiment à l'égard de la société, en général, et de l'institution judiciaire en particulier. Il suppose que soit révélée la situation défavorable que subit la victime « *au regard de la situation de l'ensemble des membres du groupe auquel [...] elle appartient* »[5]. Le passage à l'action judiciaire, notamment parce qu'elles se retrouvent souvent isolées, est toujours une épreuve difficile pour les victimes (1). Or, la discrimination est aussi, et souvent, un phénomène qui touche des groupes entiers, ce qui implique de pouvoir agir de manière collective. Les solutions judiciaires apparaissent cependant nettement insuffisantes à l'heure actuelle (2).

[1] Par ex, P. SIMON, « La discrimination : contexte institutionnel et perception par les immigrés », *Hommes et migrations*, n° 1211, janvier-février 1998, « Le racisme à l'œuvre », pp. 49-67.
[2] Pour un exemple encore récent, voir not. T. GRUNDLER et J.-M. THOUVENIN (sous la direction de), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, Rapport de recherche, 2016.
[3] Voir par ex., F. DUBET, O. COUSIN, E. MACE, et S. RUI, *Pourquoi moi ? L'expérience des discriminations*¸ Seuil, 2013.
[4] « *Si classiquement le statut juridique de victime découle directement de la reconnaissance par le Tribunal d'un préjudice subi, il s'avère que pour le délit de discrimination, le parcours de la victime vers cette reconnaissance est impacté par un ensemble de contraintes spécifiques : sociétales, politiques, économiques et financières, mais également inhérentes au dispositif juridique lui-même* » ; cf. *Bulletin d'information de l'Observatoire régional de l'intégration et de la ville*, mai 2011, n° 66, p. 2.
[5] O. De SCHUTTER, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) », in E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH, *Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruylant, 1999, pp. 11-44, spéc. p. 18.

1) Les difficultés de l'action individuelle

942. Dans une étude marquante et remarquée, Kristin BUMILLER a montré comment les victimes de discrimination tendaient à refuser l'action judiciaire comme solution à leur litige. Sur le plan psychosocial, la révélation de la discrimination oblige les victimes à interroger leur situation et leur rapport au groupe dominant. La prise de conscience de leur « infériorité » peut les amener à un rejet des institutions, et de l'institution judiciaire en particulier, considérées comme l'incarnation du groupe dominant. L'attitude des juges confirment parfois cette impression en ce qu'elle révèle aussi l'existence de biais cognitifs, implicites ou explicites, qui participent à la mécanique institutionnelle[1] d'exclusion des personnes discriminées[2].

943. Dans un premier temps, la victime de discrimination aura tendance à s'isoler afin de taire le traitement défavorable qu'elle a subi et de cacher le stigmate qu'on vient de lui révéler[3]. Ce comportement a pour conséquence de minimiser, voire d'ignorer, le statut de victime. Plus encore, on constate l'apparition d'un véritable contrôle social sur les victimes qui les poussent à se sentir responsables de leur sort ; « *d'où la culpabilité qu'[elles] éprouvent, à un certain moment de leurs relations avec leur contexte, avec les classes dominantes, de se trouver dans telle ou telle situation désavantageuse* »[4]. Le droit, comme outil permettant de contraindre les

---

[1] Voir D. BORILLO, « Introduction », in *Homosexualités et droit*, PUF, Coll. Les voies du droit, 2e éd. mise à jour, 1999, p. 5. L'auteur prend l'exemple d'un arrêt du 9 octobre 1996 dans lequel le Conseil d'Etat donne raison au Département de Paris d'avoir refusé la possibilité d'adopter pour une personne homosexuelle. Le refus n'est pas en soi discriminatoire, mais c'est sa justification qui donne lieu à controverse. Elle fait apparaître certains préjugés envers la personne homosexuelle qui, « *eu égard à ses conditions de vie et malgré ses qualités humaines et éducatives certaines, ne présentait pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté* » ; cf. CE, 09 octobre 1996, n° 168342, « Département de Paris c. Fretté », Rec. p. 390.

[2] Par ex., C. CORNET, témoignage lors de la Table ronde « Accès aux droits des publics vulnérables », in *L'accès aux droits : construire l'égalité*, Actes du colloque organisé par le Défenseur des droits, 2 décembre 2013, p. 33 : « *Dans notre permanence, les réclamations reçues se répartissent pour moitié entre des problèmes de relations avec les services publics et pour moitié des discriminations ressenties, les deux pouvant se recouper. En matière d'accès aux droits et de discriminations, il est notable de constater une progression importante du nombre de personnes en situation d'échecs multiples ou ressentis comme tels. Ces échecs concernent à la fois le maintien dans l'emploi, l'accès aux prestations sociales, l'accès au logement ou encore l'accès aux soins. Assez souvent ces difficultés se cumulent, notamment chez les personnes vulnérables. En effet, une vulnérabilité de départ entraîne souvent des conséquences en chaîne* ».

[3] Sur la divergence entre discrimination personnelle et groupale, voir F. J. CROSBY, « The denial of personal discrimination », *American Behavorial Scientist*, n° 27, 1984, pp. 371-386 ; F. J. CROSBY, A. PUFALL, R. C. SNYDER, M. O'CONNELL, et P. WHALEN, « The denial of personal disadvantage among you, me, and all the other ostriches », in M. CRAWFORD et M. GENTRY (sous la direction de), *Gender and thought : Psychological perspectives*, Springer-Verlag, 1989, pp. 79-99 ; D. M. TAYLOR, S. C. WRIGHT, F. M. MOGHADDAM, et R. N. LALONDE, « The personal/group discrimination discrepancy : Perceiving my group, but not myself, to be a target for discrimination », *Personality and Social Psychology Bulletin*, n° 16, 1990, pp. 254-262.

[4] P. FREIRE, *Pédagogie de l'autonomie*, éd. Erès, 2013, p. 97.

auteurs de comportements illicites à se conformer aux normes socialement établies[1], suppose que les requérants soient en capacité non seulement de percevoir leur préjudice, d'invoquer les mesures adéquates, mais aussi de signaler l'infraction aux autorités compétentes, et de participer aux procédures d'exécution. Comme le résume Kristin BUMILLER, « *parce que les lois protectrices font porter la responsabilité de la perception et du signalement des infractions à la victime, elles supposent que celles ou ceux qui sont dans la catégorie protégée peuvent et vont accepter ces charges* »[2]. Or, les « *discours juridiques […] reflètent l'idéologie des dominants et ignorent l'expérience des dominés*[3] »[4]. Ceux-ci ne sont pas en capacité de s'approprier un tel outil de sorte que l'interaction avec le droit devient « *excluante pour les victimes de la même manière que le langage de la légalité est exclu du discours de la vie quotidienne* »[5].

944. Particulièrement, en matière de discrimination, « *l'enchevêtrement des rôles économique, social, psychologique, sexuel et juridique crée une éthique de la survie qui exclut le rôle protecteur du droit* »[6]. Ce constat est tiré de l'enquête du *Civil Litigation Research Project*, menée aux Etats-Unis dans les années 1980 sur l'occurrence des litiges civils en matière de discrimination[7]. Les répondant.e.s expliquaient l'absence de recours par les circonstances immédiates, notamment financières, et l'incapacité à prouver l'intention discriminatoire[8]. Il leur faut aussi endosser le rôle de la victime, ce qui suppose « *une lutte psychologique pour concilier une image de soi positive avec l'image de la victime impuissante et abattue* »[9]. Le choix du contentieux apparaît alors « *indissociable du processus de*

---

[1] K. BUMILLER e. a., « Victimes dans l'ombre de la loi. Une critique du modèle de la protection juridique », *Politix*, n° 94, 2011/2, pp. 131-152, spéc. p. 135 : traditionnellement, l'analyse juridique « *amplifie l'autorité des règles juridiques par rapport à d'autres constructions sociales* ».

[2] Ibid., p. 134.

[3] Par ex., C. GILLIGAN, *In a Different Voice : Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

[4] K. BUMILLER e. a., « Victimes dans l'ombre de la loi. Une critique du modèle de la protection juridique », art. cit., p. 135.

[5] Ibid.

[6] Ibid.

[7] Dans l'enquête, conduite par le *Civil Litigation Research Project* (CLRP) en 1980, un échantillon de cinq cents soixante déclarations de discrimination a été recueilli sur un ensemble de cinq mille ménages environ. Il était demandé aux répondants s'ils avaient subi un « *traitement illégal ou injuste* » du fait de leur « *race, âge, sexe, handicap, appartenance syndicale, ou autre* » ; cf. ibid.

[8] La théorie de l'attribution tente d'expliquer pourquoi les individus s'attribuent la responsabilité du conflit, notamment pour maintenir une impression de contrôle. Cette perspective offre un certain degré d'explication psychologique du comportement, mais n'interroge pas les conséquences du défaitisme. Cf. D. COATES et S. PENROD, « Social Psychology and the Emergence of Disputes », *Law and Society Review*, n° 15 (3-4), 1981.

[9] K. BUMILLER e. a., « Victimes dans l'ombre de la loi. Une critique du modèle de la protection juridique », art. cit, p. 145.

réconciliation de ces images de soi[1] »[2]. La réticence des victimes « *à traverser la frontière entre la normalité et la position de victime les force à justifier les actions de ceux qui les discriminent* »[3]. Elles ne veulent ni apparaître comme l'exclu.e démuni.e, ni comme un.e communautariste fanatique en puissance. Ainsi, il est apparu que, de manière générale, les victimes de discrimination « *ont ressenti la nécessité d'éviter que le droit n'aggrave leur situation. Souvent, cela signifiait empêcher le droit de prendre le pas sur la normalité relative du quotidien* »[4]. Une autre contradiction apparaît ainsi : « *alors que le droit antidiscriminatoire promeut ostensiblement la dignité et les droits humains universels, les individus peuvent en pratique préférer la dignité qu'ils trouvent dans leur anonymat plutôt que de tenter d'exercer leurs droits dans un tel cadre juridique* »[5].

945. Kristin BUMILLER en conclut que « *ces descriptions de la réalité sociale des victimes expliquent pourquoi, parmi les personnes qui estiment avoir subi une expérience discriminatoire, celles qui obtiennent gain de cause sont si peu nombreuses*[6]*. Cette étude offre trois explications de la réticence des victimes à affirmer la valeur de leurs intérêts et de leur acceptation de l'échec comme inévitable. Premièrement, les liens entre auteur et victime de discrimination orientent le conflit vers des réactions autodestructrices ou explosives. Deuxièmement, ces personnes sont guidées par une éthique de la survie qui encourage le sacrifice de soi plutôt que l'action. Et troisièmement, les chances de voir le droit mobilisé sont limitées par une vision du droit qui engendre la crainte de l'intervention juridique. Les personnes lésées sont réticentes à employer l'étiquette de la discrimination parce qu'elles refusent d'endosser le rôle de victime, et elles craignent qu'une intervention juridique ne bouleverse le fragile équilibre de pouvoir entre elles et leurs adversaires* »[7]. Ce qui semble constituer le plus petit dénominateur commun de tous les discriminés réside dans ces difficultés d'accès à la justice.

946. Les publics discriminés cumulent de nombreux facteurs qui les éloignent de l'institution judiciaire. Aux inégalités symboliques – tirées de l'appartenance à une minorité – s'ajoutent

---

[1] Le droit crée une personne juridique à son image. L'auteur renvoie notamment à J. VINING, *Legal Identity*, Yale University Press, 1978.
[2] K. BUMILLER e. a., « Victimes dans l'ombre de la loi. Une critique du modèle de la protection juridique », art. cit, p. 145.
[3] Ibid., p. 147.
[4] Ibid., p. 150.
[5] Ibid., p. 147.
[6] L'auteur renvoie à d'autres études qui ont tenté de démontrer l'échec des réclamations quand elles sont déposées auprès d'agences juridiques ; voir not., L. MAYHEW, *Law and Equal Opportunity*, Harvard University Press, 1968 ; J. HANDLER, *Social Movements and the Legal System*, New York Academy Press, 1978.
[7] K. BUMILLER e. a., « Victimes dans l'ombre de la loi. Une critique du modèle de la protection juridique », art. cit, p. 150.

également des inégalités dans les savoirs juridiques[1] et des inégalités socio-économiques qui limitent également l'accès à la justice[2]. Ce non-recours s'observe également chez les agents victimes de discriminations et/ou de harcèlements[3]. Ainsi, les études pointent la particulière vulnérabilité des discriminés à l'effet produit par la qualification juridique[4], notamment leur incapacité à produire la preuve des discriminations[5] et ce, malgré les aménagements proposés par la législation[6]. Le processus d'individualisation causé par le processus de judiciarisation oblige à repenser collectivement l'action en justice en matière de discrimination. Or, celle-ci n'en est encore qu'à l'état embryonnaire.

2) Les insuffisances de l'action collective

947. L'action collective en matière de discrimination apparaît nécessaire dès lors que l'on se rend compte du caractère massif du phénomène. Dès les première enquêtes réalisées en France dans les années 1990 ce caractère est apparu pour ce qui concerne les discriminations en raison des origines dans l'emploi[7]. Elles ont permis de faire surgir la discrimination comme un

---

[1] La difficulté à maîtriser le droit de la non-discrimination est un problème récurrent pour tous les acteurs, y compris les professionnels ; voir par ex., O. NOEL, « Subjectivation des vécus, objectivation juridique des faits. Un dilemme pour l'évaluation des politiques relatives aux discriminations », *Informations sociales*, n° 148, 2008/4, pp. 124-133, spéc. p. 130. Evelyne SERVERIN et Frédéric GUIOMARD eux-mêmes indiquaient leurs difficultés à établir un référentiel normatif des discriminations et de l'égalité à cause de la forte spécialisation des textes selon qu'il s'agisse d'égalité ou de discrimination ; cf. E. SERVERIN et F. GUIOMARD, *Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité. Les enseignements d'un échantillon d'arrêts extrait de la base JURICA (2007-2010)*, Etude réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, décembre 2013, spéc. pp. 162-163.

[2] Par ex., M. DORIAT-DUBAN, « Analyse économique de l'accès à la justice : les effets de l'aide juridictionnelle », *Revue internationale de droit économique*, n° 1, 2001/1, tome XV, pp. 77-100, p. 78.

[3] DDD, « Agir contre les discriminations et le harcèlement dans la fonction publique territoriale », *9 Fiches pratiques*, novembre 2017, site : www.defenseurdesdroits.fr, p. 61 : « *Le non-recours est un phénomène fréquent en matière de discrimination. Il a notamment pour cause le manque de preuves, le fatalisme ressenti par les personnes concernées, la peur des représailles ou l'absence de confiance dans les institutions. Au-delà de la discrimination et/ou du harcèlement subi, le silence et la résignation des victimes contribuent à renforcer les risques psychosociaux et la souffrance au travail que l'employeur a l'obligation de prévenir* ».

[4] V.-A. CHAPPE, « Le droit au service de l'égalité ? Comparaison des sociologies du droit de la non-discrimination française et états-unienne », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, n° 27, 2014, pp. 107-122.

[5] En accord avec Aurore GRANERO, il apparaît qu'« *en définitive, les règles de preuve dépassent le champ de la technique juridique. [...] L'enjeu [...] correspond davantage à la capacité de la culture juridique française à intégrer le concept de vulnérabilité du justiciable* » ; A. GRANERO, « L'adaptation des règles de preuve à raison de la vulnérabilité du justiciable en droit administratif », in V. DONIER et B. LAPEROU-SCHENEIDER, *L'accès à la justice de la personne vulnérable en droit interne*, éd. L'Epitoge, 2016, pp. 157-170, spéc. p .170.

[6] Sur ce point, voir supra n° 446 et s. et 463 et s.

[7] Dès 1998, Patrick SIMON dresse le constat d'un dispositif juridique inefficace, « *un contraste flagrant entre les principes affichés, le raffinement des outils juridiques et leur impuissance à endiguer ce que tous s'accordent à considérer comme une résurgence historique de la xénophobie et du racisme en France* » (cf. P. SIMON, « La discrimination : contexte institutionnel et perception par les immigrés », *Hommes et migrations*, n° 1211, janvier-février 1998, « Le racisme à l'œuvre », pp. 49-67, spéc. pp. 51-52). Sa position s'appuie sur les témoignages des acteurs de terrain et sur une enquête de 1992 « Mobilité géographique et insertion sociale » lors de laquelle des

problème public spécifique, que les autorités ont la charge de résoudre, dépassant la seule problématique de l'intégration des étrangers[1]. Plus récemment, l'enquête nationale réalisée par *testing*, à la demande du gouvernement, confirme le phénomène dans l'emploi public[2]. Le dernier baromètre du DDD sur la perception des discriminations dans l'emploi va dans le même sens[3] en montrant notamment la corrélation entre les secteurs publics et privés[4]. Face à ce caractère massif et collectif, le législateur a décidé de mettre en place une forme de recours collectif permettant les actions de groupe.

948. Présentée pour la première fois en France[5] dans le rapport « Pécaut-Rivolier », *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, de 2013[6], l'action de groupe en matière de discrimination est désormais reconnue[7] dans tous les domaines avec des dispositions spécifiques pour celles ayant trait aux relations de travail dans les secteurs privé et public[8]. Elle est définie comme « *un mécanisme juridique garantissant la possibilité, pour plusieurs personnes physiques ou morales ou pour une entité ayant qualité pour agir en représentation, de demander collectivement la cessation d'un comportement illicite (recours collectif en*

---

immigrés avaient été interrogés sur leur perception générale des discriminations dans les « lieux » institutionnels, sans renvoyer toutefois à leur vécu personnel. Voir aussi, F. DHUME et N. SAGNARD-HADDAOUI, *Les discriminations raciales à l'emploi. Une synthèse problématique des travaux*, ISCRA-Est, 2006.

[1] Voir, D. FASSIN, « L'invention française de la discrimination », *Revue française de science politique*, n° 52 (4), 2002.

[2] Voir, M. BUNEL, Y. L'HORTY, et P. PETIT, « Les discriminations à l'embauche dans sphère publique : effets respectifs de l'adresse et de l'origine », *Travail, Emploi et Politiques Publiques*, n° 2016-07, 2016 ; Y. L'HORTY, *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*, Rapport au Premier Ministre, La documentation française, 2016.

[3] DDD et OIT, *10e Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi*, Enquête sur l'accès aux droits – Vol. 3, mars 2017, site : www.defenseurdesdroits.fr.

[4] Ces chiffres ne semblent pas avoir évolué depuis 2012, année de publication du 5ème baromètre qui s'intéresse plus particulièrement aux agents de la fonction publique ; cf. DDD et OIT, *5e Baromètre de la perception des discriminations au travail : regard croisé salariés du privé et agents de la fonction publique*, Baromètre vague 5, n°1101846, janvier 2012, site : www.defenseurdesdroits.fr. Cette enquête montre d'abord une corrélation assez forte entre les secteurs public et privé : on trouve un sentiment partagé, connu et persistant de l'existence de discriminations dans l'emploi (pp. 5-10), de préjugés à l'encontre des différentes minorités assez similaires (pp. 11-12), ainsi que des pourcentages assez proches d'employés du public et du privé estimant avoir été témoins ou victimes de discriminations pendant leur carrière ou pensant l'être un jour (pp. 15-23).

[5] Communication de la Commission européenne, « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs », COM(2013)401 final, 11 juin 2013 : « *le recours collectif est, en effet, un outil procédural susceptible de présenter un intérêt pour les politiques de l'Union européenne dans des domaines autres que la concurrence ou la protection des consommateurs. Les services financiers, la protection de l'environnement, la protection des données ou la non-discrimination en sont de bons exemples* ». Voir aussi, Recommandation de la Commission du 11 juin 2013, relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les Etats membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, 2013/396/UE, JOUE 26 juillet 2013, L201/60).

[6] L. PECAUT-RIVOLIER, *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Rapport sur les discriminations collectives en entreprise, rapporteur D. PONS, site : www.justice.gouv.fr, 2013. Voir aussi, L. PECAUT-RIVOLIER, « Discriminations collectives en entreprise : pour une action collective spécifique », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 101 et s.

[7] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016.

[8] C. FLEURIOT, « L'action de groupe s'ouvre à de nouveaux domaines », *Dalloz-actualité*, 22 novembre 2016.

cessation) ou [comme] un mécanisme juridique garantissant la possibilité, pour plusieurs personnes physiques ou morales qui prétendent avoir subi un préjudice dans le cadre d'un préjudice de masse ou pour une entité ayant qualité pour agir en représentation, de demander collectivement réparation (recours collectif en réparation) »[1].

949. Inspirée du droit anglo-saxon, elle est issue d'un long processus de réflexion autour des contentieux de masse[2] puis de l'opportunité de l'adoption d'une procédure d'action collective dans le contentieux administratif[3] avant d'être portée dans le débat public par les associations de lutte contre les discriminations. Le dispositif adopté reprend en partie les préconisations du rapport PECAUT-RIVOLIER[4]. La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle insère les articles L. 77-10-1 à L. 77-10-25 au Code de justice administrative qui définissent un mécanisme général[5] décliné dans quatre domaines dont celui de la lutte contre les discriminations.

950. Il permet « *lorsque plusieurs personnes, placées dans une situation similaire, subissent un dommage causé par une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, [d'exercer une action de groupe] en justice au vu des cas individuels présentés par le demandeur. Cette action peut être exercée en vue soit de la cessation du manquement mentionné au premier alinéa, soit de l'engagement de la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices subis, soit de ces deux fins* »[6].

951. Dans ce domaine, deux actions de groupe sont envisagées : la première, généraliste, s'adresse aux discriminations régies par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 ; la seconde, plus

---

[1] §3, a), Recommandation n° 2013/396/UE de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, JOUE L 201 du 26 juillet 2013 p. 60-65. La comission définit aussi le préjudice de masse « *comme une situation dans laquelle plusieurs personnes physiques ou morales prétendent avoir subi un préjudice à l'origine d'une perte en raison d'une même activité illicite menée par une ou plusieurs personnes physiques ou morale* » ; cf. ibid., §3, b).

[2] Voir dans le dossier de la *RFDA*, not. G. CALVES, « Mieux connaître les contentieux de masse. L'apport des travaux sociologiques », *RFDA*, 2011, p. 477 et s.

[3] Voir, P. BELAVAL, L. HELMLINGER, P. MINDU, A. COURREGES, A. LEVASSEUR e. a., *L'action collective en droit administratif*, Groupe de travail interne au Conseil d'Etat, 2009, hal-00685958, avril 2012.

[4] L. PECAUT-RIVOLIER, *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Rapport au ministère de la Justice, 2013, site : www.justice.gouv.fr.

[5] L'article L. 77-10-3 du Code de justice administrative dispose que : « *Lorsque plusieurs personnes, placées dans une situation similaire, subissent un dommage causé par une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée en justice au vu des cas individuels présentés par le demandeur. Cette action peut être exercée en vue soit de la cessation du manquement mentionné au premier alinéa, soit de l'engagement de la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices subis, soit de ces deux fins* ».

[6] Art. L. 77-10-3, Code de justice administrative.

spécifique, est relative aux discriminations imputables à un employeur en vertu du chapitre XI du même titre. Cette deuxième procédure, à l'instar de la première[1], est ouverte aux associations[2]. Mais elle peut aussi faire intervenir les syndicats représentatifs des fonctionnaires[3].

952. L'institution récente de ce mécanisme n'a pas encore donnée de résultats probants sur le plan contentieux. Si l'action de groupe semble être une amélioration souhaitable, elle apparaît cependant insuffisante pour réduire de manière sensible le phénomène des discriminations. Pour Evelyne SERVERIN et Frédéric GUIOMARD, « *la compréhension de cette démarche appelle à de nouvelles observations empiriques, notamment sur les caractéristiques de ceux qui portent ces actions (associations, avocats, syndicats), ainsi que de ceux qui s'y opposent, et allument des contre-feux pour en limiter la portée* »[4]. Elle « *nécessite une démarche coordonnée, bien en amont de la saisine du tribunal, et qui vise bien au-delà de l'action* »[5]. En ce sens, elle permet de mieux appréhender le phénomène sans toutefois le traiter dans son intégralité.

953. L'action en justice pour les victimes de discriminations n'a cessé d'évoluer – aménagement de l'administration de la preuve, accompagnement des victimes et actions de groupe – pour tenter de combler ses lacunes en tenant compte de la situation de vulnérabilité des justiciables. Ce faisant, le droit de la non-discrimination est devenu « *l'un des terrains sur lequel s'est construit le droit à une protection juridictionnelle effective* »[6]. Il a surtout poussé à une prise en compte à la fois spécifique et globale du phénomène en instituant des organismes dédiés à la question et en invitant les acteurs de la société civile à y participer. Désormais, il est admis que la discrimination constitue, pour les acteurs des collectivités territoriales, un véritable risque lié en grande partie au cadre juridique dans lequel elles interviennent.

---

[1] Art. L. 77-10-4, Code de justice administrative : « *Seules les associations agréées et les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins et dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte peuvent exercer l'action mentionnée à l'article L. 77-10-3* ».

[2] Art. L. 77-11-2, al. 1er, Code de justice administrative : « *Une organisation syndicale de fonctionnaires représentative au sens du III de l'article 8 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ou un syndicat représentatif de magistrats de l'ordre judiciaire peut agir devant le juge administratif afin d'établir que plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation ou plusieurs agents publics font l'objet d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur un même motif et imputable à un même employeur* ».

[3] Art. L. 77-11-2, al. 2, Code de justice administrative : « *Une association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap peut agir aux mêmes fins en faveur de plusieurs candidats à un emploi ou à un stage* ».

[4] E. SERVERIN et F. GUIOMARD, *Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité. Les enseignements d'un échantillon d'arrêts extrait de la base JURICA (2007-2010)*, Etude réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, décembre 2013, spéc. p. 173-174.

[5] Ibid., p. 173.

[6] S. LAULOM, « Les recours judiciaires et extra-judiciaires contre les discriminations », *Revue de droit du travail*, 2015, p. 91 et s. Voir supra, n° 315 et s.

B) Les dangers de la décision publique pour les acteurs des collectivités territoriales

954. Il y a des domaines dans lesquelles les décisions sont plus faciles à prendre si le droit à appliquer fait preuve de clarté. Il n'en va pas ainsi en matière de discrimination tant la notion recouvre des réalités et des situations différentes. Dans leurs prises de décisions, agents et élus doivent faire face aux flous de la matière juridique, laissant des brèches dans lesquelles peuvent se propager les biais cognitifs susceptibles d'engendrer des discriminations (1). L'analyse des espèces présentées devant les juges montre, au demeurant, que ces acteurs locaux agissent dans un environnement institutionnel particulièrement propice à l'émergence de conflits, qui peuvent être constitutifs de discriminations (2). Dans un cas comme dans l'autre, l'absence de clarté et d'effectivité du droit de la non-discrimination l'empêchent d'opérer une régulation efficace de la décision publique.

1) Les biais cognitifs des décideurs locaux

955. Il a été montré que dans certaines collectivités territoriales l'existence même de la discrimination peut être mise en doute par les acteurs (sentiment d'immunité, minimisation ou banalisation du problème, sentiment d'impuissance, voire report de la responsabilité sur les publics discriminés)[1]. En effet, les agents imprégnés de la culture du service public, persuadés de servir l'intérêt général, n'ont pas toujours conscience de discriminer[2]. On retrouve ces justifications dans l'emploi et dans les relations avec les usagers.

956. **Les préjugés dans l'accès à l'emploi.** Aussi, au moment d'entamer ses recherches, Yamina MEZIANI-REMICHI constatait que les caractères « *complexe et sensible socialement, économiquement mais surtout politiquement* » du sujet expliquaient la quasi absence d'« *analyse des pratiques de la gestion de la diversité des origines au sein des organisations*

[1] CGET, *Atlas thématique des diagnostics territoriaux stratégiques (DTS) conduits sur la période 2005-2014, Multithématique*, 2014, site : www.cget.gouv.fr, p. 3.

[2] Aline PREVERT explique les conditions de l'impensée politique en France que fut la discrimination par quatre facteurs : la valeur performative des principes républicains, la formation d'un « Etat discriminant », le syllogisme de la discrimination, et l'invisibilité du phénomène ; cf. A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations. Genèse et usages d'une politique publique*, L'Harmattan, 2014, pp. 31-56.

municipales »[1]. Les résultats de son enquête ont montré comment les autorités territoriales pouvaient utiliser « *les zones grises du recrutement* » pour parvenir à sélectionner les « *descendants de migrants* ». Elle met en avant le « *pouvoir discrétionnaire (discrétion) des* street-level bureaucrates *et leur* "policy making role"[2] » dans un contexte où les règles ne sont jamais « *suffisamment univoques pour empêcher la possibilité de réinterprétations ni suffisamment complètes pour dispenser d'adaptations aux cas singuliers* »[3].

957. La HALDE rappelle que, dans les politiques de diversité, « *la condition de départ est d'éviter de discriminer. Si l'impératif légal et déontologique est clair, sa mise en pratique n'est pas simple car même la stricte application des règles statutaires ne garantit pas pleinement le respect du principe d'égalité. Ainsi, la mise en œuvre de ces règles n'échappe pas toujours à une interprétation discriminatoire, même en toute bonne foi ; la définition des besoins ou l'appréciation des compétences des candidats ne sont pas à l'abri des idées préconçues ; ou les "cartes sont un peu faussées" au départ, en raison notamment de discriminations systémiques (ou coproduites). Sans compter que les règles statutaires elles-mêmes peuvent être sources de discrimination indirecte. […] En tout état de cause, hors dérogations légales en faveur du recrutement des personnes handicapées ou se fondant sur des critères socio-économiques et territoriaux, la discrimination dite "positive" est interdite. Au surplus, même au sein de ces dispositifs dérogatoires, la compétence reste le critère incontournable d'une sélection* »[4].

958. A titre d'exemple, la logique de discrimination positive qui prévalait dans les premiers temps de la politique de la ville[5] a conduit certaines collectivités à vouloir recruter en priorité des « *jeunes issus de l'immigration* »[6] avec pour intention de diversifier les recrutements[7].

---

[1] Y. MEZIANI-REMICHI, « Les zones grises du recrutement : une analyse des pratiques de sélection des descendants de migrants dans la mairie de Pessac (France) et Nieuw West Amsterdam (Pays-Bas) », art. cit., spéc. p. 112. Voir aussi, M. EBERHARD, D. MEURS, et P. SIMON, *Construction d'une méthodologie d'observation de l'accès et du déroulement de carrière des générations issues de l'immigration dans la fonction publique*, Note de synthèse, marché n° 2006 28 DED 04 de l'ACSè, 24 décembre 2008.

[2] Y. MEZIANI-REMICHI, « Les zones grises du recrutement : une analyse des pratiques de sélection des descendants de migrants dans la mairie de Pessac (France) et Nieuw West Amsterdam (Pays-Bas) » art. cit., spéc. p. 127.

[3] M. LIPSKY, *Street-Level Bureaucracy : Dilemmas of the Individual in Public Services*, Russell Sage Foundation, 1980.

[4] HALDE, *Prévention des discriminations et promotion de l'égalité dans les ressources humaines : que répondent les collectivités territoriales à la HALDE ?*, Enquête, novembre 2009, p. 41.

[5] Voir not., T. KIRSZBAUM et R. EPSTEIN, *Synthèse des travaux universitaires et d'évaluation de la politique de la ville*, Rapport pour le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale Mission de F. GOULARD et F. PUPPONI sur l'évaluation des aides aux quartiers défavorisés, octobre 2010.

[6] CAA Nîmes, 22 novembre 2002, n° 1239/02, *D.*, 2003, p. 2920.

[7] Cette catégorie des « *jeunes issus de l'immigration* », interchangeable avec celle des « *jeunes issus des quartiers prioritaires de la politique de la ville* », a fait l'objet d'une véritable volonté politique d'intégration dans la fonction publique, en particulier dans les effectifs de la police et de l'armée ; Voir, G. CALVES, *Renouvellement*

959. **Les préjugés à l'égard des usagers.** Les registres invoqués pour justifier les mesures discriminatoires contre les usagers font souvent appel à des objectifs d'égalité mal définis, voire contradictoires. Dans l'utilisation du pouvoir de police administrative, les autorités municipales peuvent également faire preuve de préjugés. On peut retrouver un mésusage de ces prérogatives dans le cas des arrêtés anti-burkini que certaines municipalités ont tenté de justifier par le respect de la laïcité ou de l'égalité entre les femmes et les hommes[1]. Plus simplement, certains maires adoptent des arrêtés anti-glanage ou anti-mendicité qui ont donné lieu à plusieurs annulations par le juge administratif[2]. Ces arrêtés municipaux, plusieurs fois dénoncés par les associations, ont fait partis des arguments ayant conduit à la reconnaissance du critère de la précarité sociale comme nouveau critère de discrimination[3].

960. En matière de logement, dans le cadre de la politique de peuplement mise en œuvre dans les quartiers prioritaires, les bailleurs sociaux doivent tenir compte de l'objectif de « *mixité sociale* » en l'adaptant aux conditions du territoire[4]. Cette politique s'est traduite, à certains endroits[5], par des pratiques de fichage ethnique[6] et d'attribution de logements par origine[7]. Pour éviter ces dérives, la HALDE a établi un guide de bonnes pratiques sur la question[8]. On peut également évoquer le cas de l'obligation faite aux communes d'accueillir des gens du voyage[9], obligation qui, dans le droit du Conseil de l'Europe et de la Cour européenne des droits de

---

démographique de la fonction publique de l'Etat : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?, DGAFP, La documentation française, février 2005, spéc. p. 12.

[1] Par ex., TA Nice, 22 août 2016, n° 1603508 et 1603523 : validation de l'arrêté anti-burkini car ce vêtement « *peut […] être analysé également comme l'expression d'un effacement de celle-ci et un abaissement de [la place de la femme] qui n'est pas conforme à son statut dans une société démocratique* » ; CE, Ord., 26 août 2016, n° 402742 et 402777, « Ligue des droits de l'homme e. a. associations de défense des droits de l'homme, Collectif contre l'islamophobie en France » : censure de l'arrêté qui rejette l'argument de l'égalité femmes-hommes et du respect du principe de laïcité.

[2] Voir not., D. KATZ, « La légalité des arrêtés anti-mendicité et anti-glanage », *AJCT*, 2016, p. 542.

[3] Voir par ex., D. ROMAN, « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *D.*, 2013, p. 1911 et s.

[4] Observatoire national de la politique de la ville, Rapport annuel 2016, site : www.onpv.fr, pp. 45-46.

[5] Voir par ex., M. BOURGEOIS, « Catégorisations et discriminations au guichet du logement social. Une comparaison de deux configurations territoriales. Les règles du jeu locales – Définitions et usages des catégories au guichet », in P.-Y. BAUDOT et A. REVILLARD, *L'État des droits. Politique des droits et pratiques des institutions*, éd. Presses de Sciences Po, 2015., pp. 177-210.

[6] P. BATAILLE, « Racisme populaire et relais institutionnels, discrimination systémique et indirecte », in D. BORILLO (sous la direction de), *Lutter contre les discriminations*, La découverte, avril 2003, p. 70. Voir aussi, R. GRAEFFLY, « Vers une unification des politiques publiques de lutte contre les discriminations. Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », *AJDA*, 2005, p. 934 et s.

[7] Par ex., CA Versailles, 18 mars 2016, n° 14/04196, « SA LOGIREP ».

[8] *Recommandations pour la diversité sociale dans l'habitat*, Rapport du jury présidé par Nicole NOTAT, HALDE et Conseil national de l'Habitat, octobre 2007. Voir aussi, HALDE, *Accès au logement social : garantir l'égalité*, Analyse et recueil des bonnes pratiques, janvier 2011.

[9] Loi n° 2000-164 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage, JORF n° 0155 du 6 juillet 2000 p. 10189.

l'homme, s'inscrit aussi dans la protection des populations Rroms[1]. Le traitement qu'en a fait le législateur français, oscillant entre obligation de protection de personnes vulnérables et prévention de la délinquance[2], a pu contribuer à générer dans l'opinion publique et dans l'esprit des élus et des agents locaux[3], des préjugés ethnoraciaux[4] pouvant entraîner de nombreux comportements méprisants, des discriminations, des atteintes aux droits[5], aux biens et aux personnes[6].

961. Elus et agents sont alors soumis à des contraintes paradoxales, de valeurs et de responsabilités, dans le cadre de leurs fonctions. Les élus ont l'obligation d'appliquer la loi ; les agents ont l'obligation d'obéir à l'autorité hiérarchique. Dans un cas comme dans l'autre, ils sont susceptibles d'être obligés de mettre en œuvre des mesures à haut potentiel discriminatoire. Cet environnement institutionnel particulièrement conflictuel amplifie de manière certaine le risque de discrimination lié à l'action publique.

2) L'environnement institutionnel de la collectivité

962. Le contexte particulier de la gestion publique territoriale crée un environnement institutionnel propice au risque de discrimination. D'une part, il est susceptible d'engendrer des conflits de valeurs spécifiques, autour du diptyque élus-agents[7], qui pourraient relever de

---

[1] Voir par ex., CEDH, *Roms et Gens du voyage*, Fiche thématique, avril 2019, site : www.echr.coe.int.

[2] Pour un exemple récent, cf. Loi n° 2018-957 du 7 novembre 2018 relative à l'accueil des gens du voyage et à la lutte contre les installations illicites, JORF n° 0258 du 8 novembre 2018.

[3] Voir, § 12, Avis du Comité des régions sur « L'intégration sociale et économique des Roms en Europe », JOUE C 42 du 10 février 2011 pp. 23-27 : le Comité « *souligne toutefois que*, sur cette question, « *[l]e fossé et les difficultés des collectivités locales ne sont pas simplement dus à l'existence de préjugés et de stéréotypes dans les administrations et communautés locales, mais qu'ils sont d'une manière générale aussi imputables à la responsabilité des gouvernements nationaux qui définissent le contexte juridique de référence, à une répartition parfois peu claire des compétences entre les différents niveaux de pouvoir en matière de lutte contre l'exclusion sociale et à une coopération verticale insuffisante entre gouvernements centraux et locaux* ».

[4] Carole NIVARD évoque « *un véritable "choc des cultures"* » entre les travaux du Conseil de l'Europe et le droit français mis au jour par les différences « *de conceptions, d'angles de vue et de vocabulaire* » ; cf. C. NIVARD, « Roms, France et Conseil de l'Europe », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2013, chron. n° 25, site : www.revuedlf.com.

[5] Voir not., CEDH, 17 octobre 2013, req n° 27013/07, « Winterstein c. France ».

[6] § 35, Avis du Comité des régions sur « L'intégration sociale et économique des Roms en Europe », préc. : le Comité « *estime nécessaire de souligner qu'en général, les phénomènes d'exclusion sociale et de pauvreté peuvent exposer ceux qui les vivent à des comportements déviants ou illégaux, lesquels, en alimentant au sein de la population une perception d'insécurité et de risque pour l'ordre public, engendrent une vive inquiétude sociale et peuvent entraîner des réactions, voire des formes de mépris et de discriminations. Dans le cas des communautés roms, ces phénomènes constituent des obstacles supplémentaires aux processus d'intégration dans le tissu social* ».

[7] De manière générale, sur cette relation, voir T. JOUZEL, *Pouvoir et responsabilité au sein de l'administration décentralisée*, L'Harmattan, 2014.

l'interdiction de discriminer. D'autre part, il constitue un facteur de risques psychosociaux, notamment de harcèlement moral[1], qui peuvent également être sanctionnés.

963. **Les conflits de valeurs et les interdictions de discriminer.** Le diptyque élus-agents, spécificité de l'environnement institutionnel des collectivités territoriales, est la cause de conflits de valeurs[2]. « *Les missions respectives des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux sont fondées sur des légitimités différentes. Elles se distinguent par des rôles de natures complémentaires. Toutefois, elles convergent théoriquement vers un but commun : l'intérêt général* ». Des tensions peuvent alors exister entre ce que chacun considère comme d'intérêt général[3]. Deux registres de références peuvent être convoqués pour guider l'action publique locale : les valeurs, à la fois fondamentales (parmi lesquelles l'égalité), professionnelles, et de service, et les responsabilités, à la fois sociétales (parmi lesquelles la lutte contre les discriminations), déontologiques et financières[4]. Ces valeurs et ces responsabilités doivent être en cohérence avec le projet politique et le mode de gouvernance territoriale afin d'éviter les situations conflictuelles, des formes de double contrainte ou d'injonctions paradoxales[5] qui pèseraient sur les agents.

964. On retrouve trois situations conflictuelles entre les élus et les agents qui portent en elles des risques de discrimination : le clientélisme, l'injonction de discriminer, et le conflit social entre les élus et les agents. Pour Vincent POTIER, « *le clientélisme et […] ses logiques d'allégeance personnelle ou d'échanges de moyens publics […] sont la négation même de l'action politique républicaine* ». On peut les retrouver dans toutes les décisions attribuant un avantage particulier : attribution d'un lot, d'une place de marché, dans un cimetière, d'une aide, de l'occupation d'un local, d'un logement de fonction, d'un stage[6] ou d'un poste dans la collectivité[7]. L'injonction faite à un agent de discriminer peut être l'objet d'un dilemme

---

[1] CNFPT, « La prise en compte des risques psychosociaux dans les collectivités territoriales », 2012, cité dans SMACL, « Les agents responsables des collectivités face au risque de harcèlement moral. Partageons nos expériences pour prévenir nos risques », *Guide de bonnes pratiques de la Société mutuelle d'assurances des collectivités locales*, 2013, p. 2.

[2] V. POTIER, « Les conflits de valeur dans la fonction publique territoriale », *AJDA*, 2013, p. 1221.

[3] Sur la notion d'intérêt général, voir supra n° 717.

[4] V. POTIER, « Les conflits de valeur dans la fonction publique territoriale », art. cit.

[5] Ibid.

[6] HALDE, *Prévention des discriminations et promotion de l'égalité dans les ressources humaines : que répondent les collectivités à la HALDE*, Brochure, 2009, p. 35 : « *à souligner, par ailleurs, la préoccupation explicitement affichée par quelques collectivités de procéder à un recrutement objectif des stagiaires et emplois saisonniers (évitant notamment les préférences familiales dont la HALDE a rappelé le caractère discriminatoire)* ».

[7] Une maire a pu être sanctionnée, sur le fondement de l'article 225-2 du Code pénal, pour « *avoir, dans un protocole […], subordonné des offres d'emploi dans les services de la commune, […] à la condition que [les candidats] le soutiennent au second tour des élections municipales* » ; cf. Cass. Crim., 11 mars 2014, n° 12-88.313, Inédit : la maire « *a sciemment, non seulement écarté de façon discrétionnaire un agent de catégorie A présent sur le poste offert à M. Z. mais, au surplus, sciemment choisi ce dernier en raison de ses opinions politiques, usant ainsi de son pouvoir de maire pour clairement récompenser un proche* ». A noter que la chambre se réfère non

déontologique entre les devoirs de loyauté[1] et de réserve[2] d'une part et les obligations de désobéir aux commandements manifestement illégaux[3], et de dénoncer les crimes et délit dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions[4]. S'il respecte ses devoirs l'agent peut être passible de sanctions disciplinaires et pénales[5] si les faits sont susceptibles d'être qualifiés de discrimination ou d'injonction de discriminer[6]. S'il respecte ses obligations, le conflit devient un conflit social qui peut fragiliser l'agent[7] et le rendre victime de discrimination par le biais de mesures de rétorsions[8]. Il pèse ainsi un véritable risque pénal sur les décideurs locaux qui fait l'objet, dans certaines collectivités, de mécanismes internes de prévention et d'alerte[9].

---

seulement au code pénal mais aussi aux deux principes à valeur constitutionnelle que sont l'égalité des citoyens devant la loi et l'égalité d'accès aux emplois publics. Voir aussi, TGI Toulon, 5 mai 1998, *D.*, 1999, p. 162, note RETTERER : la maire avait répondu par courrier, à une demande de mise à disposition d'agent, « *qu'elle ne souhaitait absolument pas que Mme C., ancienne secrétaire particulière du Docteur François T... durant ses deux mandats consécutifs, premier adjoint au maire et maire de Toulon, travaille au sein de l'association sur un poste quel qu'il soit* », et ajoutait : « *je vous demande néanmoins de pourvoir les postes manquants soit par des employés(es) sympathisants(es) du Front national, soit par des employés(es) totalement neutres* ».

[1] Art. 28, al. 2, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, JORF du 14 juillet 1983 p. 2174 : le fonctionnaire « *doit se conformer aux ordres de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement l'intérêt public* ».

[2] CAA Marseille, 27 Septembre 2011, n° 09MA02175, JurisData n° 2011-022814, *AJFP*, 2012, « Le harcèlement moral délie-t-il du devoir de réserve ? », p. 39. Voir aussi, S. PRINGAULT, « Le droit positif à la recherche du point d'équilibre entre obligation de réserve et devoir de dénonciation du harcèlement moral », *AJFP*, 2012, p. 202.

[3] Art. 28, al. 2, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc. Anne DURIEZ indique, à ce titre, que « *les cadres des collectivités territoriales, travaillant étroitement sous le contrôle des élus locaux, sont plus particulièrement touchés par ce type de dilemme car ils peuvent être amenés à obéir à des ordres dont la légalité n'est pas garantie* » ; cf. A. DURIEZ, *Le harcèlement moral dans l'administration. Spécificités, enjeux et issues*, éd. du Papyrus, 2005, p. 74.

[4] Art. 40, Code de procédure pénale : tout fonctionnaire « *qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs* ». Voir par ex., G. CHALON, « L'article 40 du code de procédure pénale à l'épreuve du statut général de la fonction publique », *AJFP*, janvier-février 2004.

[5] L'article 122-4 du code pénal précise que l'agent qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime n'est pas responsable pénalement sauf si l'acte est manifestement illégal. Ainsi, comme le précisait Alberto PUPPO, un ordre simplement illégal peut-il conduire un agent à commettre un acte manifestement illégal susceptible de mettre en cause sa responsabilité pénale, alors qu'il était pourtant obligé d'obéir puisque l'ordre donné n'était pas manifestement illégal ; cf. A. PUPPO, « La lutte contre le harcèlement moral dans la fonction publique : soumission ou dignité ? », *AJFP*, 2002 p. 36.

[6] Art. 6, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc. Ce peut être le cas lorsque les élus souhaitent engagés une politique de « diversité » dans la gestion des ressources humaines de la collectivité (cf. voir not. Y. MEZIANI-REMICHI, *Diversifier l'organigramme ? Penser-Fabriquer-et Vivre la diversité des origines. Les dilemmes des municipalités de Pessac (France) et Amsterdam Nieuw West (Pays- Bas)*, thèse de Sociologie, Université de Bordeaux et Universiteit Van Amsterdam, soutenue le 16 novembre 2015). La quasi-injonction au boycott d'un maire vis-à-vis des employés de la restauration municipale a également placé les agents dans une situation délicate (voir, Cass. Crim., 28 septembre 2004, n° 03-87.450, Inédit ; voir supra n° 501 et s.).

[7] Cass. Crim., 14 décembre 2000, n° 00-86595 : le juge admet que le signalement puisse être effectué par le supérieur hiérarchique du fonctionnaire qui a eu connaissance des faits délictueux.

[8] La protection des lanceurs d'alerte vise précisément à éviter ce type de discriminations. A ce titre, elle comprend d'ailleurs l'amènagement de la charge de la preuve ; cf. Art. 6 *ter* A, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc.

[9] Voir, V. POTIER, « Les conflits de valeur dans la fonction publique territoriale », art. cit. ; voir aussi, N. LAVAL MADER, « Les évolutions du risque pénal dans la gestion publique locale », *RFDA*, 2012, p. 707 et s.

965. Ces différentes situations conflictuelles, particulièrement présentes dans les collectivités territoriales, peuvent notamment expliquer le fort taux de risques psychosociaux constaté dans l'enceinte des collectivités territoriales[1] et notamment les risques de harcèlement moral.

966. **Les risques psychosociaux et l'interdiction du harcèlement moral.** Les abus de pouvoir, lorsqu'ils se manifestent par des pressions ou des comportements humiliants ou dégradants, peuvent constituer des faits de harcèlement. Ces comportements, considérés comme contraires à la mission et indignes des fonctions[2] des agents, ne sont toutefois, pas toujours aisés à déceler[3]. La spécificité des collectivités territoriales réside dans un ensemble de facteurs, propres à leur situation, qui amplifie le risque d'apparition des risques psychosociaux[4] et, parmi eux, de harcèlement moral.

967. On trouve en premier lieu le « continuum *de réforme (transferts de compétences, réformes fiscales…) qui place les collectivités dans un environnement complexe, mouvant et incertain* » mais aussi « *une demande sociale de plus en plus exigeante vis-à-vis des organisations et des agents eux-mêmes* ». « *La particularité du diptyque élus-encadrants […] place parfois l'agent territorial dans un double système hiérarchique plus propice à provoquer des problèmes d'injonctions directes et de "court-circuitages"* ». « *Les alternances politiques [sont] potentiellement génératrices de changements organisationnels et managériaux [:] l'optimisation de l'action publique dans un contexte de moindres ressources, conduisant à des exigences croissantes et, le cas échéant, à des changements organisationnels fréquents et radicaux* »[5]. Lorsque les signes des risques psychosociaux commencent à apparaitre, la stabilité

---

[1] Par ex., A. DURIEZ, *Harcèlement moral et autres risques psychosociaux dans la fonction publique territoriale : environnement juridique, enjeux et anticipation*, Territorial, coll. Dossiers d'experts, 2012.

[2] Cir., Min. de la réforme de l'Etat, de la décentralisation et de la fonction publique, 4 mars 2014, relative à la lutte contre le harcèlement sexuel et moral dans la fonction publique : « *les agents publics sont soumis à un certain nombre de principes déontologiques et de valeurs fondamentales à raison du caractère d'intérêt général de leurs missions, notamment la dignité et la probité et de ce fait, l'interdiction de tout agissement de nature à discréditer l'administration. L'agent public, auteur du harcèlement, contrevient donc à ses obligations en adoptant un comportement répréhensible, contraire à sa mission et indigne de ses fonctions* ». Par ex., L. DELAPORTE, « A Sens, la machine à broyer les agents de la maire (LR) », *Enquête pour la rédaction de Médiapart*, site : Médiapart.fr, 5 mars 2019.

[3] CAA Versailles, 20 octobre 2016, n° 14VE01744, « Management, harcèlement, discrimination : variations autour des limites de « l'exercice normal du pouvoir hiérarchique », *AJFP*, 2017, p. 32. Voir aussi, M. LEDOUX et J. EL BERRY, « De la sécurité physique des travailleurs à la gestion des risques psychosociaux », *AJCT*, 2013, p. 16 et s.

[4] D'aucuns constatent ainsi « *une véritable difficulté dans les organisations territoriales à qualifier et à graduer la problématique des risques psychosociaux dans leur contexte spécifique* » ; cf. M. LEDOUX et J. EL BERRY, « De la sécurité physique des travailleurs à la gestion des risques psychosociaux », *AJCT*, 2013, p. 16 . Plus largement, voir G. VALLERY et S. LEDUC, *Les risques psychosociaux*, coll. « Que sais-je ? », PUF, 2012 ; L. LEROUGE, « Les "risques psychosociaux" en droit : retour sur un terme controversé », *Droit social*, n° 2, février 2014.

[5] CNFPT, « La prise en compte des risques psychosociaux dans les collectivités territoriales », 2012, cité dans SMACL, « Les agents responsables des collectivités face au risque de harcèlement moral. Partageons nos

de l'emploi, propre au statut d'agent public local, « *produit [aussi] l'effet pervers de pérenniser et normaliser le malaise* »[1].

968. Le harcèlement moral se traduit souvent par un usage abusif du pouvoir hiérarchique qui peut apparaître sous la forme de sanctions déguisées[2] : ce peut être le cas dans l'exercice du pouvoir de notation[3] ; ou encore dans les mutations prononcées dans l'intérêt du service, qui se distingue de la mutation disciplinaire par l'absence des garanties prévues dans le cadre des procédures disciplinaires[4]. La mutation forcée a souvent « *deux conséquences types : la démission ou l'abandon de poste légitimant la radiation des cadres*[5] »[6]. Le juge administratif a déjà été amené à se prononcer sur les conditions d'une démission qui ne doit résulter ni de pressions trop fortes exercées sur l'agent[7], ni de sa maladie[8]. Souvent, l'agent préfèrera prendre un congé maladie ; à son retour, il devra cependant reprendre ses fonctions. Ces changements de fonctions arrivent notamment après une réorganisation des services consécutives d'un changement de municipalité, engendrant des pressions supplémentaires pour les agents dans leur relation avec les élus[9].

---

expériences pour prévenir nos risques », *Guide de bonnes pratiques de la Société mutuelle d'assurances des collectivités locales*, 2013, p. 2.

[1] A. PUPPO, « Harcèlement moral et fonction publique : spécificités », *AJFP*, 2002, p. 42 et s. Il cite l'avis adopté par le Conseil économique et social au cours de sa séance du 11 avril 2001 ; cf. Avis et rapports du Conseil économique et social, *Le harcèlement moral*, éd. des Journaux officiels, 2001, p. 56 ; voir aussi M.-F. HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral. La violence perverse au quotidien*, Syros, 1998, pp. 103-104 : « *harcelé et harceleur sont souvent condamnés à une vie commune plus longue* ».

[2] Pour un cas d'annulation d'une sanction dans le cadre d'un processus de harcèlement moral discriminatoire en raison de l'orientation sexuelle, voir TA Marseille, 17 novembre 2010, n° 0800244 cité dans HALDE, *Emploi public. Recueil des délibérations 2005-2010*, Direction des affaires juridiques, janvier 2011, site : www.collectivites-locales.gouv.fr, p. 57.

[3] Dans la fonction publique territoriale, ce pouvoir appartient à la collectivité concernée, sur proposition du secrétaire général ou du directeur des services. S'il ne peut pas, en principe, être délégué aux chefs de service, il est très fréquent de les voir proposer la note et d'y associer un commentaire pour la justifier, avant qu'elle ne soit validée par une autorité hiérarchique supérieure ; cf. Art. 76, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, préc. et Décret n° 86-473 du 14 mars 1986 relatif aux conditions générales de notation des fonctionnaires territoriaux. Pour la fonction publique d'Etat il revient au chef de service (Art. 5 du titre II de la loi du 13 juillet 1983) tandis que dans la fonction publique hospitalière, s'il appartient à l'autorité de nomination, il peut être délégué à certains cadres supérieurs.

[4] Pour une analyse de la jurisprudence récente au sujet de la distinction entre mutation dans l'intérêt du service et sanction déguisée, voir M. CHEVILLEZ-HIVER, « Mutation dans l'intérêt du service et sanction disciplinaire déguisée : critères de distinction », *AJFP*, 2000-1, pp. 35-41. Voir aussi, P. BANDET, *Le droit disciplinaire dans la fonction publique territoriale*, éd. du Moniteur, 1995, p. 84 et s. Par ex., HALDE, délibération n° 2007-310 du 17 décembre 2007 relative à dégradation de la situation professionnelle d'une fonctionnaire territoriale membre de l'Eglise de scientologie.

[5] Par ex., CE, Sect., 11 décembre 1998, « M. Samoy » : il appartient à l'agent de rejoindre son poste même si son affectation est irrégulière.

[6] A. PUPPO, « Harcèlement moral et fonction publique : spécificités », *AJFP* 2002 p. 42 et s.

[7] CE, 22 juin 1994, « Commune de Lançon-Provence », Rec. Lebon p. 806 : annulation de la décision d'acceptation de la démission donnée sous la contrainte.

[8] Si le fonctionnaire ne s'est pas rendu compte, pour des raisons de santé, de la portée de son acte, voir CE, 12 décembre 1984, « Guillon », *RDP*, 1985, p. 523.

[9] Un secrétaire général de Mairie « *a connu rapidement des relations professionnelles très tendues avec le nouveau maire [...]. Et celles-ci semblent avoir entraîné chez lui des troubles psychologiques importants qui l'ont conduit*

969. En dépit des abus constatés dans le cadre de ce pouvoir hiérarchique, le juge administratif refuse toujours, au contraire de la Cour de cassation de reconnaître la notion de harcèlement managérial[1] ou « institutionnel »[2]. Une telle reconnaissance permettrait de faciliter encore davantage la réparation des préjudices de harcèlement. Dans l'attente d'une telle évolution, le régime actuel de prévention des risques psychosociaux offre déjà de nombreuses garanties. On constate ainsi une double prise en charge du risque de discrimination, comme risque professionnel et risque pénal, la première étant imposée par la loi, la seconde étant facultative.

970. Face à la gravité du risque, aux conséquences juridiques, humaines et politiques difficiles à quantifier[3], les décideurs locaux peuvent se retrouver démunis s'ils n'ont pour seule référence que le droit de la non-discrimination. La prise en charge de la discrimination comme un *risk management* doit parvenir à réduire le phénomène grâce à une action de prévention, de type intégrée[4].

---

en situation d'arrêt ou de congé maladie » ; cf. Concl. M. SALAT BAROUX sur CE, 11 décembre 1998, « Casagranda ». Voir aussi, CE, 4 mars 2009, n° 311122, « M. B. », *Dalloz-actualité*, 13 mars 2009, « Gestion de carrière d'un fonctionnaire et harcèlement moral ».

[1] CAA Versailles, 17 février 2011, n° 09VE02269, « La Poste », *AJDA*, 2011, p. 863 : le fait pour un chef d'établissement d'adopter avec sa collaboratrice une stratégie d'évitement, un management cassant et un style sévère ou autoritaire n'est pas constitutif à lui seul d'un harcèlement moral. Le tribunal administratif de Versailles (4 mai 2009, n° 0607479, « Cadar ») avait alloué 8000 euros ; cette indemnisation fut annulée par la cour administrative d'appel. Dans une autre affaire, l'appréciation avait pu différer également du tout au tout entre le tribunal et la cour. Pour le juge de première instance, les faits « *révèlent une animosité personnelle* » qui « *revêt un caractère de faute personnelle [...] dépourvue de tout lien avec le service* » (TA Versailles, 15 octobre 2004, n° 031193, « Balenguer », *AJFP*, 2005, p. 99, concl. P. LEGLISE). Pour la cour, les agissements du supérieur doivent être regardés « *comme la manifestation d'assurer, avec une rigueur peut-être excessive, la bonne marche du service* », et non comme du harcèlement (CAA Versailles, 6 juillet 2006, n° 04VE03517, « Balenguer »).

[2] Par ex., Cass. Soc., 10 novembre 2009, n° 07-45321 : harcèlement moral lié aux méthodes de gestion sans intention de nuire. Pour la chambre sociale de la Cour de cassation, le harcèlement moral est ici constitué car se conjuguent avec « *une précision continuelle, des reproches incessants, des ordres et contre-ordres dans l'intention de diviser l'équipe* ».

[3] S. DYENS, « La nécessité de dresser une cartographie des risques juridiques », *AJCT*, 2012, p. 131 et s. : « *par exemple, la détection d'un risque de discrimination dans les procédures de recrutement peut conduire à identifier des conséquences juridiques (mise en cause pénale, responsabilité administrative), humaines (pour les personnes victimes, mais également pour les agents qui se sont inscrits dans un tel processus) et politiques (inutile d'envisager les conséquences sur la réputation et l'image de la structure, sans parler du battage médiatique qui s'en suivra). Cette gravité doit être classée, en fonction de l'intensité des impacts potentiels, entre conséquences "faibles/modérées/élevées"* ». Pour une ébauche d'approche par le risque de discriminer des collectivités territoriales dans la fonction publique, cf. L. CLUZEL-METAYER, « Les collectivités territoriales face aux discriminations dans l'emploi », *Droit administratif*, n° 8, août 2011, pratique 3.

[4] Les mécanismes de diminution des effets d'un risque se manifestent sur la forme assurantielle par l'octroie d'une compensation.

Section 2: L'action de prévention face à la discrimination

971. . Compte tenu des dangers liés au phénomène de la discrimination, et de l'implication des pouvoirs publics dans sa réalisation, la lutte contre les discriminations est finalement devenue une priorité politique dans le tournant des années 2000[1]. Risque inhérent à la prise de décision, la politique de lutte contre les discriminations s'est tournée vers une politique de prévention dite « intégrée » qui cherche « *la (ré)organisation, l'amélioration, l'évolution et l'évaluation des processus de prise de décision, aux fins d'incorporer [le problème public à traiter] dans tous les domaines et à tous les niveaux, par les acteurs généralement impliqués dans la mise en place des politiques* »[2]. Cette approche managériale suppose, pour sa mise en œuvre, « *de définir une stratégie avec l'ensemble des acteurs concernés* »[3]. Ce faisant, elle s'est avérée particulièrement adaptée pour réduire le risque de discrimination des collectivités territoriales, par nature multifactoriel et localisé. Elle préconise l'usage de toutes les modalités juridiques d'action, plus ou moins coercitives, (§1) et des moyens administratifs de coopération, localisés et solidaires (§2).

§1) Les modalités juridiques de la prévention des discriminations

972. La mise en œuvre d'une politique publique peut se penser à travers deux canaux principaux : le droit et les acteurs[4]. Lorsque le risque est particulièrement important, il fait

[1] Par ex., C. VIGOUROUX, « Trente ans après la loi du 13 juillet 1983 », AJDA, 2013, p. 1202 et s. : « *Les nouvelles priorités dessinent une fonction publique plus proche des citoyens et de leurs préoccupations quotidiennes. Cela passe par l'évaluation des missions, l'égalité des sexes […]. Cela passe aussi par une nouvelle conception de la non-discrimination rappelée depuis une quinzaine d'années sous toutes ses formes […]. Les nouvelles priorités passent encore par l'accueil et l'accès aux responsabilités des personnes handicapées, la lutte contre les harcèlements sexuel et moral* ». Voir aussi, A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations. Genèse et usages d'une politique publique*, L'Harmattan, 2014, pp. 88-95.

[2] Groupe de spécialistes pour une approche intégrée de l'égalité, *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des « bonnes pratiques »*, Rapport final d'activités pour la direction générale des droits de l'homme, Strasbourg, 2004, p. 13.

[3] Réseau Ressources pour l'égalité des chances et l'intégration (RECI), *La prévention et la lutte contre les discriminations dans les contrats de ville*, juin 2015, site : www.reseau-reci.org, p. 4.

[4] Voir, V.-M. SANTO et P.-E. VERRIER, *Le management public*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2007, spéc. pp. 99-102.

l'objet d'une reconnaissance par la loi qui peut imposer à la collectivité territoriale une obligation de prise en charge, susceptible d'engager sa responsabilité juridique (A). Ces obligations demeurent exceptionnelles. Instaurant des obligations de faire, elles augmentent le risque contentieux pour les collectivités les moins bien dotées. Dès lors que le risque de discrimination est apparu comme un risque systémique inhérent à la prise de décision, sa prise en charge s'est traduite par des mécanismes peu contraignants (*soft law*) afin d'éviter l'inertie politique. Il s'agit de mécanismes incitatifs[1] invitant tous les acteurs, notamment locaux compte tenu de leur proximité avec les administrés, à lutter contre les discriminations dans le cadre de leurs actions (B).

A) Les obligations de prise en charge du risque par la collectivité – « Hard law »

973. Face à des situations considérées comme présentant un risque particulièrement grave, le législateur a décidé d'imputer, à la charge des collectivités territoriales au même titre qu'à toutes personnes morales, des obligations de résultat. Ces obligations, particulièrement contraignantes en ce qu'elles induisent une présomption d'imputabilité de la responsabilité, peuvent cibler soit à un type de publics particulièrement sensible au risque de discrimination (caractère intrinsèque de la discrimination) – comme les personnes en situation de handicap face aux risques d'inaccessibilité (1) ; soit à un contexte particulièrement favorable au risque de discrimination (caractère extrinsèque de la discrimination) – comme l'environnement de travail face aux risques psychosociaux (2).

1) Les risques d'inaccessibilité des personnes en situation de handicap

974. Le droit des personnes en situation de handicap[2] s'articule autour de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des chances, la participation et la citoyenneté des personnes

[1] Les règles de *soft law* peuvent se définir comme des « *règles de conduite énoncées dans des instruments auxquels n'a pas été conférée une force obligatoire en tant que telle, mais qui peuvent néanmoins produire certains effets juridiques - indirects - et qui visent à produire et peuvent produire des effets pratiques* » ; traduit de L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford/Portland, 2004, p. 112 : « *Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects* ».

[2] Il est intéressant de noter que la définition du handicap y est particulière large ce qui permet d'y inclure toutes les personnes à mobilité réduite notamment ; cf. Art. 2, I, 1°, Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité

handicapées qui indique à son article 2 que « *toute personne handicapée a droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale, qui lui garantit, en vertu de cette obligation, l'accès aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens ainsi que le plein exercice de sa citoyenneté* »[1]. Si l'Etat est désigné comme le « *garant de l'égalité de traitement des personnes handicapées sur l'ensemble du territoire* »[2], le législateur a instauré deux obligations d'aménagements à la charge des collectivités territoriales permettant de lutter contre les discriminations dont sont victimes les personnes en situation de handicap[3] qui s'adressent au territoire et à l'emploi.

975. **L'aménagement du territoire au handicap.** L'accessibilité effective des personnes handicapées aux locaux d'habitation, aux lieux de travail et aux établissements recevant du public a donc été consacrée dans une loi de 1991[4]. Entendue de manière globale, pour tous les équipements[5], quel que soit le propriétaire, et pour tous les handicaps, elle « *requiert la mise en œuvre des éléments complémentaires, nécessaires à toute personne en incapacité permanente ou temporaire pour se déplacer et accéder librement et en sécurité au cadre de vie ainsi qu'à*

---

des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF n° 36 du 12 février 2005 p. 2353 : « *constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant.* »

[1] Ibid., art. 2, I, 2°, a).

[2] Ibid.

[3] Aucune obligation d'accommodement raisonnable n'existe à raison des convictions religieuses des individus. Sur la question dans des Etats étrangers, voir par ex., L. VANBELLINGEN, « L'accommodement raisonnable de la religion dans le secteur public : analyse du cadre juridique belge au regard de l'expérience canadienne », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Vol. 75, 2015/2, pp. 221-248.

[4] Loi n° 91-663 du 13 juillet 1991 portant diverses mesures destinées à favoriser l'accessibilité aux personnes handicapées des locaux d'habitation, des lieux de travail et des installations recevant du public, JORF n° 0167 du 19 juillet 1991 p. 9531. Elle a instauré l'article L. 111-7 du Code de la construction et de l'habitat.

[5] Elle s'applique, en premier lieu (art. 1er, Loi n° 91-663 du 13 juillet 1991, préc.), aux locaux d'habitation (cf. Décret n° 2009-723 du 18 juin 2009 relatif à la procédure de dérogation visant à autoriser les travaux nécessaires à l'accessibilité de personnes handicapées à un logement existant, JORF n° 0141 du 20 juin 2009), lieux de travail (cf. Décret n° 2009-1272 du 21 octobre 2009 relatif à l'accessibilité des lieux de travail aux travailleurs handicapés, JORF n° 0246 du 23 octobre 2009) et établissements et installations recevant du public, et, en second lieu (art. 2, Loi n° 91-663 du 13 juillet 1991, préc.), à la voirie, publique ou privée, ouverte à la circulation publique (cf. Décret n° 2006-1657 du 21 décembre 2006 relatif à l'accessibilité de la voirie et des espaces publics, JORF n° 297 du 23 décembre 2006 ; Décret n° 2006-1658 du 21 décembre 2006 relatif aux prescriptions techniques pour l'accessibilité de la voirie et des espaces publics, JORF n° 297 du 23 décembre 2006 ; Arrêté du 15 janvier 2007 portant application du décret n° 2006-1658 du 21 décembre 2006 relatif aux prescriptions techniques pour l'accessibilité de la voirie et des espaces publics, JORF n°29 du 3 février 2007 p. 2104). La mise en accessibilité doit tenir compte de la « *chaîne de déplacement qui comprend le cadre bâti, la voirie, les aménagements des espaces publics, les systèmes de transport et leur intermodalité* » (cf. Art. 45, Loi n° 2005-102 du 11 février 2005, préc.). Elle s'applique donc également aux transports (cf. Décret n° 2006-138 du 9 février 2006 relatif à l'accessibilité du matériel roulant affecté aux services de transport public terrestre de voyageurs, JORF n° 35 du 10 février 2006) mais aussi aux communications électroniques (cf. Art. 47, Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, préc.).

tous les lieux, services, produits et activités »[1]. L'accessibilité ainsi conçue ne saurait donc se contenter d'une égalité purement juridique[2], et doit se traduire par des mesures concrètes. Tous les nouveaux bâtiments doivent tenir compte des modalités, fixées par décrets, nécessaires à la mise en œuvre de cette obligation[3].

976. Pour les logements, des dérogations peuvent être accordées « *en cas d'impossibilité technique ou de contraintes liées à la préservation du patrimoine architectural, ou lorsqu'il y a disproportion manifeste entre les améliorations apportées et leurs conséquences* »[4]. Dans l'hypothèse où une dérogation est accordée, et sous certaines conditions, « *les personnes handicapées affectées par cette dérogation bénéficient d'un droit à être relogées dans un bâtiment accessible* »[5]. Pour les ERP, des dérogations exceptionnelles peuvent être accordées lorsque ces aménagements entraînent une « *charge disproportionnée* » pour la collectivité territoriale[6]. L'autorité administrative peut décider de la fermeture d'un ERP qui ne répondrait pas aux normes d'accessibilité fixées par le législateur[7]. Face au retard pris par une grande partie des collectivités territoriales[8], l'Etat a dû intervenir pour ajouter de nouvelles dérogations, circonscrire les obligations[9] et créer un fonds national d'accompagnement de l'accessibilité universelle[10].

977. En l'absence de dérogation accordée, une prestation refusée à une personne en situation de handicap au motif que les aménagements nécessaires n'ont pas été réalisés, entre dans le champ de l'interdiction de discriminer prévue par le code pénal[11]. Devant le juge administratif,

---

[1] Ministère de la Santé et des solidarités, *Définition de l'accessibilité, une démarche interministérielle*, septembre 2006, site : www.travail-emploi.gouv.fr, p. 19.

[2] Voir, S. GUERARD, « Le droit d'égal accès aux transports et lieux publics », in R. ALLEMAND et L. POTVIN-SOLIS, *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques territoriales*, L'Harmattan, 2008, pp. 155-170, spéc. p. 165.

[3] Art. L. 111-7-1, al. 1er, Code de la construction et de l'habitation.

[4] Ibid., art. L. 111-7-2, al. 1er. Voir aussi, Décret n° 2009-723 du 18 juin 2009, préc.

[5] Ibid., art. L. 111-7-2, al. 2.

[6] Par ex., CEDH, 14 septembre 2010, n° 32596/04, « Alois Farças c. Roumanie », *RDSS*, 2011, p. 151, note H. RIHAL.

[7] Art. L. 111-8-3-1, Code de la construction et de l'habitation : l'autorité administrative peut décider de la fermeture d'un établissement recevant du public qui ne répond pas aux prescriptions de l'article L. 111-7-3.

[8] La loi de 2005 avait fixé un certain nombre de délais, ne dépassant pas les dix années suivant l'entrée en vigueur de la loi, ainsi que des sanctions administratives en cas de non-respect de ces obligations.

[9] Ord. n° 2014-1090 du 26 septembre 2014 relative à la mise en accessibilité des établissements recevant du public, des transports publics, des bâtiments d'habitation et de la voirie pour les personnes handicapées, JORF n° 0224 du 27 septembre 2014 p. 15732. Il accorde une prolongation des délais sous couvert de l'adoption, par les personnes concernées, d'un agenda d'accessibilité programmée qui porte sur une durée de trois ans, renouvelables jusqu'à deux fois, à titre exceptionnel ou en cas de force majeur (cf. Art. L. 111-7-5 à L. 111-7-11, Code de la construction et de l'habitat). Pour en savoir plus, voir Dossier, « Accessibilité : l'échéance de 2015 (officiellement) maintenue », *LaGazette.fr*, mis à jour le 13 août 2018, site : www.lagazettedescommunes.com.

[10] Art. L. 111-7-12, Code de la construction et de l'habitat, modifié par art. 106, Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF n° 0235 du 8 octobre 2016.

[11] Cass. Crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-85888.

en attendant que les nouveaux délais soient écoulés, une personne étant dans l'impossibilité d'accéder normalement à un bâtiment peut engager la responsabilité sans faute du gestionnaire de l'établissement pour rupture d'égalité devant les charges publiques du fait du dommage grave et spécial engendré[1]. L'assemblée générale du Conseil d'Etat a volontairement écarté l'argumentation du rapporteur fondée sur l'existence d'une discrimination indirecte[2] pour se placer sur le terrain de la rupture d'égalité. A l'issu des délais, il sera possible de poursuivre les collectivités territoriales pour carence fautive[3] que le juge administratif pourrait qualifier de discrimination si celle-ci pouvait entrer dans le champ d'application d'une directive, à l'instar de l'obligation d'aménagement de l'emploi.

978. **L'aménagement de l'emploi au handicap.** Après l'accessibilité du territoire, le second volet de la politique d'égalité des chances des personnes en situation de handicap a trait aux conditions d'emploi[4]. En vertu de l'article 6 *sexies* du Statut général de la fonction publique[5], « *afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés* », les collectivités territoriales doivent prendre, « *en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs en situation de handicap d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer et d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée* ». L'article ajoute une dérogation : « *sous réserve que les charges consécutives à la mise en œuvre de ces mesures ne soient pas disproportionnées, notamment compte tenu des*

[1] CE, Ass., 22 octobre 2010, req. n° 301572, « Madame Bleitrach », Rec. Lebon p. 399 : indemnisation d'une avocate en fauteuil ne pouvant accéder au tribunal. Pour le juge, si l'aménagement des palais de justice relève du budget de l'Etat, et que le législateur est chargé de hiérarchiser leur degré d'urgence en opérant des choix collectifs qui relèvent donc de la solidarité nationale, le juge est bien dans son rôle « *en examinant les conséquences concrètes qui peuvent en résulter pour ceux que l'absence des aménagements ainsi différés pénalise plus particulièrement* » (cf. concl. C. ROGER-LACAN sur CE, Ass., 22 octobre 2010, req. n° 301572, « Madame Bleitrach », Rec. n° 4, 1er septembre 2011, pp. 405-419 : « Nouvelle reconnaissance de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques : les difficultés d'accès des handicapés aux bâtiments publics » ; *RFDA*, 2011, pp. 141-156). Pour une affaire similaire, cf. TA Caen, 20 novembre 2014, req. n° 1301393, « Goub ».

[2] De manière criticable, il déclare inopérant le moyen fondé sur le Pacte de New York alors que l'article 26 du Pacte international sur les droits civils et politiques a une portée autonome et n'est pas limité aux seuls droits reconnus par les stipulations du Pacte, ainsi que le montrent les suites internationales de la fameuse affaire du « lancer de nain » ; cf. Communication du Comité des droits de l'homme, 27 juillet 2002, « Wackenheim c. France ». Voir, concl. C. ROGER-LACAN sur CE, Ass., 22 octobre 2010, req. n° 301572, « Madame Bleitrach », préc.

[3] Dans le prolongement de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'accès à l'école ; cf. CE, 8 avril 2009, n° 311434, « Monsieur et Madame Laruelle », Rec. Lebon p. 136.

[4] Sur la question, voir not. T. DUMORTIER, « Les aménagements raisonnables devant le juge administratif », in T. GRÜNDLER. *Aménagements raisonnables et non-discrimination*, Rapport de recherche ARDIS, 2016. Voir aussi, n° 1064 et s.

[5] Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, JORF du 14 juillet 1983 p. 2174.

aides qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur »[1].

979. Le principe veut que nul ne puisse être écarté de la fonction publique en raison de son handicap sauf si son handicap a été déclaré incompatible avec le poste, à la suite d'un examen médical prévu à cet effet. Un médecin agréé par l'administration sera chargé d'apprécier cette compatibilité en tenant compte des possibilités d'adaptation susceptibles de compenser ce handicap[2]. En cas de refus de la part de l'employeur de prendre les mesures appropriées[3], ce comportement peut être qualifié de discrimination. La configuration des lieux de travail doit permettre l'adaptation des postes pour toute personne en situation de handicap[4]. Si aucune alternative n'est possible, le fonctionnaire pourra être mis à la retraite d'office pour invalidité[5]. Il est alors reconnu inapte et impossible à reclasser. Les aménagements de postes s'apprécient au cas par cas, en fonction des besoins spécifiques du travailleur et non d'une catégorie de handicap[6]. Le juge administratif applique un contrôle de l'erreur d'appréciation aux refus d'emploi fondés sur l'inaptitude d'un candidat en situation de handicap[7]. De maniéré générale,

---

[1] Voir aussi, décret n° 2007-632 permettant de solliciter un aménagement du poste de travail ou une affectation sur un poste adapté.

[2] Il faut noter que le handicap peut être amené à évoluer au fil de la carrière du fonctionnaire. Les autorités administratives doivent en tenir compte ; cf. CE, 6 juin 2008, req n° 299943 : « *qu'il résulte de ces dispositions que l'appréciation des conditions d'aptitude physique particulières pour l'admission dans des corps de fonctionnaires ne peut porter que sur la capacité de chaque candidat, estimée au moment de l'admission, à exercer les fonctions auxquelles ces corps donnent accès ; que si l'appréciation de l'aptitude physique à exercer ces fonctions peut prendre en compte les conséquences sur cette aptitude de l'évolution prévisible d'une affection déclarée, elle doit aussi tenir compte de l'existence de traitements permettant de guérir l'affection ou de bloquer son évolution* ».

[3] La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (JORF n° 36 du 12 février 2005 p. 2353) a posé le principe des « *mesures appropriées* » aux articles 24 et 31. A noter qu'il est possible pour l'agent handicapé de solliciter des aides humaines et techniques, en complément des mesures d'adaptation de poste, en tant que processus de compensation et d'accessibilité, permettant de prendre en compte à la fois le poste et l'environnement de travail. On trouve trois types de handicap qui nécessitent impérativement ce genre d'aide technique ou humaine : les aides pour les sourds et malentendants, pour la plupart des outils de communication ; les aides pour les déficients moteurs, selon les tâches et le degré de mobilité de la personne, qui visent principalement le mobiliers et la bureautique ; les aides pour les déficients visuels qui mobilisent principalement l'outil informatique . Cf. D. FRANÇOIS et A. FOSSIER, *Recrutement et maintien dans l'emploi des personnes handicapées,* Guide de l'employeur public, op. cit., pp. 103-104.

[4] Décret n° 2009-1272 du 21 octobre 2009 relatif à l'accessibilité des lieux de travail aux travailleurs handicapés, préc.

[5] HALDE, délibération n° 2007-294 du 13 novembre 2007 ; CJCE, 11 juillet 2006, aff. C-13/05, « Chacon Navas c. Eurest Collectividades SA ».

[6] DDD, *Accès à l'emploi des personnes handicapées*, Questions/Réponses, 2011, site : www.defenseurdesdroits.fr, pp. 19-21. Certaines collectivités envisagent une reformulation des consignes pour les travailleurs en situation de handicap mental ou cognitif ou encore la possibilité d'un aménagement de la répartition des tâches au sein d'un service selon les capacités de chacun ; par ex., Région Nord Pas-de-Calais, « Chapitre 3 : L'emploi des travailleurs handicapés dans la fonction publique », *Guide de l'insertion professionnelle des personnes handicapées*, 2006, pp. 45-46.

[7] CE, 30 avril 2004, req. n° 254106, « Monnier » : « *qu'ainsi, en retenant qu'aucune mesure n'était susceptible de permettre un aménagement du poste rendant le handicap de Mademoiselle X. compatible avec l'emploi de professeur d'éducation physique et sportive, la décision de la commission nationale d'aptitude est entachée d'une erreur d'appréciation* ». Il a pu refuser de reconnaître l'atteinte au principe de non-discrimination d'un décret

les collectivités territoriales doivent tenir compte de la situation de handicap de l'agent pour toute décision relative à la gestion de sa carrière que ce soit au moment de le renouveler[1], de l'affecter[2], de changer ses conditions de travail[3], pour lui accorder une prime[4], ou de le licencier[5].

980. Gwénaële CALVES expliquait la présence de ces mesures comme conséquence logique de l'inscription de l'interdiction de discriminer dans notre ordre juridique : « *la consécration abrupte du principe de non-discrimination, sous peine d'aboutir à mettre en concurrence des athlètes et des handicapés, appelle des mécanismes de correction et de compensation qui définissent et légitiment les discriminations positives* »[6]. Dans les cas de personnes en situation de handicap, les risques d'inaccessibilité sont intrinsèquement liés à la catégorie de personne. En revanche, les risques psychosociaux sont directement rattachés au contexte dans lequel ils apparaissent, en l'espèce l'emploi. Ce faisant, la protection contre les faits de harcèlement qui font partie intégrante de ces risques, s'adresse à tous les agents.

2) Les risques psychosociaux des agents victimes de harcèlement

981. « *En matière de harcèlement, la prévention revêt une importance toute particulière. Les conséquences pour la victime peuvent être graves s'il n'y est pas mis fin rapidement* »[7]. Dans cette optique, le statut général de la fonction publique prévoit un mécanisme spécifique pour les tous les agents, fonctionnaires et non-titulaires : la protection fonctionnelle.

---

exigeant que les professeurs d'éducation physique justifient, avant leur recrutement, d'une qualification en sauvetage aquatique et en secourisme (cf. CE, 14 novembre 2008, req. n° 311312, « Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique ». Voir aussi, CE, 25 janvier 2012, req. n° 348269, « Belaïch » : le requérant a invoqué la loi n° 2008-496 interdisant les discriminations mais le Conseil d'Etat a jugé qu'il n'avait pas soumis d'éléments de fait susceptibles de faire présumer cette discrimination). Le Conseil d'Etat, a rejeté l'argument de la discrimination indirecte invoqué par le commissaire du gouvernement (cf. Concl. R. KELLER sur CE, 14 novembre 2008, req. n° 311312, « Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique » : « *force est de constater que le décret litigieux, s'il ne crée pas, bien entendu, une discrimination de droit à l'encontre des personnes handicapées, interdit de fait à beaucoup d'entre elles d'accéder à la profession d'enseignant en éducation physique* »), au motif qu'une telle exigence permettait d'assurer la sécurité des élèves.

[1] TA Rouen, 19 juin 2008, req. n° 0500526, « Bouteiller ».

[2] TA Strasbourg, 6 février 2014, req. n° 1004673, « Perlier ».

[3] CAA Paris, 11 octobre 2010, n° 08PA00765 et 10PA02830, « Madame D. ».

[4] CE, 11 juillet 2012, req. n° 347703, « Vaulot Pfister ».

[5] CE, 3 juillet 2013, req. n° 349496, Rec. T.

[6] G. CALVES, « La discrimination positive : essai de clarification », *Regards sur l'actualité*, mai 2004, n° 301, p. 71.

[7] Cir. n° SE1 2014-1 du 4 mars 2014 relative à la lutte contre le harcèlement dans la fonction publique, NOR : RDFF1407012C.

Progressivement, elle est supplantée, dans la prévention des risques professionnels par l'obligation de sécurité de l'employeur imposée également aux collectivités territoriales.

982. **La protection fonctionnelle contre le harcèlement.** Depuis 2016[1], l'article 11 du Statut général de la fonction publique relatif à la protection fonctionnelle[2] indique que « *la collectivité publique est tenue de protéger le fonctionnaire contre […] les agissements constitutifs de harcèlement […] dont il pourrait être victime sans qu'une faute personnelle puisse lui être imputée. Elle est tenue de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté* ».

983. Le bénéfice de la protection fonctionnelle est donc un droit pour les agents[3], notamment pour les victimes de harcèlement, dès lors qu'ils remplissent certaines conditions. La protection est accordée de droit pour les attaques subies par l'agent[4]. Elles doivent être dirigées contre lui[5], être réelles[6] et avoir pour but de lui nuire en raison de sa qualité d'agent[7]. Une fois remplie, seul un intérêt général peut justifier un refus[8]. Dans le cas contraire l'agent pourra obtenir réparation[9]. En cas d'acceptation, l'administration devra indiquer selon quelles modalités elle envisage d'accorder la protection. Dès lors que les conditions d'octroi de la protection sont réunies, il appartient à l'administration « *non seulement de faire cesser ces attaques, mais aussi d'assurer à l'agent une réparation adéquate des torts qu'il a subis* »[10]. Avant la loi de 2016, les faits de harcèlement avaient déjà été reconnus parmi les agissements « *qui pouvaient permettre, à l'agent public qui en est l'objet, d'obtenir la protection fonctionnelle* »[11]. Le juge administratif

[1] Art. 73, Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, JORF n° 0094 du 21 avril 2016.

[2] Art. 11, IV, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, préc. Sur la protection fonctionnelle, voir, E. AUBIN, « Chapitre 2 (folio n°10220) – Protection fonctionnelle », *Encyclopédie des collectivités locales*, mai 2018 (actualisation : mai 2018), n° 6.

[3] CE, 17 janvier 1996, req. n° 128950, « Mademoiselle Lair ». Elle ne peut être refusée que pour des motifs d'intérêt général dûment justifiés (cf. CE, 14 février 1975, n° 87730, « Sieur Teitgen ») ou de faute personnelle de l'agent détachable du service. Tout refus illégal engage la responsabilité de l'administration ; cf. CE, 17 mai 1995, n° 141635. Voir, Cir. Min. de la fonction publique, 5 mai 2008, B8 n° 2158, relative à la protection fonctionnelle des agents publics de l'Etat.

[4] Voir, CAA Nancy, 2 août 2007, n° 06NC01324 ; CE, 12 mars 2010, n°308974 ; TA Nice, 20 décembre 2012, n° 1004414, « Madame Mari-José c. Recteur d'académie de Nice ».

[5] CE, 24 février 1995, req. n° l12538, « Vasseur ».

[6] CAA Paris, 16 mai 1989, req. n° 89PA00078.

[7] CE, 6 novembre 1968, n° 70283, « Morichère ».

[8] CE, 14 février 1975, req. n° 87730, « Teitgen » ; CE, 18 mars 1994, req. n° 92410, « Rimasson ».

[9] CE, 17 mai 1995, req. n° 14l635, « Kalfon ».

[10] CE, 18 mars 1994, req. n° 92410, « Rimasson ».

[11] CE, 12 mars 2010, req. n° 308974, « Commune de Hoenheim », T. Avant lui, CAA Nancy, 2 août 2007, n° 06NC01324.

ne semble cependant pas particulièrement sensible à la question, de nombreuses décisions de refus d'octroi de la protection ayant été validées[1].

984. Trois obligations sont mises à la charge de la collectivité : l'assistance juridique[2], la réparation des préjudices[3] et la prévention contre les agissements[4]. En tant qu'obligations de faire, la collectivité doit apporter la preuve des moyens mis en œuvre pour faire cesser les agissements de harcèlement. Elle doit en particulier répondre aux sollicitations légitimes de l'intéressé et tenter de rétablir une situation de travail normale[5]. Si elle n'agit pas, la collectivité peut voir sa responsabilité engagée pour carence fautive[6]. Ainsi, La Poste a été condamné à réparer le préjudice moral de l'un de ses agents en raison du harcèlement moral subi. Dans cette

---

[1] CE, 21 octobre 2013, req. n° 364098, « Commune de Cannes », *AJDA*, 2014, p. 68, note C. FROGER : le Conseil d'Etat a validé le refus de protection fonctionnelle à l'égard d'un l'agent de police municipale qui s'estimait victime de harcèlement et de discrimination à caractère homophobe de la part de ses collègues. Ayant déjà obtenu à deux reprises le bénéfice de la protection fonctionnelle pour des recours infructueux devant le juge pénal, le Conseil d'Etat a considéré que la nouvelle demande de l'agent à l'égard des recours intentés devant le juge administratif faisait l'objet d'une « *contestation sérieuse* » de la part de l'autorité municipale justifiant son refus (cons. 9). Voir aussi, CAA Nantes, 22 mars 2016, req. n° 14NT01446 , *AJFP*, 2016, p. 205 : la demande de protection fonctionnelle d'une fonctionnaire insuffisamment étayée, en s'appuyant sur l'expertise psychologique de la personnalité de la requérante. Le rapport indiquait qu'elle pouvait être amenée à interpréter et à vivre comme une agression des faits, attitudes ou décisions qui n'excédaient pas le cadre des relations normales de travail. *Contra*, cf. TA Nice, 11 mai 2016, req. n° 1402632, « Commune du Canet », *AJFP*, 2017 : le refus n'était justifié ni en droit ni en fait. Plus récemment, CAA Nancy, 6 mars 2018, req. n° 16NC01440 : validité du refus de protection fonctionnelle au motif que la production de rapports que l'agent avait lui-même rédigés ne permettait pas de faire présumer l'existence d'un harcèlement moral de la part de son subordonné.

[2] Pour l'obligation d'assistance juridique, elle consiste à apporter une aide à l'agent dans les procédures judiciaires, notamment pénales. Elle pourra être utile en cas de mesures alternatives aux poursuites pénales ordonnées par le parquet à l'encontre de l'auteur des attaques (dans le cadre de la médiation pénale ou de la composition pénale ; cf. art. 41-1 et 41-2, Code de procédure pénale). La collectivité ne peut pas se constituer partie civile en lieu et la place de l'agent (cf. Cass. Crim., 10 mai 2005, req. n°04-84633).

[3] L'obligation de réparation contraint la collectivité au paiement de sommes couvrant le préjudice subi du fait des attaques, avant même l'action contentieuse contre l'auteur de l'attaque (cf. CE, 18 mars 1994, « Rimasson », préc.). Elle s'étend aux indemnités non versées par l'auteur en cas d'insolvabilité ou de refus d'exécuter la décision de justice. Libre d'apprécier ces préjudices, sous le contrôle du juge administratif (l'administration n'est pas liée par le montant des dommages-intérêts alloués par le juge pénal ; cf. CE, 17 décembre 2004, n° 265165, « Barrucq »), elle peut réparer des préjudices matériels et moraux (cf. CE, Sect., 28 mars 1969, n° 73250, « Jannès » ; CE, 8 décembre 2004, req. n° 265166 et 265167 ; CAA Paris, 30 avril 2013, n° 10PA03867) ou corporels. La réparation se fait à la demande de l'agent qui apporte les pièces justificatives prouvant la réalité du préjudice. L'indemnisation peut être immédiate sans qu'il soit nécessaire de rechercher si les auteurs ont été identifiés ou non.

[4] L'obligation de prévention impose à l'administration lorsqu'elle est « *informée précisément par l'agent de faits qui vont se produire ou qui n'ont pas pris fin, elle doit mettre en œuvre les moyens les plus appropriés pour éviter ou faire cesser les attaques auxquelles le fonctionnaire est exposé* ». Les actions de prévention « *peuvent intervenir afin d'éviter la réalisation d'un dommage pour l'agent ou après la commission de l'agression, et visent à soutenir l'agent et à éviter toute aggravation du préjudice. Elles ont pour objet d'assurer la sécurité, le soutien et la prise en charge médicale de l'agent* » ; cf. Cir. n° SE1 2014-1 du 4 mars 2014 relative à la lutte contre le harcèlement dans la fonction publique, NOR : RDFF1407012C. Par ex., TA Lyon, 19 mai 1998, n° 9500306, « Monsieur Jarnet » : l'administration est tenue d'apporter à l'agent le soutien moral qu'il est en droit d'attendre du fait des souffrances psychologiques causées par l'attaque dont il a été victime ; CE, 21 novembre 1980, n° 21162, « Daoulas », Rec. p. 711 ; Rép. min. n° 3765, JO Sénat du 3 juillet 2008 p. 1350 : la collectivité peut adopter des mesures d'éloignement, de changement d'affectation ou de suspension des fonctions ou engager une procédure disciplinaire contre l'agresseur si celui-ci est un agent public.

[5] CAA Nancy, 15 novembre 2007, n° 06NC00990.

[6] CAA Paris, 18 octobre 2012, n° 11PA03595.

affaire, elle s'était abstenue de saisir le CHSCT, alors que l'agent l'avait demandé, car celui-ci faisait preuve d'un certain autoritarisme dans l'exercice de ses fonctions. Le Conseil d'Etat considère qu'une telle situation ne justifie pas le manquement de la personne morale[1].

985. L'application de la protection fonctionnelle aux faits de harcèlement ne semble pas poser de réels problèmes sur le plan juridique. Elle n'est, cependant, pas véritablement adaptée à la prise en charge des risques psychosociaux[2]. Conçue pour protéger les agents dans leur relation avec les administrés[3], la protection fonctionnelle devient, dans les cas de harcèlement, une source de conflit entre l'autorité locale et son agent.

986. **La protection professionnelle contre le harcèlement.** Traditionnellement, la logique préventive « *passe d'abord, dans la fonction publique, par un plein exercice de la responsabilité hiérarchique* »[4]. L'article 2-1 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982[5] pose une obligation générale à l'égard des chefs de service qui « *sont chargés, dans la limite de leurs attributions et dans le cadre des délégations qui leur sont consenties, de veiller à la sécurité et à la protection de la santé des agents placés sous leur autorité* ». L'obligation a ensuite été étendue à la collectivité territoriale, d'abord par la jurisprudence[6], puis par le législateur comme une obligation de sécurité de résultat[7] calquée sur celle des employeurs privés.

987. Les obligations de sécurité des secteurs privé et public sont particulièrement proches et considérées comme équivalentes par la majorité de la doctrine[8] et des institutions[9]. Les

---

[1] CAA Paris, 7 avril 2016, req. n° 14PA02307, « La Poste », *AJFP*, 2016, p. 293.

[2] F.-X. FORT, « La protection du fonctionnaire face aux risques psychosociaux », *JCP Adm*., 2017, n° 2061.

[3] Voir, A.-S. DENOLLE, « Les risques psychosociaux dans la fonction publique : les limites de la protection fonctionnelle », *RDP*, 2015, p. 983.

[4] Cir. n° SE1 2014-1 du 4 mars 2014 relative à la lutte contre le harcèlement dans la fonction publique, NOR : RDFF1407012C.

[5] Décret n° 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique, JORF du 30 mai 1982 p. 1737.

[6] CE, Ass., 4 juillet 2003, n° 211106, « Moya-Caville », *AJDA*, 2003 p. 1598, concl. CHAUVAUX : le juge rappelle « *l'obligation qui incombe aux collectivités publiques de garantir leurs agents contre les risques qu'ils peuvent courir dans l'exercice de leurs fonctions* ».

[7] Art. 48, Loi n° 2007-209 du 19 février 2007 relative à la fonction publique territoriale, JORF n° 44 du 21 février 2007 p. 3041.

[8] Voir par ex., M. LEDOUX et J. EL BERRY, « De la sécurité physique des travailleurs à la gestion des risques psychosociaux », *AJCT*, 2013, pp. 16 et s.

[9] Voir par ex, Ministère de la réforme de l'Etat, de la décentralisation, et de la fonction publique, *Guide méthodologique d'aide à l'identification, l'évaluation et la prévention des risques psychosociaux dans la fonction publique*, Outils de la gestion des ressources humaines, Direction générale de l'administration et de la fonction publique, 2014, site : www.fonction-publique.gouv.fr.

dispositions du droit de l'Union européenne[1] et du droit pénal[2] s'appliquent aux deux secteurs. De surcroit, l'article 108-1 de la loi n° 84-53 sur le statut des agents territoriaux renvoie directement aux dispositions du code du travail pour fixer les grands principes de la prévention dans la fonction publique territoriale[3]. On les retrouve aux articles L. 4121-1[4], 4121-2[5] et 4121-3[6] du code du travail. En cas de manquement, des responsabilités administratives[7] et pénales sont susceptibles d'être engagées[8]. Les collectivités doivent donc évaluer l'ensemble des risques professionnels, y compris psychosociaux, les consigner dans un document unique et élaborer un plan de prévention sur cette base[9].

---

[1] Art. 5, Dir. n° 89-931 du 12 juin 1989 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, JOCE n° L 183 du 29 juin 1989 pp. 1-8. Sur la portée de cette directive cadre, voir les analyses de P. CHAUMETTE, « Sur l'obligation patronale de sécurité au travail au sein de la Communauté européenne », in *Mélanges offerts à Henry Blaise*, Economica, 1998, p. 81. Voir également, F. KESSLER et F. MEYER, « Les mesures de sécurité à l'épreuve du droit communautaire : à propos de la transcription de la directive CEE 89/391 relative à l'amélioration de la santé et de la sécurité des travailleurs », *Droit ouvrier*, 1992 p. 161.

[2] Art. 222-19 et 223-1, Code pénal.

[3] Art. 108-1, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, JORF du 27 janvier 1984 p. 441 : « *dans les services des collectivités et établissements mentionnés à l'article 2, les règles applicables en matière d'hygiène et de sécurité sont celles définies par les livres Ier à V de la quatrième partie du code du travail et par les décrets pris pour leur application, ainsi que par l'article L. 717-9 du code rural et de la pêche maritime. Il peut toutefois y être dérogé par décret en Conseil d'Etat* » ; art. 2-1, Décret n° 85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale, JORF du 18 juin 1985 p. 6710 : « *les autorités territoriales sont chargées de veiller à la sécurité et à la protection de la santé des agents placés sous leur autorité* ».

[4] L'article L. 4121-1 oblige l'employeur à prendre « *les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Ces mesures comprennent : 1° Des actions de prévention des risques professionnels et de la pénibilité au travail ; 2° Des actions d'information et de formation ; 3° La mise en place d'une organisation et des moyens adaptés. L'employeur veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes* ».

[5] L'article L. 4121-2 du code du travail impose à l'employeur de « *planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales, et l'influence des facteurs ambiants, notamment les risques liés au harcèlement moral et au harcèlement sexuel, tels qu'ils sont définis aux articles L. 1152-1 et L. 1153-1* ».

[6] L'article L. 4121-3 dessine les contours de l'obligation d'évaluation des risques qui pèse sur l'employeur. Il précise qu'« *à la suite de cette évaluation, l'employeur met en œuvre les actions de prévention ainsi que les méthodes de travail et de production garantissant un meilleur niveau de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. Il intègre ces actions et ces méthodes dans l'ensemble des activités de l'établissement et à tous les niveaux de l'encadrement* ».

[7] Cir. Direction générale des collectivités locales n° FP 3 n°13-00B288-D du 28 mai 2013 relative au rappel des obligations des employeurs territoriaux en matière d'évaluation des risques professionnels : « *la responsabilité de l'administration pourrait être engagée dès lors que les mesures nécessaires de prévention de la santé des agents n'auraient pas été prises et qu'un dommage en aurait résulté directement. En effet, le manquement aux règles de protection de la santé des agents pourrait être constitutif d'une faute qui permettrait à la victime de demander la réparation de son préjudice* ».

[8] Cir. B9 n° 10-MTSF1013277C du 18 mai 2010 relative au rappel des obligations des administrations d'Etat en matière d'évaluation des risques professionnels.

[9] Le contenu concret de ces risques est décrit à travers des grandes « familles » : les exigences du travail et son organisation, le management et les relations de travail, la prise en compte des valeurs et des attentes des agents, les changements dans le travail, etc. Voir, Décret n° 85-603 du 10 juin 1985, du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale, préc., note 36. Voir infra, n° 1118 et s.

988. Malgré l'équivalence des dispositions, la matière administrative présente certaines particularités qui rendent l'obligation moins contraignante pour les collectivités publiques que privés. Pour obtenir réparation, il convient d'établir un lien de causalité direct entre le cadre de travail et les dommages subis. En droit public, la présomption d'imputabilité ne s'applique pas[1]. D'autre part, dans le secteur privé, l'obligation de résultat doit normalement aboutir à un renversement de la charge de la preuve[2]. Or, devant le juge administratif, il incombe toujours à l'agent d'établir la matérialité des faits laissant supposer l'existence d'un harcèlement[3], faits dont on connait les caractères éminemment subjectif et diffus[4]. Pour la collectivité, il s'agit avant tout de répondre aux sollicitations légitimes de l'intéressé et tenter de rétablir une situation de travail normale[5]. La carence de l'administration constitue, en tout état de cause, une faute de service[6]. A tout le moins, si les faits sont avérés, la faute sera aisément qualifiable de faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service[7].

989. La reconnaissance d'un harcèlement emporte des conséquences importantes « *tant pour le responsable direct qui doit en répondre personnellement sur le plan disciplinaire que pour la collectivité employeur qui doit voir sa responsabilité engagée sur le terrain de la faute de service. A cela s'ajoutent les suites pénales qui peuvent être données à pareille qualification* »[8]. L'obligation de sécurité présente finalement peu d'avantages pour les victimes de harcèlement sur le plan contentieux. En revanche, elle apporte un éclairage sur les méthodes de prévention des risques de discrimination. Elle opte pour une action intégrée, impliquant l'ensemble des mécanismes et des décisions susceptibles d'avoir une influence sur le

---

[1] Sur ce point voir, J.-P. CROZAFON, « Risques psychosociaux et souffrance au travail : vers un rapprochement du droit du travail et du droit de la fonction publique », *JCP Sociale*, n° 3, 21 Janvier 2014, n° 10-14. Le juge administratif refuse également cette présomption « *d'origine professionnelle* » des dommages constatés pour les maladies inscrites aux tableaux. Les dispositions de l'article L. 461-1 du Code de la sécurité sociale ne s'appliquent pas au secteur public ; cf. CE, 23 juillet 2012, n° 349726. En effet, depuis 2008, seule l'autorité administrative est compétente pour reconnaître l'imputabilité au service d'un dommage entraînant ainsi le bénéfice de la protection fonctionnelle. Elle se fait sur demande du requérant à l'autorité administrative, celle-ci est en droit de refuser si la demande n'est pas suffisamment étayée.

[2] Voir par ex., Cass. Soc., 9 juillet 2014, n° 13-18328 ; Cass. Civ. et Soc., 16 mai 2018, 16-19.527, Inédit

[3] CE, 11 juillet 2011, n° 321.225, « Madame Montaut », concl. M. GUYOMAR, *AJDA*, 2011, p. 2072.

[4] Voir supra, n° 968 et s.

[5] CAA Nancy, 15 novembre 2007, n° 06NC00990. Voir aussi, Cass. Soc., 3 février 2010, n° 08-40.144, *D.* 2010, p. 445 ; *Revue de droit du travail* 2010. 303, obs. M. VERICEL ; Cass. Soc., 3 février 2010, n° 08-44.019, *D.*, 2010. 445, obs. J. CORTOT.

[6] CAA Bordeaux, 15 février 2011, n° 10BX00807, *AJFP*, 2011, p. 294 : responsabilité d'une commune ; CAA Nancy, 14 juin 2012, n° 11NC01167, *AJFP*, 2013, p. 119 : inaction de l'autorité administrative ; CE 24 novembre 2006, n° 256313, « Baillet », Rec. Lebon p. 486 ; TA Grenoble, 16 avril 2013, n° 1000474, *AJFP*, 2013, p. 294 : responsabilité de l'État dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de tutelle (faute lourde) ; TA Grenoble, 16 avril 2013, n° 1000481, *AJFP*, 2013, p. 294 ; CAA Douai, 16 mai 2012, n° 11DA00969, *AJFP*, 2012, p. 255 : considère que l'État a pris les mesures adéquates.

[7] J.-P. DIDIER, « Du harcèlement moral dans la fonction publique – Responsabilité de l'employeur public et faute de la victime », *JCP Adm.*, 8 janvier 2007, p. 2003.

[8] Cir. n° SE1 2014-1 du 4 mars 2014 relative à la lutte contre le harcèlement dans la fonction publique.

phénomène. En tant que catégorie juridique, le risque de discrimination demeure encore à l'état embryonnaire. Il semble cependant être devenu une véritable catégorie d'action publique autonome, comme *risk management*, faisant l'objet de nombreuses incitations en direction des pouvoirs publics en général, et des collectivités territoriales en particulier.

B) Les incitations à tenir compte du risque dans la collectivité – « Soft law »

990. A défaut d'être une notion juridique, le risque de discrimination est devenu une catégorie d'action publique. La véritable prise en charge du risque de discrimination, dans sa globalité, s'est faite progressivement selon une approche managériale, par le biais d'incitations faites aux acteurs de le prendre en compte dans leurs décisions. Deux types de normes sont préconisées : des normes individuelles de performance à travers l'élaboration de référentiels de bonnes pratiques de gestion (1) ; des normes organisationnelles intégratives qui doivent permettre la mise en place d'une régulation multi-niveaux de la discrimination (2).[1]

1) Les référentiels de bonnes pratiques

991. Les référentiels de bonnes pratiques participent de la nouvelle logique du *new public management*[2] qui axe la réduction des risques liés à la prise de décision autour de solutions managériales. Ils servent à la mise en conformité – *compliance* – des processus de décisions afin de parvenir à une mise en œuvre plus efficace des politiques publiques[3].

---

[1] Sur ces deux aspects voir not., Z. FORIKA et P. LENSSEN, « Traiter la question de la cohésion communautaire : bonnes pratiques en matière de législation sur l'égalité de traitement aux niveaux local et régional, en particulier dans les quartiers défavorisés et dégradés », *Etude*, Comité des régions, 2010.

[2] P. MULLER, *Les politiques publiques*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2013, p. 114 : « *ce courant de pensée vise àreformuler les bases du management public en mettant notamment l'accent sur les "recettes" du privé comme la recherche d'une plus grande flexibilité, la responsabilisation des fonctionnaires (*accountability*), l'externalisation de certaines fonctions par la privatisation, la création d'établissements publics ou d'agences spécialisées…* ».

[3] C. COLLARD, « Nul n'est censé ignorer la *compliance* : les collectivités territoriales et la conformité », *AJCT*, n° 10, 2018, p. 481 et s. : « *En définitive, la* compliance *traduit le fait que l'effectivité de la norme passe aussi par son management et sa transformation en un produit consommable (et digeste). Les efforts de pédagogie, de mise en oeuvre et de gestion de la norme et de son respect au sein de l'organisation constituent à n'en point douter l'un des apports majeurs de la* compliance. *En ce sens, elle se présente comme un complément nécessaire à la réglementation ; c'est en même temps aussi une forme de substitut à la réglementation, spécialement lorsque celle-ci est lacunaire, ce qui est inévitable eu égard à la diversité, de même qu'à la complexité des situations concrètes que peut rencontrer l'organisation. Dans tous les cas, c'est l'efficacité du système qui est poursuivie. […] On ne peut, pensons-nous, que se réjouir d'assister à un mouvement au travers duquel tout est fait pour que le droit, les normes et les valeurs soient effectivement mis en pratique. L'importance des missions remplies par les collectivités*

992. **La nécessité des référentiels.** On entend par « référentiel de bonnes pratiques » l'ensemble des documents qui présentent une série de mesures managériales à adopter par une administration publique ou une personne morale de droit privé et aux effets juridiques restreints, voire nuls. Ces instruments peuvent faire l'objet d'une normalisation permettant l'octroi d'un label après évaluation des mesures adoptées par un organisme indépendant. En matière de discrimination, ces référentiels se sont avérés indispensable pour trois raisons : d'une part le droit de la non-discrimination apparaît de plus en plus hétérogène et éclaté ; son contentieux est difficilement prévisible pour les autorités ; d'autre part, en dépit du développement constant de l'arsenal législatif et judiciaire, le phénomène de la discrimination n'a pas cessé de croître ; enfin, le risque de discrimination est un risque inhérent à la prise de décision, ce qui implique d'adopter des solutions managériales pour lutter contre le phénomène. Ce faisant, il est apparu rapidement aux yeux des institutions européennes que « *la mise en œuvre efficace de la législation antidiscriminatoire dépend [notamment] de l'appui complémentaire que recueilleront les mesures non législatives de lutte contre la discrimination* »[1].

993. Ainsi, parallèlement à l'adoption des directives en matière de lutte contre les discriminations, les institutions européennes ont adopté des programmes d'action qui participent à leur mise en œuvre[2]. Le programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006)[3] vise plus précisément à « *développer la capacité à prévenir et à s'attaquer à la discrimination avec efficacité, notamment en renforçant les moyens d'action des organisations et en appuyant l'échange d'informations et de bonnes pratiques ainsi que la mise*

---

territoriales ne fait qu'ajouter à l'intérêt d'intégrer ces impératifs. En somme, la compliance peut être perçue comme permettant la jonction entre l'efficacité managériale et l'utilité sociale... Au service de l'intérêt général ! ».

[1] Communication de la Commission, 28 mai 2004, Livre vert « Égalité et non-discrimination dans l'Union européenne élargie » (COM/2004/0379 final), p. 9.

[2] Communication de la Commission, 28 mai 2004, Livre vert « Égalité et non-discrimination dans l'Union européenne élargie » (COM/2004/0379 final), pp. 10-11 : « *Les projets visant à lutter contre la discrimination dans le domaine de l'emploi ont également bénéficié d'un financement européen dans le cadre de l'initiative communautaire EQUAL et des dépenses ordinaires du Fonds social européen. Certains projets soutenus par le programme communautaire en matière d'égalité entre les femmes et les hommes concernent aussi des discriminations fondées sur d'autres motifs mentionnés à l'article 13 du traité CE (par exemple, lorsque des femmes appartiennent à des minorités ethniques). Le programme d'action communautaire de lutte contre l'exclusion sociale a traité de questions connexes à son champ d'application en les abordant sous l'angle de l'insertion sociale […]. Des programmes communautaires concernant l'éducation, la formation et la jeunesse ont également soutenu des actions menées en faveur des minorités ethniques, des personnes handicapées et d'autres groupes défavorisés. Des projets de recherche sur des questions se rapportant à la discrimination ont également été soutenus par les cinquième et sixième programmes-cadres européens de recherche et de développement technologique. Des informations concernant les droits en matière de protection contre la discrimination et d'autres questions seront publiées sur la nouvelle version du site de dialogue entre l'Union européenne et les citoyens* ». Nombre de ces programmes ont été regroupés au sein du programme « Progress » ; cf. § 2, Préambule, Décision n° 1672/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 2006 établissant un programme communautaire pour l'emploi et la solidarité sociale – « Progress », JOUE L 315/1 du 15 novembre 2006, pp. 1-8.

[3] Décision n° 2000/750/CE du Conseil du 27 novembre 2000 établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006), JOUE L 303 du 2 décembre 2000.

en réseau au niveau européen, tout en tenant compte des particularités des diverses formes de discrimination » (article 2). L'idée de prévention fait donc partie intégrante de la doctrine des institutions de l'Union européenne dès le début des années 2000 et se maintiendra dans tous les programmes d'action. Ainsi, le préambule de la décision n° 1672/2006/CE instituant le programme « Progress », indique qu'il « *y a lieu de prendre en considération les particularités des diverses formes de discrimination et d'élaborer parallèlement des mesures appropriées visant à prévenir et à combattre la discrimination fondée sur un ou plusieurs motifs* »[1].

994. La prévention des discriminations se décline à travers de nombreuses actions de sensibilisation, d'information, de formation à la lutte contre les discriminations, ou encore par la promotion de certaines valeurs et de certaines pratiques. Après avoir été validées à la suite d'une évaluation, les bonnes pratiques peuvent être compilées dans un document et servir de guides pour les acteurs locaux. Depuis le début des années 2000, ces référentiels se sont multipliés en tenant compte de la diversité des formes de discrimination observées, en particulier au niveau des collectivités territoriales.

995. **La diversité des référentiels.** La multiplication des référentiels de bonnes pratiques de gestion correspond à l'extension de la doctrine du *new public management* à tous les domaines de l'action publique. Si dans les collectivités territoriales, « *la fonction* compliance *est encore à l'état embryonnaire* »[2], en matière de lutte contre les discriminations, elle a pris un essor considérable[3]. Parmi les référentiels de bonnes pratiques, on peut distinguer ceux publiés par la HALDE (puis le DDD) et l'ACSé (puis le CGET), qui ne sont que de simples recommandations, de ceux qui constituent des cahiers des charges donnant droit à l'obtention d'un label de l'Association française de normalisation (AFNOR).

996. Pour ce qui concerne les recommandations de la HALDE, puis du DDD, on trouve dès 2006 un répertoire des bonnes pratiques et des initiatives permettant de lutter contre les discriminations et de promouvoir l'égalité comprenant 57 pratiques recensées dans le domaine de l'emploi et 9 dans l'éducation avec pour objectif de les généraliser[4]. En 2007 une enquête intitulée « *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité : que répondent les grandes*

---

[1] § 8, Préambule, Décision n° 1672/2006/CE, préc.

[2] C. COLLARD, « Nul n'est censé ignorer la *compliance* : les collectivités territoriales et la conformité », art. cit. ; voir dossier « Compliance et collectivités », *AJCT*, n° 10, 2018, p. 481 et s.

[3] Pour une approche critique de ce « gouvernement par les labels », voir L BERENI et R. EPSTEIN, *Instrumenter la lutte contre les discriminations : le « label diversité » dans les collectivites territoriales*, Rapport final, mars 2015, p. 4.

[4] Communiqué, « Egalité : le répertoire des bonnes pratiques », Actualités, En bref, 26 juillet 2006, site : www.vie-publique.fr : On trouve également un guide de bonnes pratiques dans le logement social ; cf. HALDE, *Accès au logement social : garantir l'égalité*, Analyse et recueil de bonnes pratiques, janvier 2011, site : www.juridique.defenseurdesdroits.fr.

villes et agglomérations à la HALDE ? »[1] s'intéresse surtout aux actions en direction des administrés[2]. En 2009, une nouvelle enquête intitulée « *Prévention des discriminations et promotion de l'égalité dans les ressources humaines : que répondent les collectivités territoriales à la HALDE ?* »[3] se focalise sur la gestion du personnel territorial. Parallèlement, elle a publié le cadre de référence sur la base duquel elle a pu mener son enquête[4] qui sera réactualisé par le DDD en 2013 pour en faire une méthode d'auto-évaluation pour « *prévenir les discriminations et garantir l'égalité* » dans la gestion des ressources humaines des collectivités territoriales[5]. L'ACSé, à son tour publie dès 2006 une première brochure, « *Agir contre les discriminations. L'engagement des élus et des collectivités territoriales* », en partenariat avec l'Association des maires ville et banlieue de France[6], puis une seconde en 2008 intitulée « *Prévention et lutte contre les discriminations : les outils de l'ACSé pour les acteurs locaux* »[7]. Le CGET prendra la suite en élaborant notamment un cadre de référence particulièrement détaillé pour aider à la mise en place des plans territoriaux de prévention et de lutte contre les discriminations au sein de la politique de la ville[8].

997. Les bonnes pratiques ainsi diffusées, si elles remplissent les conditions d'un cahier des charges, peuvent aussi faire l'objet d'une certification donnant droit à l'obtention d'un label par l'AFNOR. Un label a attiré plus particulièrement l'attention : le label « Diversité ». Créé en 2008, « *héritier direct* »[9] de la charte de la diversité élaborée en 2004, il récompense les « *bonnes pratiques de recrutement, d'évolution professionnelle et de gestion des ressources*

---

[1] HALDE, *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité : que répondent les grandes villes et agglomérations à la HALDE ?*, Enquête, février 2007.

[2] Il s'agit des actions qui pour but de :'« *aider les victimes de discriminations* » ; « *adapter les services municipaux à la diversité des habitants* » ; « *lutter contre les préjugés et favoriser le "vivre ensemble"* » ; « *prévenir les discriminations dans l'accès au logement* » ; « *prévenir les discriminations dans l'accès à l'emploi* » ; « *encourager l'éducation, le sport et les loisirs* ». Cf. Ibid.

[3] HALDE, *Prévention des discriminations et promotion de l'égalité dans les ressources humaines : que répondent les collectivités territoriales à la HALDE ?*, Enquête, novembre 2009.

[4] HALDE, *Gestion des ressources humaines dans les collectivités territoriales : comment agir pour l'égalité et prévenir les discriminations ?*, Mode d'emploi, avril 2009, site : www.juridique.defenseurdesdroits.fr.

[5] DDD, *Gestion des ressources humaines dans les collectivités territoriales : prévenir les discriminations et garantir l'égalité*, Méthode d'auto-évaluation, janvier 2013. Plus récemment, il a publié, *Agir contre les discriminations et le harcèlement dans la fonction publique territoriale*, 9 Fiches pratiques, novembre 2017, site : www.defenseurdesdroits.fr.

[6] ACSé, « Agir contre les discriminations. L'engagement des élus et des collectivités territoriales », en partenariat avec l'Association des maires ville et banlieue de France, *Brochure*, novembre 2006, site : www.nouvelle-aquitaine.drdjscs.gouv.fr.

[7] ACSé, « Prévention et lutte contre les discriminations : les outils de l'ACSé pour les acteurs locaux », *Brochure*, 2008, site : www.nouvelle-aquitaine.drdjscs.gouv.fr.

[8] CGET, *Nouveau cadre de référence de la lutte contre les discriminations au sein de la politique de la ville : les enjeux de la nouvelle contractualisation*, 2014, site : www.ville.gouv.fr. Voir infra, n° 1036 et s.

[9] L. BERENI et R. EPSTEIN, *Instrumenter la lutte contre les discriminations : le « label diversité » dans les collectivites territoriales*, Note de synthèse, Rapport de recherche CNRS – Centre Maurice Halbwachs, Université de Nantes – Droit et Changement Social, 2015, p. 2.

humaines des entreprises et autres employeurs privés ou publics, en vue de développer la diversité et de prévenir les discriminations »[1]. Son cahier des charges s'inspire à la fois du label « Egalité femmes-hommes » et des normes de management de la qualité, comme dans le label « Marianne » sur les modalités d'accueil des usagers dans les services publics qui vise notamment les personnes en difficultés ou à mobilité réduite. Le label « Diversité » s'organise autour de six grands axes : « *connaître ses risques en matière de discriminations ; mobiliser ses collaborateurs, les sensibiliser, les former et communiquer ; maîtriser ses processus de gestion des ressources humaines ; s'intéresser à l'ancrage territorial ; s'engager vis-à-vis de ses fournisseurs, ses clients, ses usagers ; s'assurer de l'efficacité de ses actions* »[2]. On note également que le droit de la non-discrimination a été placé au cœur de ces dispositions, ce qui montre qu'en matière de non-discrimination, le droit demeure le premier référentiel d'action rappelé dans les brochures, les guides, et dans la plupart des actions de sensibilisation, d'information ou de formation.

998. Si Renaud EPSTEIN et Laure BERENI ont pu constater l'évidente « effectivité *de cet instrument* », en ce qu'il modifie le fonctionnement des organismes qui le sollicitent, « *les* effets *du label au regard de l'objectif de prévention des pratiques discriminatoires dans les collectivités demeurent en revanche incertains* »[3]. C'est peut-être l'une des raisons pour lesquelles le label n'a pas été particulièrement mis en avant par les collectivités territoriales qui l'ont obtenu[4]. Leur intérêt pour les référentiels de bonnes pratiques en matière de lutte contre les discriminations montre néanmoins à quel point les collectivités territoriales sont devenus, sous « *la pression discrète des institutions européennes […], l'un des opérateurs clés de l'action publique anti-discriminatoire* »[5], au même titre que l'Etat et l'Union européenne. Ainsi, il est rapidement apparu que la lutte contre les discriminations ne pouvait s'inscrire que dans le cadre d'une régulation multi-niveaux.

---

[1] Art. 1er, al. 2, Décret n° 2008-1344 du 17 décembre 2008 relatif à la création d'un label en matière de promotion de la diversité et de prévention des discriminations dans le cadre de la gestion des ressources humaines et à la mise en place d'une commission de labellisation, JORF n° 0295 du 19 décembre 2008 p. 19456.

[2] L BERENI et R. EPSTEIN, *Instrumenter la lutte contre les discriminations : le « label diversité » dans les collectivites territoriales*, op. cit., p. 2.

[3] Ibid. p.10.

[4] Voir, ibid., p. 8.

[5] L. BERENI et R. EPSTEIN, *Instrumenter la lutte contre les discriminations : le « label diversité » dans les collectivites territoriales*, Rapport final, mars 2015, p. 8.

2) La régulation multi-niveaux

999. « *Formé à la conjonction de logiques supranationale, nationale et territoriale* »[1], l'espace de régulation de la lutte contre les discriminations, s'établit donc sur plusieurs niveaux. Il se montre particulièrement adapté à la prévention contre le risque de discrimination et son caractère systémique. Cette régulation multi-niveaux « *n'a pas été sans influence sur les pratiques et les modes d'agir de l'administration* »[2].

1000. **La formation de l'espace de régulation multi-niveaux de la lutte contre les discriminations.** Face à l'amplification du phénomène de la discrimination, l'appareil étatique français s'est montré à la peine. Il a fallu tout d'abord accepter l'existence du phénomène[3], la responsabilité des autorités publiques dans son expansion[4], et enfin la nécessité d'agir sur la société mais aussi de revoir ses propres méthodes de fonctionnement. Cette évolution a été possible grâce à l'influence de l'Union européenne à la fois sur les cadres cognitif – dans la conception de la discrimination[5] – et normatif – instruments de l'action. Sur ce dernier point, la gouvernance multi-niveaux permet d'employer les instruments préconisés par l'Union européenne, les conventions et les instruments de *soft law*, les seuls à même de coordonner l'action publique au sein de l'espace européen tout en conservant ses règles d'organisation et de répartition des compétences. Ainsi, la gouvernance multi-niveaux se conçoit « *comme l'action coordonnée de l'Union, des États Membres et des autorités régionales et locales, fondée sur le partenariat et visant à élaborer et mettre en œuvre les politiques de l'Union européenne* »[6]. Elle donne à la fois aux institutions de l'Union européenne et aux collectivités

---

[1] A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations. Genèse et usages d'une politique publique*, L'Harmattan, 2014, p. 212.

[2] A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations. Genèse et usages d'une politique publique*, op. cit., p. 212. Elle ajoute que « *les actions de type incitatif et le développement de relations conventionnelles découlent également pour partie de la dynamique insufflée par l'Europe* » ; ibid.

[3] A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations. Genèse et usages d'une politique publique*, op. cit., pp. 47-56 : Section IV. Un phénomène réel ou virtuel ?

[4] Ibid., pp. 37-44 : Section II. La formation d'un « Etat discriminant ».

[5] Comme le relève un représentant de l'ex-FAS/FASILD lors d'un entretien avec Aline PREVERT, « *accepter la notion de discrimination indirecte, c'est accepter le fait que les institutions puissent discriminer !* » ; cf. ibid., p. 164.

[6] Avis du Comité des régions, Livre blanc : « Sur la gouvernance à multiniveaux », 89/2009 final, 17 juin 2009, JOUE C 211 du 4 septembre 2009, pp. 1-27. Pour une mise en œuvre, voir par ex., Art. 5, Règlement (UE) n° 1303/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion, au Fonds européen agricole pour le développement rural et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, portant dispositions générales applicables au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, et abrogeant le règlement (CE) n° 1083/2006 du Conseil, JOUE L 347 du 20 décembre 2013, pp. 320-469 : « *Partenariat et gouvernance à plusieurs niveaux : 1. Pour l'accord de partenariat et pour chaque programme, chaque État membre organise, dans le respect de son cadre institutionnel et juridique, un partenariat avec les autorités locales et régionales compétentes*

infraétatiques une plus grande légitimité dans l'action publique[1], au détriment de l'Etat, en les plaçant au même niveau hiérarchique. On ne s'étonnera donc pas de voir le Comité des régions en faire largement la promotion[2].

1001. L'émergence de la gouvernance multi-niveaux en matière de lutte contre les discriminations a permis de donner une nouvelle légitimité à l'action des collectivités territoriales. Le territoire local est très vite apparu comme un espace privilégier pour agir concrètement sur le phénomène de la discrimination. D'aucuns constatent en effet qu'« *une bonne partie de la réponse produite relève d'un processus d'adaptation "située" afin de proposer une réponse publique plus attentive aux particularités "locales", voire de l'individualiser* »[3]. Cela se vérifie de manière générale sur toutes les questions d'égalité et de discrimination[4], de sorte que de « *nombreux exemples de bonnes pratiques […] développées à l'échelon européen se fondent surtout sur des expériences et des projets lancés par les collectivités locales* »[5]. Fortes de cette légitimité, les collectivités territoriales se sont alors emparées de ce nouvel objet politique. On a alors vu « *un nombre croissant de collectivités territoriales, surtout des municipalités, [inscrire] la lutte contre les discriminations à leur agenda politique à la fin des années 2000, déplaçant et requalifiant en partie des dispositifs mis en œuvre auparavant sous l'étendard des "politiques de la ville" et de "l'intégration"* »[6].

1002. Cette recomposition de l'action publique locale a ainsi montré la perméabilité entre certains programmes d'action ou certaines compétences et la lutte contre les discriminations.

[…] 2. Conformément à la méthode de gouvernance à plusieurs niveaux, les États membres impliquent les partenaires visés au paragraphe 1 dans l'élaboration des accords de partenariat et des rapports d'avancement, ainsi que tout au long de la préparation et de la mise en œuvre des programmes, notamment en les faisant participer aux comités de suivi pour les programmes conformément à l'article 48 ».

[1] Voir not., C. JEFFERY, « L'émergence d'une gouvernance multi-niveaux dans l'Union européenne : une approche des politiques nationales », *Politiques et management public*, vol. 15, n° 3, 1997, pp. 211-231.

[2] Avis du Comité des régions sur le thème « Bâtir une culture européenne de la gouvernance à multiniveaux : le suivi du livre blanc du Comité des régions », JOUE C 113 du 18 avril 2012, pp. 62-72.

[3] A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations. Genèse et usages d'une politique publique*, op. cit., p. 213. Sur la « *les modalités de la particularisation locale* » dans l'action publique, voir G. KOUBI, « La territorialisation du service public, atteinte à l'égalité devant le service public ? », in M. LONG (sous la direction de), *Egalité et services publics territoriaux*, LGDJ, 2005, spéc. p. 35.

[4] Par ex., Avis du Comité des régions sur « L'intégration sociale et économique des Roms en Europe » (JOUE C 42 du 10 février 2011, pp. 23-27) dans lequel le Comité des régions rappelle à plusieurs reprises le rôle « clef », « fondamental » ou « stratégique » des collectivités infraétatiques (voir not., §§ 12, 25, 28, 30 et 35). Il est aussi intéressant de noter que cet avis apporte le point de vue des collectivités infraétatiques sur la gouvernance multi-niveaux en matière d'intégration des Roms. A cet égard, on note que s'il « *reconnaît que les politiques et instruments adoptés au niveau de l'UE pour favoriser l'intégration des Roms sont appropriés* », le Comité des régions indique cependant « *qu'il existe un fossé de mise en œuvre au niveau national, régional et local imputable tant à un manque de partenariats forts et de mécanismes de coordination qu'à l'absence, au niveau local, de mise en œuvre des instruments permettant de modifier les conditions de vie concrètes des Roms* » ; cf. ibid., § 11.

[5] Ibid., § 12.

[6] L. BERENI et R. EPSTEIN, *Instrumenter la lutte contre les discriminations : le « label diversité » dans les collectivites territoriales*, Rapport final, mars 2015, p. 8.

Elle a permis de mieux penser la discrimination dans son caractère systémique. Ce faisant, la régulation multi-niveaux a offert un espace de solidarité aux acteurs publics, mais aussi privés, pour faire face au risque de discrimination.

1003. **L'espace de régulation multi-niveaux, un espace de solidarité face au risque de discrimination.** L'espace de régulation multi-niveaux, fondé sur l'horizontalité, implique une organisation réticulaire et une répartition des compétences selon une logique de subsidiarité[1]. Toutefois celle-ci ne s'applique pas à un domaine ou un secteur particulier qui serait mieux réguler à une échelle plutôt qu'à une autre, mais aux types de norme, en fonction de leurs caractéristiques spécifiques, que les différents niveaux de régulations sont capables de produire[2]. En matière d'égalité et de non-discrimination, cette orientation est apparue nécessaire tant les objectifs recouvrent des situations diverses impliquant l'ensemble des domaines d'action publique. Cette nécessaire transversalité de l'action publique en matière de lutte contre les discriminations[3], ajoutée à la prise de conscience du caractère systémique et inhérent à la prise de décision du risque de discrimination, a conduit à promouvoir une approche intégrée de la non-discrimination dont on trouve les prémisses dans la décision n° 1672/2006/CE relative au programme « Progress »[4].

1004. Selon un rapport remis à la Commission européenne en 2007, elle « *pourrait être définie comme l'incorporation systématique, fondée sur la non discrimination et l'équité, des questions d'égalité des chances dans l'ensemble des politiques, législations et programmes. L'intégration de la non-discrimination se rapporte, par conséquent, au fait d'assurer la prise en compte d'une perspective égalitaire dans toutes les étapes du processus de décision, de la conception à la*

---

[1] Sur la subsidiarité voir supra, n° 711 et s.

[2] Voir par ex., Décision n° 1672/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 2006 établissant un programme communautaire pour l'emploi et la solidarité sociale – « Progress », préc., §§ 10 et 12 du Préambule : « *L'expérience de l'action menée au niveau communautaire a montré que […] la lutte contre la discrimination [appelle], dans la pratique, une combinaison d'instruments, y compris la législation, les outils de financement et l'intégration, destinés à se compléter mutuellement* » ; « *Étant donné que les objectifs de la présente décision ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante au niveau des États membres, vu la nécessité d'échanger des informations au niveau européen et de diffuser les bonnes pratiques à l'échelle de la Communauté, et qu'ils peuvent donc, en raison de la dimension multilatérale des actions et mesures communautaires, être mieux réalisés au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente décision n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs* ».

[3] A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations. Genèse et usages d'une politique publique*, op. cit., pp. 210-212.

[4] On la retrouve explicitement en matière d'égalité femmes-hommes sous le nom de « *gender mainstreaming* » (cf. § 12, Préambule et art. 2, 2., Décision n° 1672/2006/CE, préc.) et plus discrètement en matière de lutte contre les discriminations (cf. ibid., art. 7 : « *la section 4 a pour objet de soutenir la mise en œuvre effective du principe de non-discrimination et de promouvoir son intégration dans toutes les politiques communautaires par les moyens suivants* »).

mise en oeuvre, la surveillance et l'évaluation »[1]. Son « *but […] consiste en dernière analyse à réduire les niveaux de discrimination dont souffrent des groupes sociaux particuliers (ainsi que ceux soumis à des discriminations multiples) et à améliorer l'égalité des chances pour les individus* »[2]. Il s'agit donc spécifiquement de réduire le risque de discrimination dans ce qu'il a de systémique à la fois par « *une approche "horizontale" visant l'inclusion des principes de non-discrimination et des mesures "verticales" de soutien destinées à des groupes sociaux particuliers* »[3]. Il s'agit ici « *de combler l'écart entre les législations d'une part et les expériences quotidiennes des individus appartenant aux groupes sociaux à risque de discrimination (ou de discriminations multiples) d'autre part* »[4].

1005. Ce faisant, l'approche intégrée appliquée à la régulation multi-niveaux crée ainsi un espace de solidarité, dans lequel tous les acteurs contribuent, à leur niveau et avec leurs moyens, à la prise en charge, sur la base du volontariat, du risque de discrimination[5]. Ainsi tous les acteurs sont impliqués à la fois dans la diminution du risque de discrimination en agissant sur ses causes et sur ses effets à l'égard des populations[6]. A l'égard des populations les plus à risque, notamment « *les personnes confrontées à une discrimination multiple* », il est d'ailleurs préconisé « *de faciliter le passage d'une prise en charge institutionnelle à une prise en charge de proximité* »[7] afin d'adapter chaque réponse à la situation de ces personnes. Cette préconisation confirme que le niveau territorial (ou local) apparait, y compris pour le Parlement

---

[1] Centre for Strategy and Evaluation Services, *Intégration de la non-discrimination – instruments, études de cas et suggestions pour l'avenir*, Rapport pour le compte de la Direction générale de l'Emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances de la Commission européenne, avril 2007, site : www.ec.europa.eu, p. 1.

[2] Ibid., p. 2.

[3] Ibid., p. 7.

[4] Ibid., p. 2.

[5] Afin de prendre « *les mesures appropriées pour prévenir toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle lors de l'élaboration et de la mise en œuvre des programmes* » (cf. art. 7, Règlement (UE) n° 1303/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion, au Fonds européen agricole pour le développement rural et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, portant dispositions générales applicables au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, et abrogeant le règlement (CE) n ° 1083/2006 du Conseil, JOUE L 347 du 20 décembre 2013, pp. 320-469), les États membres et la Commission doivent assurer « *la prise en compte systématique du principe de non-discrimination à tous les niveaux* » (cf. art. 8, Règlement (UE) n° 1304/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au Fonds social européen et abrogeant le règlement (CE) n° 1081/2006 du Conseil, JOUE L 347 du 20 décembre 2013, pp. 470-486).

[6] Parmi les moyens à employer la décision n° 1672/2006/CE précitée indique quatre axes (art. 7) : a) améliorer la compréhension de la situation ; b) soutenir la mise en œuvre de la législation ; c) renforcer la sensibilisation, diffuser des informations et stimuler le débat ; d) développer la capacité des principaux réseaux au niveau européen à promouvoir et à développer encore davantage les stratégies et les objectifs politiques communautaires dans le domaine de la lutte contre la discrimination.

[7] Art. 8, Règlement (UE) n° 1304/2013, préc.

européen et le Conseil, comme le niveau le plus adapté pour coordonner l'action de prévention en matière de discrimination.

1006. Les moyens administratifs déployés au niveau national depuis la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine[1] confirment cette tendance. Après avoir fait de la lutte contre les discriminations une compétence partagée entre l'Etat et les collectivités territoriales[2], elle a placé la prévention des discriminations parmi les axes transversaux des nouveaux contrats de ville (2015-2020)[3], lesquels sont pilotés par des EPCI ou des communes et appliquent une approche intégrée de l'action publique dans le territoire concerné[4].

§2) Les moyens administratifs de la prévention des discriminations

1007. Aujourd'hui, seule la politique de la ville a spécifiquement intégré la prévention des discriminations au cœur de son action. Définie comme une politique « *de cohésion urbaine et de solidarité envers les quartiers les plus défavorisés [qui] vise à restaurer l'égalité républicaine et à améliorer les conditions de vie des habitants* »[5], elle se fixe comme objectifs de corriger les inégalités des conditions de vie des citoyens et de compenser les handicaps territoriaux[6] en inscrivant la prévention des discriminations comme axe transversal des contrats de ville[7]. Elle confirme l'« *arrimage territorial* »[8] de la lutte contre les discriminations, justifié

[1] JORF n° 0045 du 22 février 2014 p. 3138.
[2] Art. L. 1111-2, al. 2, CGCT.
[3] Avec la jeunesse et l'égalité entre les femmes et les hommes ; cf. Cir. Min. de la ville, de la jeunesse et des sports, 15 octobre 2014, modalités opérationnelles d'élaboration des contrats de ville, site : www.cget.gouv.fr, p. 11.
[4] L'approche intégrée de l'action publique locale est également recommandée par les institutions de l'Union européenne ; cf.
[5] Site : www.cohesion-territoires.gouv.fr.
[6] Art. 1er, al. 3, Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JORF n° 31 du 5 février 1995 p. 1973 : la politique d'aménagement et développement du territoire « *corrige les inégalités des conditions de vie des citoyens liées à la situation géographique et à ses conséquences en matière démographique, économique et d'emploi. Elle vise à compenser les handicaps territoriaux. Elle fixe des dispositions dérogatoires modulant les charges imposées à chacun. Elle tend enfin à réduire les écarts de ressources entre les collectivités territoriales en tenant compte de leurs charges* ».
[7] Ces secteurs ont été regroupées en trois piliers : « Cohésion sociale », « Cadre de vie et renouvellement urbain », et « Développement économique et emploi » ; cf. Cir. n° 5729-SG, du 30 juillet 2014 relative à l'élaboration des contrats de ville de nouvelle génération, p. 1-2 ; Cir. Min. de la ville, de la jeunesse et des sports, 15 octobre 2014, modalités opérationnelles d'élaboration des contrats de ville, site : www.cget.gouv.fr, p. 8 et s.
[8] M. DOYTCHEVA, « Lutter contre les discriminations en France. L'arrimage territorial », *Diversité : ville, école, intégration*, CNDP, 2008.

par les analyses du risque de discrimination réalisées sur le territoire[1]. Les nouveaux contrats de ville offrent alors un cadre collaboratif adapté à la méthode intégrée destinée à prévenir les discriminations (A). Les cosignataires du contrat doivent ainsi élaborer des plans territoriaux de prévention et de lutte contre les discriminations (PTPLCD) qui définissent les objectifs, les mesures à adopter et la manière d'évaluer l'action commune (B).[2]

A) La contractualisation de la démarche : les contrats de ville

1008. L'inscription de la prévention des discriminations dans les contrats de ville doit permettre d'« *intégrer le principe de non-discrimination dans les pratiques et les processus professionnels de l'ensemble des partenaires territoriaux du contrat à l'échelle intercommunale* »[3]. La circulaire du Ministre de la ville indique que « *l'association large des différents partenaires dans les discussions sur le contrat de ville doit faciliter [l']approche intégrée* »[4] (1). La politique de la ville oblige les partenaires à mobiliser en priorité le droit commun, plutôt que les actions spécifiques[5], en vue de remplir les objectifs fixés dans le contrat (2).

[1] En France, cette nouvelle approche épistémologique – pluridisplinaire – de la discrimination a conduit à inscrire la lutte contre les discriminations dans une logique de territoire, avec des zones supposées plus à risque que d'autres : les quartiers prioritaires. Principe cardinal de l'intégration économique, sociale et territoriale de l'Union européenne, la non-discrimination devient, transposée au contexte français, un moyen de lutter contre la relégation de certaines zones principalement urbaines ; voir par ex., la communication de Martine AUBRY sur la politique d'intégration en Conseil des ministres, le 21 octobre 1998 et la publication cette même année du rapport du Haut Conseil à l'Intégration sous le titre *Lutter contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité* ; cité dans M. DOYTCHEVA, « Lutter contre les discriminations en France. L'arrimage territorial », art. cit. Voir aussi, T. KIRSZBAUM, « La discrimination positive territoriale : de l'égalité des chances à la mixité urbaine », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, pp. 101-118. Voir supra, n° 936 et s.

[2] On retrouve ces deux aspects dans la définition de la politique d'inclusion des Roms menée au niveau européen qui comprend parmi les conditions structurelles préalables d'une mise en œuvre efficace : le fait d'« *associer les autorités régionales et locales et de coopérer étroitement avec la société civile* » ; le fait de « *surveiller l'évolution et permettre un ajustement stratégique* » ; cf. 2.1., (a) et (c), Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, et au Comité des régions – avancées réalisées dans la mise en œuvre des stratégies nationales d'intégration des Roms, COM/2013/0454, final.

[3] CGET, *Nouveau cadre de référence de la lutte contre les discriminations au sein de la politique de la ville : les enjeux de la nouvelle contractualisation*, 2014, site : www.ville.gouv.fr, p. 7.

[4] Cir. Min. de la ville, de la jeunesse et des sports, 15 octobre 2014, modalités opérationnelles d'élaboration des contrats de ville, préc., p. 4.

[5] Voir not., Art. 1er, I, al. 4, Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, JORF n° 0045 du 22 février 2014 p. 3138 : la politique de la ville « *mobilise et adapte, en premier lieu, les actions relevant des politiques publiques de droit commun et, lorsque la nature des difficultés le nécessite, met en œuvre les instruments qui lui sont propres* » ; cf. CGET, *Nouveau cadre de référence de la lutte contre les discriminations au sein de la politique de la ville : les enjeux de la nouvelle contractualisation*, 2014, p. 7 et 9.

1) La coconstruction de la politique de la ville

1009. La nouvelle génération de contrats de ville instaurée par la loi de 2014 se veut radicalement différente des approches précédentes[1]. Fondée sur une nouvelle géographie prioritaire, elle s'inscrit dans une démarche de projets pour les quartiers prioritaires élaborés à l'échelle intercommunale, dans une logique de coconstruction[2].

1010. **La participation des acteurs institutionnels.** La loi de 2014 relative à la politique de la ville et la cohésion urbaine indique qu'elle doit être conduite par l'État, les collectivités territoriales et leurs groupements, dans un objectif commun[3]. Sa mise en œuvre au moyen de contrats de ville[4] conforte l'aspect horizontal de la démarche de gouvernance avec l'intercommunalité comme cheffe-de-file.

1011. L'article 6 de la loi indique que ces contrats sont coproduits et conclus à l'échelle intercommunale entre d'une part l'État et ses établissements publics et, d'autre part, les communes et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre concernés[5]. Les départements et les régions doivent simplement les signer, « *à tout le moins au titre de leurs compétences d'attribution et, le cas échéant, au titre d'engagements volontaires sur le renouvellement urbain et la cohésion sociale* »[6].

1012. Il prend la forme, selon le degré d'intégration de l'EPCI d'un contrat unique pleinement intégré au niveau intercommunal ou d'un contrat cadre intercommunal mettant en cohérence des conventions territorialisées par commune[7]. La circulaire du Ministre de la ville, de la jeunesse et des sports rappelle ainsi que « *dans tous les cas, un contrat intercommunal devra exister là où l'EPCI a la compétence politique de la ville […]. Et, dans tous les cas, qu'il en ait la compétence ou non, l'EPCI devra être signataire du contrat de ville* »[8]. Le portage stratégique du contrat de ville par l'EPCI favorise « *le renforcement de la solidarité financière*

---

[1] Voir, J.-P. BROUANT, « Ville et cohésion urbaine. La continuité dans le changement, c'est maintenant ! », *AJDA*, 2014, p. 973.
[2] Toute la politique de la ville, y compris au niveau national, est sous-tendue par la logique de coconstruction. Voir, Ministère de la cohésion des territoires, *Cahiers de la co-construction*, remis au Conseil national des villes le 17 mai 2018, site : www.cget.gouv.fr.
[3] Art. 1er, al. 2, Loi n° 2014-173 du 21 février 2014, préc.
[4] Ibid., art. 1er, al. 3.
[5] Ibid., art. 6, I, al. 1er.
[6] Cir. Min. de la ville, de la jeunesse et des sports, 15 octobre 2014, relative aux modalités opérationnelles des contrats de ville, préc., p. 4.
[7] Ibid., p. 2.
[8] Ibid.

intercommunale »[1] par l'intermédiaire du pacte financier et fiscal de solidarité rendu obligatoire pour les EPCI signataires d'un contrat de ville[2].

1013. Les contrats de ville peuvent aussi être proposés à la signature d'autres organismes intervenants sur ce territoire pour le développement économique ou l'accès aux services publics « *parmi lesquels les procureurs de la République, les recteurs d'académie, les bailleurs sociaux, l'Agence régionale de santé (ARS), la Caisse d'allocation familiale (CAF), la direction territoriale de la Caisse des Dépôts, Pôle Emploi et les missions locales, la chambre de commerce et de l'industrie, la chambre des métiers et de l'artisanat, les principaux acteurs économiques, le tissu associatif local et les habitants, les centres de ressources, etc.* »[3]. Ces organismes signataires peuvent ne pas être situés dans le quartier prioritaire si leur activité bénéficie à ses habitants. S'ils veulent disposer de crédits au titre de la politique de la ville, ils doivent être identifiés dans le contrat.

1014. On constate ici que « *logique de quartier vécu, prenant en compte les usages des habitants des quartiers, permet de dépasser les effets de seuils et de frontières* »[4] et d'inclure les quartiers prioritaires dans la dynamique de l'agglomération. Ainsi, bien qu'ils visent prioritairement les quartiers de la politique de la ville, les contrats de ville participent au projet d'agglomération dans son ensemble auquel il doit se conformer.

1015. **La participation des citoyens.** La circulaire du 15 août 2014 rappelle que « *par leur connaissance des réalités territoriales et leur expertise d'usage, les habitants des quartiers prioritaires constituent les partenaires essentiels de la politique de la ville* »[5]. Le législateur indique qu'elle doit s'inscrire « *dans une démarche de coconstruction avec les habitants, les associations et les acteurs économiques, s'appuyant notamment sur la mise en place de conseils citoyens, selon des modalités définies dans les contrats de ville, et sur la coformation* »[6].

1016. La participation s'effectue par l'intermédiaire des « *conseils citoyens* » qui doivent, d'après une circulaire du Ministre de la ville, obéir à trois principes « *incontournables* » : « *l'autonomie de réunion et de formulation d'avis vis-à-vis des autres acteurs, notamment*

---

[1] Ibid.

[2] Art. 12, Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, JORF n° 0045 du 22 février 2014, p. 3138.

[3] Cir. Min. de la ville, de la jeunesse et des sports, 15 octobre 2014, relative aux modalités opérationnelles des contrats de ville, préc., p. 2. La loi ne cite quant à elle que la « *Caisse des dépôts et consignations, des organismes d'habitations à loyer modéré, des sociétés d'économie mixte, des organismes de protection sociale, des chambres consulaires et des autorités organisatrices de la mobilité* » ; cf. art. 6, al. 2, Loi n° 2014-173 du 21 février 2014, préc.

[4] Ibid., p. 3.

[5] Ibid.

[6] Art. 1er, al. 5, Loi n° 2014-173 du 21 février 2014, préc.

institutionnels[1] *; leur composition, intégrant d'une part des associations et acteurs locaux et d'autre part des habitants tirés au sort*[2] *; la représentation de ces conseils dans chaque instance de pilotage*[3] *du contrat de ville afin qu'ils soient parties prenantes de l'ensemble du processus contractuel, depuis l'élaboration du projet jusqu'à sa mise en œuvre et son évaluation, selon des modalités définies dans le contrat* »[4]. Le cadre de référence relatif aux conseils citoyens indique que ces derniers contribuent « *à toutes les étapes de l'élaboration des contrats de ville, au même titre que l'ensemble des acteurs institutionnels mobilisés dans le cadre de cette démarche (diagnostic, définition des enjeux et des priorités, identification des ressources mobilisables, programmation des actions, mise en œuvre, suivi, évaluation…)* »[5].

1017. Cette participation doit être conçue de manière transversale afin de couvrir tous les volets du contrat et tous les dispositifs qui s'y rapportent : les projets de renouvellement urbain[6], les programmes de réussite éducative, les ateliers santé-ville, les zones de sécurité prioritaires, … etc. Par la suite, le conseil citoyen communique régulièrement ses travaux, ses bilans sur les projets initiés, ou ses propositions, en direction des différents acteurs du contrat[7]. Le Gouvernement rappelle, à cette fin, que le conseil citoyen constitue « *un espace ouvert aux initiatives à partir des besoins des habitants*[8] »[9]. Les membres des conseils citoyens sont, par ailleurs, étroitement associés aux travaux menés par la structure d'évaluation du contrat de ville qui doit être mise en place obligatoirement par les signataires[10]. Les conseils citoyens peuvent être constitués en association nouvellement créée ou être portés par une personne morale préexistante qui bénéficiera des moyens alloués à leur fonctionnement. Les contrats de ville définissent un lieu et des moyens dédiés pour le fonctionnement des conseils citoyens ainsi que des actions de formation[11]. Depuis 2017, ils peuvent saisir le représentant de l'Etat en cas de

---

[1] Ibid., art. 7, I, al. 5 : « *Les conseils citoyens exercent leur action en toute indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics et inscrivent leur action dans le respect des valeurs de liberté, d'égalité, de fraternité, de laïcité et de neutralité* ».

[2] Ibid. art. 7, I, al. 2 : « *Le conseil citoyen est composé, d'une part, d'habitants tirés au sort dans le respect de la parité entre les femmes et les hommes et, d'autre part, de représentants des associations et acteurs locaux* ».

[3] Ibid., art. 7, I, al. 4 : « *Des représentants du conseil citoyen participent à toutes les instances de pilotage du contrat de ville, y compris celles relatives aux projets de renouvellement urbain* ». Voir, CGET, *Cadre de référence « Conseils citoyens »*, site : www.cget.gouv.fr, pp. 12 et 13.

[4] Cir. Min. de la ville, de la jeunesse et des sports, 15 octobre 2014, relative aux modalités opérationnelles des contrats de ville, préc., p. 4. Art. 7, I, al. 3, Loi n° 2014-173 du 21 février 2014, préc. : « *ces conseils citoyens sont associés à l'élaboration, à la mise en œuvre et à l'évaluation des contrats de ville* ».

[5] CGET, *Cadre de référence « Conseils citoyens »*, préc., p. 7

[6] Cir. n° 5729/SG du 30 juillet 2014 relative à l'élaboration des contrats de ville de nouvelle génération, p. 2.

[7] CGET, *Cadre de référence « Conseils citoyens »*, préc., p. 7.

[8] Voir, Ibid.

[9] Cir. n° 5729/SG du 30 juillet 2014 relative à l'élaboration des contrats de ville de nouvelle génération, p. 2.

[10] Art. 6, V, 6°, Loi n° 2014-173 du 21 février 2014, préc.

[11] Ibid., art. 7, I, al. 8.

difficulté particulière rencontrée par les habitants, dans le cadre de l'exécution du contrat de ville[1].

1018. En associant de manière large les différents partenaires dans les discussions, les nouveaux contrats de ville facilitent la mise en œuvre d'une approche intégrée qui se caractérise par la mobilisation prioritaire du droit commun.

2) La mobilisation du droit commun

1019. L'approche intégrée oblige à une double articulation, à la fois formelle (b) et matérielle (a), des compétences de droit commun autour du projet de territoire[2].

a) L'articulation matérielle des compétences de droit commun

1020. L'article 1er, I, alinéa 4 de la loi n° 2014-173 dispose que la politique de la ville « *mobilise et adapte, en premier lieu, les actions relevant des politiques publiques de droit commun et, lorsque la nature des difficultés le nécessite, met en œuvre les instruments qui lui sont propres* ».

1021. **Politiques de droit commun et actions spécifiques.** « *Les politiques de droit commun renvoient aux politiques publiques déployées indistinctement sur l'ensemble des territoires, y compris sur les quartiers prioritaires, par opposition à l'action spécifique de la politique de la ville limitée aux seuls territoires de la géographie prioritaire* »[3].

1022. Elles incluent « *les politiques mises en œuvre par l'État et ses opérateurs*[4] *[…] ; les politiques qui relèvent du champ de compétences des collectivités territoriales*[5] *et de leurs regroupements*[6] *[…] ; les actions relevant des fonds européens structurels et d'investissement*

---

[1] Ibid., art. 6, VII et VIII.

[2] Cir. Min. de la ville, de la jeunesse et des sports, 15 octobre 2014, relative aux modalités opérationnelles des contrats de ville, préc., p. 4 : « *Le contrat est au service du projet* » de territoire élaboré par les élus.

[3] Secrétariat général du comité interministériel des villes (SGCIV), *La nouvelle étape de la politique de la ville. Les réponses à vos questions (FAQ)*, 20 décembre 2013, p. 79, site : www.i.ville.gouv.fr.

[4] Sont visés : l'emploi, l'éducation, la sécurité, la cohésion sociale, la santé, le droit des femmes, … etc.

[5] Parmi les compétences de droit commun, la circulaire ministérielle relative aux modalités opérationnelles des contrats de ville indique, concernant les régions et les départements, que ceux-ci devront « *être associées étroitement et le plus en amont possible à l'élaboration et au suivi des contrats de ville, dans le cadre de la mobilisation de leurs compétences, au titre notamment de la formation professionnelle, du développement économique, des transports et de la mobilisaiton spécifique des fonds européens pour les Régions ; de l'action sociale et médico-sociale, de l'insertion sociale et professionnelle et de la prévention spécialisée notamment pour les Départements* » ; cf. Cir. Min. de la ville, de la jeunesse et des sports, 15 octobre 2014, relative aux modalités opérationnelles des contrats de ville, site : www.cget.gouv.fr, p. 2.

[6] Par ex., en matière d'entretien de la voirie et de gestion de leurs équipements pour les communes, d'habitat et de transports pour les intercommunalités, d'action sociale et de prévention spécialisée pour les conseils généraux et de formation professionnelle, de transports et de développement économique pour les conseils régionaux, … etc.

(FESI), celles-ci présentant un caractère additionnel par rapport aux politiques nationales »[1]. Communément, le droit commun est appréhendé sur le plan budgétaire en distinguant les moyens ayant vocation à être déployés sur les quartiers prioritaires, au même titre que sur l'ensemble du territoire, de ceux essentiellement composés des crédits d'intervention du programme 147 « Politique de la ville » et des crédits de l'agence nationale pour la rénovation urbaine (ANRU)[2].

1023. Selon le Secrétariat général du comité interministériel des villes, loin de se limiter à la seule question des moyens affectés, « *la mobilisation des politiques publiques [de droit commun] passe également par l'adaptation qualitative de leurs modes d'intervention aux spécificités des quartiers prioritaires* »[3]. La mobilisation du droit commun n'est donc pas synonyme d'uniformité normative avec le reste du territoire national. Le législateur admet que « *les grands objectifs nationaux [soient] complétés et adaptés par les acteurs des territoires pour tenir compte des spécificités de chaque quartier. Une attention particulière [est] portée à l'identification de ces priorités, qui doivent être en nombre restreint afin de ne pas diluer l'action* »[4].

1024. **Politiques de droit commun et contrat de ville.** Le droit commun est mobilisé en vue de remplir « *les grands objectifs nationaux [fixés], pour chaque pilier* »[5] du contrat de ville : « *cohésion sociale* », « *cadre de vie et renouvellement urbain* », et « *développement de l'activité économique et de l'emploi* ».

1025. A cet égard, la circulaire du Ministre de la ville du 15 octobre 2014 indique que le contrat de ville doit devenir le cadre unique de l'intervention des pouvoirs publics dans ces territoires[6]. « *La notion de projet intégré nécessite de pouvoir bien penser les articulations entre les trois piliers du contrat* »[7]. Elle insiste plus particulièrement sur le fait que le volet urbain a trop souvent été pensé isolément des deux autres.

---

[1] SGCIV, *La nouvelle étape de la politique de la ville. Les réponses à vos questions (FAQ),* préc., p. 79.

[2] Pour assurer le caractère prioritaire de la mobilisation du droit commun le Gouvernement précise que « *les instruments spécifiques de la politique de la ville, notamment les crédits d'intervention du programme 147 et ceux de l'agence nationale pour la rénovation urbaine, ne pourront être engagés qu'après mobilisation des moyens et outils de droit commun qu'après mobilisation des moyens et outils de droit commun* » ; cf. Cir. Min. de la ville, de la jeunesse et des sports, 15 octobre 2014, relative aux modalités opérationnelles des contrats de ville, préc., p. 3.

[3] SGCIV, *La nouvelle étape de la politique de la ville. Les réponses à vos questions (FAQ),* préc., p. 79.

[4] Cir. Min. de la ville, de la jeunesse et des sports, 15 octobre 2014, relative aux modalités opérationnelles des contrats de ville, préc., p. 4.

[5] Ibid.

[6] Art. 1, I, al. 3, Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, préc. : la politique de la ville « *est mise en œuvre au moyen des contrats de ville prévus à l'article 6, qui intègrent les actions relevant des fonds européens structurels et d'investissement et s'articulent avec les contrats de plan conclus entre l'Etat et la région* ».

[7] Cir. Min. de la ville, de la jeunesse et des sports, 15 octobre 2014, relative aux modalités opérationnelles des contrats de ville, préc., p. 4.

1026. Les conventions d'objectifs pour chaque volet doivent « *notamment [tenir] compte des enjeux transversaux dans les champs de la jeunesse, du droit des femmes et, plus généralement, de la lutte contre toutes les formes de discrimination* »[1].

1027. Le gouvernement a également instauré la « *clause du territoire le plus favorisé* » selon laquelle les contrats de ville doivent « *veiller à assurer un niveau de services publics et de mobilisation des outils de droit commun supérieur à la moyenne* »[2].

1028. La politique de la ville est ainsi ancrée dans une logique territoriale d'ensemble avec pour objectif de « *transformer les quartiers en pôle de développement social, urbain et économique* »[3]. Cette territorialisation influence également l'articulation formelle des compétences.

b) L'articulation formelle des compétences de droit commun.

1029. L'article 6, IV, 3° de la loi n° 2014-173 oblige les contrats de villes à fixer « *les moyens humains et financiers mobilisés au titre des politiques de droit commun, d'une part, et des instruments spécifiques de la politique de la ville, d'autre part* ».

1030. **Au niveau interministériel.** Il revient aux « *conventions d'objectifs pour les quartiers populaires […] conclues, par pôle ministériel, entre le ministre chargé de la politique de la ville et [chaque ministre] […] de créer les conditions d'une mobilisation effective des politiques de droit commun* »[4]. Ces conventions[5] doivent préciser les engagements de chacun des ministres dans son domaine de compétences « *en termes d'objectifs opérationnels, de moyens mobilisés, d'adaptation qualitative de [leur] action et de méthode* »[6] en tenant compte, particulièrement, des enjeux transversaux. Les modalités de leur déclinaison territoriale et du suivi de ces conventions ont été précisées dans la circulaire du Premier ministre n° 5706/SG du 26 mars

---

[1] Cir. relative à l'élaboration de conventions d'objectifs pour les quartiers populaires entre le ministre de la ville et les ministres concernés par la politique de la ville, 30 novembre 2012, JORF n°0283 du 5 décembre 2012.

[2] Cir. n° 5729/SG du 30 juillet 2014 relative à l'élaboration des contrats de ville de nouvelle génération, p. 2.

[3] Ibid.

[4] Cir. relative à l'élaboration de conventions d'objectifs pour les quartiers populaires entre le ministre de la ville et les ministres concernés par la politique de la ville, 30 novembre 2012, préc.

[5] Par ex., Convention triennale d'objectifs 2013-2015 avec le ministère des Sports, de la Jeunesse, de l'Éducation populaire et de la Vie associative, 4 avril 2013 ; Convention d'objectifs 2013-2015 entre le ministère des Affaires sociales et de la Santé et le ministère délégué à la Ville, 19 avril 2013 ; Convention d'objectifs pour les quartiers prioritaires 2013-2015 entre le ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social et le ministre délégué à la Ville, 25 avril 2013 ; Convention triennale d'objectifs pour les quartiers populaires 2013-2015 entre le ministère du Droit des femmes et le ministère délégué à la Ville, mai 2013 ; Convention triennale d'objectifs pour les quartiers populaires 2014-2016 entre la ministre de la Culture et de la Communication et le ministre délégué à la Ville, 5 mars 2014…

[6] Cir. relative à l'élaboration de conventions d'objectifs pour les quartiers populaires entre le ministre de la ville et les ministres concernés par la politique de la ville, 30 novembre 2012, préc.

2014 qui s'est traduit par un important travail d'inventaire du droit commun sur les territoires et par la définition d'un cadre d'intervention.

1031. **Au niveau régional.** Le niveau régional est désigné pour piloter la déclinaison territoriale des conventions. Les préfets de région, responsables du pilotage des politiques publiques et des budget opérationnels des programmes déconcentrés, « *sont les garants de la territorialisation des politiques sectorielles en faveur des quartiers* »[1]. L'organisation de cette déclinaison se fait dans le cadre du comité de l'administration régionale (CAR), réunissant dans la collégialité les préfets et les chefs des services régionaux. Ces conventions d'objectifs deviennent un moyen de « *négocier l'implication des collectivités territoriales en faveur des quartiers au titre de leurs propres politiques de droit commun* »[2].

1032. **Au niveau départemental.** Le niveau départemental dispose d'une « *responsabilité particulière* » en la matière, au regard de « *l'exigence de proximité* » de la démarche[3]. Il revient aux préfets de département d'« *adapter les engagements pris aux réalités territoriales* »[4] qui trouveront leur traduction concrète à l'intérieur du contrat de ville[5]. Ils doivent également veiller « *à la diffusion, l'appropriation et la mise en œuvre des conventions d'objectifs interministérielles par l'ensemble des services* »[6]. Plusieurs méthodes peuvent être mobilisées : la plus opérationnelle consiste à élaborer par service de l'état et opérateur impliqué « *une fiche synthétique de déclinaison de la convention* »[7], éventuellement annexée au contrat et chiffrée en annexe budgétaire, qui, après avoir rappelé les engagements pris dans la convention, indique « *la manière dont ceux-ci sont repris et adaptés au plan local pour chacun des contrats* »[8]. L'élaboration de conventions départementales entre les services de l'Etat et les opérateurs, annexées à chaque contrat, permet « *de clarifier le rôle, le positionnement des acteurs et les engagements de chaque service au profit des quartiers prioritaires* »[9].

---

[1] Cir. n° 5706-SG du 26 mars 2014, instruction relative à l'animation et à la mise en œuvre par l'administration territoriale de l'Etat des conventions d'objectifs pour les quartiers de la politique de la ville, p. 2.
[2] Ibid.
[3] Ibid.
[4] Ibid.
[5] Ibid.
[6] Ibid., p. 3.
[7] CGET, *Comment mobiliser le droit commun de l'Etat pour les contrats de ville ? Quelques préalables*, Fiche méthodologique, Octobre 2014, site : www.cget.gouv.fr, p. 2.
[8] Ibid.
[9] Ibid., p. 3.

1033. Pour faciliter cette répartition entre l'Etat et les collectivités territoriales sur le plan national des « *conventions interpartenariales* »[1] ont également été signées avec les associations représentatives des collectivités territoriales[2].

1034. La politique de la ville s'organise donc autour de deux pôles : l'Etat d'une part qui peut, par le biais de ces conventions, prendre le contrôle sur l'utilisation par les collectivités de leurs compétences sur le territoire en question[3], et l'intercommunalité, ou la commune le cas échéant[4], d'autre part, désignée comme cheffe-de-file et, à ce titre, chargée « *du diagnostic du territoire, de la définition des orientations, de l'animation et de la coordination du contrat de ville et, dans le cadre défini par ce dernier, de la mise en œuvre des actions relevant de ses compétences et de celles de portée intercommunale* »[5]. Les maires, quant à eux, sont chargés, sur le territoire de la commune, et dans le cadre de leurs compétences, « *de la mise en œuvre du contrat de ville* »[6]. Ils contribuent également « *aux actions des autres signataires selon des modalités définies par le contrat de ville* »[7].

1035. La Cour des comptes décrivait la politique de la ville comme une politique « *interministérielle par nature, globale dans son ambition, multipartenariale, contractuelle et participative dans sa démarche, décentralisée et déconcentrée dans son adaptation et territorialisée*[8] *dans sa mise en œuvre* »[9]. Elle a permis d'« *organiser le retour de l'Etat*

---

[1] CGET, *Nouveau cadre de référence de la lutte contre les discriminations au sein de la politique de la ville : les enjeux de la nouvelle contractualisation*, 2014, p. 7.

[2] Il s'agit de l'assemblée des départements de France, la fédération des villes moyennes, l'association des maires villes et banlieues de France et l'association des maires de France.

[3] Les premières initiatives en matière de politique de la ville proviennent des élus locaux ; cf. B. PALIER, « La référence au territoire dans les nouvelles politiques sociales », *Politiques et management public*, Vol. 16, n° 3, 1998, n° spécial « Politiques sociales et territoires » sous la responsabilité de P. Hassenteufel, pp. 13-41, spéc. p. 21. La loi du 21 février 2014 marque cette reprise en main par l'Etat en matière de prévention des discriminations en supprimant l'ACSé pour créer un Commissariat général à l'égalité entre les territoires (CGET) placé directement sous la tutelle du Ministre de la ville ; cf. Art. 14, I, al. 1er, Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, préc.

[4] Art. 6, III, al. 3, Loi n° 2014-173 du 21 février 2014, préc.

[5] Ibid., art. 6, I, al. 5.

[6] Ibid., art. 6, I, al. 6.

[7] Ibid.

[8] Bruno PALIER a décrit comment le rattachement à une catégorie professionnelle et la « *sectorialisation de l'intervention* » ont entraîné une déterritorialisation du social ; cf. B. PALIER, « La référence au territoire dans les nouvelles politiques sociales », art. cit., p. 14 et 17. Pour l'auteur « *l'ensemble du système de Sécurité sociale qui se met en place entre 1945 et 1975 fonctionne sur un mode d'intervention catégoriel et sectoriel : les problèmes sociaux sont découpés, classifiés et réglementés par risques, en fonction de publics spécifiques, les prestations offertes par ces politiques sociales s'adressent à des individus, des "assujettis" dont chaque problème est traité séparément* » ; cf. ibid., p. 18.

[9] Cour des comptes, *La politique de la ville : une décennie de réformes*, Rapport public thématique, La documentation française, juillet 2012, p. 11. Voir aussi, Cir. n° 5729/SG du 30 juillet 2014 relative à l'élaboration des contrats de ville de nouvelle génération, préc., p. 2 : « *Autour de ces objectifs, la prise de décision sera déconcentrée. Le CGET est mobilisé pour assurer une fonction d'accompagnement et de capitalisation qui permettra aux initiatives locales de ne pas s'arrêter au stade des expérimentations et d'être démultipliées. Tous les membres du Gouvernement sont mobilisés pour territorialiser les politiques de l'Etat en faveur des quartiers prioritaires* ».

républicain dans les quartiers »[1], pour parvenir au « *rétablissement de l'égalité républicaine entre les territoires* »[2]. La prévention des discriminations devenues un de ses axes transversaux est assurée par l'adoption d'un outil de planification stratégique : les plans de prévention et de lutte contre les discriminations.

B) La planification des actions : les plans territoriaux de prévention et de lutte contre les discriminations

1036. La planification est définie dans le *Vocabulaire juridique* de Gérard CORNU comme l'« *élaboration de normes cadres, de programmes destinés à orienter, par des mesures incitatives ou la conclusion de contrats, l'action des entreprises à moyen ou à long terme ; définition d'objectifs économiques (industriels, agricoles), nationaux ou régionaux, à atteindre au cours d'une période déterminée* »[3]. Longtemps circonscrite au domaine économique, elle s'applique de nos jours tout autant au développement social des territoires[4] en s'appuyant notamment sur les données apportées par les sciences sociales[5]. Pour leur approche stratégique, les plans sont aujourd'hui devenus le mode d'action privilégié des acteurs de la politique de la ville dont la nouvelle approche intégrée permet à la fois de produire des évaluations diagnostiques préalables, précises et adaptées (1) et des solutions stratégiques, concertées et acceptées (2) en matière de discrimination.

1) Les diagnostics territoriaux pour adaptés les objectifs

1037. Les contrats de ville doivent s'appuyer « *sur un diagnostic local partagé sur la situation des quartiers prioritaires au sein de leur ville et de leur agglomération, permettant de définir*

[1] Cir. n° 5706-SG du 26 mars 2014, instruction relative à l'animation et à la mise en œuvre par l'administration territoriale de l'Etat des conventions d'objectifs pour les quartiers de la politique de la ville, p. 1.
[2] Cir. relative à l'élaboration de conventions d'objectifs pour les quartiers populaires entre le ministre de la ville et les ministres concernés par la politique de la ville, 30 novembre 2012, préc.
[3] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 6e éd., 2004, pp. 674-675.
[4] Art. 1er, I, al. 2, Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, JORF n° 0045 du 22 février 2014, p. 3138 : la politique de la ville a pour objectif « *d'assurer l'égalité entre les territoires, de réduire les écarts de développement entre les quartiers défavorisés et leurs unités urbaines et d'améliorer les conditions de vie de leurs habitants* ». Voir aussi, Larousse, « Planification », *Encyclopédie*, site : www.larousse.fr : « *Encadrement par les pouvoirs publics du développement économique et social à l'aide d'un plan* ».
[5] Sur l'évolution de la mesure des discriminations, voir par ex., L. BERENI et V.-C. CHAPPE, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix*, n° 94, 2011/2, pp. 7-34, spéc. p. 17.

les priorités locales qui structureront le futur contrat, en articulation étroite avec le projet stratégique de territoire élaboré par les élus »[1]. Il est intéressant de constater, qu'en matière de discrimination, des diagnostics territoriaux stratégiques (DTS) existaient préalablement aux diagnostics territoriaux partagés (DTP) de la politique de la ville. Financés depuis 2005[2] par l'ACSé, puis le CGET, ils permettent plus précisément d'identifier les « *zones de risque discriminatoire* »[3] sur un territoire.

1038. **Le diagnostic territorial partagé (DTP).** Selon la loi, il revient à l'EPCI, en tant que chef de file de la politique de la ville, de dresser un diagnostic et de définir les orientations qui en découlent[4], « *tout en prenant en compte les axes transversaux obligatoires : la jeunesse, l'égalité femmes-hommes et la lutte contre les discriminations* »[5]. La méthodologie du DTP se déroule en trois étapes.

1039. Premièrement, il s'agit de recenser les données existantes[6] et d'identifier les partenaires agissant dans les thématiques des trois piliers et des trois axes transversaux du contrat de ville[7]. Les données peuvent être fournies par les organismes nationaux à commencer par l'Observatoire nationale de la politique de la ville dont la mission est d'observer l'évolution des quartiers prioritaires et l'atteinte des objectifs de la politique de la ville[8].

1040. Dans un deuxième temps, il convient de créer des groupes de travail thématiques pour affiner et partager la connaissance du territoire et définir ensemble des enjeux pour le projet de territoire intégré du contrat de ville[9]. Le comité technique du contrat désigne à cette fin des binômes en charge d'organiser ces groupes de travail. Le CGET attire l'attention sur la nécessité d'identifier les ressources du territoire et de prendre en compte, selon une approche intégrée, les axes transversaux dont fait partie la lutte contre les discriminations. Le diagnostic doit

---

[1] Cir. Min. de la ville, de la jeunesse et des sports, 15 octobre 2014, relative aux modalités opérationnelles des contrats de ville, préc., pp. 3-4.

[2] Voir par ex., ARGOS, « La prise en compte de la lutte contre les discriminations raciales et ethniques dans les contrats de ville du département de l'Hérault », *Fiche diagnostic multithématique Languedoc-Roussillon 2005*, in CGET, *Atlas régional des diagnostics territoriaux Occitanie 2005-2014*, 2014, site : www.cget.gouv.fr, p. 4.

[3] CGET, *Atlas thématique des diagnostics territoriaux stratégiques (DTS) conduits sur la période 2005-2014, Multithématique*, 2014, site : www.cget.gouv.fr, p. 2,

[4] Art. 6, I, al. 5, Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, préc. ; voir aussi, CGET, *Le diagnostic territorial participatif. Eléments méthodologiques*, site : www.cget.gouv.fr, p. 1.

[5] CGET, *Le diagnostic territorial participatif. Eléments méthodologiques*, préc., p. 1. D'après le rapport 2016 de l'Observatoire national de la politique de la ville (ONPV), la lutte contre les discriminations est présente dans la moitié des contrats de ville ; cf. Observatoire national de la politique de la ville, *Rapport annuel 2016*, ONPV et CGET, 2017, site : www.onpv.fr, p. 82.

[6] CGET, *Supports statistiques et cartographiques mobilisables pour l'analyse de la situation des quartiers prioritaires*, août 2014, site : www.cget.gouv.fr.

[7] CGET, *Le diagnostic territorial participatif. Eléments méthodologiques*, préc., pp. 2-3.

[8] Art. 1er, II, al. 1, Loi n° 2014-173 du 21 février 2014, préc.

[9] CGET, *Le diagnostic territorial participatif. Eléments méthodologiques*, préc., pp. 3-6.

également nécessairement prendre en compte les politiques de droit commun et leurs ressources[1].

1041. Enfin, l'analyse doit aboutir à la définition des enjeux qu'il faudra mettre en débat avec les citoyens. En raison du principe de coconstruction[2], cette troisième étape ne peut pas se réduire à une simple information des habitants. Ces principaux enjeux « *seront traduits en orientations stratégiques pour chacun des trois piliers et des axes transversaux, puis déclinées en objectifs opérationnels et en plans d'actions formalisés par des engagements des partenaires du contrat* »[3]. Le DTP a aussi vocation à devenir un document de référence pendant toute la durée du contrat, notamment pour son évaluation intermédiaire et finale.

1042. **Les diagnostics territoriaux stratégiques (DTS).** Depuis la création de l'ACSé, l'Etat met à disposition des collectivités territoriales la possibilité de se faire accompagner et financer pour l'élaboration de diagnostics territoriaux stratégiques qui dressent « *un état des lieux des phénomènes discriminatoires* » et élaborent « *des préconisations pour y remédier* »[4]. Les DTS doivent porter en priorité, mais pas exclusivement[5], sur les territoires de la politique de la ville[6] et sur les critères des origines et du lieu de résidence.

1043. L'analyse implique de s'intéresser aux effets et aux processus qui produisent les discriminations[7]. Le DTS est « *un outil […] d'objectivation des problématiques rencontrées par les habitants [permettant] d'identifier les "zones de risque discriminatoire" dans différents domaines (emploi, logement, éducation, santé…)* »[8]. Ils permettent « *d'objectiver des situations parfois taboues en mesurant la discrimination, en tenant compte des caractéristiques du bassin d'emploi, de son histoire, de son développement industriel et des habitants* »[9]. En mettant à jour les zones de risque discriminatoire, ces diagnostics sont un moyen de dépasser la complexité

---

[1] Voir supra, n° 1019 et s.
[2] Voir supra, n° 1009 et s.
[3] CGET, *Le diagnostic territorial participatif. Eléments méthodologiques*, préc., p. 2.
[4] CGET, *Atlas national des diagnostics territoriaux stratégiques (DTS) conduits sur la période 2005-2014*, préc., p. 2.
[5] Par ex., CGET, *Atlas régional des diagnostics territoriaux stratégiques, région Occitanie conduits sur la période 2005-2014*, préc., p. 3. Parmi les neuf DTS analysés, sept visent les départements où la région Occitanie dans son ensemble.
[6] Les DTS doivent être pris en compte dans le diagnostic global des futurs contrats de ville. Toutefois, certains ont pu constater les difficultés à réutiliser les données des DTS dans les contrats de ville ; voir not., Réseau RECI, *Contrat de ville et prévention des discriminations. Analyse de l'axe « lutte contre les discriminations » dans les contrats de ville*, Note du RECI, novembre 2016, site : www.reseau-reci.org, pp. 4-5.
[7] Ibid., p. 7.
[8] CGET, *Atlas national des diagnostics territoriaux stratégiques (DTS) conduits sur la période 2005-2014*, préc., p. 2.
[9] S. SAID MOHAMED et E. PERICARD, *Intégrer la lutte contre les discriminations dans les contrats de ville*, Fiches méthodologiques, 2015, site : www.cosoter-ressources.info, p. 14.

de la question, lever les obstacles à son appréhension, sensibiliser et, *in fine*, mobiliser les acteurs autour de cette problématique[1].

1044. Comme pour le DTP, il convient « *d'aller au-delà des chiffres locaux sur les discriminations difficiles à trouver, notamment à l'échelle des quartiers* »[2] pour mener un diagnostic qualitatif permettant d'identifier plus « *finement les types, les lieux et les formes de discriminations vécues sur le territoire* »[3]. Les DTS tiennent d'abord compte des données préexistantes : résultats du projet Equal-Espere, atlas régionaux des populations immigrées, autres diagnostics relatifs à la lutte contre les discriminations, sondages, enquêtes ou *testings* déjà produits. Ils peuvent surtout recueillir la parole des habitants par le biais de « *cellules d'écoutes territoriales, […] de sondages ou d'enquêtes* »[4]. Une fois le rôle et les compétences des acteurs identifiés et l'analyse des besoins finalisée, le diagnostic détermine les enjeux spécifiques au territoire et propose des pistes de travail pour y remédier.

1045. Le rôle des DTS pourrait se résumer ainsi : « *améliorer la connaissance des discriminations sur le territoire, pour mettre en évidence des situations de discriminations sur le plan local, se les approprier collectivement et inciter les partenaires à agir en se coordonnant* »[5]. L'étendue du diagnostic varie ainsi selon les suites qu'on souhaite lui donner : « *elle est restreinte s'il s'agit d'un état des lieux et de premières pistes d'action ; plus importante quand sont attendues des préconisations stratégiques ; et particulièrement forte quand le diagnostic intègre l'accompagnement au changement* »[6].

1046. Les DTS facilitent donc la mise en œuvre des plans territoriaux de prévention de lutte contre les discriminations (PTLCD), véritable programme d'actions que chaque contrat de ville doit intégrer depuis 2015. Ils déterminent les actions stratégiques qui doivent permettre d'atteindre les objectifs fixés.

---

[1] ACSé, *Prévention et lutte contre les discriminations, les outils de l'ACSé pour les acteurs locaux*, Brochure, 2008, site : www.labo-cites.org, p. 3.
[2] S. SAID MOHAMED et E. PERICARD, *Intégrer la lutte contre les discriminations dans les contrats de ville*, op. cit., p. 14.
[3] CGET, *Nouveau cadre de référence de la lutte contre les discriminations au sein de la politique de la ville : les enjeux de la nouvelle contractualisation*, préc., p. 8.
[4] Ibid.
[5] ACSé, *Prévention et lutte contre les discriminations, les outils de l'ACSé pour les acteurs locaux*, préc., p. 7.
[6] Ibid., p. 4.

2) *Les actions stratégiques pour remplir les objectifs*

1047. L'objectif des PTPLCD est d'« *accompagner les collectivités qui souhaitent agir afin de réduire les discriminations sur leur territoire* »[1] en intégrant la prévention et la lutte contre les discriminations dans l'ensemble de leurs actions. Ils peuvent proposer des mesures de natures différentes, à la fois générales et ciblées. Leur évaluation est alors essentielle car elle contribue à l'analyse intégrée du risque de discrimination et permet ainsi d'améliorer les dispositifs existants.

1048. **La nature des solutions : *mainstream vs empowerment*.** Initialement les premiers plans, dénommés « plans territoriaux de lutte contre les discriminations », ont été adoptés, à titre expérimental, sur la période 2001-2006 dans le seul domaine du travail[2]. Rebaptisés « plans de prévention des discriminations » en 2011, ils sont accompagnés par l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances (ACSé) tandis que la lutte contre les discriminations est mise à la charge du Défenseur des droits. Le nouveau cadre de référence publié en 2014 évoque les plans territoriaux de prévention et de lutte contre les discriminations. La distinction n'est évidemment pas toujours claire entre ce qui relève de la prévention et ce qui ressort de la lutte contre les discriminations.

1049. Pour avoir une idée de ce qui relève de la prévention, on peut se rapporter à l'approche intégrée. Fondée sur le risque, elle réside dans « *la (ré)organisation, l'amélioration, l'évolution et l'évaluation des processus de prise de décision, aux fins d'incorporer [le problème publique à traiter] dans tous les domaines et à tous les niveaux, par les acteurs généralement impliqués dans la mise en place des politiques* »[3]. Elle part du postulat que les institutions, les processus, à l'origine des politiques publiques font partie des facteurs à l'origine du problème. L'approche intégrée se traduit donc en actions dites « *mainstream* » – par opposition aux actions d'« *empowerment* » – qui produisent des effets pour le plus grand nombre. On peut y voir un changement de paradigme pour la gouvernance de la politique de la ville qui remplace la discrimination positive pour les quartiers prioritaires par la recherche d'une « *égalité réelle de traitement* »[4].

---

[1] Ibid., p. 7.

[2] Pour une synthèse, voir not. ACSé et Association des maires ville et banlieue de France, *Agir contre les discriminations. L'engagement des élus et des collectivités territoriales*, Document de travail, novembre 2006, site : www.nouvelle-aquitaine.drdjscs.gouv.fr.

[3] Groupe de spécialistes pour une approche intégrée de l'égalité, *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des "bonnes pratiques"*, Rapport final d'activités pour la direction générale des droits de l'homme, 2004, p. 13.

[4] CGET, *Nouveau cadre de référence de la lutte contre les discriminations au sein de la politique de la ville : les enjeux de la nouvelle contractualisation*, préc. p. 7 : Les plans territoriaux de prévention et de lutte contre les

1050. A titre d'exemples, le réseau « Ressources pour l'égalité des chances et l'intégration » (RECI) propose des actions de type *mainstream* (dites « intégrées ») et des actions spécifiques pour chaque pilier du contrat de ville[1].

1051. **L'évaluation de la démarche.** Le PTPLCD doit prévoir un mode d'évaluation collective à échéances régulières de l'impact de la démarche et des résultats produits pour ajuster le processus et adapter les actions aux nouveaux besoins. Cette obligation d'évaluation des PTPLCD s'applique également aux contrats de ville ainsi qu'aux conventions d'objectifs interministérielles[2] et aux conventions départementales de partenariat entre les préfets et les collectivités territoriales de mobilisation du droit commun[3]. Pour ce qui concerne la discrimination, il est donc possible d'évaluer sa prise en compte dans les contrats de ville et dans les PTPLCD.

1052. Dans les contrats de ville, l'évaluation de la discrimination peut suivre les recommandations du CGET[4]. Il dresse une liste de critères sur lesquels il est possible de fonder son jugement[5] et d'indicateurs qui fournissent des données sur le réel en lien avec les critères utilisés[6]. Il s'agit pour les partenaires de définir un projet évaluatif comprenant un référentiel, des hypothèses évaluatives, un cahier des charges, et des instances de pilotage et de suivi. Dans

---

discriminations cherchent à « *développer l'égalité réelle de traitement en prévenant et en réduisant les facteurs de risques de discrimination auprès de l'ensemble des structures et projets intervenant dans le cadre du contrat, quelle que soit la thématique abordée* ».

[1] Réseau RECI, *La prévention et la lutte contre les discriminations dans les contrats de ville*, Note du RECI, juin 2015, site : www.reseau-reci.org, pp. 8-10.

[2] Cir., relative à l'élaboration de conventions d'objectifs pour les quartiers populaires entre le ministre de la ville et les ministres concernés par la politique de la ville, 30 novembre 2012, préc. : « *afin de faciliter la mesure des résultats, les objectifs seront assortis d'indicateurs lisibles, simples et en nombre resserré* » ; Cir. n° 5706-SG du 26 mars 2014, instruction relative à l'animation et à la mise en œuvre par l'administration territoriale de l'Etat des conventions d'objectifs pour les quartiers de la politique de la ville, p. 3.

[3] Cir. Min. de la ville, de la jeunesse et des sports, 15 octobre 2014, relative aux modalités opérationnelles des contrats de ville, site : www.cget.gouv.fr, p. 3 : « *les engagements réciproques devront être formalisés autant que faire se peut sur la durée du contrat, a minima sur trois ans, période au terme de laquelle un bilan et une actualisation du contrat, peuvent être entrepris. Leur mise en œuvre sera évaluée annuellement* ».

[4] CGET, « Prévention et lutte contre les discriminations dans les contrats de ville. Les clés pour mettre en œuvre et évaluer les actions de prévention et de lutte contre les discriminations », *Guide méthodologique et cas pratiques*, 2015, site : www.cget.gouv.fr. Les signataires peuvent aussi s'inspirer d'autres indicateurs comme ceux proposes par l'UNESCO ; cf. International Coalition of Cities against Racism, « Study on Challenges in the Development of Local Equality Indicators – A human-rightscentered model », *Discussion papers series*, n° 5, European Training and Research Centre for Human Rights and Democracy (Graz, Austria), UNESCO, 2010.

[5] Il peut s'agir de la cohérence des objectifs, la pertinence au regard de l'environnement, l'efficacité, l'efficience et l'effectivité des actions ou du programme, la satisfaction des bénéficiaires ou encore la transférabilité des démarches.

[6] On peut trouver des indicateurs de contexte – qui reflètent l'environnement de l'action ou du programme, indicateurs de ressources ou de structure caractérisant les moyens à disposition et utilisés –, des indicateurs d'activité ou d'action – pour suivre la qualité et la justesse de la transformation des ressources –, des indicateurs de résultats – liés à l'atteinte immédiates des objectifs fixés, et indicateurs d'impact pour connaître les effets à long terme.

son étude publiée en 2016, le réseau RECI[1] distingue trois types d'approche de la discrimination dans ces contrats, suivant le niveau d'implication de la problématique : une approche « *minimaliste* » avec un simple rappel à la loi et à l'objectif visé, un approche « *méthodologique* » articulée autour du cadre de référence, et une approche « *experte* » qui s'appuie sur une expérience et une expertise pour détailler la stratégie et les modalités d'action. Entre autres critiques, le réseau RECI relève notamment l'absence de la dimension « lutte contre les discriminations » dans le volet « évaluation » des contrats de ville[2].

1053. Concernant plus précisément l'évaluation d'un PTPLCD, le guide du CGET propose de s'intéresser à ce qui a été réalisé, à la connaissance du plan et de ses actions, à sa formalisation et à son organisation, à l'engagement des partenaires, à l'adéquation des moyens, à la dynamique engendrée par le plan, et enfin à la pertinence de la démarche d'évaluation[3]. Le CGET fournit quatre fiches d'évaluation permettant d'évaluer plus précisément quatre types d'actions : l'installation d'une permanence d'aide aux victimes de discriminations[4], la formation à la prévention et à la lutte contre les discriminations[5], la réalisation d'un guide de la prévention et de lutte contre les discriminations[6], et l'adoption d'actions d'*empowerment*[7].

1054. Si l'évaluation est devenue un enjeu central de toute politique publique, elle l'est encore davantage sur un sujet comme celui des discriminations. Elle est à la fois un élément de contexte à prendre en compte dans la mesure du risque de discrimination sur un territoire, et une méthode d'analyse des mesures adoptées en vue de réduire ce risque. « *Les travaux antérieurs dans ce domaine soulignent la récurrence des difficultés de l'évaluation liée à la question de la définition d'indicateurs pertinents* »[8].

1055. L'évaluation fait partie de la méthode de planification de l'action publique qui détermine par contrat la stratégie à adopter pour résoudre un problème public. Appliquée aux contrats de ville, elle permet d'élaborer les modalités de l'action commune. L'analyse de l'écosystème de la discrimination par le biais de ces contrats doit permettre de définir les actions destinées à réduire le risque de discrimination dans ces territoires. On notera qu'en France, la particularité de l'analyse intégrée de la discrimination tient à son caractère territorialisé, plus

---

[1] Réseau RECI, *Contrat de ville et prévention des discriminations. Analyse de l'axe « lutte contre les discriminations » dans les contrats de ville*, préc., p. 2.
[2] Ibid., pp. 11-12.
[3] CGET, *Prévention et lutte contre les discriminations dans les contrats de ville. Les clés pour mettre en œuvre et évaluer les actions de prévention et de lutte contre les discriminations*, préc., pp. 102-107.
[4] Ibid., pp. 90-93.
[5] Ibid., pp. 94-97.
[6] Ibid., pp. 98-101.
[7] Ibid., pp. 108-111.
[8] Réseau RECI, *La prévention et la lutte contre les discriminations dans les contrats de ville*, préc., p. 7.

spécifiquement au cadre de la politique de la ville dans lequel elle s'exerce. Justifié par le contexte sociopolitique et historique, cet « *arrimage territorial* »[1] donne une explication de la faillite des dispositifs juridiques de lutte contre les discriminations.

1056. De l'analyse du risque de discrimination, qui s'intéresse davantage à ses causes et à ses effets qu'à la volonté de discriminer, on a tiré une méthode de gestion du risque – localisation de l'action, coproduction, implications des acteurs, mobilisation du droit commun, remise à plat des processus de décision dans leur ensemble, et évaluation – fondée sur la solidarité de projet[2].

[1] Voir, M. DOYTCHEVA, « Lutter contre les discriminations en France. L'arrimage territorial », *Diversité : ville, école, intégration*, CNDP, 2008.
[2] Voir supra, 881 et s.

Chapitre 2: Le traitement « glocal » de la discrimination

1057. L'analyse par le risque de la discrimination invite les pouvoirs publics à mettre en œuvre un traitement « glocal », à la fois global – selon une approche intégrée – et localisé – avec une influence croissante du facteur territorial.

1058. On s'aperçoit, à l'analyse des plans territoriaux de prévention et de lutte contre les discriminations que l'approche intégrée peut se satisfaire d'actions spécifiques, adaptées à certains publics plus à risque[1]. Pour être efficace, elle doit prioritairement opter pour des actions de droit commun, à visée universelle, qui s'appliquent à tous ; lorsque celles-ci ne parviennent pas à inclure effectivement l'ensemble des publics concernés, des actions spécifiques, adaptées à la situation des publics discriminés, peuvent être mises en place[2]. Pour reprendre les termes du Défenseur des droits « *lutter contre les discriminations et prévenir ces risques, c'est garantir l'égalité de traitement de chacun dans l'accès aux droits, aux biens et aux services ; c'est éviter de défavoriser une catégorie de population* »[3].

1059. A cet effet, l'échelon local constitue le meilleur niveau de pilotage de l'action publique. D'une part, la discrimination comme phénomène ne peut se mesurer que localement. D'autre

---

[1] « *On oppose souvent approche intégrée et approche spécifique. Or, pour prévenir et lutter localement contre les discriminations, il convient d'articuler les deux approches : une approche intégrée peut de fait s'appuyer sur une approche spécifique pour combler les inégalités majeures* » ; cf. S. SAID MOHAMED et E. PERICARD, *Intégrer la lutte contre les discriminations dans les contrats de ville*, Fiches méthodologiques, 2015, site : www.cosoter-ressources.info, p. 8. Voir aussi, E. CEDIEY, « "Action positive" et "approche intégrée", deux approches opposées ? », *Les Cahiers du CRDSU*, n° 39, hiver 2003-2004.

[2] Art. 1er, al. 4, Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, préc. : la politique de la ville « *mobilise et adapte, en premier lieu, les actions relevant des politiques publiques de droit commun et, lorsque la nature des difficultés le nécessite, met en œuvre les instruments qui lui sont propres* ». Cette règle de priorité résulte du calcul, en termes de risque, des effets des actions envisagées : une action spécifique à l'égard d'un public contient davantage de risques de discrimination qu'une action à visée universelle.

[3] DDD, *Gestion des ressources humaines dans les collectivités territoriales : prévenir les discriminations et garantir l'égalité*, Méthode d'auto-évaluation, janvier 2013, p. 7 : « *lutter contre les discriminations et prévenir ces risques, c'est garantir l'égalité de traitement de chacun dans l'accès aux droits, aux biens et aux services ; c'est éviter de défavoriser une catégorie de population* ».

part, la proximité de l'administration offre une meilleure capacité d'adaptation aux spécificités de chaque situation. Les collectivités territoriales sont ainsi placées en première ligne dans la lutte contre les discriminations. Conscientes de leur impact sur l'environnement social, elles doivent agir à double titre : en interne, tout d'abord, dans leur fonction d'employeur[1] (Section 1), puis face à leurs administrés, ensuite en tant que régulateur[2] (Section 2).[3]

Section 1: La réduction du risque dans la fonction d'employeur

1060. La densité du corpus juridique offre un panel assez large de mesures permettant aux collectivités territoriales de réduire le risque de discrimination dans le cadre de leur fonction d'employeur. La volonté de se saisir de cet objectif s'inscrit dans le courant du management de la diversité, issu du secteur privé, qui a émergé au mitan des années 2000 dans le débat public français[4]. En promouvant la diversité des profils, il a placé la focale sur certaines populations, plus exposées que les autres au risque de discrimination. Celles-ci bénéficient, à ce titre, d'une attention particulière et de régimes dérogatoires qui constituent l'approche spécifique de l'organisation sociale des collectivités territoriales (§1). En mettant en avant les effets systémiques de la discrimination[5] ces actions positives ont permis d'analyser le phénomène

---

[1] Sur l'exemplarité des employeurs publics, voir, A. TOURRET, *Sur la lutte contre les discriminations dans la fonction publique*, adopté par la commission des lois de l'Assemblée nationale, 25 octobre 2012, site : www.affairesjuridiques.aphp.fr, pp. 14-15. Pour l'Etat, voir G. CALVES, *Renouvellement démographique de la fonction publique de l'Etat : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?*, Rapport à la DGAFP, La documentation française, février 2005, spéc. p. 29 ; cf. Cir. du 3 décembre 2008 relative à l'exemplarité de l'Etat au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services et de ses établissements publics, JORF n° 0036 du 12 février 2009 p. 2489.

[2] Sur la fonction de régulateur, voir art. 29 – les collectivités locales en tant que régulatrices, Charte européenne pour l'égalité des femmes et des hommes dans la vie locale, Conseil des communes et régions d'Europe, mai 2006 : « *1. Dans l'exécution de ses tâches et de ses compétences, en tant que régulateur des activités pertinentes sur son territoire, le signataire reconnaît l'importance que le rôle d'une régulation effective et de la protection des consommateurs joue dans le maintien de la sécurité et du bien être de la population locale, et que les femmes et les hommes peuvent être affectés différemment par les activités pertinentes de régulation* ». Dans la même idée, cf. Cir. du 3 décembre 2008 relative à l'exemplarité de l'Etat au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services et de ses établissements publics la même idée, circulaire, « *l'État doit se fixer des objectifs élevés en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux de la personne au travail, l'intégration des personnes handicapées, l'insertion des personnes éloignées de l'emploi et la parité professionnelle* ».

[3] Sur cette double entrée, « organisationnelle » et « territoriale », voir S. SAID MOHAMED et E. PERICARD, *Intégrer la lutte contre les discriminations dans les contrats de ville*, op. cit., pp. 7-8.

[4] Voir not., M. DOYTCHEVA et M. ALAOUI HACHIMI, « Promouvoir la diversité en entreprise : genèse et ambiguïtés d'une initiative patronale », *Asylon*(s), n° 8, juillet 2010.

[5] Analysant l'arrêt *Marschall* prononcé par la CJCE le 11 novembre 1997 (aff. C-409/95, not. point 29), Gwénaële CALVES relève ainsi que « *la discrimination positive a donc vocation à combler une différence de situation imputable à une forme ou une autre de discrimination "systémique"* » ; cf. G. CALVES, « Non-discrimination et

dans ses causes et ses effets. Il a alors été possible d'adopter une approche universelle de l'organisation sociale dans laquelle chacun a les mêmes chances d'accéder à l'emploi public local (§2).

§1) L'approche spécifique de l'organisation sociale

1061. En matière d'accès à l'emploi public « *les politiques publiques visent à favoriser la diversité en dérogeant parfois à l'égalité formelle pour s'efforcer d'atteindre l'égalité réelle. Il s'agit de permettre à des personnes appartenant à des catégories discriminées, sinon en droit du moins en fait (par exemple : les femmes, les personnes handicapées...), d'être recrutées à tous les niveaux de l'administration* »[1]. Dans un cadre juridique où se cumulent les principes d'égale admissibilité, d'égalité dans les cadres d'emplois, et de non-discrimination, les collectivités territoriales disposent d'une faible marge de manœuvre pour établir des actions positives en direction de publics ciblés[2]. On en retrouve dans la gestion des recrutements (A) et dans la gestion des conditions d'emploi (B) des agents territoriaux.

A) Le recrutement des publics les plus discriminés

1062. Les différentes enquêtes ont montré tant la réalité de la discrimination dans le recrutement[3] que la perception des agents d'en être potentiellement victime[4]. Deux situations de discrimination sont les plus dénoncées : l'éloignement de certains publics de l'emploi en

égalité : de la fusion à la séparation ? », in F. FINES, C. GAUTHIER, et M. GAUTIER (sous la direction de), *La non-discrimination entre les européens*, Pedone, 2012, p. 21.

[1] Voir par ex., J. MEKHANTAR, « La lutte contre les discriminations en matière d'accès aux emplois publics », *AJFP*, 2011, p. 146 et s.

[2] « *Au-delà de la volonté politique, la voie est étroite entre exigences communautaires et exigences constitutionnelles : l'utilisation de mesures positives doit être maniée avec précaution, encadrée par le recrutement méritocratique et l'objectif de promotion de l'égalité des chances* » ; cf. A. FITTE-DUVAL, « Mutation et paradoxes de l'égalité dans la fonction publique », *AJFP*, 2006, p. 4 et s.

[3] Voir not., M. BUNEL, Y. L'HORTY, et P. PETIT, « Les discriminations à l'embauche dans sphère publique : effets respectifs de l'adresse et de l'origine », *Travail, Emploi et Politiques Publiques*, n° 2016-07, 2016 ; Y. L'HORTY, *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*, Rapport au Premier Ministre, La documentation française, 2016.

[4] Voir not., DDD et OIT, *5e Baromètre de la perception des discriminations au travail : regard croisé salariés du privé et agents de la fonction publique*, Baromètre vague 5, n°1101846, janvier 2012, site : www.defenseurdesdroits.fr.

général, et de l'emploi public local en particulier (1) ; la sous-représentation de certains groupes sociaux dans la fonction publique territoriale (2).

1) L'insertion par l'entrée dans l'emploi public local

1063. Parmi les catégories de travailleurs ciblés par les politiques d'insertion par l'emploi public local, on trouve principalement les personnes en situation de handicap qui sont « naturellement » éloignées de l'emploi et les jeunes dont l'éloignement est apprécié de manière conjoncturelle[1].

1064. **L'obligation d'emploi des travailleurs en situation de handicap.** Eloignés de l'emploi à cause de leur condition personnelle, les travailleurs en situation de handicap, peuvent bénéficier de dispositions légales avantageuses[2]. En matière de recrutement, en dehors de l'obligation d'aménagement déjà analysée[3], on retient surtout l'obligation d'emploi de 6 % de « travailleurs en situation de handicap »[4] pour les établissements disposant de plus 20 agents[5] applicable aux collectivités territoriales depuis la loi n° 87-517 du 10 juillet 1987. La base de calcul du quota de 6 % se fait sur l'ensemble de l'effectif rémunéré par la collectivité au 1er janvier de l'année écoulée en équivalent temps plein, et tous statuts confondus[6]. Deux mécanismes prévus pour les agents disposant d'une reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé permettent d'atteindre plus facilement ce quota : la priorité d'embauche[7] et la voie dérogatoire de recrutement.

---

[1] Voir, C. BEDUWE et A. DUPRAY, « D'une génération à l'autre : l'inquiétude des jeunes en question », Céreq, *Bulletin de recherches formation-emploi*, n° 361, 2018, p. 2. Le rapport « Schwartz » de 1981 définit pour la première fois le terme « *insertion* ». Il sera à l'origine de la création en 1982 des missions locales pour l'insertion professionnelle et sociale des jeunes ; cf. B. SCHWARTZ, *L'insertion professionnelle et sociale des jeunes*, Rapport au Premier ministre, septembre 1981.

[2] Loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés, JORF du 12 juillet 1987 p. 7822 ; Loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées, JORF du 1er juillet 1975 p. 6596. Pour un rappel des obligations et des mesures à adopter, voir, HALDE, délibération n° 2010-274 du 13 décembre 2010, Avis sur l'accès à l'emploi des personnes handicapées dans la fonction publique au regard des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination.

[3] Art. 6 *sexies*, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, JORF du 14 juillet 1983 p. 2174. Voir supra, n° 974 et s.

[4] Aujourd'hui, on dénombre quatorze catégories de personnes bénéficiaires de cette obligation[4] de sorte que son champ d'application s'étend bien au-delà des seules personnes disposant de la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé ; cf. art. L. 323-3 et L. 323-5, Code du travail.

[5] L'article 323-2 du code du travail précise que l'obligation s'applique aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux à l'exception des établissements industriels et commerciaux.

[6] Si elle ne remplit pas le seuil de 6 % la collectivité peut demander une réduction de ce seuil en faisant valoir certaines dépenses qui participent à l'amélioration de l'employabilité des personnes en situation de handicap ; cf. ibid., art. L. 323-8-6-1.

[7] Loi n° 57-1223 du 23 novembre 1957 sur le reclassement des travailleurs handicapés, JORF du 24 novembre 1957 p. 10858. L'agent ne dispose pas, en revanche, d'emplois qui lui sont réservés ; cf. Loi n° 2008-492 du 26

1065. La priorité en faveur du candidat bénéficiaire de l'obligation d'emploi ne peut jouer qu'à qualifications et compétences équivalentes en tenant compte « *des aménagements raisonnables dont [le salarié handicapé] a besoin pour exercer ses fonctions* »[1]. Le juge rappelle ainsi que « *pour apprécier les mérites d'un candidat qui a la qualité de travailleur handicapé, [il convient] de prendre en considération son handicap et les contraintes qui en résultent pour l'exercice de son emploi, et d'apprécier sa valeur et ses mérites professionnels [...] avant de les comparer aux mérites des autres candidats non atteints d'un handicap* »[2]. Il convient de noter que le fait qu'il existe déjà un aménagement de poste pour un type de handicap ne permet pas de privilégier un candidat présentant ce handicap pour le poste concerné.

1066. Les dispositifs de recrutement dérogatoires permettent aux travailleurs en situation de handicap d'intégrer un cadre emploi soit par contrat[3] dans les mêmes conditions d'emploi qu'un stagiaire recruté par concours[4], soit par concours ou examen avec des règles aménagés. Lorsqu'ils sont recrutés par contrat, à l'issue de celui-ci, un rapport d'évaluation détermine les suites à donner[5] : titularisation, renouvellement, ou déclaration d'inaptitude[6]. La loi précise que cette voie dérogatoire n'est pas ouverte aux personnes ayant déjà la qualité de fonctionnaires. Elle peut être utilisée uniquement comme une porte d'entrée dans la fonction publique territoriale[7]. En revanche, les dérogations aux règles normales de déroulement des concours et

---

mai 2008 relative aux emplois réservés et portant dispositions diverses relatives à la défense, JORF n° 0122 du 27 mai 2008, p. 8538. Voir, CAA Douai, 17 mars 2015, n° 14DA00221, *AJFP*, 2015, p. 340.

[1] DDD, *Accès à l'emploi des personnes handicapées dans le secteur privé*, Questions/Réponses, 2011, p. 47 ; T. DUMORTIER, « Les aménagements raisonnables devant le juge administratif », art. cit., pp. 89-92.

[2] TA Paris, 12 octobre 2016, n° 1519578/5-3, 1602572/5-3, *AJFP*, 2017, p.175.

[3] Art. 38, al. 7, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, JORF du 27 janvier 1984 p. 441.

[4] CAA Nancy, 17 novembre 2005, n° 01NC01299 et 00NC00952, T. : extension de la nouvelle bonification indiciaire aux agents contractuels.

[5] Sur les conditions de validité du rapport, voir par ex. CAA Nancy, 18 novembre 2004, n° 00NC00500, « Commune de Luxeuil-les-Bain » ; pour l'annulation d'un refus de titularisation non fondé sur le rapport d'appréciation, voir CAA Marseille, 11 septembre 2007, n° 05MA00805.

[6] Art. 38, al. 8, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, préc. Art. 8, Décret n° 96-1087 du 10 décembre 1996 relatif au recrutement des travailleurs handicapés dans la fonction publique pris pour l'application de l'article 38 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale (JORF n° 290 du 13 décembre 1996 p. 18284), modifié par le Décret n° 2006-148 du 13 février 2006 (JORF n° 38 du 14 février 2006 p. 2256) : renouvellement du contrat de l'agent en situation de handicap dans un cadre inférieur s'il n'a pas donné satisfaction après son premier recrutement par contrat.

[7] A ce sujet, le Ministère de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique a expliqué, en réponse à un sénateur en 2013, que ces mesures avaient pour « *objet d'accroître le recrutement des travailleurs handicapés* » et n'avaient donc « *pas vocation à constituer une voie de promotion interne* ». En la matière, les agents handicapés « *sont soumis au droit commun de la promotion interne institué par l'article 39 de la loi du 26 janvier 1984* » ; cf. Question écrite n° 05162 de M. Roland COURTEAU (Aude - SOC), JO Sénat du 07 mars 2013, p. 753. ; Réponse du Ministère de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique, JO Sénat du 02 mai 2013 p. 1447.

des examens bénéficient à tous les travailleurs handicapés[1]. A cet égard, le législateur a supprimé les limites d'âge supérieures[2] et précise que les dérogations doivent permettre « *notamment, d'adapter la durée et le fractionnement des épreuves aux moyens physiques des candidats ou de leur apporter les aides humaines et techniques nécessaires précisées par eux au moment de leur inscription. Des temps de repos suffisant sont notamment accordés à ces candidats, entre deux épreuves successives, de manière à leur permettre de composer dans des conditions compatibles avec leurs moyens physiques* »[3].

1067. Aujourd'hui que l'objectif des 6 % est atteint, la question se pose de savoir s'il ne convient pas d'augmenter le niveau de l'obligation[4]. Des difficultés se posent davantage dans le maintien dans l'emploi[5]. Pour les jeunes, l'absence d'obligation et d'objectifs chiffrés ne permet pas d'évaluer l'efficacité des dispositifs mis en œuvre.

1068. **Les facilitations accordées pour le recrutement des jeunes.** Compte tenu du caractère plutôt âgé des effectifs de la fonction publique, les jeunes sont ciblés par une politique volontariste d'intégration dans l'administration territoriale. Ont été mises en place des voies dérogatoires de recrutement à destination des jeunes et des dispositifs d'aides et de soutien à l'insertion dans la fonction publique.

1069. Plusieurs voies existent pour les jeunes, généralement ayant moins de 26 ans[6]. Parmi les plus anciennes, il y a les contrats PACTE (Parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, hospitalière et d'État)[7] ou l'apprentissage[8]. On trouve des formules d'emplois aidés

---

[1] Les autorités territoriales doivent prendre les « *dispositions nécessaires pour permettre aux candidats handicapés de concourir dans des conditions leur garantissant l'accès à l'emploi* » ; cf. CE, 18 février 1994, « Moatti », n° 126074.

[2] Art. 35, al. 3, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 relative au statut de la fonction publique territoriale, préc.

[3] Ibid., al. 5. Le juge apprécie *in concreto* les moyens mis en œuvre, sur un « *plan qualitatif* »[3] en constatant leur adéquation à la situation du candidat ; cf. CE, 18 novembre 2009, n° 318565 ; D. JEAN-PIERRE, « L'appréciation qualitative des mesures de compensation du handicap en matière de concours et d'examen », *JCP Adm.*, 21 décembre 2009, n° 52.

[4] Depuis la création du FIPHFP qui a servi d'amorçage à une véritable politique d'insertion des personnes en situation de handicap on constate que leur taux d'emploi est passé de 3,74 % à 5,32 % pour l'ensemble des employeurs publics. La fonction publique territoriale arrive en tête avec un taux d'emploi à 6,39 %, suivie de la fonction publique hospitalière, 5,51 %, puis de la fonction publique de l'État avec un taux porté à 4,34 %, en progression constante (cf. FIPHFP (Fonds pour l'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique), *Pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*, Rapport d'activité, Annexes chiffrées, 2016).

[5] A cet égard, l'article 8 du décret n° 96-1087 du 10 décembre 1996 (préc.) modifié par le décret n° 2006-148 du 13 février 2006 (préc.) propose un renouvellement du contrat de l'agent en situation de handicap dans un cadre inférieur s'il n'a pas donné satisfaction après son premier recrutement par contrat.

[6] Les chiffres de la fonction publique montrent une sous-représentation des jeunes et une sur-représentation des personnes âgées dans le secteur public par rapport au secteur privé ; cf. DGAFP (Direction générale de l'administration et de la fonction publique), *Fonction publique : chiffres-clés*, Rapport annuel, 2017, fiche n° 10.

[7] Ils permettent aux 16-25 ans, peu qualifiés, d'intégrer des emplois de catégorie C dans les trois fonctions publiques.

[8] Il s'adresse aux 16-26 ans, quel que soit leur niveau et la spécialité professionnelle choisie.

– subventionnés par l'Etat – aux critères et modalités variables comme les emplois d'avenir par exemple[1]. L'article 38 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 relative au statut de la fonction publique territoriale introduit le contrat d'alternance qui permet à des jeunes de moins de vingt-huit ans[2] pas, ou peu, diplômés[3], d'être recrutés par une collectivité et de suivre en parallèle une formation professionnelle en lien avec leur poste[4]. Sous réserve de l'obtention du diplôme et de son aptitude au poste, l'intéressé sera alors titularisé à l'issu du contrat[5]. On constate que s'ils peuvent être réservés à des catégories d'âges, ces voies dérogatoires n'en possèdent pas moins des critères sociaux[6]. Une voie dérogatoire qui ne tiendrait compte que de l'âge comme critère de dérogation ne saurait être validée par les juges[7] sans s'appuyer sur des inégalités socialement constatées[8].

1070. Au niveau national, il existe, depuis la rentrée 2007-2008, les allocations pour la diversité dans la fonction publique, d'un montant de 2 000 euros, destinées à des étudiants ou des demandeurs d'emploi, afin de les aider à préparer des concours de catégorie A ou B. Elles sont accordées sous conditions de ressources et de mérite[9]. Plusieurs classes préparatoires intégrées sont également ouvertes au sein des écoles de service public de l'État. Elles ont pour

---

[1] Ces contrats, mis en place par la loi n° 2012-1189 du 26 octobre 2012 portant création des emplois d'avenir (JORF n° 0251 du 27 octobre 2012 p. 16688), permettaient d'embaucher en CDI ou CDD d'1 à 3 ans un jeune de moins de 26 ans, peu ou pas diplômé dans les secteurs non-marchands ayant une utilité sociale avérée ou de défense de l'environnement, dans le secteur social ou médico-social, d'aide à la personne, voire du tourisme. Les principaux destinataires étaient les associations, les établissements publics ainsi que les collectivités territoriales.

[2] Toutes les limites d'âges sont réhaussées à 30 ans pour les personnes en situation de handicap.

[3] La condition de qualification est autorisée jusqu'au niveau Licence 3 pour les demandeurs d'un emploi d'avenir d'un quartier prioritaire, d'une zone de revitalisation régionale ou d'outre-mer.

[4] Art. 38, al. 1er, Loi n° 84-53, relative au statut de la fonction publique territoriale, préc.

[5] Ibid., art. 35, al. 9.

[6] Y. LEROY, « Age du salarié », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2011, n° 96.

[7] La Cour de justice a d'ailleurs posé le principe de non-discrimination en raison de l'âge dans une affaire où elle a censuré une réglementation allemande autorisant la conclusion de contrats à durée déterminée, sans condition, ni restriction, pour les salariés de plus de 52 ans. Pour elle, « *un tel dispositif excède ce qui est nécessaire, dans la mesure où il inclut « tous les travailleurs ayant atteint l'âge de 52 ans, sans distinction, qu'ils aient ou non été en situation de chômage avant la conclusion du contrat et quelle qu'ait été la durée de la période de chômage éventuel* » ; cf. CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04, « Mangold », Rec. I. 9981 ; *D*. 2006. 557, note Leclerc ; sur cette même législation : CJUE, 10 mars 2011, aff. C-109/09, « Deutsche Lufthansa ».

[8] A cet égard, on note que la Cour de justice de l'Union européenne a validé le mécanisme de mise à la retraite d'office existant en droit de la fonction publique français au motif que la politique nationale de l'emploi et du marché du travail, et, en particulier l'objectif consistant à favoriser l'emploi des plus jeunes, sont de nature à justifier un tel procédé, en particulier dans un système de carrière où « *l'entrée des jeunes pourrait être freinée en raison de la nomination à vie des fonctionnaires concernés* » ; cf. CJUE, 18 novembre 2010, « Georgiev », aff. C-250/09, point 61 ; CE, 22 mai 2013, « M. A », req. n° 351183 ; *AJDA*, 2013, p. 1079, à propos d'un professeur de musique, fonctionnaire territorial que demandait la possibilité de travailler jusqu'à 68 ans : « *qu'au nombre de ces objectifs légitimes figure, compte tenu de la marge d'appréciation dont disposent les Etats membres en matière de politique sociale, la politique nationale visant à promouvoir l'accès à l'emploi par une meilleure distribution de celui-ci entre les générations* ». Pour autant, cela ne signifie pas que l'agent proche de la retraite n'ait plus le droit à être promu ou que l'on puisse lui refuser pour ce motif ; cf. DDD, décision n° MLD-2012-30 du13 mars 2012.

[9] Ministère de la décentralisation et de la fonction publique, DGFAP et DDD, Bilan de la Charte pour la promotion de l'égalité et la lutte contre les discriminations dans la fonction publique, Signée le 17 décembre 2013, éd. 2015, p. 19.

objet d'aider des étudiants, des demandeurs d'emploi de condition modeste ou des travailleurs précaires, à préparer les concours externes de la fonction publique, en leur apportant un soutien pédagogique renforcé, un appui financier, la compétence d'un tuteur et des facilités d'hébergement quand cela est possible[1]. En 2013, le président du CNFPT, François DELUGA, proposait de favoriser le recrutement des jeunes dans l'encadrement par un dispositif de préparation aux concours territoriaux qui leur serait réservé, « *afin d'accroître la diversité sociale* »[2]. Derrière ces mots, on voit ressurgir la volonté d'intégrer les jeunes de « banlieues », pour ne pas dire « jeunes issus de l'immigration », dans l'administration, territoriale notamment, avec pour objectif de la rendre plus représentative[3].

1071. Si la justification sociale demeure au centre des préoccupations relatives à l'insertion des jeunes dans l'administration territoriale, on voit également se développer une logique de reconnaissance, voire de représentativité, notamment dans les territoires où les jeunes sont les plus nombreux, concomitante avec l'émergence dans le débat public de la notion de diversité promue par le secteur privé.

2) La représentativité de la fonction publique territoriale

1072. L'idée d'avoir une administration plus représentative n'est pas neuve mais a longtemps été freinée, politiquement et juridiquement, en ce qu'elle s'oppose aux valeurs et aux principes sur lesquels s'est formée l'administration française ontologiquement indifférente aux différences[4]. De sérieux arguments peuvent néanmoins la justifier, en particulier dans la fonction publique territoriale, en tant qu'elle « *offre à tous "un symbole d'ouverture et d'égalité des chances au sein du service public" [Mosher, 1968]* », qu'« *elle accroît les qualités d'expertise de l'administration* » par de nouvelles expériences, et qu'« *elle bénéficie […] d'une légitimité véritablement démocratique, dans la mesure où chaque communauté peut s'identifier à une fraction au moins du personnel administratif* »[5]. Très tôt la question s'est posée à l'égard des femmes avant d'être envisagée à la lumière des « origines » des administrés.

---

[1] Ibid., p. 19.
[2] F. DELUGA, *Quelle fonction publique territoriale pour réussir la décentralisation ?*, 46 propositions du CNFPT, 2013, p. 19.
[3] Sur la question voir G. CALVES, *Renouvellement démographique de la fonction publique de l'Etat : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?*, op. cit.
[4] Voir supra, n° 166 et s.
[5] G. CALVES, *Renouvellement démographique de la fonction publique de l'Etat : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?*, op. cit., p. 40. Voir, D. VERSINI, *Sur la diversité dans la fonction publique*, Rapport présenté au Ministre de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, La documentation française, 2004.

1073. **L'affirmation de la place des femmes dans la fonction publique territoriale.** Comme l'indique Alexis ZARCA, « *l'histoire de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la fonction publique traduit un double mouvement*[1]*. Celui d'abord du rejet progressif de la plupart des différenciations fondées sur le critère du sexe […] ; [celui] ensuite, de la résurgence de la prise en compte du sexe au nom de l'égalité réelle, les évolutions constitutionnelles en faveur de la parité ayant conduit à l'adoption de dispositifs législatifs de nature à permettre une représentation davantage équilibrée* »[2].

1074. Pendant longtemps les femmes étaient exclues des emplois publics[3]. Leur intégration s'est faite au gré des nécessités. En 1936, le Conseil d'Etat reconnaît l'aptitude des femmes aux emplois, mais aussi le droit pour le pouvoir exécutif de poser des restrictions à leur embauche[4]. En 1955, neuf ans après le Préambule de 1946 reconnaissant l'égalité femmes-hommes dans le travail, certains observaient que « *la mise en œuvre du principe d'égale admission des sexes aux emplois publics s'avère beaucoup plus laborieuse* » que la reconnaissance des droits politiques[5]. Pour contrer ce phénomène devenu systémique, la loi fixe désormais pour objectif l'établissement d'une « *représentation équilibrée entre les femmes et les hommes* »[6] dans les effectifs des collectivités territoriales grâce à une féminisation des organes de sélection[7] et de

---

[1] Pour une synthèse, voir C. MONIOLLE, « L'évolution de la distinction hommes-femmes en droit de la fonction publique », *AJFP*, 2013, p. 19 et s.

[2] A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruylant, 2014, p. 730.

[3] Pour Adhémar ESMEIN, loin d'être arbitraire, cette exclusion dériverait « *d'une loi naturelle de la fondamentale division du travail entre les deux sexes, qui est aussi ancienne que l'humanité, du moins que la civilisation* » ; cf. A. ESMEIN, *Droit constitutionnel*, 8e éd., 1927, cité par F.-X. FORT, « De l'égalité à la parité dans l'accès à la fonction publique », *AJDA*, 2009, pp. 1181 et s.

[4] CE Ass., 3 juillet 1936, « Demoiselle Bobard », *Gaja*, 16e éd., 2007, n° 51. Certaines dérogations persistent ; cf. art. 37, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 relative au statut de la fonction publique territoriale, préc. : « *pour certains cadres d'emploi, emplois ou corps dont la liste est établie par décret en Conseil d'Etat, des recrutements distincts pour les hommes et pour les femmes pourront être organisés si l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue une condition déterminante pour l'exercice des fonctions assurées par les membres de ces cadres d'emplois, emplois ou corps. En outre, en cas d'épreuves physiques, celles-ci, ainsi que leur cotation, peuvent être distinctes en fonction du sexe des candidats* ».

[5] G. MORANGE, « La femme dans la fonction publique », *D.*, 1955, p. 125, cité par F.-X. FORT, « De l'égalité à la parité dans l'accès à la fonction publique », *AJDA*, 2009, pp. 1181 et s. Bien qu'il s'agisse d'un principe général d'égalité de tous les sexes (cf. CE, 5 décembre 1984, « Syndicat indépendant du personnel sédentaire de la Compagnie générale maritime », *RFDA*, 1985, p. 548), « *dans les faits, historiquement et quantitativement, les risques de discriminations au détriment des personnes de sexe féminin sont beaucoup plus nombreux* » (cf. F.-X., FORT, « De l'égalité à la parité dans l'accès à la fonction publique », préc). Par exemple, en 1960, le Conseil d'Etat a sanctionnée la mairie de Strasbourg pour avoir refusé aux femmes l'accès à tous ses emplois communaux ; cf. CE, 11 mars 1960, « Ville de Strasbourg », Rec. Lebon p. 194 ; CE Sect., 9 novembre 1966, « Commune de Clohars-Carnoët », *RDP*, 1967, p. 334, note M. WALINE : le maire de la commune de Clohars-Carnoët avait, à plusieurs reprises, manifesté son désir de recruter un secrétaire de mairie de sexe masculin. Dans la fonction publique d'Etat, voir, CE, 2 mai 1959, « Dame Viauroux », *AJDA*, 1959, p. 309.

[6] Art. 6 *bis*, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, préc.

[7] Art. 19 et s**.,** Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, JORF n° 108 du 10 mai 2001 p. 7320.

consultation[1]. Toutefois, « *le risque [est grand] d'accréditer l'idée selon laquelle les membres du jury se comporteraient différemment selon [le] sexe* » du candidat ce qui constituerait une « *atteinte à l'impartialité* »[2]. L'étude de Carole MONIOLLE, réalisée en 2013, a démontré l'inefficacité du dispositif pour les grands corps de l'Etat[3]. La sous-représentation s'observant principalement dans les corps et cadres d'emplois de catégorie A, l'auto-censure apparaît ici comme le principal obstacle à lever[4]. Ce dispositif demeure néanmoins et a même été renforcé[5].

1075. La féminisation des effectifs de catégorie A a franchi une étape avec la mise en place de quotas. Si classiquement, le juge administratif, dans la lignée jurisprudentielle du juge constitutionnel[6], sanctionne, en vertu du principe d'égalité des sexes[7], les régimes de quotas de femmes dans la fonction publique[8], la modification, en 2008, de l'alinéa 2 de l'article 1er de la Constitution[9] a permis au législateur de les instaurer. La loi « Sauvadet » de 2012[10] vient alors

---

[1] Voir par ex., DGAFP, « Jury de concours et organismes consultatifs : état des lieux de la féminisation », *Point stat*, n° 02.01, mars 2002, site : www.fonction-publique.gouv.fr.

[2] M. R. GARREC, *Egalité professionnelles entre les femmes et les hommes*, Rapport au nom de la Commission des lois, 1ère lecture, Sénat, n° 1, 2000-2001, p. 40.

[3] A partir d'une étude de sept grands corps de la fonction publique d'Etat, C. MONIOLLE, « Genrer les jurys de concours de la fonction publique », in REGINE, *Le droit français au prisme du genre*, actes colloque Sorbonne 7 et 8 novembre 2013. Il s'avère que le nombre d'admises aux postes de catégorie A n'a pas augmenté suite à l'instauration de la parité dans les jurys. Voir aussi, DGAFP, *Sur l'état de la fonction publique : faits et chiffres*, Rapport annuel 2010-2011, spéc. p. 361.

[4] Voir, E. BOSCHERON, *Liberté, Inégalité, Fraternité. Intégrer l'égalité professionnelle femmes hommes dans la fonction publique territoriale*, Rapport au CSFPT séancé plénière du 21 décembre 2005. Le dernier rapport sur la question, V. FELTESSE, *Egalité femme/homme dans les territoires : état des lieux des bonnes pratiques dans les collectivités locales et propositions pour les généraliser*, Rapport à la Min. des Droits des femmes, La documentation française, 17 juin 2013, site : www.femmes.gouv.fr. Voir aussi, art. 11, 3, a), Charte européenne pour l'égalité des femmes et des hommes dans la vie locale, Conseil des communes et régions d'Europe, mai 2006 : « *le signataire s'engage à prendre toutes les mesures raisonnables, y compris des actions positives, […] pour encourager le personnel à solliciter et remplir des postes non traditionnels* ».

[5] Art. 55, Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012, relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, JORF n° 0062 du 13 mars 2012 p. 4498 ; Décret n° 2013-908 du 10 octobre 2013 relatif aux modalités de désignation des membres des jurys et des comités de sélection pour le recrutement et la promotion des fonctionnaires relevant de la fonction publique de l'Etat, de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière, JORF n°0238 du 12 octobre 2013 ; Décret n° 2015-323 du 20 mars 2015 fixant des dispositions dérogatoires à la proportion minimale de quarante pour cent de chaque sexe dans la constitution des jurys pour le recrutement ou la promotion dans certains cadres d'emplois de la fonction publique territoriale, JORF n° 0069 du 22 mars 2015 p. 5341. Le dispositif fait aussi parti des recommandations de la Charte européenne pour l'égalité entre les hommes et les femmes dans la vie locale élaborée par le Conseil des communes et régions d'Europe en mai 2006 (art. 11).

[6] Cons. const., 18 novembre 1982, n° 82-146 DC, Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales.

[7] CE, 5 décembre 1984, « Syndicat indépendant du personnel sédentaire de la Compagnie générale maritime », *RFDA*, 1985, p. 548.

[8] CE, 22 avril 1960, « Dame Legrand », *AJDA*, 1960, p. 99.

[9] LC n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République. Il dispose depuis que « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ».

[10] Art. 51, Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012, préc. ; Décret n° 2012-601 du 30 avril 2012 ; Art. 6 *quater*, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, préc.

étendre l'objectif de 40 % de femmes, déjà présent dans la loi « Copé-Zimmermann » pour le secteur privé[1], dans les emplois de la haute administration, pour les conseils d'administration des établissements publics à caractère administratif[2] et les nominations aux emplois supérieurs des trois fonctions publiques[3]. Le non-respect de ces quotas entraîne le paiement d'une « *contribution* », dont le montant unitaire a été défini par décret [4]. Pour qu'un tel dispositif soit admis il convient de laisser au recruteur la possibilité d'une évaluation au cas par cas de l'ensemble des candidats[5] et que la mesure soit proportionnée par rapport au contexte de l'emploi[6]. On parle alors, selon l'expression allemande, de « *quota flexible* » (*Flexi-Quote*)[7].

1076. Les chiffres montrent qu'en France, les effectifs de la fonction publique comprennent davantage de femmes que d'hommes, quel que soit le versant, y compris dans les postes de catégorie A[8]. L'objectif fixé pour 2018 a donc été atteint malgré le retard à rattraper de sorte qu'aujourd'hui certains dénoncent un déficit d'hommes dans certains secteurs. Si la féminisation des emplois ne fait plus débat aujourd'hui, la question de la représentation des origines n'a pas été tranchée faute de pouvoir les réunir au sein d'une catégorie juridique homogène.

1077. **La négation des origines dans la fonction publique territoriale.** Les critères des origines fait partie des critères sur la base desquels sont interdits les distinctions entre fonctionnaires y compris en matière de recrutement[9]. Ce critère bénéficie d'une reconnaissance constitutionnelle à l'article 1er qui rend exceptionnelle toute prise en compte des origines, autres que nationales, par la loi ou le règlement. Les seules collectivités territoriales admises à le faire sont des collectivités ultramarines qui disposent d'un statut éminemment particulier[10].

---

[1] Loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, JORF n° 0023 du 28 janvier 2011 p. 1680.
[2] Art. 52, Loi n° 2012-347, préc.
[3] L'obligation concerne, pour les collectivités territoriales, les emplois de directeurs (généraux et adjoints) des départements et régions et de directeurs (généraux et adjoints) des services techniques des communes et EPCI de plus de 80 000 habitants.
[4] Décret n° 2012-601 du 30 avril 2012 relatif aux modalités de nominations équilibrées dans l'encadrement supérieur de la fonction publique.
[5] Communication de la Commission européenne, n° 96/88 du 27 mars 1996, RJS 7/96, p. 490. Voir, par ex. pour l'accès à une formation, CJCE, 11 novembre 1997, aff. C-409/95, « Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen », Rec. CE, p. 6363, concl. JACOBS : il est possible de mettre en place un système de promotion dans lequel les femmes seraient prioritaires « *à égalité d'aptitude, de compétence et de prestations professionnelles, à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat ne fassent pencher la balance en sa faveur* ».
[6] Voir par ex. Concl. M. POIARES MADURO sur CJCE, 30 septembre 2004, « Serge Briheche », aff. C-319/03, Rec. CE, p. I-08807, point 41.
[7] Voir not., CJCE, 17 octobre 1995, aff. C-450/93, « Kalanke », Rec. CE, p. I-3069, concl. TESAURO ; CJCE, 28 mars 2000, aff. C158/97, « Badeck e. a. », Rec. CE, p. I-01875, point 60.
[8] DGFAP, *Fonction publique : chiffres-clés*, Rapport annuel, 2017, fiche n° 13 : 52 % corps et emplois A+ sont occupés par des femmes en 2013 dans la FPT (dont 28% dans les ESD), contre 35 % en 2011.
[9] Art. 6, al. 2, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, préc.
[10] Voir supra, n° 623 et s.

1078. En vertu de l'article 1er de la Constitution et du principe d'unicité du peuple français[1], il est interdit de reconnaître juridiquement l'existence de groupes sociaux déterminés selon leurs origines. Les rares dérogations accordées à ce principe résultent de circonstances exceptionnelles[2] : lors de la guerre d'Algérie le Conseil constitutionnel a accepté la promotion exceptionnelle des Français musulmans d'Algérie dans la magistrature[3] ; en Nouvelle-Calédonie dans les années 1980, il a accepté le même type de dérogation dans un contexte de retour à la paix civile[4]. La mise en place de quotas fondés sur les origines, en particulier lorsqu'ils visent une population « ethniquement » identifiée[5], est à la fois juridiquement, socialement et politiquement dangereuse[6]. Pour parvenir à une diversification de leurs effectifs, les collectivités territoriales utilisent « *les zones grises du recrutement* »[7] qui leur permettent de détourner certains critères pour faciliter l'entrée dans l'administration. En passant par des formulations « objectivées »[8], par l'emploi des critères géographique ou sociaux[9] par exemple[10], les collectivités territoriales peuvent atteindre indirectement les populations « ethno-

---

[1] Voir supra, n° 76.

[2] « *En période normale, une mesure destinée à faciliter, sous une forme ou sous une autre, l'accès à la fonction publique de catégories de Français définis à raison de leur origine, de leur race ou de leur religion, serait invalidée par le juge constitutionnel ou administratif* » ; cf. G. CALVES, *Renouvellement démographique de la fonction publique de l'Etat : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?*, op. cit., p. 65. Pour une censure du juge constitutionnel, cf. Cons. const., 14 janvier 1983, n° 82-153 DC, Loi relative au statut général des fonctionnaires. Pour une censure du juge administratif, cf. CAA Nîmes, 22 novembre 2002, n° 1239/02, *D.*, 2003, p. 2920 : pour un poste d'animateur réservé à un jeune issu de l'immigration.

[3] Cons. const., 15 janvier 1960, n° 60-6 DC et 60-7 DC, Loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans d'Algérie dans la magistrature.

[4] Cons. const., 30 août 1984, n° 84-178 DC, Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, et notamment ses articles 12, 131 et 137 ; Cons. const., 15 mars 1999, n° 99-410 DC, Loi organique reprenant les accords de Nouméa du 21 avril 1998.

[5] Ainsi, le point 3 de la Charte de la diversité en entreprise indiquait explicitement que l'établissement devait « *chercher à refléter la diversité de la société française et notamment sa diversité culturelle et ethnique* ». Ce point, forcément débattue, a fini par causer le déclin de la Charte, remplacée par un label « Diversité » dans lequel ne figure plus la référence à la « diversité culturelle et ethnique ».

[6] Y. MEZIANI-REMICHI, « Les zones grises du recrutement : une analyse des pratiques de sélection des descendants de migrants dans la mairie de Pessac (France) et Nieuw West Amsterdam (Pays-Bas) », Esprit Critique, *Revue internationale de Sociologie et de Sciences sociales*, Conservatoire National des Arts et Métiers (CNAM), Pays-de-la-Loire, 2015, Clientélisme et action publique, 21 (1), pp.114-128, spéc. p. 112.

[7] Ibid., p. 127.

[8] Voir CHAMPEIL-DESPLATS, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *La Revue des Droits de l'Homme*, Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux (Nanterre), 2016, pp. 8-9.

[9] Ces mesures n'en restent pas moins des politiques sociales conformes à la jurisprudence constitutionnelle ; cf. Cons. const., 26 janvier 1995, n° 94-358 DC, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.

[10] Aussi, lorsque l'Institut d'études politiques de Paris a décidé d'ouvrir l'accès à son établissement aux élèves issus de la diversité, le Conseil constitutionnel n'a validé la mesure qu'à la condition que « *les modalités particulières* » à cette fin « *reposent sur des critères objectifs de nature à garantir le respect de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction* » ; cf. Cons. const., 11 juillet 2001, n° 2001-450 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel.

racialisées »[1]. Le critère géographique du lieu de résidence, bien qu'hypocrite à certains égard[2], peut présenter un intérêt assumé en terme de représentativité. Représenter sa population, n'est-ce pas ce qui est demandée à une collectivité territoriale ? Cette possibilité n'a été reconnue qu'à l'égard de certaines collectivités ultramarines.

1079. Pour les outremers, ni le législateur ni le pouvoir réglementaire ne peuvent instaurer de préférence locale dans l'accès aux emplois publics[3]. Seule la Constitution peut l'autoriser[4]. Pour le Conseil constitutionnel, les mesures prises ne peuvent être fondées que sur la durée de résidence dans la collectivité et « *être justifiées par des critères objectifs en relation directe avec les nécessités du soutien ou de la promotion de l'emploi local* »[5]. En application de cette jurisprudence, le Conseil d'Etat a censuré la « loi du pays » de Polynésie française du 19 mai 2009[6] en ce qu'elle réservait 95 % des postes à pourvoir par la voie de concours externes dans la plupart des cadres emplois des catégories A et B et dans tous ceux des catégories C et D aux résidents de la Polynésie française[7]. Le cas de la Nouvelle-Calédonie est encore plus spécifique. Sa vocation à l'indépendance donne une raison supplémentaire pour justifier le

---

[1] Voir not. M.-C. CERRATO DEBENEDETTI, « L'invention locale des discriminations ethnoraciales : la carrière en accordéon d'un problème public », *Migrations Société*, n° 5, 2010. Gwénaële CALVES notait ainsi que s'il est « *officiellement inconnu et juridiquement proscrit, le critère "ethnique" – sorte de composition mouvante qui combine identifications religieuses, nationales et phénotypiques – n'en joue pas moins un rôle crucial dans des domaines aussi variés que le recrutement des emplois-jeunes, les relations avec le milieu associatif ou encore la politique du logement* » ; cf. G. CALVES, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, pp. 29-40, spéc., p. 31.

[2] M.-C. CERRATO DEBENEDETTI, « Une politique esquivée : la lutte contre les discriminations ethnoraciales », *Migrations Société*, n° 5, 2014.

[3] Le Conseil d'Etat a par exemple censuré une circulaire qui prévoyait que « *dans chaque département d'outre-mer, les emplois qui deviennent vacants [soient] réservés, en priorité, aux personnes qui sont originaires de ces départements ou dont le conjoint en est originaire* » ; cf. CE, 24 octobre 1990, « Vignon », Inédit.

[4] Art. 74, al. 10 et 77 (renvoyant aux Accords de matignon), Constitution.

[5] Cons. const., 18 février 2004, n° 2004-490 DC, Statut de la Polynésie française. Ces limites sont valables pour le secteur privé également ; cf. CE, 25 novembre 2009, n° 329047, « Société Polynésie Intérim e. a. », cons. n° 5, Rec. Lebon, 2010, n° 5, pp. 478-479.

[6] Loi n° 2009-7 LP/APF du 19 mai 2009 de la loi du pays portant mesures d'application, dans la fonction publique de la Polynésie française, des dispositions de l'article 18 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française. La préférence locale pour les résidents polynésiens s'applique aussi au recrutement des fonctionnaires d'Etat qui participent, en vertu d'un statut particulier, à l'administration de la collectivité de Polynésie française ; cf. Loi n° 66-496 du 11 juillet 1966 (JO 12 juillet 1966, p. 5955), complétée par le décret n° 68-20 du 5 janvier 1968 (JO 11 janvier 1968 p. 429) : ces fonctionnaires doivent être « *recrutés en priorité en Polynésie française et ont vocation à y servir* ».

[7] CE, 25 novembre 2009, n° 328776, « Haut-commissaire de la République en Polynésie française », Rec. Lebon, 2010, n° 5, p. 477, cons. 8 : sans démontrer « *que le choix de ce pourcentage et celui des cadres d'emplois auquel il s'applique auraient été opérés en fonction de critères objectifs et rationnels […]* », l'assemblée polynésienne « *a imposé à l'accès aux emplois publics en Polynésie française des restrictions excédant celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'objectif de soutien de l'emploi local et méconnu le principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics ainsi que les dispositions précitées de l'article 18 de la loi organique du 27 février 2004* » relatives à la prise en compte des mérites dans l'accès aux emplois publics locaux. Pour Michel VERPEAU, « *le Conseil fait clairement prévaloir le principe constitutionnel le plus général sur celui qui a un caractère "local", quand bien même celui-ci est constitutionnalisé* » ; cf. M. VERPEAUX, « Collectivité territoriale. Préférence locale en matière d'emplois en Polynésie française et Constitution », *AJDA*, 29 mars 2010, pp. 623-629, spéc. p. 623.

recrutement d'une administration composée de résidents-citoyens locaux[1]. Le Conseil constitutionnel a même consacré un « *principe de préférence locale* » fondé sur l'accord de Nouméa de 1998 qui oblige le législateur du pays à adopter des dispositions « *favorisant l'accès à l'emploi dans la fonction publique au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence* »[2].

1080. En dehors de ces cas particuliers, les possibilités de recruter des agents territoriaux sur la base de leurs origines, qu'elles soient ethniques ou géographiques, demeurent juridiquement inexistantes. Politiquement, le mouvement de parcellisation de l'action publique[3] tend à légitimer le localisme, *a fortiori* lorsque la population locale apparait comme discriminée. Il en va de même en ce qui concerne les conditions d'emploi dans les collectivités territoriales qui apparaissent inégales selon les territoires et les publics concernés.

B) Les conditions d'emploi des publics les plus discriminés

1081. Comme on a pu le vérifier, l'environnement de travail des collectivités territoriales est propice au risque de discrimination[4]. Pour réduire ce risque, il existe des mesures qui visent à faciliter l'insertion de certains agents au regard des difficultés matérielles qui se présentent dans l'exercice de leurs missions (1). D'autres mesures renvoient à des problématiques plus personnelles avec pour objectif de protéger des éléments de la vie privée des agents (2).

1) L'insertion par l'adaptation des conditions de travail

1082. Les conditions de travail sont un élément essentiel de la bonne insertion de certains agents. Après l'entrée en fonction, les collectivités doivent s'assurer que leurs agents puissent se maintenir, autant qu'ils le souhaitent, dans l'emploi. A cet effet, les premiers publics visés sont ceux dont l'état de santé peut constituer un frein à l'exercice de leurs fonctions. En second

[1] Cons. const., 15 mars 1999, n° 99-410 DC, LO relative à la Nouvelle-Calédonie, Rec. p. I-815 ; Cons. const., 30 juillet 2009, n° 2009-587 DC, LO relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie ; TC, 12 avril 2010, n° 3747, « Mademoiselle C. c. Etat », Rec. ; TC, 13 décembre 2010, n° 3775.

[2] Cons. const., 21 novembre 2014, n° 2014-4 LP, Loi du pays relative à l'accès à l'emploi titulaire des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie, cons. n° 8 et 9. Sur cette question, voir notamment, A. ORAISON, « Les limites à la préférence régionale à l'embauche dans les Outre-mer, Analyse critique des "dispositions discriminatoires" proposées par certains responsables politiques et syndicaux en vue de réduire l'ampleur du chômage à La Réunion », *Revue juridique de l'Océan indien*, n° 21, septembre 2015, p. 99 et s

[3] Voir supra, n° 616 et s.

[4] Voir supra, n° 962 et s.

lieu, les agents de certaines collectivités disposent de privilèges qui visent à compenser les difficultés liées au territoire dans lequel ils sont amenés à exercer.

1083. **Les considérations liées à l'état de santé.** Les considérations liées à l'état de santé s'adressent prioritairement aux personnes en situation de handicap qui bénéficient, par leur statut, d'avantages et d'aménagements qui améliorent leurs conditions d'emploi. Récemment, les pouvoirs publics se sont également intéressés aux effets du vieillissement sur les effectifs des trois volets de la fonction publique.

1084. Les fonctionnaires territoriaux reconnus travailleurs handicapés disposent de plusieurs avantages spécifiques en matière de mobilité et de retraite ainsi que d'aménagements de leurs conditions d'exercice de leurs missions. Pour ce qui concerne la mobilité, les travailleurs handicapés bénéficie d'une priorité de mutation[1], de détachement[2], d'intégration directe[3] ou, le cas échéant, de mise à disposition[4]. Ils disposent également d'un droit à la retraite anticipé[5] dès lors qu'il présente une incapacité permanente d'au moins 50 %[6] avec une pension qui n'est pas soumise à décote[7]. Pour les conditions d'exercice des missions, les agents en situation de handicap ont droit à ce qu'elles soient aménagées à sa situation. Ils bénéficient, de droit, d'un aménagement du poste de travail[8] ainsi que d'un aménagement des horaires de travail[9]. De manière générale, une attention particulière est portée sur la santé de l'agent en situation de

---

[1] Art. 54, al. 1er, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 relative au statut de la fonction publique territoriale, JORF du 27 janvier 1984 p. 441. Cette priorité vaut également pour les fonctionnaires, mariés ou pacsés, séparés de leur conjoint pour des raisons professionnelles.

[2] Ibid., art. 64 : « *le détachement est la position du fonctionnaire placé hors de son cadre d'emploi, emploi ou corps d'origine mais continuant à bénéficier, dans ce corps, de ses droits à l'avancement et à la retraite* ».

[3] Ibid., art. 68-1.

[4] Ibid., art. 61.

[5] Depuis février 2014, une personne en situation de handicap (taux d'incapacité supérieur ou égal à 50%) a la possibilité de procéder à la liquidation de ses droits à la retraite à taux plein dès l'âge de 62 ans contre 65 ans auparavant. Les agents territoriaux titulaires, parents ou ayant à charge un enfant handicapé à au moins 80% et âgé de plus d'un an, peuvent prétendre également à la retraite anticipée sous certaines conditions.

[6] Art. 10, Décret n° 2014-1702 du 30 décembre 2014 relatif aux droits à retraite des personnes handicapées et de leurs aidants familiaux, JORF n° 0302 du 31 décembre 2014 p. 23405.

[7] Dans le cas où la pension serait inférieure au minimum contributif, elle est automatiquement alignée sur ce montant et bénéficie également de la majoration ; cf. art. 24 *bis*, Décret n° 2003-1306 du 26 décembre 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales, JORF n° 301 du 30 décembre 2003 p. 22477.

[8] Plusieurs dispositions peuvent être invoquées : l'article 6 *sexies* de la loi n° 83-634 portant droits et obligations des fonctionnaires qui impose une obligation de moyen (cf. CE, 28 décembre 2012, n° 350043) à la charge de la collectivité dès lors que la demande est compatible avec les nécessités du service (pour des postes d'enseignants, voir CE, 21 janvier 2015, n° 357904. Pour des refus de titularisation, voir par ex., CAA Paris, 16 avril 2015, n° 14PA03661 ; CAA Nantes 13 juillet 2015, n° 13NT01614 ; CAA Paris, 19 février 2015, n°14PA00803) ; l'article 6 relatif à l'interdiction générale de discriminer qui laisse entendre la possibilité d'étendre l'obligation d'aménagement à tous les agents dès lors que leur état de santé le nécessite (cf. CAA Versailles, 30 avril 2015, n° 14VE00212, Inédit, cons. 11).

[9] Art. 60 *quinquies*, al. 1er et 2, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 relative au statut de la fonction publique territoriale, préc. : ils sont accordés de plein droit « *dans toute la mesure compatible avec les nécessités du fonctionnement du service* » ; Art. 60 *bis*, al. 3, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, préc. : accorde de plein droit, l'autorisation d'accomplir un service à temps partiel, après avis du médecin du service de médecine professionnelle et préventive.

handicap. Il dispose d'un suivi médical particulier[1] et parfois de l'accompagnement du référent « handicap ». Les mêmes considérations se retrouvent dans les actions préconisées à l'égard des séniors.

1085. Le vieillissement de la fonction publique a conduit les autorités publiques à progressivement[2] s'intéresser à la problématique des conditions de travail des séniors[3]. En 2012[4], année consacrée au « vieillissement actif » par la Commission européenne, est paru le rapport « Brindeau »[5]. Il suggère un accompagnement personnalisé avec la mise en place de plusieurs outils : le « *passeport individuel de compétence* »[6] qui doit permettre l'individualisation de l'accès à la formation et la capitalisation des acquis du parcours professionnel[7] ; les référents « *mobilité-carrière* »[8] ; les « *espaces conseil et orientation professionnelle* » dédié à l'écoute et à l'accompagnement des cadres supérieurs souhaitant se reconvertir[9]. Il recommande aussi d'adapter les conditions de travail des séniors, par exemple, par du télétravail[10] ou encore par un dispositif spécifique de « *temps partiel fin de carrière* », modifiable afin d'assurer une meilleure transition vers la retraite[11]. Il est également possible

---

[1] Art. 22, Décret n° 85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale, JORF du 18 juin 1985 p. 6710.

[2] La question a commencé à émerger dans la seconde moitié des années 2000 ; voir par ex., Institut de la gestion publique et du développement économique, *Valoriser les "seniors" dans les fonctions publiques*, Etude – veille n° 33, *Perspectives gestions publiques*, janvier 2010, site : www.economie.gouv.fr ; EUROGROUP, *Le management des seniors dans la fonction publique*, Conférence, Ecole nationale d'administration, septembre 2009, site : www.eurogroupconsulting.com ; DGAFP, *Vieillissement dans la fonction publique*, Point Stat, mai 2008, site : www.fonction-publique.gouv.fr ; M. BERTHOD-WURMSER, *Fonctions publiques : de la réforme des retraites à la gestion des parcours professionnels*, Rapport au Conseil d'orientation des retraites au nom du groupe de travail présidé par F. TIBERGHIEN, février 2006, site : www.cor-retraites.fr.

[3] « *Pour les agents âgés qui restent en emploi, les conditions de travail et l'environnement de travail priment les autres aspects de leur travail (hors considérations de besoins financiers)* » ; cf. P. BRINDEAU, *La gestion des âges de la vie dans la fonction publique : administration moderne et efficace*, Rapport au Premier ministre, janvier 2012, p. 60.

[4] Cette année là, le 5e Baromètre du Défenseur des droits, en collaboration avec l'Organisation internationale du travail, sur la perception des discriminations au travail, révèle que l'âge est le premier critère des discriminations ressenties par les salariés du secteur privé : 26 % des personnes se déclarant victimes de discriminations ont invoqué l'âge comme critère dans le secteur privé, contre 18 % dans le secteur public ; cf. DDD et OIT, *5e Baromètre de la perception des discriminations au travail : regard croisé salariés du privé et agents de la fonction publique*, Baromètre vague 5, n° 1101846, janvier 2012, site : www.defenseurdesdroits.fr, p. 18.

[5] P. BRINDEAU, *La gestion des âges de la vie dans la fonction publique : administration moderne et efficace*, op. cit.

[6] Ibid., p. 57.

[7] Il doit s'appuyer sur le bilan de compétences rendu obligatoire par le législateur (cf. Loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, JORF n° 31 du 6 février 2007 p. 2160 ; Décret n° 2007-1845 du 26 décembre 2007 relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie des agents de la fonction publique territoriale, JORF n° 0302 du 29 décembre 2007).

[8] P. BRINDEAU, *La gestion des âges de la vie dans la fonction publique : administration moderne et efficace*, op. cit., p. 58. Ils sont chargés, entre autre, d'effectuer au moins un entretien à mi-parcours, à 45 ans, à tous les agents.

[9] Ibid. p. 59.

[10] Ibid., p. 57.

[11] Un tel dispositif pourrait notamment s'avérer décisif dans le choix des agents d'aller au-delà de l'âge légal de départ à la retraite ; cf. ibid., pp. 61-62. Voir aussi, F. DELUGA, *Quelle fonction publique territoriale pour réussir la décentralisation ?*, 46 propositions du CNFPT, 2013, p. 21.

d'envisager des visites médicales de prévention pour les agents de plus 55 ans ou pour ceux exerçant des métiers pénibles[1]. Il s'agit aussi de faciliter la transition professionnelle sur des emplois à moindre pénibilité en valorisant les compétences acquises[2].

1086. Les préoccupations qui entourent les séniors dans leurs conditions d'emploi, à l'instar de celles qui concernent les travailleurs handicapés, sont essentiellement liées à leur état de santé[3]. Or, l'insertion durable des agents dans l'emploi public local nécessite aussi de tenir compte des caractéristiques spécifiques du territoire dans lequel il exerce.

1087. **Les considérations liées au lieu de travail.** Le législateur français, compétent pour déterminer les statuts des agents des trois fonctions publiques, a très tôt utilisé son pouvoir de dérogation vis-à-vis des collectivités ultramarines pour accorder des avantages aux agents qui y travaillent. Il en a fait de même en métropole, lorsqu'il a mis en place les premiers zonages, pour les agents exerçant dans des territoires et sur des missions particulièrement difficiles.

1088. Pour les outremers, la Constitution accorde au législateur des pouvoirs d'adaptation et de dérogation lui permettant d'adopter des régimes préférentiels[4]. Considérés comme des territoires particuliers « par nature »[5], les justifications ne manquent pas – de l'éloignement avec la métropole, aux besoins liés à l'installation, en passant par le coût de la vie – pour accorder des avantages aux agents qui y travaillent. Concernant les avantages accordés au cours de la carrière, on les retrouve dans toutes les collectivités des outremers, sans exception, quel que soit leur statut[6]. Ils s'appliquent, en premier lieu, aux agents de la fonction publique d'Etat installés dans ces territoires, pour être ensuite étendus[7] aux agents des fonctions publiques territoriale et hospitalière. Parmi ces avantages on trouve par exemple une majoration

---

[1] Ibid., p. 65. Voir aussi, F. DELUGA, *Quelle fonction publique territoriale pour réussir la décentralisation ?*, op. cit., p. 21.

[2] Une « *cartographie des emplois* » doit dégager ceux qui seraient utiles sur des besoins non couverts pour les accorder en priorité aux agents occupant des emplois usants. Ces agents bénéficieraient prioritairement et sur une période déterminée, d'actions de professionnalisation et de préparation au nouvel emploi. Cf. ibid.

[3] Certaines considérations du rapport « Brindeau » sont liées au rôle des agents en fin de carrière. Il s'agirait notamment de les inclure dans une démarche de transmission des savoirs et des compétences, selon une logique de management intergénérationnelle. Cette reconnaissance peut être un premier pas pour redéfinir le rôle des séniors dans la fonction publique. Cf. Ibid., p. 65. Voir aussi, DGAFP, « La transmission des savoirs », *Guide méthodologique*, coll. Point Phare, 2006.

[4] Art. 73, Constitution.

[5] Voir supra, n° 843 et s.

[6] Sur la question voir not., A. CHRISTNACHT et P.-O. CAILLE, « Fasc. 130-10 : Régime juridique et administratif de l'outre-mer », *J-Cl Administratif*, date du fascicule : 7 février 2012, date de la dernière mise à jour : 29 février 2016.

[7] Certains avantages demeurent uniquement au bénéfice des agents de l'Etat : par ex., le congé administratif de deux mois (cf. Décret modifié n° 96-1026 du 26 novembre 1996 relatif à la situation des fonctionnaires de l'État et de certains magistrats dans les TOM de Nouvelle-Calédonie, de Polynésie française et de Wallis et Futuna, JORF du 30 novembre 1996 p. 17378).

indiciaire[1], des primes d'éloignement[2], ou encore une majoration des pensions de retraites[3]. On note que si ces avantages varient selon le statut de l'agent, tous les agents résidents bénéficient d'un minimum d'avantages. En revanche, dans les quartiers prioritaires de la politique de la ville, les avantages concédés ne bénéficient qu'à certaines professions.

1089. Les quartiers prioritaires de la politique de la ville (QPV) sont, par définition, des territoires qui cumulent des handicaps économiques et sociaux. Les avantages spécifiques sont accordés aux agents officiant dans ces territoires, pour qu'ils soient « appropriés » à la spécificité des publics auxquels ils sont confrontés, par des avantages de carrière, et pour qu'ils s'« approprient » les territoires dans lesquels ils exercent, par des formations spécifiques[4]. Parmi les avantages de carrière, on ne compte guère, pour ce qui concerne les agents territoriaux, que l'extension de la « Nouvelle bonification indiciaire (NBI) – Ville »[5], limitée à certains emplois, et dont le montant dépend du seuil démographique de la commune ou de l'intercommunalité concernée[6]. Les formations spécifiques pour les agents ont pour but d'améliorer la qualité du service[7]. Une circulaire conjointe des ministres de l'intérieur et de la

---

[1] Pour les DROM, cf. Loi n° 50-407 du 3 avril 1950 concernant les conditions de rémunération et les avantages divers accordés aux fonctionnaires en service dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe, de la Guyane et de La Réunion (JORF du 6 avril 1950 p. 3707) et décret n° 53-1266 du 22 décembre 1953 portant aménagement du régime de rémunération des fonctionnaires de l'État en service dans les DOM (JORF 23 décembre 1953 p. 11479). Pour les COM, cf. décret n° 67-600 du 23 juillet 1967 relatif au régime de rémunération des magistrats et des fonctionnaires de l'État en service dans les TOM (JORF du 28 juillet 1967 p. 7539) et l'arrêté du 12 février 1981(JORF du 15 février 1981 p. 572) qui fixe les valeurs de l'indice de majoration pour les COM et la Nouvelle-Calédonie.

[2] Supprimées pour les DROM, en vertu de l'article 26 de la loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'outre-mer (JORF du 14 décembre 2000 p. 19760), elles ont été remplacées par une indemnité particulière de sujétion et d'installation (décret n° 2001-1226 du 20 décembre 2001 portant création d'une indemnité particulière de sujétion et d'installation, JORF du 22 décembre 2001 p. 20411). Les primes d'éloignement demeurent pour les COM.

[3] Décret n° 52-1050 du 10 septembre 1952 portant attribution d'une indemnité temporaire aux personnels retraités tributaires du code des pensions civiles et militaires et de la caisse de retraites de la France d'outre-mer en résidence dans les territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer ou dans le département de la Réunion, JORF du 12 septembre 1952 p. 8973)

[4] O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004, p. 151. Voir aussi, M. CARIUS, « Le fonctionnaire dans les quartiers difficiles : héros ou victime ? », *Collectivités territoriales Intercommunalité*, 2004, p. 5 ; A. MAGUER et J.-M. BERTHET, *Les agents des services publics dans les quartiers difficiles*, Rapport de la DGAFP, La documentation française, 1997.

[5] Décret n° 2006-780 du 3 juillet 2006 portant attribution de la nouvelle bonification indiciaire à certains personnels de la fonction publique territoriale exerçant dans des zones à caractère sensible, JORF n° 153 du 4 juillet 2006 p. 10004. Voir, Décret n° 93-863 du 18 juin 1993 relatif aux conditions de mise en œuvre de la nouvelle bonification indiciaire dans la fonction publique territoriale, JORF n° 145 du 25 juin 1993 p. 8979.

[6] Elle bénéficie aux fonctionnaires qui exercent, à titre principal, leurs fonctions, soit dans un QPV, soit dans les services ou équipements situés à la périphérie, soit dans certains établissements publics locaux d'enseignement. Hors emplois fonctionnels, deux catégories de fonctions sont visées par la « NBI-Ville » : les fonctions de conception, de coordination, d'animation et de mise en œuvre des politiques publiques en matière sociale, médico-sociale, sportive et culturelle, et les fonctions d'accueil, de sécurité, d'entretien, de gardiennage, et de conduite des travaux. Les agents non titulaires recrutés en application de l'article 3 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 continuent d'être exclus du dispositif.

[7] Le Comité interministériel des villes du 14 décembre 1999 a élaboré un plan national pour le renforcement de la présence et de la qualité des services publics.

fonction publique et de la ville du 3 août 2000[1] met en place une formation initiale au moment de la prise de poste ainsi qu'une formation-action relative à la sociologie urbaine, aux méthodes et aux outils de la politique de la ville pour les cadres et leurs équipes[2]. Il existe surtout des métiers spécifiques aux QPV, des « *métiers de contact avec les populations en difficulté* » tels que des interprètes, facilitateurs, agents d'ambiance, adultes-relais (dont les collectivités territoriales peuvent bénéficier), conciliateurs ou encore des agents de médiation[3].

1090. Dans les QPV, les avantages des agents territoriaux sont moindres que ceux dont disposent les agents de l'Etat, alors qu'ils ont été alignés dans les outremers[4]. Une telle distinction entre les fonctions publiques n'existe heureusement pas pour les avantages liés à l'état de santé. Ces avantages ont pour objectif d'empêcher que des considérations personnelles deviennent un obstacle maintien dans l'emploi public local. *A contrario*, d'autres mesures ont pour but d'empêcher que des considérations liées au service ne porte atteinte à la vie privée de certains agents.

2) La vie privée dans la fonction publique territoriale

1091. Pour protéger la vie privée des femmes contre les risques de discrimination liés aux conditions de travail dans les collectivités territoriales, la Charte européenne pour l'égalité entre les hommes et les femmes dans la vie locale préconise, aux autorités locales, de respecter le « *droit à la conciliation de la vie professionnelle, sociale et privée, ainsi que le droit à la dignité*

---

[1] Adoptée suite aux préconisations de Claude BREVAN et Paul PICARD ; cf. C. BREVAN et P. PICARD, *Une nouvelle ambition pour les villes, de nouvelles frontières pour les métiers*, Rapport au ministre délégué à la Ville, La documentation française, 2000.

[2] Ces formations ont par ailleurs l'obligation d'inclure des « *mises en situation portant sur les relations entre acteurs* », c'est-à-dire des points relatifs à l'accueil des usagers, aux relations interculturelles, à la médiation, ainsi qu'à la gestion des conflits, à la motivation des agents et à la prise en compte du stress ; cf. O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, op. cit., p. 153. Pour adapter leurs effectifs, il est intéressant de noter que les communes et les intercommunalités comprenant un QPV ou une partie d'un QPV, peuvent demander un surclassement de seuil démographique afin de pouvoir recruter plus de cadres et de collaborateurs de cabinet (cf. Décret n° 2004-674 du 8 juillet 2004 pris pour l'application de l'article 88 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, JORF n° 159 du 10 juillet 2004 p. 12532).

[3] Ces derniers ont trouvé dans le dispositif des services « emplois-jeunes » créés par la loi n° 97-940 du 16 octobre 1997 (JORF n° 242 du 17 ocotbre 1997 p. 15076) un cadre pour se développer. Olivia BUI-XUAN notait alors le caractère potentiellement discriminatoire de ces dispositifs ; cf. ibid., p. 155. Pour rappel, le juge administratif interdit de subordonner une offre d'emploi d'animateur à un « jeune issu de l'immigration » ; cf. CAA Nîmes, 22 novembre 2002, n° 1239/02, *D.*, 2003, p. 2920.

[4] Sur ce point, la parité entre les deux fonctions publiques n'est pas encore remplie. Sur le principe de parité, voir supra n° 205 et s.

et à la sécurité au travail »[1]. Ces deux aspects se retrouvent également dans la manière de traiter la pratique de la religion chez les agents.

1092. **La conciliation des temps de vie.** La conciliation entre les vies privée et professionnelle des agents est une préoccupation soulevée précocement par les promoteurs de l'égalité des sexes, à travers les questions liées à la parentalité. Elle s'est aussi posée à l'égard des agents pratiquants une religion.

1093. Les discriminations engendrées par la parentalité ont été soulevées pour justifier des mesures d'aménagement du temps de travail, à travers une politique des congés familiaux[2] qui bénéficie aux deux parents[3]. Cette politique peut être complétée par l'action facultative de la collectivité territoriale[4]. Parmi les congés familiaux, on trouve principalement le congé maternité ou pour adoption[5] et le congé paternité et d'accueil de l'enfant[6]. L'article 75 de la loi du 26 janvier 1984 ouvre aussi droit à un congé parental[7] au fonctionnaire, « *pour élever son enfant* », qui peut durer jusqu'à trois ans[8]. L'article 60 *bis* accorde un droit à « *accomplir un travail à temps partiel, à l'occasion de chaque naissance […] ou de chaque adoption* »[9] pour une durée pouvant s'étendre jusqu'à trois ans. Dans les faits, « *la naissance d'un enfant marque le plus souvent une rupture dans les trajectoires professionnelles féminines. […] Sans appropriation par le père, ce sont les femmes qui ont recours aux congés familiaux* »[10]. Le rôle de la collectivité territoriale peut alors se révéler déterminant. Elle peut informer, orienter, et

---

[1] Art. 11, 2, Charte européenne pour l'égalité entre les hommes et les femmes dans la vie locale, Conseil des communes et régions d'Europe, mai 2006. Cette charte invite les collectivités locales à s'engager publiquement pour l'égalité des sexes. Plus de 1500 collectivités territoriales européennes, dont 275 en France, l'ont déjà signée. Pour les signataires français au 31 août 2018, site : www.afccre.org.

[2] Art. 57, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 relative au statut de la fonction publique territoriale, JORF du 27 janvier 1984 p. 441.

[3] CE, 15 février 1991, « Mont », T. p. 677 : interdiction de mettre en œuvre des autorisations d'absence réservées uniquement aux mères.

[4] Art. 11, 3, c), Charte européenne pour l'égalité des femmes et des hommes dans la vie locale, préc.

[5] D'une durée de quatre mois, il maintient le traitement de la fonctionnaire, et peut être transmissible au père ou au conjoint en cas de décès ; cf. art. 57, 5°, a), Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, préc.

[6] D'une durée de onze jours consécutifs, il est ouvert après la naissance de l'enfant au père ou au conjoint de la mère et doit s'effectuer dans les quatre mois ; cf. ibid., b). Voir aussi, Cir. FP/3 – FP/4 n° 2018 du 24 janvier 2002 relative à l'instauration du congé de paternité de l'Etat. A l'expiration de ces congès, « *le fonctionnaire est réaffecté de plein droit dans son ancien emploi [ou, si] celui-ci ne peut lui être proposé, […] dans un emploi équivalent, le plus proche de son dernier lieu de travail* » (cf. Art. 57, 5°, al. 8, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, préc.).

[7] Décret n° 2006-1022 du 21 août 2006 relatif aux modalités d'attribution aux fonctionnaires et aux agents non titulaires des collectivités territoriales du congé de présence parentale, JORF n° 193 du 22 août 2006 p. 12313.

[8] Art. 75, al. 1er et 2, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, préc. Le fonctionnaire n'a pas droit à son traitement ni aux droit à la retraite, mais conserve la totalité de ses droits à l'avancement d'échelon la première année. Ils sont ensuite réduits de moitié (cf. ibid., al. 2). La réintégration est de plein droit, y compris en cas de surnombre dans les effectifs de la collectivité (cf. ibid., al. 3).

[9] Ibid., art. 60 *bis*, 1°).

[10] ANDCDG (Association nationale des directeurs et directeurs-adjoints des centres de gestion de la fonction publique territoriale), *L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans la fonction publique territoriale*, Guide, éd. 2015, p. 39.

accompagner les agents vers les dispositifs[1], notamment les pères ou les conjoints, instaurer un suivi régulier de l'agent ainsi que des actions favorisant le retour au poste de travail[2]. Elle peut, en interne, adopter des pratiques de gestion des horaires compatibles avec la parentalité[3]. Certaines collectivités vont jusqu'à aussi indemniser les frais de garde d'enfant[4], réserver des places de crèche, voire en créer une sur site[5].

1094. Concernant la pratique religieuse des agents, les seuls mécanismes que les autorités territoriales peuvent utiliser sont : les autorisation d'absence à titre exceptionnel et, dans une moindre mesure, les aménagements d'horaires. Ces mécanismes ne confèrent aucun droit aux agents et demeurent facultatifs[6]. Leur régime découle de deux circulaires du Ministre de la fonction publique. La première du 23 septembre 1967[7], dépourvue de caractère impératif[8], demande aux chefs de service « *d'accorder aux agents qui désirent participer aux cérémonies célébrées à l'occasion des principales fêtes propres à leur confession les autorisations d'absence nécessaires dans la mesure, toutefois, où leur absence demeure compatible avec le fonctionnement normal du service* ». La seconde, en date du 10 février 2012, donne la liste indicative des principales fêtes religieuses[9]. Les autorisations d'absence sont attribuées en vertu

---

[1] Certaines collectivités ont édité des guides (cf. V. FELTESSE, *Egalité femme/homme dans les territoires : état des lieux des bonnes pratiques dans les collectivités locales et propositions pour les généraliser*, Rapport à la Min. des Droits des femmes, La documentation française, 17 juin 2013, site : www.femmes.gouv.fr, p. 32) ou ouvert un forum intranet à cette fin (cf. ibid., p. 33).

[2] Pour rappel, l'accord-cadre sur le congé parental révisé du 18 juin 2009 mis en annexe de la directive européenne n° 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 contient une clause « *retour au travail* ».

[3] Comme le fait d'éviter les réunions après 17h et le mercredi (cf. pratique expérimentée au Conseil général des Côtes d'Armor, cité dans Institut national des études territoriales (INET), *Egalité professionnelle Hommes-Femmes : des clés pour agir*, Cahier des élèves administrateurs territoriaux – Guide, 16 avril 2013, pp. 24-25), permettre aux agents d'entretien de travailler en horaires normales (cf. pratique expérimentée dans la ville de Rézé, cf. ibid), créer un « pool » d'agents mobilisable pour des remplacements de congés liés aux obligations familiales (cf. pratique expérimentée au Conseil régional de Bretagne, cf. ibid.), ou encore des formules d'aménagement du temps de travail sur mesure (cf. pratique expérimentée au Conseil régional de Rhône-Alpes, cf. ibid.).

[4] Rappelons que l'article L. 2123-18-1 et 2 du CGCT accorde le remboursement des frais de garde d'enfants ou d'entretien de personnes dépendantes pour tout élu ne disposant pas d'indemnité de fonction.

[5] Pratique expérimentée aux conseils régionaux de Picardie et de Midi-Pyrénée, cf. INET, *Egalité professionnelle Hommes-Femmes : des clés pour agir*, op. cit., pp. 24-25. Voir aussi, l'expérience de la crêche anti-sexiste du Conseil départemental de Seine-Saint-Denis, cf. V. FELTESSE, *Egalité femme/homme dans les territoires : état des lieux des bonnes pratiques dans les collectivités locales et propositions pour les généraliser*, op. cit., pp. 57-58.

[6] D. JEAN-PIERRE, « Les religions du fonctionnaire : le fonctionnaire et la foi », *AJFP*, 2001-3, p. 35 : « *le système repose à la fois sur la confiance et la tolérance : la confiance parce qu'il n'est pas demandé à l'agent qui demande une autorisation d'absence de prouver son appartenance à un mouvement religieux, la confiance encore parce que le système instauré contraint le fonctionnaire à se dévoiler au risque peut-être de subir quelque discrimination secrète, la tolérance enfin car il s'agit de la part du chef de service de bien vouloir satisfaire aux exigences personnelles de ses subordonnés* ».

[7] Cir. Min. d'Etat chargé de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, FP n° 901 du 23 septembre 1967 relative aux autorisations d'absence pour fêtes religieuses, site : www.fonction-publique.gouv.fr.

[8] Pour la circulaire de 1967, voir CE, 19 novembre 2004, « M. X. », req. n° 265064 ; CE, 7 avril 2010, « M. A. », req. n° 326609.

[9] Cir. du 10 février 2012 relative aux autorisations d'absence pouvant être accordées à l'occasion des principales fêtes religieuses des différentes confessions, NOR : MFPF1202144C.

du pouvoir de direction des chefs de service. Il en va de même des aménagements d'horaires qui sont accordés que s'ils n'entrent pas en contradiction avec les principes de continuité[1] et de bon fonctionnement[2] du service public. En outre, les élus locaux disposent d'un pouvoir d'appréciation pour fixer la durée de ces autorisations spéciales d'absences[3], notamment en cas de risque pour le fonctionnement normal du service.

1095. Ces mesures de conciliation des temps de vie participent à lutter contre les discriminations en limitant les pertes de rémunération et d'évolution mais aussi en déconstruisant certains préjugés. Cette reconnaissance est aussi un moyen de redonner de la dignité aux agents dont la vie privée peut être un élément mal accepté dans la collectivité.

1096. **La protection de la dignité des agents.** La protection de la dignité des agents territoriaux recouvre un ensemble de dispositions permettant de lutter contre les discriminations directes ou indirectes et contre les faits de harcèlements[4]. Si les femmes sont visées en priorité par les dispositifs mis en œuvre, les pratiques religieuses doivent aussi en faire partie tant elles sont à la source de tensions.

1097. La protection de la dignité des femmes doit leur permettre d'obtenir des carrières comparables, dans les faits, à celles des hommes en luttant contre les discriminations dont elles sont majoritairement victimes. Il s'agit, tout d'abord, d'interdire les discriminations directes liées au sexe[5] ou à l'état de grossesse[6] et d'éviter les discriminations indirectes, la plus documentée étant l'écart en terme de rémunération[7]. Les études réalisées ont permis de mettre en avant les mécanismes qui, tout au long de la carrière des femmes, participent au

---

[1] CE, 16 décembre 1992, « Gilot », req. n° 96459 : révocation légale d'un agent refusant d'assurer son service le samedi pour motif religieux.

[2] CE, Ord., 16 février 2004, n° 264314, « Office municipal d'habitations à loyers modérés de Saint-Dizier », T. Rec. Lebon.

[3] Art. 59, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 relative au statut de la fonction publique territoriale, préc.

[4] Pour Alexis ZARCA, depuis la loi du 27 mai 2008, « *la discrimination se conçoit désormais, par-delà toute différenciation fondée sur un critère prohibé, comme un comportement affectant la dignité d'un individu* » (p. 770). Il souligne ainsi « *la place du concept de dignité comme condition de l'égalité et de la liberté des individus* » (p. 780) ; cf. A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruylant, 2014.

[5] CE, Sect., 2 mai 1959, « Dame Viauroux », Rec., p. 280 ; CE, 26 juin 1989, « Fédération des syndicats généraux de l'Éducation nationale et de la recherche », Rec. Lebon p. 152.

[6] CE, 8 juin 1973, « Dame Peynet », Rec. p. 406 ; TA Papeete, 6 février 1990, « Madame Dufour », T. p. 457.

[7] S'il existe en droit du travail un principe d'égalité salariale autonome, le droit de la fonction publique le fonde sur l'article 6 *bis* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 (cf. Art. 6 *bis*, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, JORF du 14 juillet 1983 p. 2174 : « *aucune discrimination directe ou indirecte ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leur sexe* ») ou sur la directive de l'Union européenne n° 2006/54/CE (cf. Art. 14 Dir. n° 2006/54/CE, préc. : principe d'égalité des rémunérations « *entre travailleurs masculins et travailleurs féminins* » ; art. L. 140-5, Code du travail : il bénéficie aussi aux salariés liés par un contrat de droit public).

ralentissement de leur évolution[1], à commencer par la naissance d'un enfant[2]. Ce ralentissement pèse sur le niveau de vie des femmes en les orientant vers les filières les moins rémunératrices[3]. La mixité des emplois constitue ainsi un objectif régulièrement invoqué par les collectivités territoriales, qui va au-delà des dispositions légales de la loi « Sauvadet »[4], et qui doit permettre aussi d'atteindre une égalité des rémunérations. Il en va de même des considérations relatives à la sécurité au travail[5] qui ont aussi un impact sur la carrière[6] : pour les risques physiques, il existe des règles protégeant les femmes sur les postes pénibles et la situation de maternité[7] ; pour les risques psychosociaux, sont visés plus particulièrement les cas de harcèlements moral et sexuel[8] dont les femmes sont les premières victimes[9]. La protection de la dignité des femmes

---

[1] ANDCDG, *L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans la fonction publique territoriale*, op. cit., p. 38 : « *Tout travail sur les rémunérations restera vain à moyen terme sur les résultats obtenus s'il ne s'intègre pas dans une approche systémique combinant les interventions en matière de mixité des métiers, de reconnaissance et de professionnalisation du travail, d'accès à l'emploi et à la formation, de lutte contre les stéréotypes, d'articulation des temps de vie et de gestion du temps* ». Pour une fiche-action plus spécifique, cf. ibid. p. 99 : « Fiche action n° 5 »

[2] Les effets sur le temps de travail sont immédiats. Pour compenser cet effet, le législateur a prévu l'existence d'un supplément de salaire, dit « *supplément familial* » accordé, peu ou prou, dans les mêmes conditions que les congés familiaux. Voir, art. 2, Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale (JORF du 5 juin 1970 p. 5227), qui modifie l'article 213 du code civil ; CE, 28 juin 1993, req. n° 134086, « Madame Dupuy », Rec. Lebon p. 244 ; V. FELTESSE, *Egalité femme/homme dans les territoires : état des lieux des bonnes pratiques dans les collectivités locales et propositions pour les généraliser*, Rapport à la Min. des Droits des femmes, juin 2013, site : www.femmes.gouv.fr, p. 30.

[3] Pour des chiffres et des initiatives locales, voir ANDCDG (Association nationale des directeurs et directeurs-adjoints des centres de gestion de la fonction publique territoriale), *L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans la fonction publique territoriale*, op. cit., p. 37.

[4] Voir supra n° 1075. De nombreuses initiatives locales peuvent ainsi être proposées en matière de recrutement (cf. pour des recommandations, ibid., pp. 92-93 : « Fiche action n° 1 »), de mobilité, de formation mais aussi de sécurité au travail (cf. INET (Institut national des études territoriales), *Egalité professionnelle Hommes-Femmes : des clés pour agir*, Cahier des élèves administrateurs territoriaux, p. 17 ; V. FELTESSE, *Egalité femme/homme dans les territoires : état des lieux des bonnes pratiques dans les collectivités locales et propositions pour les généraliser*, Rapport à la Min. des Droits des femmes, juin 2013, site : www.femmes.gouv.fr, pp. 29-30).

[5] Art. 11, 3°, a), Charte européenne pour l'égalité des femmes et des hommes dans la vie locale, préc. : les signataires s'engagent à prendre « *des mesures pour assurer des conditions de travail appropriées, sans danger pour la santé et en toute sécurité* ».

[6] Le premier rapport sur l'égalité professionnelle femmes-hommes dans la fonction publique territoriale pointait les conséquences des arrêts maladies sur leur carrière avec « *un effet direct sur la rémunération, les primes étant, selon la jurisprudence et les pratiques de certaines collectivités, liées à l'exercice effectif des fonctions* » (cf. E. BOSCHERON, *Liberté, Inégalité, Fraternité. Intégrer l'égalité professionnelle femmes-hommes dans la fonction publique territoriale*, Rapport CSFPT séancé plénière du 21 décembre 2005, p. 13). Evelyne BOSCHERON recommandait alors de « *sanctionner par des mesures disciplinaires renforcées les agissements de harcèlement, de discriminations manifestes et de non-respect de la personnes* » (cf. ibid., p. 34 : « recommandation n° 37 »).

[7] L'agente peut à ce titre obtenir un changement temporaire d'affectation (cf. art. L. 1225-7 à 15, Code du travail). En cas d'exposition à des risques particuliers, elle peut bénéficier d'un aménagement de poste, un changement de poste ou, à défaut de possibilité de mutation temporaire, une mise en congé indemnisé (cf. art. L. 1225-12 à 15, Code du travail).

[8] Art. 11, 3, b), Charte européenne pour l'égalité des femmes et des hommes dans la vie locale, préc.

[9] Il est intéressant de noter que, si parmi les engagements obligatoires compris dans le cahier des charges du label « Egalité Femmes-Hommes » de l'Association française de normalisation (AFNOR), figurent le fait de « *lutter contre les stéréotypes de genre et les propos ou attitudes sexistes* », de « *mener une politique visant à atteindre l'égalité salariale entre les femmes et les hommes* », ainsi qu'« *une politique visant à atteindre une plus grande mixité professionnelle* », le harcèlement n'est pas mentionné ; cf. Label « Egalité Femmes-Hommes », AFNOR, Cahier des charges, Annexe 3.

au travail jouit aujourd'hui d'un écho médiatique favorable et d'un consensus politique rare qui lui permettent de faire d'énormes progrès[1].

1098. *A contrario*, la pratique de la religion est difficilement tolérée dans la fonction publique, ce qui laisse peu de marge de manœuvre aux collectivités pour agir. En France, la protection de la liberté de religion des agents publics s'inscrit dans le cadre fixé par le principe de laïcité[2]. A cet égard, le guide « Laïcité et fonction publique », rappelle « *l'aporie que constitue la tentation de vouloir formaliser à l'excès les questions pratiques de laïcité […] accentu[ant] le risque de contournement* »[3]. La circulaire du 15 mars 2017[4] indique que « *l'inscription du respect du principe de laïcité parmi les obligations et principes déontologiques des fonctionnaires dans le statut général doit s'accompagner de la diffusion d'une plus grande culture de la laïcité dans la fonction publique* ». Cela passe d'abord par une meilleure connaissance de la laïcité avec des outils de formation initiale[5] et continue[6] et plus largement par la sensibilisation[7] et la diffusion d'informations[8]. Le document préconise aussi la mise en place d'une structure, dans la collectivité, en charge de traiter les questions liées à la laïcité et la désignation d'un référent ou correspondant « laïcité » qui assurera une écoute et un accompagnement des agents publics.

1099. Il apparaît ainsi que la protection de la dignité des pratiquants de religion dispose d'une garantie minimale d'interdiction des discriminations et des harcèlements[9] mais de peu d'incitations de la part des autorités nationales à part celle de respecter la loi et le principe de laïcité. On constate à travers cet exemple que la possibilité d'adopter des actions positives pour les collectivités territoriales dans le cadre de leur politique de gestion des ressources humaines est fortement conditionnée par le cadre juridique et le contexte politique national.

---

[1] Les campagnes contre le harcèlement sexuel (sous les hashtags metoo et balancetonporc) ont contribué à faire baisser le seuil de tolérance observé dans certains milieux vis-à-vis de ce genre de comportements.

[2] Art. 25, al. 3, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, préc. : « *Le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. A ce titre, il s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses* ».

[3] E. ZUCCARELLI, D. REBERRY, et V. VILLETTE, *Laicité et fonction publique*, op. cit., p. 25.

[4] Cir. du 15 mars 2017 relative au respect du principe de laïcité dans la fonction publique, NOR : RDFF1708728C.

[5] Pour la formation initiale, le CNFPT assure une séquence consacrée à la laïcité et à l'obligation de neutralité en s'appuyant sur la formation à distance mise en place par le réseau des écoles de service public. Voir aussi, E. ZUCCARELLI, D. REBERRY, et V. VILLETTE, *Laicité et fonction publique*, La documenation française, décembre 2016, p. 29 : « *Recommandation n°12 : Rendre obligatoire une formation initiale sur la laïcité pour tous les agents publics* ».

[6] Pour la formation continue, le système « *percolateur* » du CGET, qui a élaboré un kit de formation, en lien avec le CNFPT, est particulièrement recommandé puisqu'il permet de former des formateurs dans les collectivités qui à leur tour formeront les personnels administratifs ; cf. Cir. Min. de la Fonction publique n° RDFF1708728C du 15 mars 2017 relative au respect du principe de laïcité dans la fonction publique, p. 7.

[7] E. ZUCCARELLI, D. REBERRY, et V. VILLETTE, *Laicité et fonction publique*, op. cit., p. 24

[8] Cir. Ministre de la Fonction publique n° RDFF1708728C du 15 mars 2017, préc., p. 8.

[9] Pour un cas de harcèlement discriminatoire en raison de l'origine et de la religion dans une unité de gendarmerie, cf. DDD, décision n° MLD-2012-53-1 et n° MLD-2012-53-2 du 26 mars 2012.

1100. On retrouve ainsi, dans leurs actions, les caractéristiques des politiques françaises nationales de discrimination positive avec à la fois une vocation représentative, une préférence pour le local, et une justification sociale[1]. Dans leur mise en œuvre, il apparait toutefois que la logique de compensation des inégalités prévaut sur la logique représentative. Les politiques françaises de diversité dans l'emploi public visent « *une diversité de profils possibles* » plutôt que « *la diversité de la population* »[2]. Il ne s'agit donc pas d'établir une représentation égalitaire de publics spécifiques mais d'élaborer un système permettant à chacun, quel que soit son profil, quel que soit le territoire, d'avoir les mêmes chances d'accéder à l'emploi public local, avec dans tous les cas « *la compétence [comme] critère incontournable [de] sélection* »[3]. Cette doctrine va inspirer une approche universelle de l'organisation sociale des collectivités territoriales.

§2) L'approche universelle de l'organisation sociale

1101. L'approche universelle de l'organisation sociale vise à réduire le risque de discrimination commun à tous les individus[4]. Elle correspond à une nouvelle approche du management de la diversité, dite inclusive, par opposition à l'approche exclusive ou spécifique, dite aussi en « silo »[5], qui a prévalu jusqu'à lors. Dès lors qu'il s'est avéré impossible de « *multiplier les silos au diapason du nombre de critères de discrimination* »[6], les entreprises ont cherché à définir des actions permettant de gérer la diversité de tous les profils afin de maximiser leurs performances[7]. A cet effet, le Défenseur des droits a publié une méthode

---

[1] Voir, G. CALVES, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, pp. 29-40.

[2] Ibid. Pour les derniers chiffres, voir DGFAP, *Fonction publique : chiffres-clés*, Rapport annuel, 2017, fiches 10 à 15, site : www.fonction-publique.gouv.fr.

[3] HALDE, *Prévention des discriminations et promotion de l'égalité dans les ressources humaines : que répondent les collectivités à la HALDE*, Brochure, p. 41 : « *en tout état de cause, hors dérogations légales en faveur du recrutement des personnes handicapées ou se fondant sur des critères socio-économiques et territoriaux, la discrimination dite "positive" est interdite. Au surplus, même au sein de ces dispositifs dérogatoires, la compétence reste le critère incontournable d'une sélection* ».

[4] Voir, T. GRUNDLER, « Tous discriminés ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017, chron. n° 33, site : www.revuedlf.com.

[5] Voir not., P. SCHARNITZKY et P. STONE, *L'inclusion dans les organisations : de la posture à la pratique*, Association française des managers de la diversité (AFMD), éd. Piloter, 2018, site : www.afmd.fr, pp. 11-12.

[6] Ibid., p. 12.

[7] Ibid., p. 13 : « *Les travaux plus récents portent spécifiquement sur le management et la gestion des talents. Frost et Kalman (cf. FROST Stephen et KALMAN Danny, Inclusive talent management, Kogan Page, 2016) abordent l'inclusion de façon plus mature, en faisant émerger une opposition entre des politiques diversité tournées vers une "contribution positive à la société" et un management des talents uniquement guidé par des enjeux business. Ils proposent donc un modèle de "management inclusif des talents", qui s'appuie sur des exemples concrets et*

d'auto-évaluation, à destination des collectivités territoriales, qui vise expressément à réduire les « *risques discriminatoires* »[1] dans leur ensemble, propres à la gestion des effectifs dans l'emploi public local (A). Il l'a complétée récemment avec des fiches pratiques dont certaines proposent des outils permettant de mettre en place une gestion inclusive des risques professionnels au sein des collectivités territoriales[2] (B).

A) La gestion inclusive des effectifs

1102. La gestion inclusive des effectifs est apparue dans le cadre du label « Diversité » institué 2008[3]. En supprimant la fin du point 3 de la Charte de la diversité qui indiquait explicitement que le signataire devait chercher à refléter la diversité de la société française « *et notamment sa diversité culturelle et ethnique* », il a fait disparaître toute priorité sur les groupes sociaux à protéger. Lavée de ses soupçons communautaristes, la notion de diversité a pu faire son entrée dans le management public[4]. En 2009, la HALDE publie un mode d'emploi destiné à adapter la gestion des effectifs des collectivités territoriales « *à la réalité des besoins et à la diversité des profils possibles* »[5]. Pour y parvenir, elles doivent, selon les mots du Défenseur des droits,

repose sur une circularité – que nous défendons dans ce livre – entre progrès social et performance. Dans un registre similaire, Sweeney et Bothwick (cf. SWEENEY Charlotte et BOTHWICK Fleur, Inclusive leadership, Pearson, 2016) abordent la question du "leadership inclusif" comme modalité d'accompagnement du changement dans les collectifs de travail. Ils expliquent que c'est la posture inclusive du ou de la manager qui est la clef du changement, dans le sens d'un accompagnement de toutes et tous respectueux des différences, et surtout sans programme spécifique sur telle ou telle population, ce que nous défendons également. Enfin, et dans la même veine, Meyers (cf. MEYERS Maria Christina, « Talent management. Towards a more inclusive understanding », Tijdschrift voor HRM, 12, 2016, 1-12) nous explique que les entreprises ont longtemps eu une approche "exclusive" de la gestion des talents en concentrant leurs efforts sur un public réduit de hauts potentiels. Cette approche atteint aujourd'hui ses limites du fait d'une pénurie de talents "classiques", d'un marché de plus en plus changeant et ouvert – qui nécessite une réponse agile s'appuyant sur la diversité des talents – et d'une gestion des ressources humaines de plus en plus inclusive et intégrant la dimension de la qualité de vie au travail ».

[1] DDD, *Gestion des ressources humaines dans les collectivités territoriales : prévenir les discriminations et garantir l'égalité*, Méthode d'auto-évaluation, janvier 2013, site : www.defenseurdesdroits.fr.

[2] DDD, *Agir contre les discriminations et le harcèlement dans la fonction publique territoriale*, 9 Fiches pratiques, novembre 2017, site : www.defenseurdesdroits.fr, spéc. fiches 5 et 9.

[3] Art. 1er, Décret n° 2008-1344 du 17 décembre 2008 relatif à la création d'un label en matière de promotion de la diversité et de prévention des discriminations dans le cadre de la gestion des ressources humaines et à la mise en place d'une commission de labellisation, JORF n° 0295 du 19 décembre 2008 p. 19456.

[4] Aujourd'hui la notion est expressément associée à l'égalité, la prévention et la lutte contre les discriminations dans la fonction publique ; cf. Cir. Min. de la fonction publique, 3 avril 2017 relative à la mise en œuvre de la politique d'égalité, de lutte contre les discriminations et de promotion de la diversité dans la fonction publique, NOR : RDFF1710873C.

[5] HALDE, *Gestion des ressources humaines dans les collectivités territoriales : comment agir pour l'égalité et prévenir les discriminations ?*, Mode d'emploi, avril 2009, site : www.juridique.defenseurdesdroits.fr, spéc. pp. 13, 14 et 15.

« *faire évoluer leurs pratiques vers une égalité effective dans le recrutement [1] et la carrière [2] des agents* »[1].

1) L'égalité effective dans le recrutement des agents

1103. En matière de recrutement, « *discriminer c'est prendre un risque juridique et un risque économique, c'est se priver de compétences en ne donnant pas la priorité aux aptitudes et aux connaissances professionnelle* »[2]. L'égalité effective consisterait à faire disparaître ce risque[3]. Deux préconisations, applicables aux trois voies de recrutement de l'emploi public local – concours, liste d'aptitude et contrat – permettent d'y parvenir : l'amélioration de la rencontre de l'offre et de la demande afin de diminuer le risque économique et l'amélioration de l'objectivité et de la transparence des procédures afin de diminuer le risque juridique.

1104. **L'amélioration de la rencontre de l'offre et de la demande.** Pour améliorer la rencontre de l'offre et de la demande d'emploi local, le Défenseur des droits fixe comme objectif d'« *atteindre, sensibiliser et informer le plus grand nombre de personnes sur les métiers de la fonction publique territoriale et les modalités de leur recrutement* »[4]. Pour cela, il préconise sept leviers, sur lesquels les collectivités territoriales peuvent agir en toutes circonstances, et d'autres plus spécifiques aux procédures de recrutements.

1105. Les sept leviers préconisés par le DDD, sont un moyen de « *concourir à une meilleure égalité des chances* »[5], en ouvrant l'accès à l'emploi public local aux publics les plus exposés au risque de discrimination. Ils peuvent être placés dans deux catégories : la première cherche à aider les publics sous-représentés, particulièrement les jeunes[6] ; la seconde catégorie cherche

---

[1] Ibid.

[2] Ville de Villeurbanne, *Recrutez sans discriminations*, Guide pratique destiné aux responsables d'entreprises et aux directeurs des ressources humaines, avril 2008, site : www.insa-lyon.fr, p. 10 et s.

[3] Le DDD précise ainsi : « *lutter contre les discriminations et prévenir ces risques, c'est garantir l'égalité de traitement de chacun dans l'accès aux droits, aux biens et aux services ; c'est éviter de défavoriser une catégorie de population* ». Il ajoute que « *la promotion de l'égalité vise à garantir l'égalité de traitement et à assurer l'égalité effective des chances tout au long de la vie* ». Ce faisant, il inscrit clairement la démarche d'auto-évaluation des collectivités territoriales dans le cadre de sa responsabilité sociale, comme une action de promotion de l'égalité. Cf. DDD, *Gestion des ressources humaines dans les collectivités territoriales : prévenir les discriminations et garantir l'égalité*, op. cit., p. 7.

[4] DDD, *Gestion des ressources humaines dans les collectivités territoriales : prévenir les discriminations et garantir l'égalité*, Méthode d'auto-évaluation, janvier 2013, site : www.defenseurdesdroits.fr, p. 15.

[5] Ibid., p. 8.

[6] « *1. Aller à la rencontre des jeunes dans tous les établissements de formation (écoles, C.F.A., GRETA, etc.). 2. Informer et sensibiliser les enseignants, formateurs et conseillers d'orientation sur les débouchés que propose la fonction publique territoriale et leur ouverture à différents types de profil. […] 5. Développer les dispositifs d'alternance associant formation et immersion, insertion ou accompagnement vers l'emploi au sein des services territoriaux (apprentissage, etc.)* » ; cf. DDD, *Gestion des ressources humaines dans les collectivités territoriales : prévenir les discriminations et garantir l'égalité*, op. cit., p. 15. Par ex., certaines collectivités ont pu mettre en

à rapprocher les publics les plus éloignés par la sensibilisation, l'information et la formation[1]. La HALDE constatait en 2009 que « *nombreuses sont les collectivités interrogées qui travaillent à faire plus largement connaître les métiers qu'elles offrent, et à toucher ainsi, directement ou indirectement, les publics avec lesquels les contacts sont moins spontanés – notamment ceux qui sont éloignés de l'emploi, comme ceux qui, plus particulièrement exposés aux risques de discrimination, ne pensent pas avoir leurs chances* »[2].

1106. D'autres leviers sont spécifiques aux concours et au recrutement sur liste d'aptitude. Pour les concours, il est possible de mettre en place des dispositifs permettant de repérer et orienter les publics (internes et externes) en difficulté pour leur proposer des formations de rattrapage adaptées. Certaines collectivités se démarquent par l'organisation d'ateliers d'évolution professionnelle, l'adoption d'un compte formation universel pour les bas niveaux de qualification[3], ou encore des préparations spécifiques aux concours pour les publics des quartiers prioritaires[4]. 43 % des collectivités déclarent avoir créé un réseau de formateurs internes et de tuteurs qui accompagnent les candidats. Pour le recrutement sur liste d'aptitude, l'objectif est d'améliorer la rencontre entre les inscrits sur la liste et le besoin réel en personnel[5]. Pour cela la collectivité doit définir très précisément ses besoins dans la fiche de poste à pourvoir, en prenant soin de n'y mettre aucune mention à caractère discriminatoire, avec une attention particulière sur le genre[6]. Certains écueils sont à éviter comme l'absence de suivi en

---

place un réseau de parrainage de jeunes suivis par la mission locale de l'agglomération, avec un accompagnement dans la rédaction des CV ou à la préparation d'entretiens. Elles peuvent ainsi proposer aux agents désireux d'accompagner un jeune, de suivre une formation conçue par le Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT). Pour ouvrir leur recrutement, certaines collectivités diversifient les modes de diffusion des offres d'emplois saisonniers, des apprentissages ou des stages notamment en les affichant dans les maisons de quartiers ou les transmettant directement à Pôle Emploi ou aux missions locales. Il s'agit d'aller chercher les jeunes les plus éloignés de l'emploi public, et particulièrement les jeunes peu qualifiés et/ou résidant dans des quartiers prioritaires ; cf. HALDE, *Prévention des discriminations et promotion de l'égalité dans les ressources humaines : que répondent les collectivités territoriales à la HALDE ?*, Enquête, novembre 2009, site : www.handipole.org, pp. 33-37.

[1] « *3. Aller à la rencontre des publics les plus en difficulté en s'appuyant sur l'ensemble des relais existants (Pôle emploi, missions locales, maisons de l'emploi, C.I.O. et autres services publics de l'emploi). 4. Développer l'accueil des candidat(e)s potentiels dans les services : journées portes ouvertes, stages ou autres dispositifs associés à un tutorat, afin qu'elles/ils puissent découvrir la réalité des métiers de la fonction publique territoriale 6. Communiquer dans les médias locaux et/ou nationaux (journaux, radio, etc.). 7. Élaborer, à l'occasion des journées d'information régionales et nationales sur la fonction publique territoriale, une méthodologie de sensibilisation qui favorise la promotion de l'égalité* » ; DDD, *Gestion des ressources humaines dans les collectivités territoriales : prévenir les discriminations et garantir l'égalité*, op. cit., p. 15.

[2] HALDE, *Prévention des discriminations et promotion de l'égalité dans les ressources humaines : que répondent les collectivités territoriales à la HALDE ?*, op. cit., p. 33. Elle prévient cependant : « *faute d'un discours explicite sur la volonté de la collectivité à recruter sans discriminer (pour mémoire : seules 36 % l'affichent), ces démarches pourraient perdre de leur efficacité à l'égard des publics les plus exposés aux discriminations* » ; ibid.

[3] Pratique expérimentée par le Conseil régional de Poitou-Charente ; cf. ibid., p. 37.

[4] Pratique expérimentée par la ville de Lyon ; cf. ibid., p. 38.

[5] Ibid., p. 40.

[6] De fait, 85 % des répondantes à l'enquête de 2009 déclaraient définir avec précision et objectivité le profil de poste, les compétences et les capacités nécessaires. Un exemple intéressant : le Conseil départemental du Morbihan

termes de résultats ou d'incitation à l'égard des partenaires, l'attitude passive de certains DRH, et le caractère autocentré de mesures insuffisamment dirigées vers les candidatures extérieures souvent perçues comme un supplétif à la mobilité interne[1].

1107. L'amélioration de la rencontre de l'offre et de la demande doit se combiner avec une plus grande objectivité et une plus grande transparence des processus de décision afin d'éviter le risque de discrimination au moment du recrutement.

1108. **L'amélioration de l'objectivité et de la transparence des procédures.** L'objectivité et la transparence d'un recrutement permettent de réduire le risque juridique de discrimination. Ces deux exigences s'appliquent à toutes les étapes de la procédure de recrutement – de la conception des postes à l'accueil de l'agent, en passant par la rédaction et la diffusion de l'offre, le traitement des candidatures, l'entretien et le refus éventuel[2] – et se maintiennent après l'entrée dans la collectivité pour éviter la cessation précoce de la relation de travail.

1109. S'agissant de l'entrée dans la collectivité, le Défenseur des droits propose d'agir, au niveau des concours, sur les jurys et sur les épreuves. Les actions en direction des jurys sont peu nombreuses car rares sont les collectivités qui en assurent la charge[3]. Pour celles qui le font, la majorité s'attache à tendre vers la parité des jurys. Toutes rappellent le cadre juridique des oraux ; certaines sont même allées jusqu'à former leurs jurés à la lutte contre les discriminations[4]. Sur les épreuves, la HALDE notait en 2009 que les collectivités étaient encore « *minoritaires à explorer des voies moins académiques et théoriques dans les types d'épreuves et les contenus attendus* »[5]. A l'égard des recrutements sur liste d'aptitude, la HALDE préconise « *de travailler à l'objectivité et à la transparence des pratiques et des décisions – ainsi qu'à leur traçabilité* »[6]. Certaines collectivités ont ainsi formalisé un cadre de recrutement : une grille de lecture objective, centrée sur les compétences – souvent par écrit – des guides, voire des chartes déontologiques. D'autres ont formé leurs cadres des RH à la

---

donne une trame pour élaborer les offres d'emploi et n'oublier aucune rubrique, ainsi qu'un référentiel de postes types. Les deux centres de gestion ayant répondu à l'enquête ont mis en place une plate-forme informatique accessible à tous avec les offres d'emploi ainsi que les CV des candidats. Ils offrent aussi un bilan et un tutorat d'accompagnement. Ibid.

[1] Ibid., p. 39.

[2] Ville de Villeurbanne, *Recrutez sans discriminations*, op. cit., p. 10.

[3] Cette compétence est souvent déléguée à un centre de gestion.

[4] HALDE, *Prévention des discriminations et promotion de l'égalité dans les ressources humaines : que répondent les collectivités territoriales à la HALDE ?*, op. cit., p. 39 : il s'est agi « a minima *de former les responsables R.H. associés à la procédure ou les secrétaires de jurys qui sont chargés de rappeler les règles de déontologie et de veiller à leur respect par les membres des jurys* ». La HALDE cite en exemple le cas d'Amiens où la Mission Egalité peut intervenir, de droit, dans chaque jury d'oraux pour faire respecter les conditions de mise en œuvre du principe de non-discrimination.

[5] Ibid., p. 40.

[6] Ibid., p. 41. Certains dispositifs ont été expérimentés comme la méthode de recrutement par habiletés ou la mise en œuvre des dispositifs de reconnaissance des acquis d'expérience professionnelle.

question de la lutte contre les discriminations et de la promotion de l'égalité des chances[1]. D'autres, enfin, ont cherché à réduire les discriminations par « *une révision méthodique de leurs pratiques afin de repérer les risques discriminatoires* »[2].

1110. Une fois entrée dans l'administration territoriale, il convient également de maintenir les agents dans la collectivité. Il s'agit notamment de porter une attention particulière au traitement des fonctionnaires stagiaires ainsi qu'au respect des procédures de renouvellement de contrat. Pour les fonctionnaires stagiaires, s'il existe généralement des dispositifs d'accueil, peu de suivis personnalisés sont réalisés. On trouve surtout des mesures très ponctuelles[3]. Certaines collectivités[4] ont choisi un accompagnement personnel par des parrains, un référent, ou un tuteur, avec une évaluation régulière de l'insertion et une adaptation du poste. D'autres collectivités organisent des procédures objectives de suivi des stagiaires par entretiens[5]. Pour les contractuels, les collectivités territoriales doivent prêter attention à la décision de non-renouvellement de contrat notamment lorsqu'elle précède une embauche sur le même poste avec de fort risques de favoritisme[6]. Les collectivités déclaraient à la HALDE qu'elles informaient les agents sur les modalités de la fin de leur contrat et qu'elles veillaient à motiver leur décision par des critères objectifs dans les cas où le poste serait de nouveau pourvu.

1111. Depuis 2009, il y a fort à parier que les mesures en faveur d'un recrutement plus inclusif se soient développées. Malgré l'absence de nouvelles enquêtes, les différents rapports et les

---

[1] Ibid., p. 43. Il s'agit pour les cadres R.H. d'identifier les pratiques et de connaître les conséquences juridiques et les dispositifs de prévention et de lutte contre les discriminations.

[2] Ibid., p. 42. Trois possibilités sont régulièrement évoquées : améliorer la traçabilité des dossiers de candidatures afin d'assurer que la décision a été prise sur la base d'éléments objectifs étrangers (cf. pour la CJCE, l'accès aux documents de sélection est déterminant pour démontrer la discrimination dans le recrutement ; cf. CJUE 19 avril 2012, aff. C-415/10, « Galina Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH », *D.*, 2012, p. 1132), mettre en place un recrutement par habiletés (cf. HALDE, *Prévention des discriminations et promotion de l'égalité dans les ressources humaines : que répondent les collectivités territoriales à la HALDE ?*, op. cit., p. 44), et tendre vers une composition paritaire (hommes–femmes) des comités de sélection qui mènent les entretiens (cf. ibid., p. 45). Enfin, des collectivités ont expérimenté le CV anonyme comme le Conseil régional d'Aquitaine ou le Conseil général de l'Essonne (cf. ibid., p. 50). La HALDE note que si les collectivités territoriales font preuve d'innovation en matière de recrutement, « *il semblerait*, in fine, *[qu'elles] s'attachent seulement à vérifier les savoir-faire techniques des candidats présentant déjà le profil recherché ; et non à ouvrir par ce biais une opportunité à des personnes qui en auraient le potentiel* » (cf. ibid., p. 44).

[3] Il peut s'agir d'une journée d'accueil, d'un livret d'accueil, ou d'une présentation à l'ensemble du personnel par le biais du journal interne.

[4] Ibid., p. 47 et p. 48.

[5] Ibid., p. 49. Leur nombre peut aller jusqu'à quatre, avec un bilan d'étape qui peut se faire en collaboration avec l'agent. Certaines collectivités ne font qu'un bilan en fin de parcours ce qui peut sembler problématique au moment de justifier un éventuel refus de titularisation. Dans ce cas, il est essentiel de respecter l'obligation de donner une motivation objective.

[6] HALDE, *Prévention des discriminations et promotion de l'égalité dans les ressources humaines : que répondent les collectivités territoriales à la HALDE ?*, Enquête, novembre 2009, site : www.handipole.org, pp. 33-36, spéc. p. 35. La HALDE précise que les stages et emplois saisonniers sont ainsi particulièrement touchés par ces pratiques et qu'à cet égard l'information et la diffusion des offres d'emploi au plus grand nombre permet d'établir une véritable concurrence, et donc de réduire les risques de favoritisme.

nouveaux contrats de ville témoignent d'une considération grandissante pour cette approche inclusive du recrutement, fondée sur la responsabilité sociale de la collectivité comme employeur. Il en va de même des préconisations du DDD relatives à l'évolution de carrière des agents. Celles-ci visent à garantir la carrière la plus « normale » aux agents les plus vulnérables, en évitant les discriminations directes ou indirectes susceptibles de la freiner.

2) L'égalité effective dans la carrière des agents

1112. L'évolution de la carrière d'un agent doit théoriquement suivre une logique ascendante en fonction de l'expérience accumulée en nombre d'années et en compétences. La mise en place d'une politique d'égalité des chances dans l'évolution de carrière doit permettre de garantir à chaque agent une carrière qui suive cette logique. Les mesures préconisées par le Défenseur des droits renvoient à quatre éléments différents de la carrière : l'avancement, la mobilité, la formation, la rémunération et l'action sociale.

1113. **L'avancement des agents locaux.** En matière d'avancement, trois points sont soulevés par le Défenseur des droits : la promotion de l'égalité auprès de tous les acteurs de l'avancement, l'objectivité de l'évaluation d'avancement et l'objectivité du processus d'avancement. La HALDE relevait dans son enquête que la proportion de collectivités favorisant expressément l'égalité dans le cadre de leur politique managériale était encore trop faible (35 % dont 24 % assure des formations). Elle relève que certaines collectivités ont mis en place des indicateurs de suivi des promotions par types de personnels mais peu ont rappelé l'obligation statutaire de négocier avec les organisations syndicales sur les mesures pouvant favoriser l'égalité entre les hommes et les femmes. L'objectivité de l'évaluation d'avancement peut se faire en utilisant un référentiel d'évaluation des compétences et des aptitudes fondées sur des critères cohérents, évaluables et objectifs, clairement définis et expliqués. La plupart des évaluateurs sont formés à l'exercice de l'évaluation professionnelle mais seules 20 % des collectivités déclarait avoir informé ou formé ces évaluateurs à la non-discrimination. Quant à l'objectivité de la procédure en elle-même, les collectivités s'efforcent de définir les attentes pour chaque poste, afin d'objectiver le processus de promotion grâce à un référentiel-métiers

qui explicite les compétences nécessaires. Les critères retenus peuvent faire l'objet d'une note de cadrage ou d'une grille d'évaluation normée[1].

1114. **La mobilité des agents locaux.** Le DDD suggère deux types de mesures, en direction des acteurs de la gestion des ressources humaines (GRH) et en direction du processus de décision, pour réduire le risque de discrimination dans la politique de mobilité. Parmi les mesures en direction des acteurs de la GRH, il s'agit *a minima* d'informer et sensibiliser[2] et *a maxima* d'accompagner l'agent dans sa démarche de mobilité[3]. Certaines collectivités ont mis en place des indicateurs de suivi de la mobilité par métiers et type de personnel[4] pour connaître la portée des mesures adoptées. En 2009, ces indicateurs étaient encore trop rares, en particulier pour évaluer l'évolution des catégories les plus « *exposées au risque de discrimination* »[5]. Les collectivités agissent aussi sur les conditions de recrutement : elles sensibilisent les recruteurs aux potentialités des profils diversifiés et « *s'assurent que la configuration des locaux [ne soit] pas un vecteur de discrimination dans la mobilité des agents, notamment en raison de leur handicap ou de leur sexe* »[6]. Enfin, la HALDE préconise de lever les conditions d'âge[7], sauf exception pour les emplois où l'aptitude est déterminante, afin de faciliter la mobilité des séniors.

1115. **La formation des agents locaux.** Parmi les mesures prises par les collectivités en matière de formation on retrouve le triptyque classique « formation, information, accompagnement », mais aussi des éléments plus spécifiques à l'accès à la formation. En premier lieu, les collectivités forment leur cadre afin qu'ils puissent repérer les agents en situation d'isolement ou sous-employés. En ce qui concerne l'information, la très grande

---

[1] HALDE, *Prévention des discriminations et promotion de l'égalité dans les ressources humaines : que répondent les collectivités territoriales à la HALDE ?*, op. cit., p. 55. Pour ces critères, les collectivités rappellent que l'ancienneté fixée par voie réglementaire ne peut être le seul critère de promotion interne.

[2] Les collectivités ciblent d'abord le personnel à travers les canaux classiques : fiches de poste, répertoire de métiers, journée découverte – et plus exceptionnellement par des dispositifs particuliers : unité dédiée ou ateliers. La sensibilisation nécessite une approche plus individualisée – repérage, dialogue – mais passe aussi par la persuasion, une offre de formation adaptée, une offre de cadre statutaire spécifique, un travail sur l'environnement professionnel, ou la facilitation à postuler. Cf. ibid., pp. 56-57.

[3] Certaines collectivités mettent en place des entretiens personnalisés pour détecter les potentiels. Pour l'essentiel, il s'agit d'entretiens de mobilité, de bilans professionnels et de compétences qui interviennent normalement à la demande des agents. Plusieurs collectivités comptent aussi sur les entretiens d'évaluation pour repérer au plus vite les potentiels et faire émerger les projets professionnels. D'autres collectivités adoptent des parcours professionnels individualisés pour définir les solutions les plus adaptées, notamment type de recrutement le plus adéquat au profil de l'agent. Ces parcours individualisés concernent les agents devant être reclasser pour inaptitude ou difficultés particulières, les métiers les plus pénibles ou usants, ainsi que les postes de cadres en général. Cf. ibid., pp. 57-58.

[4] Ces éléments doivent être « *déterminés sur la base des données accessibles et non sensibles : l'âge, le sexe, l'éventuel handicap, l'exercice d'un mandat syndical* » ; cf., ibid.

[5] Ibid.

[6] Ibid., p. 59.

[7] Par ex., délibération HALDE, 31 mai 2010, n° 2010-130.

majorité des collectivités communiquent sur les plans de formation qui peuvent être discutés avec les organes paritaires, et parfois les agents eux-mêmes[1]. Les plans de formation et leurs bilans sont ensuite diffusés par les voies internes[2]. L'accompagnement[3] est aussi largement répandu pour aider le personnel à utiliser les outils à sa disposition et définir ses besoins[4]. Les mesures particulières d'accès à la formation sont constituées d'abord par l'analyse préalable des contraintes professionnelles et personnelles. Elle permet d'adopter des mesures parfois très concrètes pour accéder à la formation[5]. Les collectivités utilisent aussi des indicateurs de suivi sur la base de données telles que l'âge, le sexe, les types d'emplois, ou encore la filière professionnelle, afin « *d'identifier les sources de discrimination* »[6]. Enfin, on note l'existence de plans annuels de lutte contre l'illettrisme « *organisées en fonction des besoins identifiés, sur une palette de formations s'adressant à différents niveaux (lutte contre l'illettrisme, Français langue étrangère, remise à niveau…)* »[7].

1116. **La rémunération et les avantages sociaux des agents locaux.** Les collectivités doivent assurer l'égalité dans l'attribution du traitement des agents. A cet égard, on observe un effort généralisé d'objectivation de la rémunération. Quant aux avantages sociaux, toute collectivité doit s'assurer de les rendre accessibles à tous ses agents. L'objectivation du régime indemnitaire des titulaires passe principalement par une attribution et une fixation du montant des primes fondées sur des critères objectifs mentionnés dans une grille, en conformité avec les grades, les fonctions (responsabilités, sujétions spéciales, etc.), et les postes (conditions de travail

---

[1] Par ex., Conseil général de Côte-d'Or ; cf. HALDE, *Prévention des discriminations et promotion de l'égalité dans les ressources humaines : que répondent les collectivités territoriales à la HALDE ?*, Enquête, novembre 2009, site : www.handipole.org, p. 62.

[2] Par ex., Conseil régional d'Ile-de-France, cf. ibid.

[3] Par ex., Conseil régional de Poitou-Charente, cf. ibid., p. 63.

[4] L'accompagnement peut se faire grâce à l'élaboration et la diffusion de règlements, charte ou guide, l'organisation de réunions d'information, un accompagnement individuel des missions de renseignement-conseil-aide des responsables des ressources humaines, des référents ou des correspondants « Formation ». Le Conseil régional de Poitou-Charentes a expérimenté une approche globale pour développer la formation tout au long de la vie et plus particulièrement les compétences de ses personnels : après une enquête (par questionnaire) et des entretiens personnalisés tous les dispositifs de formation et de valorisation des expériences et parcours antérieurs ont été mobilisés à cette fin. Les agents disposent d'un « Passeport Formation » et d'un accompagnement personnalisé afin de suivre leurs parcours et d'adapter les offres à leurs besoins. Cf. Ibid.

[5] Différents obstacles ont été observés : la méconnaissance du dispositif de formation, des charges de travail trop importantes, le temps partiel ou le travail de nuit, les contraintes géographiques, financières, et/ou familiales, l'accessibilité des locaux, ou encore l'illettrisme. Les solutions adoptées par les collectivités sont de natures tout aussi diverses. Il y a des réponses organisationnelles : *a minima* l'adaptation de la programmation des formations aux contraintes des services, éventuellement en-dehors des heures de travail. A côté des réponses organisationnelles, on trouve aussi des réponses plus pratiques : avance de frais, délocalisation près des sites de travail ou e-learning, récupération du temps de formation excédent la quotité de temps partiel. Par ex., villes de Saint-Etienne et de Nantes, cf. ibid., p. 61.

[6] Par ex., Conseil général du Morbihan, cf. ibid., p. 60.

[7] Par ex., ville de Tourcoing, cf. ibid., p. 64.

particulières, risques)[1]. Quelques collectivités retiennent des critères de performance (expertise, manière de servir, résultats etc.) qui peuvent se prêter à une appréciation plus subjective. Quant au régime indemnitaire des contractuels, pour éviter l'arbitraire, les collectivités définissent objectivement les conditions d'une revalorisation qu'elles mettent généralement en corrélation avec le traitement des titulaires. Concernant les avantages sociaux, si la très grande majorité des collectivités déclare veiller à leur égal accès pour tous les agents, titulaires ou non, dans les faits, plusieurs collectivités conditionnent l'octroi de telles prestations à l'ancienneté ou à un emploi permanent[2]. Aussi, il est recommandé d'harmoniser les régimes pour éviter toute suspicion d'inégalité de traitement, ces avantages pouvant constituer des compléments de revenu non négligeables.

1117. Avec ces recommandations, le DDD entend couvrir l'ensemble de la politique de gestion des effectifs, qu'il inscrit dans une approche inclusive censée garantir une égalité effective de traitement de tous les publics admissibles à l'emploi public local. Particulièrement détaillé sur le recrutement et l'évolution de carrière, on regrettera que ce document ne traite pas la question de l'environnement de travail et des risques professionnels, notamment psychosociaux, qui l'accompagnent. Le harcèlement en est totalement absent alors qu'il fait figure d'élément essentiel de la politique de lutte contre les discriminations dans l'emploi. Il est néanmoins possible, comme pour la gestion des effectifs, d'appréhender la gestion des risques professionnels sous un angle inclusif, de manière à ce que tous les agents puissent en bénéficier.

B) La gestion inclusive des risques professionnels

1118. Les risques professionnels peuvent être définis comme l'ensemble des évènements dont l'occurrence met en danger des individus dans le cadre de l'exercice de leur métier. Ils peuvent se traduire par un accident ou une maladie dite « professionnelle ». La gestion de ces risques constitue, par nature, une politique de prévention[3] qui comprend « *l'ensemble des dispositions ou des mesures prises ou prévues à tous les stades de l'activité dans [l'établissement] en vue*

[1] Voir, AFNOR, *Label « Diversité »*, Cahiers des charges – Fonction publique, p. 20 : « 4.3) Gestion des carrières ».

[2] De tels critères sont de nature à exclure plusieurs catégories d'agents : non titulaires, contractuels, jeunes, collaborateurs, chargés de mission…

[3] La prévention, dans son acception stricte, désigne « *le fait de prendre des mesures pour éviter ou pour réduire le risque, c'est-à-dire un danger plus ou moins prévisible* » ; cf. D. PICARD, « Prévention », in P. ZAWIEJA et F. GUARNERI (sous la direction de), *Dictionnaire des risques psychosociaux*, Seuil, 2014, pp. 583-585, spéc. p. 583.

d'éviter ou de diminuer les risques professionnels »[1]. Elle se traduit par la mise en place d'un cadre général, fondé sur l'obligation de sécurité de l'employeur[2], applicable et adapté aux collectivités territoriales (1). Face à la croissance des discriminations et de leurs effets néfastes, notamment dans les relations de travail, les autorités les ont progressivement intégrées dans leur politique de prévention des risques professionnels (2).

1) Le cadre général de la prévention des risques professionnels

1119. Le cadre général de la prévention des risques professionnels dans les collectivités territoriales doit agir comme un écosystème. Il se présente sous la forme d'un réseau pluridisciplinaire d'acteurs, qui intervient selon un mode d'action bien précis, avec pour objectif de traiter l'ensemble des causes et des effets produits par les risques professionnels, quels que soient les agents qui en sont les victimes[3].

1120. **Les acteurs de la prévention dans les collectivités territoriales.** La mise en place d'une structure adaptée à la prise en charge des risques professionnels est une obligation prévue par la législation[4]. Au sein des nombreux acteurs qui interviennent, on distingue trois types de fonction : professionnel, social et médical.

1121. La responsabilité de la mise en œuvre des dispositions relatives à la prévention incombe aux représentants des autorités territoriales ainsi qu'aux chefs ou directeurs d'établissements en tant qu'employeurs publics ; ils font donc partie du volet professionnel de la prévention. Le chef de service assure la direction technique et administrative et participe à la démarche mutuelle de compréhension de l'accueil et du recrutement de l'agent. Il lui revient d'analyser la faisabilité de l'intégration par rapport à l'environnement professionnel et d'élaborer les fiches

---

[1] Art. 3, Dir. n° 89/391/CEE du 12 juin 1989 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, JOCE L 183 du 29 juin 1989 p. 1.

[2] Jusque dans les années 1970, les risques professionnels n'étaient appréhendés qu'à travers la mise en place d'un régime de couverture assurantiel. L'inflexion vers une approche fondée sur les actions de prévention a débuté avec la loi n° 76-1106 du 6 décembre 1976, premier jalon de la mise en place d'une obligation de sécurité à la charge de l'employeur. Cette obligation fixe un cadre à l'employeur qui doit mettre en place des mécanismes de prévention et garantir des droits spécifiques à l'égard de l'agent. Voir aussi, Cass. Crim., 10 février 1976, n° 75-91.022 ; Cass. Crim., 11 juin 1987, n° 86-90.933, *Droit social*, 1988, p. 610, note J.-P. MURCIER. Voir supra, n° 986 et s. Sur ce point, voir par ex., T. AUBERT-MONPEYSSEN et M. BLATMAN, « Les risques psychosociaux au travail et la jurisprudence française : la culture de la prévention », *Droit social*, 2012 p. 832, n° 3.

[3] Il convient de préciser que dans le cadre de ce système, l'employeur doit assurer la formation et l'information des acteurs de la prévention, comme des agents les rendant également acteurs de la politique de prévention. Voir not., art. L. 4121-1, al. 2, 2°, Code du travail ; Décret n° 2008-1347 du 17 décembre 2008 relatif à l'information et à la formation des travailleurs sur les risques pour leur santé et leur sécurité. L'information est consignée dans le registre de santé et de sécurité au travail ; cf. art. 3-1, Décret n° 85-603 du 10 juin 1985, préc. Pour la formation, cf. Art. 4-2, 5, 6 à 9, 13 à 15, Décret n° 85-603 du 10 juin 1985, préc.

[4] Art. 7, Dir. n° 89/391/CE, préc. ; art. L. 4121-1, al. 2., 3°, Code du travail.

de poste en conséquent. Les gestionnaires du personnel jouent souvent le rôle de « *chef d'orchestre de l'équipe pluridisciplinaire de santé au travail* »[1]. Amenés à représenter le chef de service, ils préparent les dossiers présentés en commission de réforme et comité médical en situant la problématique de reclassement dans une logique de « *compétences* »[2]. Les représentants du personnel ont le droit d'être entendus par la direction, et de faire appel à l'Inspection du travail. Ils participent à la commission de réforme, au CHS et CHSCT.

1122. Parmi les acteurs de la prévention on distingue aussi un volet social, institué par le décret n° 85-603 du 10 juin 1985[3], composé d'acteurs représentatifs[4] et d'acteurs fonctionnels. Les organes représentatifs sont les Comités techniques[5] au rôle consultatif, qui se substituent au CHSCT quand la collectivité n'en possède pas, et les CHSCT aux compétences étendues[6] avec une possibilité de créer des CHSCT spéciaux ou locaux si l'importance des effectifs et la nature des risques le justifient[7]. Pour les acteurs fonctionnels, on trouve les conseillers et assistants de prévention[8] d'une part, et les ACFI (agent chargé d'une fonction d'inspection) ou les ISST (inspecteur santé et sécurité au travail) d'autre part. Les premiers interviennent en amont pour aider l'autorité territoriale dans la mise en œuvre des règles de sécurité[9]. Les seconds sont en charge du contrôle de la bonne application des règles d'hygiène et de sécurité. En cas d'urgence, ils proposent toute mesure nécessaire pour y la surmonter[10]. Ils sont désignés par la collectivité, sous forme de véritable « délégations » de sorte qu'il n'est pas requis qu'ils acceptent cette

---

[1] D. FRANÇOIS et A. FOSSIER, *Recrutement et maintien dans l'emploi des personnes handicapées, Guide de l'employeur public*, FIPHFP, 2009, spéc. p. 131, Site : www.fiphfp.fr.

[2] Emploi-collectivités.fr, « L'emploi des personnes en situation de handicap dans les collectivités territoriales », *Synthèse de l'enquête nationale réalisée en 2011-2012*, p. 19, Site : www.emploi-collectivites.fr.

[3] Décret n° 85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale, JORF du 18 juin 1985 p. 6710.

[4] La loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale est modifiée suite à l'accord santé et sécurité au travail dans la fonction publique du 20 novembre 2009 et à la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social.

[5] Art. 33, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, préc. Les Comités techniques sont consultés pour les questions relatives à l'organisation et au fonctionnement des services, aux évolutions des administrations ayant un impact sur le personnel, aux sujets d'ordre général intéressant l'hygiène, la sécurité et les conditions de travail…etc ; cf. Décret du 10 juin 1985 modifié le 2 février 2012, chapitre IV sur le rôle des Comités techniques, art. 36 et chapitre V sur le rôle et les attributions du CHSCT, art. 37 d'application immédiate.

[6] Le CHSCT procède ou fait procéder à l'analyse des risques professionnels, notamment les questions de pénibilité rattachées à un poste, réalise des enquêtes, peut faire appel à des experts et mettre en place des actions de prévention. Il peut suggérer toute mesure de nature à améliorer l'hygiène et la sécurité du travail.

[7] Art. 33-1, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, préc. Voir, Loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010, préc. et décret n° 2012-170 du 3 février 2012 (cf. partie 21 sur les agents de prévention).

[8] Art. 108-3, Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, préc.

[9] *Ibidem*, article 4-1.

[10] Art. 5, Décret n° 85-603 du 10 juin 1985, préc.

fonction pour en avoir la charge[1]. Ils n'en sont pas moins responsables des actes pris dans l'exercice de ces fonctions[2].

1123. Le volet médical de la prévention des risques professionnels est porté à la fois par la médecine « professionnelle et préventive » et la médecine « statutaire »[3]. L'aptitude physique à l'embauche[4] et le contrôle des arrêts maladie[5] demeurent en effet de la compétence de médecins agréés par l'administration qui interviennent dans le cadre de leur activité libérale ou en tant que membres d'instances médicales collégiales comme la commission de réforme paritaire et le comité médical[6]. Les médecins agréés ne s'intéressent qu'à l'individu alors que les médecins de prévention[7] interviennent sur le poste de travail. Ces derniers délivrent le certificat d'aptitude à un poste, et exerce un suivi médical périodique qui est renforcé pour les publics vulnérables. Il est seul, avec le Comité médical et la Commission de réforme, à pouvoir prononcer l'inaptitude, au travers d'un rapport qui suit la saisine de ces instances.

1124. D'autres acteurs interviennent dans le cadre de la prévention des risques professionnels comme les ergonomes[8], désormais régulièrement recrutés directement dans les collectivités en tant qu'ingénieurs ou attachés. De manière générale, c'est tout un ensemble d'acteurs, spécialistes ou non, qui rassemble ses compétences pour éviter et traiter, de manière concertée,

---

[1] Pour les ACFI, voir art. 20, Loi n° 2007-209 du 19 février 2007 relative à la fonction publique territoriale, JORF n°44 du 21 février 2007, p. 3041.

[2] Sur ce point, voir S. CREVEL, « Responsabilité pénale en matière d'hygiène et de sécurité au travail dans les collectivités locales et les établissements hospitaliers », *Etude du CNRACL*, septembre 2013, Site : www.cnracl.retraites.fr, spéc. pp. 16-18.

[3] Pour la fonction publique territoriale, voir art. 57, Loi n° 84-53, 26 janvier 1984, préc. ; décrets n° 86-442 du 14 mars 1986, n° 87-602 du 30 juillet 1987, n° 2008-1191 du 17 novembre 2008. Ces médecins agréés assurent également « la médecine de normes » propre à certains métiers ayant des exigences spécifiques, comme les contrôleurs aériens de la direction générale de l'aviation civile.

[4] Il s'agit pour lui d'émettre un avis sur l'aptitude physique (médicale et psychophysiologique) aux fonctions et à l'emploi, mais pas au poste de travail dont il n'a pas connaissance, cette mission revenant au médecin de prévention.

[5] Le médecin agréé est sollicité dans le cadre de la médecine de contrôle afin de vérifier les demandes et les prolongations d'arrêts de travail, de congés maladie, et la réintégration du salarié. Son avis est ensuite validé par le Comité médical (ou la Commission de réforme) compétent pour une décision finale incombant au gestionnaire de l'agent.

[6] Art. 3, Décret n° 87-602 du 30 juillet 1987 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif à l'organisation des comités médicaux, aux conditions d'aptitude physique et au régime des congés de maladie des fonctionnaires, JORF du 1 août 1987 p. 8646. Ces instances formulent un avis sur les différents congés pour raison de santé. Voir, J.-L. CROZAFON, « Risques psychosociaux et souffrance au travail : vers un rapprochement du droit du travail et du droit de la fonction publique », *JCP Social*, n° 3, 21 Janvier 2014, p. 1024 et s.

[7] Art. 108-2, Loi n° 84-53 du 26 janvier1984, préc. Les médecins agréés peuvent aussi siéger dans les comités médicaux et dans les commissions de réforme compétente afin de proposer à l'administration un taux d'incapacité au titre des séquelles d'un accident de service ou d'une maladie survenue en service, ainsi que le cas échéant l'évaluation du taux d'invalidité entraînant la mise à la retraite anticipée ou de donner son avis sur les reclassements demandés.

[8] D. FRANÇOIS et A. FOSSIER, « Recrutement et maintien dans l'emploi des personnes handicapées », *Guide de l'employeur public*, FIPHFP, 2009, spéc. p. 125., Site : www.fiphfp.fr.

toutes les situations de danger en milieu professionnel. On constate à cet égard que le mode d'action institué par la loi est le même dans les secteurs public et privé.

1125. **Le mode d'action de la prévention contre les risques professionnels.** Pour être efficace, une action de prévention à l'égard d'un risque doit permettre d'en éviter les causes et d'en supprimer les effets. Pour en éviter les causes, l'action de prévention doit s'exercer à deux niveaux, primaire et secondaire[1], le premier étant composé de principes généraux et le second des processus d'accompagnement et de suivi des risques. Les principes généraux de la prévention sont définis par la directive n° 89/391/CE[2], repris à l'identique dans le code du travail[3]. Au nombre de neuf, ils donnent une ligne de conduite à tenir pour appréhender les risques professionnels[4]. Le législateur explicite également la méthode d'adaptation[5] aux risques qui consiste d'abord à les évaluer, avec une attention particulière pour « *l'impact différencié de l'exposition au risque en fonction du sexe* », puis à mettre en œuvre et à intégrer, « *dans l'ensemble des activités de l'établissement et à tous les niveaux de l'encadrement* », les actions et les méthodes « *garantissant un meilleur niveau de protection* »[6]. Les mesures secondaires, d'accompagnement et de suivi, ont justement pour objectif de saisir l'évolution des risques. Elles se traduisent par une surveillance médicale régulière de chaque agent[7], sur l'ensemble des conditions de travail, assurée par la médecine de prévention, avec une attention particulière et

---

[1] Pour les différents niveaux d'action, voir D. PICARD, « Prévention », », in P. ZAWIEJA et F. GUARNERI (sous la direction de), *Dictionnaire des risques psychosociaux*, Seuil, 2014, pp. 583-585, spéc. p. 583 ; voir aussi, Ministère de la réforme de l'Etat, de la décentralisation, et de la fonction publique, *Guide méthodologique d'aide à l'identification, l'évaluation et la prévention des risques psychosociaux dans la fonction publique*, Outils de la gestion des ressources humaines, Direction générale de l'administration et de la fonction publique, 2014, site : www.fonction-publique.gouv.fr, spéc. p. 12 et 32.

[2] Art. 6, § 2, Dir. n° 89/391/CE, préc.

[3] Art. L. 4121-2, Code du travail, (ex-art. L. 230-2, Code du travail créé par la loi n° 91-1414 du 31 décembre 1991 modifiant le code du travail et le code de la santé publique en vue de favoriser la prévention des risques professionnels et portant transposition de directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail, JORF n°5 du 7 janvier 1992 p. 319) auquel renvoie le décret n° 85-603 du 10 juin 1985 (préc.) applicable à la fonction publique territoriale.

[4] « *L'employeur met en oeuvre les mesures prévues […] sur le fondement des principes généraux de prévention suivants : 1° Eviter les risques ; 2° Evaluer les risques qui ne peuvent pas être évités ; 3° Combattre les risques à la source ; 4° Adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé ; 5° Tenir compte de l'état d'évolution de la technique ; 6° Remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux ; 7° Planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants […] ; 8° Prendre des mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures de protection individuelle ; 9° Donner les instructions appropriées aux travailleurs* ».

[5] Art. L. 4121-1, al. 3, Code du travail : « *L'employeur veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes* ».

[6] Art. L. 4121-3, al. 1 et 2, Code du travail.

[7] Art. 20 à 26-1, Décret n° 85-603 du 10 juin 1985, préc., tel que modifié par les décrets des 16 juin 2000, 14 avril 2008 et 3 février 2012.

obligatoire pour certains publics[1]. Elle établit un dossier médical incluant des fiches relatives à l'exposition des agents aux risques et des propositions d'amélioration[2] ainsi qu'un rapport annuel d'activité transmis à l'autorité et soumis pour avis au CHSCT ou au Comité technique.

1126. Lorsqu'un risque apparaît, il convient d'en diminuer les effets. A cette fin, un troisième niveau d'action, dit « tertiaire »[3], consiste à mettre en place des mécanismes d'urgence auxquels il convient d'ajouter la mesure de reclassement lorsque le travailleur n'est plus apte aux fonctions. Deux systèmes d'urgence sont institués[4] : le premier, destiné aux agents, leur permet, lorsqu'ils disposent d'un motif raisonnable de penser que leur situation de travail présente un danger grave et imminent, après en avoir avisé la hiérarchie immédiatement, de se retirer jusqu'au rétablissement de la situation ; le second appartient aux membres du CHSCT et s'articule autour d'une procédure d'alerte en cinq étapes[5] qui s'enclenche lorsqu'ils constatent l'existence d'un danger grave et imminent. Si les effets persistent, en dépit des aménagements possibles, au point d'engendrer chez l'agent une inaptitude à l'exercice des fonctions[6], il pourra faire l'objet d'une procédure de reclassement vers un poste adapté à son état de santé[7]. Celle-ci

---

[1] Ce sont les travailleurs handicapés, femmes enceintes, agents réintégrés après un congé de longue maladie ou de longue durée, agents occupant des postes soumis à surveillance médicale particulière ou comportant des risques spéciaux dont la liste est établie par le médecin de prévention en liaison avec le conseiller ou l'assistant de prévention.

[2] Si elles ne sont pas prises en compte par l'autorité locale, elles sont communiquées au CHSCT ou au Comité technique.

[3] Sur ce troisième niveau, voir D. PICARD, « Prévention », art. cit., p. 583-585, spéc. p. 583 ; Ministère de la réforme de l'Etat, de la décentralisation, et de la fonction publique, *Guide méthodologique d'aide à l'identification, l'évaluation et la prévention des risques psychosociaux dans la fonction publique*, op. cit., spéc. p. 12 et 32. Pour certains, il existerait aussi un niveau quaternaire ; cf. D. PICARD, « Prévention », art. cit. : « *ce niveau de prévention a été récemment redéfini comme la lutte contre les effets néfastes d'une surmédicalisation et contre les peurs engendrées par une surinformation sur les risques pour la santé* ». Les questions qu'il soulève peuvent également se poser à propos du risque de discrimination. La sensibilisation et l'information à outrance peuvent être la cause d'une surestimation du risque de discrimination lorsqu'elles ont pour conséquence de mettre en doute certaines inégalités de traitement objectivement justifiées mais qui paraissent néanmoins suspectes parce qu'elles touchent un individu ou un groupe discriminables. Il apparaît même que plus les inégalités se réduisent et plus la perception des discriminations augmente. Ce phénomène *a priori* paradoxal a été beaucoup documenté par les travaux de sociologie ; cf. F. DUBET, *Le temps des passions tristes. Inégalités et populisme*, Seuil, La République des idées, 2019, spéc. p. 55 et s. ; F. DUBET, O. COUSIN, E. MACE, et S. RUI, *Pourquoi moi ? L'expérience des discriminations*¸ Seuil, 2013.

[4] Art. 5-1 à 5-4, Décret n° 85-603 du 10 juin 1985, préc.

[5] Les cinq étapes sont : 1/ l'avertissement de la hiérarchie ; 2/ l'inscription au registre des dangers graves et imminents ; 3/ l'enquête immédiate et conjointe avec l'autorité territoriale ; 4/ en cas de divergence, le CHSCT se réunit dans les 24 heures avec l'ACFI, éventuellement l'inspecteur du travail ; 5/ si le désaccord persiste, l'autorité territoriale ou la moitié des représentants titulaires du personnel peuvent demander l'intervention de l'inspecteur du travail.

[6] La collectivité demande l'avis du médecin de prévention ou du comité médical lorsque l'agent sort d'un long congé – « ordinaire » ou pour maladie – ou pour les demandes de temps partiel thérapeutiques. Ces avis, qui ne lient pas l'administration, peuvent être contestés auprès du comité médical hiérarchiquement supérieur.

[7] Tant que l'inaptitude n'a pas été constatée, l'employeur ne peut pas tenir compte de l'état de santé de l'agent pour le changer de poste ; cf. HALDE, délibération n° 2009-134 du 16 mars 2009 ; TA Rouen, 9 juillet 2009, n° 0700940, « Thely », *AJFP*, 2009, p. 309, concl. C. GUILLET-VALETTE : le jugement mentionne la délibération de la HALDE. Voir aussi, CAA Paris, 4 juillet 2013, n° 10PA05470, « M. A. ». Voir not., F. HEAS, « L'inaptitude

nécessite de réaliser des diagnostics préalables[1] et d'établir un projet de reclassement en coordination avec les acteurs du maintien dans l'emploi, en négociation avec le chef de service ou le responsable opérationnel[2]. Une fois la situation cadrée, notamment sur le plan légal[3], la collectivité met en place les moyens de traitement et de suivi des demandes avant d'établir les mesures préparatoires à l'entrée en poste (visite médicale de pré-reprise ou bilan professionnel par exemples). Il s'agit ensuite d'aménager les conditions de travail de l'agent en fonction de sa situation[4], en concertation avec la plupart des acteurs de la prévention[5].

1127. La procédure de gestion de l'inaptitude permet de protéger tous les agents contre la dégradation de leurs conditions de travail et plus particulièrement ceux dont l'état de santé est fragile ou en situation de handicap. S'agissant des risques psychosociaux, il est plus rare qu'ils soient la cause d'un reclassement. Pour autant, ils font l'objet d'un intérêt grandissant de la part des autorités en général, et des collectivités territoriales en particulier, notamment en ce qu'ils sont la conséquence de faits ou de comportements discriminatoires.

---

physique du travailleur salarié et du fonctionnaire territorial : un exemple d'hybridation entre droit privé et droit public », *JCP Adm.*, 2003, p. 2161.

[1] Le bilan de compétences, effectué selon une approche pluridisciplinaire, comme le recensement des futurs postes qui pourraient s'adapter au travailleur, font partie de ce diagnostic ; cf. par ex., ville de la Roche-sur-Yon, ville de Nanterre, et Conseil général de Seine-et-Marne, cf. site Emploi-collectivité.fr, *L'emploi des personnes en situation de handicap dans les collectivités territoriales*, Synthèse de l'enquête nationale réalisée en 2011-2012, op. cit., p. 20.

[2] Pour les métiers pénibles, François DELUGA, proposait « *la création d'une situation statutaire de "*reclassement professionnel*" et l'instauration d'un "*contrat individuel de réorientation professionnelle" ad hoc *entre l'agent concerné, la collectivité territoriale et le CNFPT […]. Avec un tel dispositif, l'objectif serait de passer d'une logique passive de reclassement à une logique active, dans laquelle l'agent est pleinement acteur de sa reconversion professionnelle en phase avec le besoin de compétences des collectivités* » ; cf. F. DELUGA, *Quelle fonction publique territoriale pour réussir la décentralisation ?*, 46 propositions du CNFPT, 2013, p. 20 : « proposition 37 ».

[3] En effet, l'inaptitude au service peut souvent découler d'un accident de service qui permet de faire prendre en charge par l'administration l'ensemble de la procédure de reclassement ; cf. Cir. Direction générale de l'Administration et de la Fonction publique n° FP 4 n° 1711 du 30 janvier 1989 relative à la protection sociale des fonctionnaires et stagiaires de l'Etat contre les risques maladie et accidents de service, BO Premier ministre du 31 mars 1989, BO n° 1989-01.

[4] L'aménagement peut consister en une adaptation des horaires ou des rythmes de travail notamment par le télétravail, une adaptation des lieux de travail, des outils, voire des consignes, ou des aides humaines et techniques. Certains protocoles prévoient que l'agent puisse garder le matériel mis à sa disposition lors de la première adaptation de poste.

[5] Les acteurs concertés peuvent être l'ergonome, le médecin de prévention, les organismes spécialisés comme l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de traval ou l'Association de gestion du fonds pour l'insertion professionnelle des handicapés, et les CHSCT dont la compétence comprend les mesures d'adaptation.

2) *Les actions contre les risques professionnels discriminatoires*

1128. La gestion des risques psychosociaux présente un double intérêt pour notre étude. D'une part, plusieurs auteurs[1] ont fait part du contexte spécifique de la fonction publique territoriale : les agents, soumis à des règles particulières de probité et de déontologie, placés dans une situation de proximité avec les usagers et les élus, sont souvent l'objet d'injonctions paradoxales qui les placent dans une situation de vulnérabilité au regard de la lutte contre les discriminations[2]. D'autre part, parmi les risques psychosociaux, les faits de harcèlements ont pris une importance centrale[3] et la discrimination, *stricto sensu*, commence progressivement à être appréhendée de manière autonome.

1129. **La prévention des faits de harcèlement dans les collectivités territoriales.** La lutte contre le harcèlement a bénéficié de la jurisprudence sur les risques professionnels psycho-sociaux[4]. Les développements récents[5] des politiques de lutte contre les risques psychosociaux et la souffrance au travail ont aligné les exigences soumises aux collectivités sur celles des entreprises autour de textes communs[6] ou aux rédactions similaires. Le traitement des risques psychosociaux se fait sur la base du droit commun des accidents physiques[7], en dépit de leur spécificité et de la difficulté de les évaluer[8].

---

[1] Voir par ex., A. DURIEZ, *Le harcèlement moral dans l'administration. Spécificités, enjeux et issues*, éd. du Papyrus, Montreuil, 2005 ; M. LEDOUX et J. EL BERRY, « De la sécurité physique des travailleurs à la gestion des risques psychosociaux », *AJCT*, 2013.

[2] M. DORIAC, « Prévention des risques psycho-sociaux : la fonction publique a encore du chemin à parcourir », *La Gazette*, 24 février 2016 ; G. GINIBRIERE, Baromètre « La Gazette » - MNT : « Alerte sur le bien-être au travail », *La Gazette*, 27 octobre, 2017. Voir supra, n° 962 et s.

[3] Sous l'impulsion des directives de lutte contre les discriminations incluant les faits de harcèlement, ceux-ci sont apparus, de manière spécifique en tant que risques professionnels dans la législation nationale. L'article L. 4121-2 du code du travail indique ainsi au point 7° que l'employeur doit « *planifier la prévention en y intégrant, […] notamment les risques liés au harcèlement moral* (inséré en 2002) *et au harcèlement sexuel* (inséré en 2012), *tels qu'ils sont définis aux articles L. 1152-1 et L. 1153-1, ainsi que ceux liés aux agissements sexistes* (inséré en 2016) *définis à l'article L. 1142-2-1* ».

[4] Voir, T. AUBERT-MONPEYSSEN et M. BLATMAN, « Les risques psychosociaux au travail et la jurisprudence française : la culture de la prévention », *Droit social*, 2012 p. 832, n° 3.

[5] Pour le secteur privé, voir l'Accord national interprofessionnel du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail (site : www.dgdr.cnrs.fr) faisant suite à plusieurs directives européennes et à un précédent Accord national interprofessionnel du 2 juillet 2008 sur le stress au travail (site : www.journal-officiel.gouv.fr). Pour le secteur public, cf. Décret n° 2012-170 du 3 février 2012, préc. modifiant le décret n° 85-603 du 10 juin 1985, préc. ; Cir. Direction générale des Collectivités locales n° INTB1209800C du 12 octobre 2012 ; Protocole d'accord relatif à la prévention des risques psychosociaux dans la fonction publique, signé le 22 octobre 2013 (site : www.fonction-publique.gouv.fr) par six des huit organisations syndicales représentatives, qui fait suite à l'Accord du 20 novembre 2009 sur la santé et la sécurité au travail dans la fonction publique (site : www.fonction-publique.gouv.fr) et préfigure un futur accord sur la qualité de vie au travail en cours de négociation.

[6] Partie IV, livres 1 à 5, Code du travail : « Santé et sécurité au travail ».

[7] Ibid., art. L. 4121-1 : « *l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* ».

[8] J.-L. CROZAFON, « Risques psychosociaux et souffrance au travail : vers un rapprochement du droit du travail et du droit de la fonction publique », *JCP Sociale*, n°3, 21 janvier 2014, p. 1024 et s., n° 1 et 2.

1130. La protection des salariés contre les harcèlements moral et sexuel oblige la collectivité territoriale à prendre toutes les dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement[1] et faire en sorte qu'aucun de ses salariés ne subisse des agissements répétés de harcèlement moral[2], au risque de devoir réparer les préjudices liés à ces manquements[3]. Une référence aux dispositions pénales doit être faite dans le règlement intérieur lorsqu'il y en a un[4]. Les collectivités doivent évaluer l'ensemble des risques psychosociaux, consignés dans le document unique et élaborer un plan de prévention sur cette base[5] qui doit notamment proposer des actions pour lutter contre les harcèlements moral et sexuel. Dès que l'employeur est informé d'une souffrance, il doit réaliser une enquête interne, solliciter un rapport du médecin de prévention et prendre les mesures nécessaires pour éviter que l'état de santé de l'agent ne s'aggrave[6].

1131. Au-delà des obligations légales, une circulaire ministérielle[7] préconise aux employeurs de prendre toutes les mesures de diffusion, présentation et sensibilisation pour une information effective des salariés sur la législation applicable au harcèlement, de mettre en œuvre des formations visant à améliorer la connaissance, la prévention et l'identification des phénomènes de harcèlement, et prendre des mesures appropriées pour faciliter le repérage des faits de harcèlement. Ce rôle est d'autant plus nécessaire que les conditions restrictives de mise en œuvre du droit de retrait, notamment sur le caractère imminent du danger, peuvent constituer une difficulté pour les victimes de harcèlement moral qui implique des agissements répétés et une certaine continuité[8]. Le CHSCT (et à défaut les délégués du personnel) est consulté sur les mesures de prévention et peut également faire des propositions pour lutter contre le harcèlement[9]. La circulaire n° SE1 2014-1 du 4 mars 2014 relative à la lutte contre le harcèlement dans la fonction publique rappelle aussi le rôle de conseil auprès de l'employeur

---

[1] Art. L. 1152-4, Code du travail.
[2] Ibid., art. L. 1152-1.
[3] Cass. Soc., 6 juin 2012, n° 10-27.694.
[4] Art. L. 1321-2, Code du travail.
[5] Le contenu concret de ces risques est décrit au travers de grandes « familles » : les exigences du travail et son organisation, le management et les relations de travail, la prise en compte des valeurs et des attentes des agents, les changements dans le travail, etc. Voir, Décret n° 85-603, 10 juin 1985, préc.
[6] CE, 19 novembre 1997, n° 151732.
[7] Cir. Direction générale du travail n° 2012-14 du 12 novembre 2012.
[8] CE, 16 décembre 2009, n° 320840.
[9] Cir. n° SE1 2014-1 du 4 mars 2014 relative à la lutte contre le harcèlement dans la fonction publique rappelle que l'article 51 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique indique (JORF du 30 mai 1982 page 1737) que « *le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail contribue en outre à la promotion de la prévention des risques professionnels et suscite toute initiative qu'il estime utile dans cette perspective conformément à l'article L. 4612-3 du même code. Il peut proposer notamment des actions de prévention du harcèlement moral et du harcèlement sexuel* ».

que peuvent jouer les services de santé au travail[1]. Bien souvent, l'existence de mécanismes interne de traitement spécifique des cas de harcèlement constitue la meilleure façon de traiter les risques de harcèlement[2].

1132. Il est intéressant de noter que l'accord national interprofessionnel du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail rappelle expressément que « *certaines catégories de salariés peuvent être affectées plus particulièrement par le harcèlement et la violence en raison de leur origine, de leur sexe, de leur orientation sexuelle, de leur handicap, ou de la fréquence de leur relation avec le public. En effet, les personnes potentiellement exposées à des discriminations peuvent être plus particulièrement sujettes à des situations de harcèlement ou de violence au travail* »[3]. Ce faisant, il établit un rapport direct entre discrimination et harcèlement en considérant que les publics discriminés sont aussi plus facilement harcelés. Il fait par ainsi de la particulière vulnérabilité de ces publics dans l'environnement de travail qui pourrait nécessiter, selon le DDD, des mesures spécifiques.

1133. **La prévention des faits de discrimination dans les collectivités territoriales.** La discrimination fait partie des risques psychosociaux identifiés par certains auteurs[4]. Toutefois, son régime demeure commun à celui des risques professionnels ; les actions préconisées sont proches de celles qui s'appliquent aux faits de harcèlement et, plus généralement, aux risques psychosociaux[5]. Dans sa dernière note, le DDD met en exergue les mécanismes internes aux collectivités territoriales permettant de traiter les faits de discrimination.

1134. Le Défenseur des droits rappelle l'opportunité donnée par l'article 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016[6] qui prévoit une obligation de mettre en place des « *procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel* »[7] afin d'établir une procédure interne de traitement des discriminations. A cet égard, il recommande de nommer un.e référent.e pour traiter ces signalements, avec des moyens suffisants, par son positionnement, sa compétence, et son autorité, pour assurer efficacement sa mission, en toute

---

[1] Ibid. Voir aussi, art. L. 4622-2, Code du travail.

[2] Voir not., R. COLSON et J.-M. POITTEVIN, « La procédure interne, nouveau remède au harcèlement ? Brèves remarques sur le traitement juridique de la souffrance au travail », *Revue de droit du travail*, 2012, p. 80 et s.

[3] Accord national interprofessionnel du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail, site : www.dgdr.cnrs.fr.

[4] Voir par ex., M. MINE, « Discrimination », in P. ZAWIEJA et F. GUARNERI (sous la direction de), *Dictionnaire des risques psychosociaux*, Seuil, 2014, pp. 212-214 ; S. ROUSSEL, « Prévenir les risques psycho-sociaux en entreprise », *AJ Pénal*, 2010, p. 526.

[5] DDD, *Agir contre les discriminations et le harcèlement dans la fonction publique territoriale*, 9 Fiches pratiques, novembre 2017, site : www.defenseurdesdroits.fr, pp. 60 et s.

[6] JORF n° 0287 du 10 décembre 2016.

[7] Décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'Etat, JORF n° 0093 du 20 avril 2017.

neutralité[1]. Ce référent pourra s'appuyer, en les adaptant à la collectivité, sur les huit recommandations émises par la HALDE à propos des dispositifs d'alerte internes proposés au secteur privé[2] : respecter les critères d'autorisation définis par la Commission nationale de l'informatique et libertés[3], asseoir la légitimité du dispositif, faciliter l'accès au dispositif et garantir son indépendance, faire connaître le dispositif et garantir son efficacité, garantir un traitement impartial et juridique de l'alerte, garantir une protection de l'ensemble des salariés concernés par le dispositif, garantir un traitement effectif des alertes, mettre en place un suivi statistique annuel sur la perception des discriminations et de la lutte contre les discriminations, ainsi qu'un audit régulier de l'organisation et du fonctionnement du dispositif.

1135. Concrètement, la victime et/ou un témoin peut saisir le dispositif par des modes de signalement divers qui doivent garantir la confidentialité des documents, l'anonymat des saisissants et la protection contre les mesures de rétorsions[4]. La situation peut faire l'objet de mesure provisoires en cas d'urgence, d'une médiation, voire d'une sanction disciplinaire. Trois collectivités sont mises en avant[5]. Le Conseil départemental de Seine-Saint-Denis a mis en place fin 2014 une « Cellule Egalité au travail » permettant aux agents ainsi qu'aux candidats externes à un recrutement de déposer une réclamation soit directement soit auprès d'un prestataire extérieur qui effectuera l'accompagnement. La cellule décide d'un plan d'actions (par exemple une enquête interne, médiation, sanction disciplinaire, etc.) et contrôle la mise en œuvre de ses préconisations. A Nantes, il existe une cellule « Alerte discrimination » d'écoute et de traitement des discriminations. Les dossiers font l'objet d'un suivi par une commission interne. Enfin, la ville et l'agglomération de Mulhouse ont nommé et formé des référents « diversité » dans cinq pôles de l'administration chargés d'effectuer des médiations en cas de signalement.

1136. On retrouve des mécanismes similaires en matière de harcèlement[6], ou plus généralement pour le traitement des risques psychosociaux[7]. On note d'ailleurs que l'employeur

---

[1] Pour assurer la neutralité du traitement, il convient de limiter le nombre d'intervenants, de les former et de les choisir à un niveau élevé d'indépendance et de légitimité dans la collectivité en fonction de leurs compétences relationnelles. Ils doivent se dessaisir en cas de conflits d'intérêt et avoir si besoin recours à un prestataire extérieur.

[2] DDD, décision n° MLD-2015-151 du 2 juillet 2015 relative aux dispositifs d'alerte interne de lutte contre les discriminations au regard de la protection des droits des salariés, Recommandations générales sur les dispositifs d'alerte professionnelle dans le cadre de l'article 25 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011, site : www.defenseurdesdroits.fr.

[3] Voir, DDD, *Orientation et protection des lanceurs d'alerte*, Guide, 2017, site : www.defenseurdesdroits.fr

[4] Art. 6, al. 5, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, préc.

[5] DDD, *Agir contre les discriminations et le harcèlement dans la fonction publique territoriale*, op. cit., p. 68.

[6] Voir par ex., V. FELTESSE, *Egalité femme/homme dans les territoires : état des lieux des bonnes pratiques dans les collectivités locales et propositions pour les généraliser*, Rapport à la Min. des Droits des femmes, 25 juin 2013, site : www.femmes.gouv.fr, p. 35.

[7] Voir par ex., CAA Versailles, 24 mai 2017, n° 16VE0125.

public n'est pas obligé d'afficher les dispositions du code pénal en matière de discrimination pas plus que pour les cas de harcèlements[1]. En dehors de cette particularité, les régimes de protection des risques psychosociaux sont particulièrement proches dans les secteurs public et privé. Ils suivent la même tendance consistant à une prise en charge croissante de ces risques grâce à une conception extensive de la notion de santé mentale[2].

1137. Cette extension de la prévention des risques professionnels peut laisser croire que « *plus qu'une obligation de sécurité, l'employeur est devenu débiteur d'une obligation de bien-être au travail, dont le salarié [serait] devenu un fervent consommateur* »[3]. Bien qu'exagérée, la formule traduit néanmoins une tendance affirmée à la prise en charge croissante de l'ensemble des conditions de vie et des trajectoires de l'existence, par les autorités publiques au premier titre, puis, de manière secondaire à la sphère privée[4]. Les collectivités territoriales, dans leur fonction de régulateur du social, sont placées en première ligne pour assurer la réduction du risque de discrimination qui pèse dans certains territoires[5].

Section 2: La réduction du risque dans la fonction de régulateur

1138. Les collectivités territoriales sont, en tant que régulatrices des activités pertinentes sur leur territoire[6], des acteurs majeurs de la réduction du risque de discrimination à l'égard des administrés. Les mesures adoptées dans ce but, affiché ou implicite, sont particulièrement diversifiées, dans leurs fondements, leur étendue, et leur nature, dès lors qu'on les envisage

[1] Cir. n° SE1 2014-1 du 4 mars 2014 relative à la lutte contre le harcèlement dans la fonction publique.

[2] Les juges appliquent désormais à la santé mentale les obligations de passer des visites médicales (cf. Cass. Soc., 28 février 2006, n° 05-41.555, *D.*, 2006. 745, obs. E. CHEVRIER ; Cass. Soc., 13 décembre 2006, n° 05-44.580, *D.*, 2007, p. 85), d'être reclassé en cas d'inaptitude (cf. Cass. Soc., 20 septembre 2006, n° 05-42.925) ou encore « *de veiller au maintien de [la] capacité [du travailleur] à occuper un emploi* » (cf. Cass. Soc., 23 octobre 2007, n° 06-40.950, *D.*, 2007, 2874, obs. L. PERRIN).

[3] M. LEDOUX et J. EL BERRY, « De la sécurité physique des travailleurs à la gestion des risques psychosociaux », *AJCT*, 2013, p. 16 et s.

[4] Cette façon de penser la relation avec la société s'explique par le mouvement d'individualisation causé par l'entrée dans la modernité. En émancipant les individus des structures sociales traditionnelles que sont la paroisse, la famille ou l'entreprise, elle a créé une relation de dépendance envers l'Etat qui s'immisce dans des pans de plus en plus importants de la vie privée (cf. voir U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, 2008, p. 273 et s.).

[5] Ulrich BECK montre comment la crise de l'Etat-providence a poussé les individus à chercher de nouvelles formes de solidarité qu'ils vont trouver dans ce qu'il appelle la « subpolitique » (cf. ibid., p. 399 et s.). Les collectivités territoriales sont à l'interface entre l'Etat et les institutions européennes d'une part et la société civile et les composantes de la subpolitique.

[6] Pour reprendre les termes de l'article 29 de la Charte européenne pour l'égalité des femmes et des hommes dans la vie locale, Conseil des communes et régions d'Europe, mai 2006.

sous une approche intégrée. Pour rappel, « *cette approche consiste à ne plus limiter les efforts contre les discriminations à la mise en place de mesures ou actions spécifiques, mais à penser la transversalité, dans un objectif de transformation sociale* »[1]. Aussi, pour dresser un panorama des actions menées par les collectivités territoriales en tant que régulatrices du social, il convient d'y inclure l'ensemble des décisions qui participent à un titre ou à un autre à la réduction du risque de discrimination soit en attribuant des avantages particuliers à certains publics soit en élargissant les publics concernés par une action. Il est alors possible de distinguer, parmi les mesures de réduction du risque de discrimination au niveau local, l'approche spécifique de la régulation sociale (§1), de l'approche universelle qui cherche à élargir le champ d'application d'une action, prestation ou décision, au plus grand nombre (§2).

§1) L'approche spécifique de la régulation sociale

1139. L'approche spécifique de la régulation sociale implique d'adopter des mesures d'action positive à l'égard des membres d'un groupe social. L'action positive apparaît, à ce titre, comme « *une catégorie particulière de discrimination justifiée mise en œuvre par une politique volontariste et dont l'objectif est la réduction d'une inégalité* »[2]. Lorsqu'elle devient une politique publique à part entière, l'approche spécifique se matérialisent par deux types de construction du problème public[3] : les politiques de régulation descendantes dites « top-down » qui supposent l'élaboration d'une stratégie au niveau national pour se déployer au niveau local (A) et les politiques de régulation ascendantes dites « bottom-up » ou les mesures s'appuient sur les demandes et les expériences remontées des territoires (B).

[1] S. SAÏD MOHAMED et E. PERICARD, *Intégrer la lutte contre les discriminations dans les contrats de ville*, Fiches méthodologiques, site : www.villesaucarre.fr, 2015, p. 7.
[2] CE, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, EDCE n° 48, La documentation française, 1997, p. 87. Selon Gwénaële CALVES, les politiques de discrimination positive françaises s'articulent autour de trois spécificités : l'ignorance vis-à-vis du groupe, qui s'exprime par des mesures principalement individuelles ; une justification sociale nécessaire à chacune pour exister ; l'absence de considération pour les règles du marché (cf. G. CALVES, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, pp. 29-40).
[3] Sur ces deux types de politiques de régulation d'un problème public, en l'espèce écologique, voir J. DIAMOND, *Effondrement : Comment les sociétés décident de leur disparition ou de leur survie*, trad. A. BOTZ et J.-L. FIDEL, Gallimard, coll. « Folio essais », n° 513, 2009.

A) Les politiques de régulation descendante – « Top-down »

1140. Les politiques de régulation descendantes mettent en place un schéma directif élaboré au niveau national et actionné par la hiérarchie. Les collectivités territoriales sont ici des échelons « subordonnés » ayant pour fonction de mettre en forme, d'exécuter, et d'adapter les consignes prescrites. En matière d'égalité et de non-discrimination, on constate que certains problèmes publics ont été traités efficacement par ce type de politiques (1). D'autres sujets, mal traités, ont finalement donné lieu à la création de nouvelles situations de discrimination, créant ainsi un nouveau risque de discrimination dont les enjeux sont traités au niveau national (2).

1) Le traitement d'un problème public national

1141. L'exemple qui nous paraît topique en matière de politique descendante est constitué par la politique du handicap. Construite au niveau national, elle présuppose que le problème du handicap soit le même sur tout le territoire. Ce faisant, le législateur détermine précisément les droits des bénéficiaires visés et les obligations des intervenants. Les autorités nationales appréhendent le problème de façon transversale ; un ministre ou un secrétaire d'Etat veille à cet effet. La mise en œuvre des décisions est confiée à l'ensemble des administrations territoriales, de l'Etat comme des collectivités territoriales, avec le département comme autorité pilote. L'exemple du handicap peut être rapproché de celui de l'égalité femmes-hommes.

1142. **La politique du handicap.** Les politiques publiques en faveur du handicap sont ancrées dans le paysage politique[1] au point qu'elles font l'objet d'un « *consensus moral [qui] ne questionne plus aujourd'hui la légitimité de ses ressortissants, pour autant qu'ils soient administrativement reconnus comme* "personnes handicapées" *donc éligibles à une forme de compensation socio-économique – dont l'étendue pourra toutefois faire débat* »[2]. Ce consensus « *s'est accompagné d'un décloisonnement politique du secteur du handicap* » qui est désormais institué « *comme question transversale pour l'action publique* »[3]. Ses orientations s'adressent néanmoins, à titre principal, au domaine médico-social. En cela, elle s'inscrit d'avantage dans une démarche de compensation des inégalités sociales que dans la recherche d'une

[1] Certaines mesures peuvent même remonter au Haut-Moyen-Age comme l'édification des premiers « Hôtels-Dieu » ; cf. www.vie-publique.fr.
[2] P.-Y. BAUDOT, C. BORELLE, et A. REVILLARD, « Politiques du handicap. Introduction », *Terrains & travaux*, n° 23, 2013/2, pp. 5-15, spéc. p. 6.
[3] Ibid.

représentation politique[1].Sa mise en œuvre se décline dans toutes les politiques de droit commun avec un fort tropisme pour la matière sociale. A ce titre, le niveau départemental a été désigné comme échelon de coordination de l'action commune en matière de handicap.

1143. La politique du handicap, apparue dans les années 1980, sous l'impulsion du législateur, se définit autour de trois grands principes : compensation[2], accessibilité, et obligation d'emploi. Sur la base de ces trois axes transversaux[3], les objectifs sont déclinés dans chaque politique sectorielle de droit commun. La logique de compensation apparaît dès la loi d'orientation en faveur des personnes handicapées du 30 juin 1975 dont l'ambition était de former un « *ensemble cohérent de droits, de services, de prestations, de procédures et d'institutions couvrant les principaux aspects de la vie des personnes handicapées* »[4]. Elle crée, à cet fin, « *une obligation nationale de solidarité à leur égard* »[5]. Les orientations de la politique actuelle sont fixées principalement par la loi n° 2005-102 qui, en plus d'élargir la notion de handicap et donc des bénéficiaires des avantages liés au régime[6], intègre la lutte contre les discriminations dans l'emploi comme un élément essentiel de cette politique[7]. Elle crée aussi les maisons

---

[1] En plus de ces compétences sur le fond, la loi de 2005 comprend un volet participatif qui préfigure une dimension plus politique de la question du handicap ; cf. Art. 71 à 80, Loi n° 2005-102 du 11 février 2005, préc. : Titre VI – Citoyenneté et participation à la vie locale.

[2] La logique de compensation consiste à compenser autant que possible les effets du handicap sur la vie de la personne. La loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (JORF du 18 janvier 2002 p. 1008) a étendu encore les domaines dans lesquels doit s'exercer l'obligation nationale de solidarité et posé le principe d'un droit à compensation des conséquences du handicap ; cf. Exposé des motifs, al. 2, Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF n° 36 du 12 février 2005 p. 2353. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de soins (JORF du 5 mars 2002 page 4118) a elle-même réaffirmé que « *toute personne handicapée a droit, quelle que soit la cause de sa déficience, à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale* ». Voir, art. L. 114-1-1, Code de l'action sociale et des familles, créé par art. 11, Loi n° 2005-102 du 11 février 2005, préc.

[3] Cir. du 4 septembre 2012 sur la prise en compte du handicap dans les projets de loi. Pour le niveau européen, voir, Communication de la Commission européenne, « Égalité des chances pour les personnes handicapées : un plan d'action européen », COM/2003/0650.

[4] Exposé des motifs, al. 1er, Loi n° 2005-102 du 11 février 2005, préc. Cet objectif a ensuite été relayé dans différentes lois relatives à l'emploi (cf. loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés, JORF du 12 juillet 1987 p. 7822), à l'éducation (cf. art. 1er, al. 6, Loi n° 89-486 du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation, JORF du 14 juillet 1989 p. 8860) et à l'accessibilité de différents lieux de vie et de travail (cf. loi n° 91-663 du 13 juillet 1991 portant diverses mesures destinées à favoriser l'accessibilité aux personnes handicapées des locaux d'habitation, des lieux de travail et des installations recevant du public, JORF n° 0167 du 19 juillet 1991 p. 9531).

[5] Ibid.

[6] Art. L. 114-1, Code de l'action sociale et des familles : « *constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant* ».

[7] La loi améliore aussi le droit à compensation par le financement du projet de vie, la scolarité par l'insertion en milieu ordinaire, et l'accessibilité par la création d'un environnement pour tous. Concernant le projet de vie, il est intéressant de noter que l'article 89 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé (JORF n° 0022 du 27 janvier 2016) modifie l'article L. 114-1-1 du code de l'action sociale et des familles pour intégrer la logique de compensation et une approche « globale » des plans d'accompagnement personnalisés.

départementales des personnes handicapées, dont la gestion et une partie du financement revient aux départements[1] en tant que chefs de file de l'action sociale[2].

1144. Dans sa mise en œuvre, la politique du handicap dispose d'organes spécifiques, qui sont les relais d'instruments normatifs, en vue de coordonner l'action sur le territoire. Sur le plan institutionnel, il existe au niveau national le Conseil national consultatif des personnes handicapées, qui comprend des représentants des collectivités territoriales et des associations de personnes et de gestionnaires d'institutions[3]. Au niveau local, les MDPH tiennent lieu de guichet unique[4]. Elles comprennent notamment les commissions des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH), auxquelles participent les associations compétentes pour l'attribution des droits de la personne handicapée[5]. On trouve aussi, dans les collectivités qui le souhaitent, des correspondants (référents) « handicap », ou des missions ou cellules dédiées au handicap[6]. Sur le plan juridique, la politique du handicap se décline dans des plans et schémas définis aux niveaux national[7], régional, et départemental. L'élaboration du schéma départemental d'organisation sociale et médico-sociale (SDOSMS) est une obligation légale[8]

---

[1] Les départements sont en charge de l'admission et de la prise en charge de l'aide sociale aux personnes handicapées. A titre spécifique, les départements s'occupent aussi de la prise en charge du handicap dans les transports scolaires, les communes de l'accueil des enfants et adolescents dans les crèches, écoles et dans toutes les structures extra et parascolaires (cantines, centres de loisirs, activités sportives…), et les régions de l'accès à la formation professionnelle et du financement de projets en matière, notamment, d'accès à la culture, au tourisme, ou au sport. L'aide versée par les départements, à travers les MDPH, est constituée de la prestation de compensation du handicap qui remplace progressivement l'allocation compensatrice pour tierce personne. Elle s'ajoute à l'allocation pour adulte handicapé ou à l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé et aux autres compléments possibles. De manière accessoire, et au même titre que les régions et les communes, les départements sont responsables de l'accessibilité à la voirie dont ils ont la charge ainsi que de la scolarisation des élèves dans les établissements qui dépendent de son autorité (les collèges).

[2] La loi n° 2004-809 du 13 aout 2004 relative aux libertés et responsabilités locales (JORF n° 190 du 17 août 2004 page 14545) a consacré le Département comme chef de file de l'action sociale. La loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation de la République (JORF n° 0182 du 8 août 2015 p. 13705) a renforcé les compétences de la collectivité départementale dans ce domaine.

[3] Il contribue, par ses avis, à la définition des orientations nationales. Voir, Loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées (JORF du 1er juillet 1975 p. 6593) ; voir, art. L. 146-1 et D. 146-1 à D. 146-9, Code de l'action sociale et des familles. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de soins (préc.) a élargi ses missions et en a renouvelé la composition.

[4] Leur rôle est d'accueillir les personnes en situation de handicap, de les informer, d'instruire et d'évaluer leurs besoins. Elles regroupent toutes les compétences impliquées actuellement dans l'accompagnement des personnes en situation de handicap : celles du Conseil général, de la Direction départementale des affaires sanitaires et sociales (DDASS), de la Direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (DDTEFP), des Caisses d'allocations familiales (CAF), des Caisses primaires d'assurance maladie (CPAM) et de l'inspection académique.

[5] Le législateur a également institué les commissions communales et intercommunales pour l'accessibilité des personnes handicapées (cf. art. 46, Loi n° 2005-102 du 11 février 2005, préc.) et les conseils départementaux consultatifs des personnes handicapées, auxquels participent les associations.

[6] Emploi-collectivité.fr, *L'emploi des personnes en situation de handicap dans les collectivités territoriales*, Synthèse de l'enquête nationale réalisée en 2011-2012, site : www.emploi-collectivites.fr, pp. 18-19.

[7] Voir par ex., Secrétaire d'Etat chargé de la solidarité, *Sur le bilan et les orientations de la politique du handicap*, Rapport du Gouvernement au Parlement, remis le 12 février 2009, site : www.ladocumentationfrancaise.fr, p. 119.

[8] Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 renovant l'action sociale et médico-sociale, JORF du 3 janvier 2002 p. 124 ; Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, JORF n° 190 du 17 août 2004 p.

et réglementaire dont un volet est consacré à l'autonomie et aux personnes handicapées[1]. Ce schéma constitue un outil de planification, en articulation avec le Programme interdépartemental d'accompagnement de la perte d'autonomie (PRIAC) et dans le respect des dispositions du schéma régional[2] et des orientations nationales[3]. A l'intérieur de chaque collectivité, des actions facultatives sont possible allant de la signature d'une charte d'engagement[4], à la normalisation des pratiques qui peut faire l'objet d'un label[5] ou d'une certification[6].

1145. Le mode d'action établi par la politique du handicap présente un aspect attractif pour les autres politiques médico-sociale, à l'instar de la politique du vieillissement[7] qui s'articule entre l'aide sociale légale, coordonnée par les départements[8], et l'action sociale facultative mise en place par les collectivités territoriales[9]. On retrouve des dispositifs identiques pour les politiques d'égalité entre les femmes et les hommes au niveau local. En revanche, alors que la politique du handicap se décline principalement au niveau départemental la politique d'égalité femmes-hommes n'est l'apanage d'aucune collectivité en particulier.

1146. **Les politiques d'égalité femmes-hommes.** Moins ancienne que la question du handicap, la question de l'égalité entre les femmes et les hommes est moins consensuelle. Elle se caractérise en France par une double dimension politique – à travers la mise en place de quotas – et sociales – par la prise en charge de la parentalité[10]. Depuis 2014, la politique d'égalité femmes-hommes se conçoit selon une approche intégrée[11] qui implique l'« *l'Etat et*

14545 ; Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JORF n° 0167 du 22 juillet 2009 p. 12184.

[1] Art. L. 312-4 et L. 312-5, Code de l'action sociale et des familles. Il est arrêté par le Président du Conseil départemental après concertation avec le représentant de l'État dans le département, de l'Agence régional de santé (cf. Art. L. 1432-1, 2°, Code de la santé publique) ainsi que du Conseil départemental de la citoyenneté et de l'autonomie (CDCA ; cf. art. D. 312-193-6, Code de la santé publique). Dans la même idée, l'amélioration de l'accessibilité des services aux publics est fixée dans des schémas départementaux qui s'étendent au-delà du handicap à tous les usagers ; cf. art. 98, Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, préc.

[2] Il s'agit du schéma régional d'organisation médico-social de l'Agence régional de santé.

[3] Ces orientations sont déclinées par la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA).

[4] Par ex., Charte du handicap proposée par l'Association des maires de France, site : www.amf.asso.fr.

[5] Par ex., Label « Tourisme et Handicap » géré par l'Association « Tourisme et Handicap ».

[6] Par ex., ISO 9001 pour l'amélioration de la qualité du management dans le secteur public.

[7] Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, JORF n° 0301 du 29 décembre 2015 p. 24268. On notera qu'elle ajoute parmi les critères de discrimination la perte d'autonomie. Voir not., R. MARQUIER, « L'action sociale des collectivités locales envers les personnes âgées : une observation qualitative au-delà de l'aide sociale légale », *Dossiers Solidarité et santé*, n° 71, DREES, décembre 2015, site : www.drees.solidarites-sante.gouv.fr.

[8] Art. L. 113-2, Code de l'action sociale et des familles.

[9] S. HAVETTE, E. MOLIERE et C. MORICEAU, « L'action sociale facultative des communes et des intercommunalités », *Dossiers solidarité et santé*, n° 56, DREES, septembre 2014.

[10] Voir supra n° 1093 et s.

[11] Voir not., Art. 29, Charte européenne pour l'égalité des femmes et des hommes dans la vie locale, préc.

les collectivités territoriales, ainsi que leurs établissements publics »[1]. Elle s'articule autour d'orientations nationales mises en œuvre à chaque échelon de décision. Elle fait notamment l'objet de plans d'actions locaux, notamment dans le cadre de l'exécution des contrats de ville.

1147. Depuis la création de l'égalité des femmes et des hommes par le Préambule de 1946, les législateurs a adopté des dispositions avec pour objectif d'améliorer la situation des femmes dans certains domaines spécifiques[2]. La loi cadre du 4 août 2014[3] innove en établissant une politique globale, de portée transversale, dont l'objectif est de « *définir les conditions d'une égalité réelle et concrète* »[4]. Elle fixe dix axes prioritaires[5], mais non-exhaustifs, qui sont autant d'objectifs que peuvent poursuivre les collectivités territoriales dans leur politique locale et intégrée d'égalité femmes-hommes. L'Etat a mis en place des dispositifs institutionnels dédiés

---

[1] Art. 1er, Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : « *l'Etat et les collectivités territoriales, ainsi que leurs établissements publics, mettent en œuvre une politique pour l'égalité entre les femmes et les hommes selon une approche intégrée* ».

[2] Il s'agit de la santé à travers la question de la démocratisation de la contraception (par ex., Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du code de la santé publique, dite « Loi Neuwirth », JORF du 29 décembre 1967 p. 12861. Voir aussi, Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, dite « Loi Veil », JORF du 18 janvier 1975 p. 739), le ménage en établissant l'égalité des droits au sein du foyer (cf. Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, JORF du 5 juin 1970 p. 5227 : supprime la notion de « chef de famille » du code civil ; Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, JORF du 26 décembre 1985 p. 15111 ; Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, JORF n° 7 du 9 janvier p. 495 : affirme le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale à l'égard de tous les enfants, quelle que soit la situation des parents (mariés, concubins, divorcés, séparés)), le travail avec la lutte contre les inégalités de traitement (cf. Loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 portant modification du code du travail et du code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, dite « Loi Roudy », JORF du 14 juillet 1983 p. 2176 : établit l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, dite « Loi Génisson », JORF n° 108 du 10 mai 2001 p. 7320), la politique dans une recherche de meilleure représentation (cf. Art. 17, Ord. du 21 avril 1944 portant organisation des pouvoirs publics en France après la Libération, JORF du 22 avril 1944 p. 325 : « *les femmes sont électrices et éligibles dans les mêmes conditions que les hommes* » ; Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers intercommunaux et modifiant le calendrier électoral, JORF n° 114 du 18 mai 2013 p. 8242 : pour l'établissement de la parité), et la sûreté individuelle par la répression des violences faites aux femmes (cf. Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 sur la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, JORF du 24 décembre 1980 p. 3028 ; Cir. Min. Droits des femmes n° 004 du 12 octobre 1989 : lancement de la première campagne nationale d'information et création des commissions départementales « femmes victimes de violence » ; Loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail et modifiant le code du travail et le code de procédure pénale, JORF n° 257 du 4 novembre 1992 p. 15255 ; art. 168 à 180, Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JORF du 18 janvier 2002 p. 1008 : relatifs à la lutte contre le harcèlement moral au travail ; Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, JORF n° 0182 du 7 août 2012 p. 12921).

[3] Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JORF n° 0179 du 5 août 2014 p. 12949.

[4] Al. 4, Exposé des motifs, Projet de loi n° 717 pour l'égalité entre les femmes et les hommes, enregistré à la Présidence du Sénat le 3 juillet 2013. Il s'agit d'« *assurer l'effectivité des droits acquis d'une part, mais aussi [de fournir] un travail d'éducation et de changement des comportements pour agir sur la racine des inégalités* » (cf. ibid.). « *Ce travail, qui commence dès l'école, doit se faire également dans les institutions, dans les administrations, au sein de la famille, dans l'entreprise, dans les médias et les associations. Parce que les inégalités sont présentes partout, nous devons agir partout* » (cf. ibid., al. 5).

[5] Art. 1er, Loi n° 2014-873 du 4 août 2014, préc.

aux niveaux national, régional et départemental[1]. Dans les collectivités territoriales, la problématique de l'égalité femmes-hommes est relativement récente[2]. Sur ce point, le rapport « Feltesse »[3] a été l'occasion de rassembler et de communiquer au niveau national une panoplie d'actions couvrant l'ensemble des champs de compétences des collectivités territoriales[4]. Le rapporteur constate que les collectivités territoriales ont acquis « *une légitimité majeure dans la lutte contre les discriminations de genre* » grâce à « *leurs compétences* » et à « *leur rôle de proximité* ». Elles sont « *les mieux placées* » et les « *plus légitimes* » pour mener « *une action personnalisée en fonction des situations spécifiques à chaque territoire* ». Il appelait à « *faire monter en puissance* »[5] des dispositifs locaux qui peuvent à ce titre servir d'exemples pour les convertir en obligations légales.

1148. Devant l'obligation de respecter le principe d'égalité entre les femmes et les hommes[6], face à la montée en intensité de la question dans le débat public, les collectivités territoriales ont fait preuve de volontarisme pour adopter des mesures en faveur de l'égalité femmes-hommes. Aujourd'hui, la loi de 2014[7] fixe les conditions dans lesquelles elles doivent agir et la Charte européenne pour l'égalité des femmes et des hommes dans la vie locale de 2006 qui

---

[1] Instruction du gouvernement nº DGCS/SDFE/B1/2017/47 du 3 février 2017 relative à la politique des droits des femmes et de l'égalité entre les femmes et les hommes et à sa mise en œuvre dans les territoires, NOR : AFSA1703850J, BO Santé – Protection sociale – Solidarité no 2017/3 du 15 avril 2017, p. 4.

[2] Voir, Centre Hubertine Auclert, *Les politiques locales d'égalité en France*. Analyse des expériences de 30 collectivités engagées pour l'égalité Femmes-Hommes », 2013, site : www.centre-hubertine-auclert.fr, p. 10. Au 15 janvier 2018, on dénombrait 279 collectivités territoriales françaises signataires de la Charte européenne des femmes et des hommes dans la vie locale. Cette charte, élaborée en 2006, compte plus de 1500 signataires à travers l'Europe. Pour la liste des signataires français voir, site : www.afccre.org/.

[3] V. FELTESSE, *Egalité femme/homme dans les territoires : état des lieux des bonnes pratiques dans les collectivités locales et propositions pour les généraliser*, Rapport à la Min. des Droits des femmes, juin 2013, site : www.femmes.gouv.fr.

[4] Il relève onze champs dans lesquels elles sont intervenues de manière proactive : les achats publics avec un contrôle des prestataires sur leur politique interne en matière d'égalité femmes-hommes ; la petite enfance et la famille en accompagnant la parentalité, en développant le service des modes de garde d'enfant et en aidant à la prise en charge des personnes en situation de dépendance ; l'éducation, la formation, l'apprentissage, la professionnalisation par la sensibilisation dans les établissements scolaires et les organismes travaillant avec les jeunes ainsi qu'en accompagnant les femmes dans la formation ; la santé en encourageant les femmes à se soigner et en les informant sur la sexualité féminine et la contraception ; les violences faites aux femmes par la lutte contre la violence, la formation du personnel administratif et la facilitation de l'accès à l'hébergement ; le logement ; le sport et la culture en soutenant la représentation féminine dans l'encadrement des associations sportives, en valorisant le sport au féminin, en encourageant les femmes à pratiquer des activités sportives et culturelles et en développant la mixité dans les espaces culturels ; l'aménagement, l'équipement, la mobilité urbaine ; la politique de la ville ; l'emploi et l'économie par l'aide à la création d'entreprises et l'accompagnement des entreprises dans la prise en compte de l'égalité ; la coopération décentralisée et les relations internationales.

[5] Ibid., p. 89.

[6] Cons. const., 20 mars 1997, n° 97-388 DC, Loi créant les plans d'épargne retraite, cons. 13 : « *le principe constitutionnel d'égalité entre les sexes s'impose au pouvoir réglementaire sans qu'il soit besoin pour le législateur d'en rappeler* l'existence ».

[7] Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, préc.

indique les mesures à adopter[1]. La loi n° 2014-873 a imposé l'établissement d'une évaluation des actions entreprises par les communes de plus de 20 000 habitants, les départements et les conseils régionaux[2]. Il s'agit d'établir un rapport annuel de la situation en matière d'égalité[3] dans « *le fonctionnement de la [collectivité], les politiques qu'elle mène sur son territoire et les orientations et programmes de nature à améliorer cette situation* »[4]. La loi impose également l'adoption de plans d'actions dotés de ressources adéquates[5], sur des périodes allant de trois à cinq ans, avec des actions réalisables à court et moyen termes. Ils peuvent être révisés chaque année après le bilan des actions menées. Pour améliorer le suivi, il est conseillé de mettre en place un comité de pilotage et/ou un comité d'évaluation ainsi que de faire appel à un organisme de conseil et d'expertise[6]. La loi du 4 août 2014 a également consacré le principe du « *gender budgeting* »[7]. Il se traduit, au niveau local, par la présentation du rapport de situation en matière d'égalité femmes-hommes préalablement aux débats sur le projet de budget[8] afin que ses objectifs soient pris en compte au moment du vote.

1149. La loi impose donc la mise en place de plan d'actions locaux qui servent de source d'inspiration aux autorités nationales[9] pour adopter les mesures qui lui paraissent les plus

---

[1] Voir par ex., Ville de Nice, CCAS Ville de Nice, Métropole Nice Côte-d'Azur, *Plan d'action pour l'égalité des femmes et des hommes dans la vie locale*, 2016-2020, site : www.nice.fr.

[2] Art. 1er, Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JORF n° 0179 du 5 août 2014 p. 12949 : les collectivités territoriales « *veillent à l'évaluation de l'ensemble de leurs actions* » ; art. L. 2311-1-2, L. 3311-3, et art. L. 4311-1-1 CGCT. Cf. Décret n° 2015-761 du 24 juin 2015 relatif au rapport sur la situation en matière d'égalité entre les femmes et les hommes intéressant les collectivités territoriales, JORF n° 0148 du 28 juin 2015 p. 10947.

[3] Centre Hubertine Auclert, *Les politiques locales d'égalité en France*, Analyse des expériences de 30 collectivités engagées pour l'égalité Femmes-Hommes, 2013, site : www.centre-hubertine-auclert.fr, pp. 14-18.

[4] Art. 61, Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, préc. Ce rapport ne se confond pas avec le rapport de situation comparée des femmes et des hommes sur le plan professionnel (cf. Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, JORF n° 0062 du 13 mars 2012 p. 4498). S'il appréhende la collectivité comme employeur, il présente également les politiques menées sur le territoire à l'égard des administrés. D'autres outils permettent de mesurer les actions en matière d'égalité femmes-hommes comme le Document de valorisation des actions locales pour l'égalité entre les femmes et les hommes (DOVALE). Il s'agit de renvoyer un questionnaire au Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes qui s'engage à analyser les réponses afin de mesurer, sur le long terme, l'efficacité des actions engagées.

[5] La loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine (JORF n° 0045 du 22 février 2014 p. 3138) fait de l'égalité femmes-hommes une priorité transversale de la politique de la ville. Voir aussi, Plan d'action pour l'égalité des femmes et des hommes dans la vie locale, Ville de Nice, CCAS Ville de Nice, Métropole Nice Côte-d'Azur, 2016-2020, site : www.nice.fr.

[6] Centre Hubertine Auclert, *Les politiques locales d'égalité en France*, Analyse des expériences de 30 collectivités engagées pour l'égalité Femmes-Hommes, op. cit., p. 14 et s.

[7] Porté par des économistes féministes à partir des années 1980, il est recommandé par l'ONU femmes depuis 1995 et le Conseil de l'Europe depuis 2009.

[8] Centre Hubertine Auclert, *Les politiques locales d'égalité en France*, Analyse des expériences de collectivités engagées pour l'égalité femmes-hommes, op. cit., p. 7.

[9] Par ex., Protocole d'accord du 8 mars 2013 relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans la fonction publique. Les associations représentatives des collectivités territoriales signataires de cet accord ont également créé une commission « Egalité entre les Femmes et les Hommes », avec pour missions de recenser

pertinentes pour réduire le risque de discrimination en raison du sexe ou du genre. On constate que la politique d'égalité femmes-hommes est passée d'une politique nationale formée de lois disparates à une politique intégrée associant l'ensemble des collectivités publiques et des acteurs de terrain. Autrefois, exclusivement descendante, elle se construit aujourd'hui également par la base[1]. La territorialisation de l'égalité femmes-hommes apparait comme la conséquence de l'absence de consensus au niveau national. Moins directive, elle laisse plus de place à l'initiative locale. La politique d'intégration des étrangers a suivi un mouvement similaire de territorialisation avec pour conséquence néfaste d'avoir créé le problème public des « banlieues ».

2) La création d'un problème public national

1150. Les politiques de régulation descendante peuvent être la cause de la création d'un problème public lorsque le traitement appliqué au public n'est pas en adéquation avec la demande sociale. Ce fut le cas avec la politique d'intégration des étrangers à l'origine de la création du problème des « banlieues ».

1151. **La politique d'intégration des étrangers.** La politique d'intégration des populations étrangères constitue le processus dans lequel un individu passe du groupe des non-nationaux à celui des nationaux. Elle détermine l'ensemble du processus, depuis l'arrivée sur le territoire jusqu'à la naturalisation. Compétence régalienne, elle s'impose aux collectivités territoriales sans que celles-ci ne soient concernées par son élaboration. La discontinuité des orientations adoptées et l'éclatement des structures chargées de sa mise en œuvre ont modifié les conditions d'élaboration de la politique d'intégration. Elle est désormais principalement le résultat d'une coproduction des acteurs de terrains.

1152. La politique d'intégration des non-nationaux a commencé à se formaliser dans les années 1970 au moment où « *les derniers migrants, originaires principalement du Maghreb ou d'Afrique, sont devenus "indésirables"* »[2]. Alors que leur sort dépendait jusque-là des entreprises qui les employaient, les immigrés sont progressivement devenus, après plusieurs

---

et de diffuser les bonnes pratiques. C'est d'ailleurs l'objet du rapport, V. FELTESSE, *Egalité femme/homme dans les territoires : état des lieux des bonnes pratiques dans les collectivités locales et propositions pour les généraliser*, Rapport à la Min. des Droits des femmes, juin 2013.

[1] En témoigne la généralisation de certaines mesures d'origine locale comme le soumissionnement de la commande publique locale.

[2] L.-L. CHEBBAH, « La politique française d'intégration, entre spécifique et droit commun ». *Hommes et Migrations*, n° 1203, novembre 1996, « Intégration et politique de la ville », pp. 13-18.

mouvements politiques[1], l'objet d'une politique sociale volontariste. En 1956, le gouvernement crée la Société nationale de construction de logements pour les travailleurs algériens (Sonacotra)[2]. En 1958, sous la tutelle de la Direction des populations et des migrations, le Fonds d'action sociale (FAS) a été créé avec pour mission première d'intégrer les travailleurs immigrés algériens et leurs familles, puis l'ensemble des travailleurs immigrés à partir de 1962. Réformé en 1983, il est démocratisé et décentralisé, grâce à l'installation des missions, devenues délégations régionales, appuyées par les commissions régionales pour l'insertion des populations immigrées[3]. A partir des années 1990, ont été mis en place les programmes régionaux d'intégration des populations immigrées (PRIPI) pilotés par les préfets[4]. La politique d'intégration va changer avec le développement constant de la politique de la ville[5]. La transformation du FAS en FASILD[6] puis en ACSé[7], pour finir par être englobée par le CGET (Commissariat général à l'égalité des territoires) semble indiquer que le problème public de l'intégration des immigrés s'est déplacé d'une intégration sociale spécifique à une intégration territoriale par la mobilisation du droit commun.

1153. Sous l'influence de la décentralisation, la politique publique d'intégration des non-nationaux a progressivement glissé d'une approche spécifique nationale à une action publique

[1] Les grèves de loyers à la fin des années 1970, les grèves de la faim en faveur des jeunes expulsés dès 1981, ou la Marche des Beurs en 1983 ont servi de base à la définition d'une nouvelle intervention publique en matière d'intégration.

[2] Sa mission sera élargie en 1963 à tous les travailleurs, français ou étrangers. Principalement tournée vers la problématique du logement, elle a privilégié cette compétence au détriment de sa mission d'accompagnement social et d'intégration ;cf. art. 2, Statuts de la Sonacotra (modifiés le 10 août 1993) : « *dans la réalisation de son objet social, la société prend en compte les besoins des personnes ou familles étrangères s'établissant en France et favorise leur intégration* ».

[3] Voir aussi, N. ELKARATI et M. POINSOT, « Politique d'une institution. Le Fonds d'action sociale pour les travailleurs immigrés. Entretien avec Michel Yahiel », *Politix*, Vol. 3, n° 12, Quatrième trimestre 1990, « Issu(e)s de l'immigration - Identités, mobilisations et représentations des jeunes d'origine maghrébine », pp. 70-74. Laure-Leyla CHEBBAH constate toutefois, qu'en la matière, « *la marge de manœuvre des équipes régionales […] reste dépendante de la détermination politique gouvernementale et préfectorale* » : cf. L.-L. CHEBBAH, « La politique française d'intégration, entre spécifique et droit commun », art. cit, p. 14.

[4] Décret n° 90-143 du 14 février 1990 relatif aux programmes régionaux d'insertion des populations immigrées, JORF n° 39 du 15 février 1990 p. 1957. Ils seront généralisés par circulaire suite à la décision du Comité interministériel à l'intégration du 10 avril 2003 (cf. Cir. Min. des Affaires sociales n° 2003/537 du 24 novembre 2003), puis institutionnalisés par la loi (cf. art. 146, Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, JORF n° 15 du 19 janvier 2005 p. 864 : les Programmes régionaux d'intégration des populations immigrées ont en charge « *l'ensemble des actions concourant à l'accueil des nouveaux immigrants et à la promotion sociale, culturelle et professionnelle des personnes immigrées ou issues de l'immigration* »).

[5] Au milieu de tous ces acteurs, le FAS, demeurait l'« *acteur public local incontournable dans le domaine social, ainsi que le véritable animateur de la politique publique d'intégration* » ; cf. L.-L. CHEBBAH, « La politique française d'intégration, entre spécifique et droit commun », art. cit., p. 14.

[6] Fonds d'aide et de soutien pour l'intégration et la lutte contre les discriminations ; cf. art. 10, Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, JORF n° 267 du 17 novembre 2001 p. 18311.

[7] Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances ; cf. Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, JORF n° 79 du 2 avril 2006 p. 4950.

locale de type intégré[1]. Ce sont principalement les conseils départementaux qui sont mobilisés à travers le volet social. Toutefois, en 1982, la question de l'intégration n'a jamais été soulevée au moment du transfert de compétences[2]. Dès le milieu des années 1990, l'intégration est devenue « *la priorité en matière d'action sociale en direction des populations immigrées, au point de se structurer dans une politique multisectorielle dont l'implantation et les enjeux territoriaux n'ont cessé de s'affirmer* »[3]. Inscrite dans les contrats de ville, l'intégration a trouvé un moyen de se diffuser dans les stratégies politiques locales et de se développer aux côtés des mesures de lutte contre le racisme et les discriminations[4]. Aujourd'hui, l'affichage de la politique d'intégration fait l'objet d'une présentation thématique : sociale, économique, culturelle, sécuritaire. Dans les faits, elle se limite à l'accueil des « primo-arrivants » [5] concentrée sur le seul ministère de l'intérieur[6] et sur l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII)[7]. Dans son rapport, Aurélien TACHE constate que « *la politique d'intégration ne relève […] pas tant du* mainstreaming *que d'un rétrécissement sur les seules missions assurées par le ministère de l'intérieur* »[8].

---

[1] L.-L. CHEBBAH, « La politique française d'intégration, entre spécifique et droit commun », art. cit., p. 13 : « *sous l'influence de la décentralisation, les modes d'intervention publique et les discours évoluent vers une "territorialisation" et une inscription de l'intégration dans le droit commun* ».

[2] Les départements s'en sont longtemps désintéressés, renvoyant l'Etat à ses responsabilités. Les régions n'interviennent qu'au titre de la formation professionnelle. Les municipalités participent à la bonne installation des étrangers primo-arrivants par l'inscription des enfants à l'école maternelle et primaire, la réception des demandes de logement social ou encore l'attribution d'une aide financière dans les centres communaux d'action sociale. Toutefois, leur attitude vis-à-vis de ces tâches peut différer selon le contexte politique de la collectivité (cf. ibid., p. 15).

[3] Ainsi, « *en devenant l'une des priorités officielles de la lutte contre l'exclusion, l'intégration s'est affichée au niveau d'un territoire et dans un processus de concertation interinstitutionnelle d'envergure* » ; cf. ibid.

[4] Ibid., p. 16.

[5] Sur la question voir, J.-M. BOCKEL, *Les collectivités territoriales et l'accueil des migrants*, Rapport d'information n° 40, Sénat, enregistré à la Présidence du Sénat le 8 octobre 2015, site : www.senat.fr ; S. LE GALL, « Primo-arrivants : les collectivités locales, maillon faible de l'intégration », La Gazette.fr, 12 mai 2016, site : www.lagazettedescommunes.com.

[6] Décret n° 2013-728 du 12 août 2013 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'intérieur et du ministère des outre-mer : création de la Direction de l'accueil, de l'accompagnement des étrangers et de la nationalité (DAAEN) dont une sous-direction est spécifiquement en charge de l'accueil et de l'accompagnement des étrangers. Celle-ci comprend trois bureaux : apprentissage de la langue et de la citoyenneté, accompagnement social et professionnel, ressources et synthèses.

[7] Voir aussi la nomination récente d'un délégué interministériel chargé de l'accueil et de l'intégration des réfugiés ; cf. Décret n° 2018-33 du 22 janvier 2018 instituant un délégué interministériel chargé de l'accueil et de l'intégration des réfugiés, JORF n° 0018 du 23 janvier 2018. La 6e mission de l'OFII est relative : « *à l'intégration en France des étrangers, pendant une période de cinq années au plus à compter de la délivrance d'un premier titre de séjour les autorisant à séjourner durablement en France ou, pour la mise en oeuvre des dispositifs d'apprentissage et d'amélioration de la maîtrise de la langue française adaptés à leurs besoins, le cas échéant en partenariat avec d'autres opérateurs, quelle que soit la durée de leur séjour* » (cf. article L. 5223-1, Code du travail).

[8] A. TACHE, *72 Propositions pour une politique ambitieuse d'intégration des étrangers arrivant en France*, Rapport au Premier ministre, février 2018, site : www.maire-info.com, p. 115. Les préfets s'appuient sur les DRJSCS, les préfets délégués à l'égalité des chances – dans les six départements en possédant – et les DDCS mais n'ont pas de lien avec les délégations territoriales de l'OFII. Depuis 2013, les PRIPI sont en perte de vitesse alors qu'ils constituaient le seul instrument de coordination, avec les collectivités territoriales et les habitants, de l'action publique locale entre les mains des préfets.

1154. La politique d'intégration a évolué d'une politique du travail et du logement social, à une politique de la naturalisation qui fut un temps au cœur de l'action des contrats de ville. La territorialisation de l'action s'est avérée pertinente « *compte tenu du taux de corrélation entre ces zones et les répartitions territoriales des personnes étrangères ou françaises dites "issues de l'immigration"* »[1]. A tort ou à raison, « *ces initiatives ont parfois pu être appréhendées comme des discriminations positives ethniques indirectes*[2] »[3]. Les pouvoirs publics se sont alors recentrés progressivement sur les problèmes spécifiques à ces territoires, en déplaçant la focale d'abord sur les « *jeunes issus de l'immigration* »[4], puis sur la lutte contre les discriminations en général, en plus des volets traditionnels. Ce changement de perspective, centrée sur le territoire, a conduit à créer un nouveau problème public, les « banlieues », qui va devenir le cœur de cible de la politique de lutte contre les discriminations en France.

1155. **La politique de la ville.** La politique de la ville est une politique d'aménagement du territoire qui vise à améliorer le sort des administrés par une action publique territorialisée adaptée à la géographie des enjeux ciblés. Formalisée dans le cadre des contrats de ville, elle va progressivement inclure l'ensemble des actions menées sur les territoires dans lesquels elle a vocation à s'appliquer. Elle va alors passer d'une politique essentiellement urbaine de développement social à une politique plus générale de lutte contre le risque de discrimination.

1156. Il est possible de dater la genèse de la politique de la ville[5] aux opérations « Habitat et vie sociale » démarré en 1977 qui contiennent déjà les caractéristiques de la politique de la ville[6]. En parallèle, d'autres actions s'adressent aux habitants des quartiers[7]. Commence ensuite une phase d'expérimentation avec les opérations de développement social des quartiers comme laboratoire qui vont se généraliser jusqu'à la formalisation des premiers contrats de ville, axés principalement sur le volet urbain[8]. Or, une « *analyse comptable du niveau d'équipement et de*

---

[1] V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *La Revue des droits de l'homme*, n° 9, 2016, p. 10.

[2] Voir par ex., F. DHUME et K. HAMDANI, *Vers une politique française de l'égalité*, Rapport du groupe de travail « Mobilités sociales », Paris, Ministère de l'Emploi, du Travail de la formation professionnelle et du Dialogue social Paris, La documentation française, 2013.

[3] V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », art. cit.

[4] Voir supra, n° 939.

[5] J. DAVID, « Politique de la ville : chronologie », *Revue française des affaires sociales*, n° 3, 2001/3, p. 15-22.

[6] Ellle vise la globalité d'action, ce qui implique un travail transversal et interministériel par la coopération.

[7] On peut aussi évoquer la mise en œuvre des opérations « Prévention Eté » dès 1982, puis des programmes « Ville-Vie-Vacances » (VVV) qui établissent « *un triple ciblage, temporel, social et territorial* » ; cf. C. AVENEL, « Politiques de jeunesse : universalité, ciblage ou "discrimination positive" ? », *Agora débats/jeunesses*, n° 43, 2007/1, pp. 56-66, spéc. p. 58. Voir aussi, D. LAPEYRONNIE (sous la direction de), *Quartiers en vacances. Des opérations Prévention Eté à Ville Vie Vacances 1982-2002*, Les éditions de la DIV, Etudes et recherches, 2003, site : www.ville.gouv.fr.

[8] On la retrouve à l'alinéa 3 de l'article 1er de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire (JORF n° 31 du 5 février 1995 p. 1973) où il est indiqué que l'objectif d'« *égalité*

services […] renseigne en fait assez mal sur leur utilisation effective alors que de multiples facteurs peuvent limiter l'accès effectif de certains groupes sociaux à une offre qui leur est physiquement accessible »[1]. L'analyse qualitative produite par les sociologues a, dans un premier temps, fait émerger la question des discriminations sous son aspect « ethnoracial ». Ainsi, à la fin de la décennie 1990, les premiers plans territoriaux de lutte contre les discriminations vont apparaître, annexés aux contrats de ville. Limités au critère « ethnoracial » et au marché du travail, ils ont pour but d'endiguer le phénomène du racisme dénoncé par les habitants de ces quartiers et de lever les obstacles au travail des jeunes. Ces politiques ont été à l'origine de la catégorie des « jeunes issus de l'immigration », puis des « jeunes de banlieues » avec son lot de stigmates, à la fois pour les jeunes, les immigrés, et les habitants des banlieues[2]. Il a été démontré que ces habitants, du fait de leur lieu de résidence[3], subissent, plus que les autres, les deux effets de la discrimination : la stigmatisation et l'exclusion. C'est ainsi que la politique de la ville est devenue la première politique intégrée de prévention des discriminations[4].

1157. Cette nouvelle approche doit permettre à la politique de la ville de réparer les dégâts qu'elle a notamment causés. Pour cela, elle a changé de paradigme en passant de la

---

des chances entre les citoyens » nécessite de garantir, « *en particulier à chacun d'entre eux, un égal accès au savoir et aux services publics sur l'ensemble du territoire* ». Au début de la décennie 1990, les orientations privilégiées cherchent d'abord à renforcer l'offre de services publics dans ses quartiers selon une logique d'égalité des chances.

[1] T. KIRSZBAUM et R. EPSTEIN, *Synthèse de travaux universitaire et d'évaluation de la politique de la ville*, Rapport pour le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale Mission de F. GOULARD et F. PUPPONI sur l'évaluation des aides aux quartiers défavorisés, octobre 2010, p. 102.

[2] La volonté d'adapter les dispositifs aux quartiers a pu être porteuse de stéréotypes et de préjugés qui ont contribué à amplifier la discrimination dont ils sont victimes ; voir, par ex., Y. SIBLOT, « "Adapter" les services publics aux habitants des "quartiers difficiles". Diagnostics misérabilistes et réformes libérales », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 159, 2005/4, pp. 70-87.

[3] Certains élus ont tenté de faire condamner l'Etat pour « discrimination territoriale » ; cf. CGET, « Prévention et lutte contre les discriminations dans les contrats de ville », *Guide méthodologique et cas pratiques*, 2015, p. 12 : « *les requêtes déposées par des collectivités de Seine-Saint-Denis – dont celle de la ville de La Courneuve, qui est la première à avoir été reçue favorablement par la Haute Autorité de lutte contre les discriminations en 2010 – sont de nature à accréditer l'existence d'inégalités de traitement subies par leurs habitants du fait de leur adresse et de leur appartenance à ces territoires* ». Voir, HALDE, délibération n° 2010-36 du 22 février 2010 relative à la saisine de la HALDE par la commune de La Courneuve pour discrimination territoriale.

[4] Il en va de même pour la jeunesse (voir par ex., C. AVENEL, « Politiques de jeunesse : universalité, ciblage ou "discrimination positive" ? », art. cit., p. 58 : « *La ville s'impose comme un espace pertinent de mise en œuvre de l'action publique et les politiques, en particulier en direction de la jeunesse, affichent un ancrage de plus en plus local* ». Sur la question, voir not. P. LONCLE, « Les jeunes et les villes : continuité et renouvellement des politiques locales », *Lien social et politiques*, n° 43, 2000, pp. 121-132 ; Avis du CESE, « Place des jeunes dans les territoires ruraux », Mandature 2015-2020 – Séance du 11 janvier 2017, NOR : CESL1100002X, lundi 30 janvier 2017, JORF n° 2017-02 p. 22, site : www.lecese.fr) et pour l'égalité femmes-hommes (cf. Recommandation du Conseil de l'Europe, n° R (98)/14 du Comité des ministres aux Etats membres relative à l'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes, 7 octobre 1998 ; Communication de la Commission européenne, COM(96)67 final du 21 février 1996).

discrimination positive, qui sélectionne les publics, à l'égalité de traitement effective[1], qui doit limiter les effets de la discrimination dans le territoire selon une méthode en deux temps[2]. Tout d'abord la contractualisation : elle permet d'associer, selon une logique de solidarité territoriale, l'ensemble des acteurs locaux intervenant dans les trois volets du contrat de ville. Ensuite la planification : elle permet de coordonner l'utilisation par les acteurs, de leurs compétences pertinentes pour atteindre des objectifs évalués à intervalles réguliers. Cette méthode a permis de faire remonter de nombreuses pratiques qu'il a été possible de diffuser, en particulier par le biais de l'inter-réseaux des professionnels du développement social urbain[3]. Cependant, en l'état actuel, la prévention des discriminations ne peut pas constituer la clef de voûte du projet de territoire contenu dans les contrats de ville dès lors qu'elle est en concurrence avec les deux autres axes transversaux que sont la jeunesse et l'égalité femmes-hommes[4]. Au demeurant, elle reste une politique définie au niveau national, très connotée politiquement, et donc régulièrement instrumentalisée par les différentes majorités au pouvoir.

1158. L'évolution de la politique de la ville est le reflet de la succession d'échecs des politiques sectorielles en direction des habitants de certaines périphéries urbaines. D'abord urbaine, elle cumule progressivement un volet social et un volet économique, auxquels se sont ajoutés trois axes transversaux que sont la jeunesse, l'égalité femmes-hommes et la prévention des discriminations. Cette évolution est le résultat de la territorialisation ratée d'une action publique inadaptée aux problèmes d'intégration vécues par les habitants des quartiers[5]. Ce faisant, elle est passée d'une politique de régulation descendante à une politique de régulation ascendante où l'élaboration de l'action publique a lieu principalement dans les territoires[6].

---

[1] Voir not., C. AVENEL, « La politique de la ville en quête de réforme », *La Vie des idées*, 7 mai 2013, site : www.laviedesidees.fr.

[2] Voir supra, n° 1007 et s.

[3] Voir, site : www.irdsu.net.

[4] Ils font tout deux partie des axes transversaux des contrats de ville, au même titre que la prévention des discriminations ; cf. Art. 15, Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, préc.

[5] Comme le résume Gwénaële CALVES, dans le cadre de la politique de la ville, mais aussi dans celui des collectivités ultramarines, la « *discrimination positive territoriale* » est un moyen « *d'atteindre, sans les nommer expressément et, surtout, sans les désigner exclusivement, des groupes qui, aux États-Unis, seraient sans aucun doute appréhendés comme des minorités ethniques ou raciales* » ; cf. G. CALVES, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, pp. 29-40, spéc.p. 31. A cet égard, on constate que les critères des origines et du lieu de résidence sont les deux seuls critères de discrimination exigés dans les PTPLCD ; voir CGET, *Nouveau cadre de référence de la lutte contre les discriminations au sein de la politique de la ville : les enjeux de la nouvelle contractualisation*, 2014, p. 3, 9 et 18.

[6] O. NOEL, « Développement du pouvoir d'agir et enjeux d'une lutte pour la reconnaissance du problème public des discriminations "par le bas", Les collectivités garantes de l'égalité de traitement dans la cité », *Cnfpt-Irdsu*, 19 octobre 2012, site : www.developpementsocial.fr. Voir aussi, T. KIRSZBAUM, *Mobiliser le droit commun. Mise en perspective et réception en Essonne de la réforme de la politique de la ville*, Etude réalisée à l'issue du cycle d'échange et de qualification organisé par le CRPVE, mai 2015, spéc. pp. 32-33.

B) Les politiques de régulations ascendantes – « Bottom-up »

1159. Les politiques ascendantes dites « bottom-up » s'inscrivent dans une logique participative dans laquelle les expériences des échelons inférieurs sont colligées, diffusées, et déclinées par les échelons supérieurs. En matière d'égalité, les politiques ascendantes s'adressent aux problèmes publics les moins consensuels au niveau national. Dépourvues d'orientations et de titres de compétences adéquates les collectivités agissent avec leurs moyens. C'est le cas notamment des maires et plus généralement de tous les services administratifs du territoire dans la gestion des faits religieux (1). D'autres collectivités, en revanche, ne parvenant pas à régler les problèmes de leur territoire, vont tenter d'élever le conflit au niveau national. C'est le cas notamment des collectivités ultramarines (2).

1) Le traitement d'un problème public local : le fait religieux

1160. Le Conseil constitutionnel définit le principe de laïcité comme un principe qui « *figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit ; qu'il en résulte la neutralité de l'État ; qu'il en résulte également que la République ne reconnaît aucun culte ; que le principe de laïcité impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantit le libre exercice des cultes ; qu'il implique que celle-ci ne salarie aucun culte* »[1]. Ce faisant, il se compose d'injonctions paradoxales. Comment respecter les croyances sans ne reconnaître aucun culte ? Comment garantir le libre exercice des cultes sans n'en salarier aucun ? Sur le fond, dans les décisions vis-à-vis des administrés, comme sur la forme, dans l'institutionnalisation de la relation avec les cultes, la prise en compte, dans l'action publique, des religions et de leurs spécificités s'avère particulièrement délicate, en particulier pour les religions installées après l'adoption loi de 1905.

1161. **Les mesures en direction des administrés.** Sur le fond, le cadre juridique de la laïcité a forcé les autorités à agir au cas par cas. Dès lors que dans un Etat laïque, l'intérêt général n'a

[1] Cons. const., 21 février 2013, n° 2012-297 QPC, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité [Traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle].

aucune connotation religieuse[1], sa poursuite peut normalement justifier tant des mesures discriminatoire vis-à-vis de certaines religions[2] que des mesures de protection[3]. Tout dépend de l'orientation donnée par les autorités à l'intérêt général.

1162. L'absence de connotation religieuse joue d'abord contre la religion. Le durcissement est observé à l'égard des situations qui impliquent des mineurs : public vulnérable aux opinions – qu'elles soient religieuses ou politiques – les pouvoirs publics exercent une vigilance accrue à leur égard. C'est le cas notamment dans le service public de l'éducation nationale où l'exigence de neutralité s'étend désormais aux élèves[4] et aux accompagnants scolaires[5], alors même qu'elle ne vise initialement que les agents publics. Plus généralement[6], l'ensemble des activités socio-éducatives[7] fait l'objet de débats autour de la question religieuse, y compris en dehors des

---

[1] J. BARTHELEMY, « La liberté de religion et le service public », *RFDA*, 2003, pp. 1066-1073 : « *L'intérêt général n'a dans un Etat laïque aucune connotation religieuse, et le service public y est entièrement voué à l'application de la loi et à l'accomplissement des missions qui lui sont confiées dans cet intérêt général, sans considération pour les opinions de ceux qui le servent et de ceux qui en bénéficient* ».

[2] Sur l'interdiction, par le législateur, du voile intégral dans les espaces publics ; cf. M.-P. CONARE, S. AMCHI dit YAKOUBAT, C. BERT LAZLI, C. LENOUVEL, A. BANUS et M. OSBERT « Le vivre ensemble en France : notion inclusive ou exclusive pour les femmes musulmanes ? », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 28 janvier 2019.
Sur la question de l'interdiction, par les maires, du birkini sur les plages ; cf. CE, Ord., 26 août 2016, n° 402742 et 402777, « Ligue des droits de l'homme e. a. associations de défense des droits de l'homme, collectif contre l'islamophobie en France » : censure de l'arrêté « anti-burkini » rappelant qu'« *il n'appartient pas au maire de se fonder sur d'autres considérations et les restrictions qu'il apporte aux libertés doivent être justifiées par des risques avérés d'atteinte à l'ordre public* ».

[3] Sur l'interdiction de diffusion d'un film sur le territoire d'une commune fondée sur la moralité, d'origine religieuse, d'une partie de la population locale, voir par ex., TA Bordeaux, 13 décembre 1990, « United International Picture », *LPA*, 11 décembre 1991, note PACTEAU.

[4] Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, JORF n° 65 du 17 mars 2004 p. 5190. Sur la question des repas de substitution à la cantine, cf. TA Marseille, 26 novembre 1996, « Madame Zitouni » ; CE, 25 octobre 2002, n° 251161, « Madame Renault » ; Cir. Premier Ministre n° 5209 du 13 avril 2007 relative à la Charte de la laïcité dans les services publics : « *les usagers du service public ne peuvent exiger une adaptation du fonctionnement d'un service public ou d'un équipement public* » ; Cir. du 16 août 2011 relative aux demandes de régimes alimentaires particuliers dans les services de restauration collective du service public, NOR : IOCK1110778C.

[5] TA Montreuil, 22 novembre 2011, n° 1012015, « Madame O. » : « *les parents volontaires pour accompagner les sorties scolaires doivent respecter dans leur tenue et leurs propos le principe de neutralité de l'école laïque* ». Il a notamment précisé que si « *les parents d'élèves participant au service public d'éducation bénéficient de la liberté de conscience qui interdit toute discrimination fondée sur leur religion ou sur leurs opinions, le principe de neutralité de l'école laïque fait obstacle à ce qu'ils manifestent, dans le cadre de l'accompagnement d'une sortie scolaire, par leur tenue ou leur propos, leurs convictions religieuses, politiques ou philosophiques* ».

[6] Voir par ex., D. BOUZAR, *Laïcité, égalité*, Guide à l'usage des professionnels, Communauté d'agglomération Grenoble-Alpes Métropole, février 2014, site : www.irdsu.net.

[7] Art. 8, Code de l'action sociale et des familles ; Loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, JORF n° 164 du 18 juillet 2001 p. 11496 : titre IV - Dispositions relatives à la jeunesse et à l'éducation populaire » encadre l'obtention des agréments « jeunesse » ; Cir. Caisse nationale des allocations familiales (CNAF) n° 56 du 31 octobre 1995 relatives aux relations entre les Caisses d'allocations familiales, les centres sociaux et leurs partenaires sur la mission des centres sociaux, site : www.centres-sociaux.fr ; Charte fédérale des centres sociaux et socioculturels de France, texte adopté par l'Assemblée générale d'Angers, 17-18 juin 2000, site : www.cnle.gouv.fr.

activités de service public[1]. Les atteintes à la liberté de religion visent plusieurs pratiques religieuses qu'il s'agisse de la tenue vestimentaire, du régime alimentaire, ou encore des fêtes célébrées chaque fois qu'elles sont considérées comme sans lien ou contraires aux buts poursuivis par l'activité. L'application trop stricte du principe de laïcité peut alors devenir une source de conflit avec les pratiquants, notamment lorsque les interdictions ont pour objet ou pour effet de stigmatiser une religion en particulier.

1163. A partir du milieu des années 2000, certains élus ont cherché à user des marges laissés par ce cadre juridique pour permettre une meilleure prise en compte des revendications religieuses[2], notamment du culte musulman placé au centre des débats[3]. S'agissant du financement des lieux de cultes, le Conseil d'Etat considère que le principe de laïcité « *n'interdit pas, par lui-même, l'octroi dans l'intérêt général et dans les conditions définies par la loi, de certaines subventions à des activités ou des équipements dépendant des cultes* »[4]. Sur la question des carrés confessionnels[5], les maires ont été confrontés à une demande croissante des

---

[1] Sur le licenciement d'une salariée voilée d'une crèche de droit privé, en contradiction avec le règlement intérieur établissant le caractère laïque de l'établissement ; cf. Cass. Ass., 25 juin 2014, n° 612, req. n° 13-28.369, « crêche "Baby Loup" ». Sur le contentieux relatif aux refus d'agréments d'adoption ou d'assistants familiaux pour incompatibilité des pratiques religieuses familiales avec l'intérêt de l'enfant ; cf. CE, 24 avril 1992, « Département du Doubs c. F. », Rec. Lebon p. 195 : refus des transfusions sanguines ; TA Lyon, 3 mars 1998, « Madame P. », Journal du Droit des Jeunes, juin 1998 p. 53, concl. G. VERNEY-CHANELCHANEL : le refus d'organiser la fête de Noël et les anniversaires ; voir aussi, H. RIHAL, « L'intérêt de l'enfant dans la jurisprudence du Conseil d'État concernant l'agrément en matière d'adoption », *RDSS*, 1997, p. 503 ; sur la position de la Cour européenne des droits de l'homme concernant les critères à remplir pour adopter, voir L. BRIAND, « Adoption : le refus en raison de l'âge de l'adoptant n'est pas discriminatoire », comm. sous CEDH, 10 juin 2010, n° 25762/07, « Madame Schwizgebel c. Suisse », *D.*, 2010, p. 2269, note C. BRIERE.

[2] Pour un recensement de ces nombreuses situations, voir J. FIALAIRE, « Chapitre 4 (folio n°4325) - Compétences des collectivités territoriales : cultes », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, mai 2017.

[3] Voir encore récemment, C. FERET, N. GOULET, et A. REICHARDT, *L'organisation, la place et le financement de l'Islam en France et de ses lieux de culte*, Rapport d'information n° 757, Sénat, enregistré à la Présidence du Sénat le 5 juillet 2016.

[4] CE, 16 mars 2005, n° 265560, Rec. Lebon. Sur cette question, voir J.-M. WOEHRLING, « L'interdiction pour l'État de financer ou de reconnaître un culte : quelle valeur juridique ? », *RDP*, n° 6, novembre 2006, pp. 1633-1670. Voir aussi, « Le Conseil d'État précise l'interprétation et les conditions d'application de la Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État », *Actualités*, 19 juillet 2010, site : www.conseil-etat.fr ; S. PAPI, « L'insertion des mosquées dans le tissu religieux local : approche juridique et politique », *RDP*, 2004, p. 1339. A propos de l'utilisation des salles communales, la mise à disposition gratuite est en principe interdite (cf. CE, Ord., 26 août 2011, n° 352106, « Commune de Saint-Gratien » : le juge admet la mise à disposition gratuite d'une salle une heure par semaine, au mois d'août, à une association cultuelle compte tenu de « *la brièveté et [d]u nombre très limité des périodes d'utilisation sollicitées ainsi [que de] la modestie de l'avantage dont il s'agit* ») et la mise à disposition à titre onéreux autorisée (cf. CE, 19 juillet 2011, n° 313518, « Commune de Montpellier » : elle est autorisée à condition que le local ne soit pas mis « *de façon exclusive et pérenne à la disposition d'une association pour l'exercice d'un culte* »).

[5] Le maire, en tant qu'autorité détentrice du pouvoir de police des funérailles et des cimetières, doit assurer le maintien de l'ordre et la décence dans les cimetières, réglementer le mode de transport des personnes décédées, les exhumations et inhumations, mais il ne peut « *établir des distinctions ou prescriptions particulières à raison des croyances ou du culte du défunt ou des circonstances qui ont accompagné sa mort* » (cf. art. L. 2213-9, CGCT ; voir aussi, lois du 14 novembre 1881, dite « sur la liberté des funérailles » et du 5 avril 1884 : principe de neutralité des cimetières communaux et interdiction des espaces réservés à l'inhumation des personnes partageant la même religion).

familles et associations cultuelles dans ce domaine. L'Etat a régulièrement incité, par diverses circulaires[1], les maires à aménager, de fait, dans les cimetières, des espaces regroupant les défunts de même confession[2] à condition de ne pas isoler, physiquement, une partie du cimetière, ni même aller à l'encontre des vœux du défunt ou des personnes qualifiées pour veiller à ses funérailles[3].

1164. Face à ce traitement très empirique du fait religieux, les autorités tentent de faire émerger des cas « cliniques » qui seront colligés dans des guides de bonnes pratiques[4].

1165. **L'institutionnalisation du dialogue avec les cultes.** La relation avec les cultes pose la question de la séparation entre les sphères politique et religieuse[5]. Avec la montée des tensions, des instances de dialogue ont commencé à faire leur apparition à partir du milieu des années 1990[6].

1166. Localement, on trouve d'abord des structures informelles, formées de manière opportuniste, qui ont pour objectif de promouvoir le dialogue : c'est le cas de Marseille-Espérance, une structure « intercommunautaire », présidée par le maire (ou son adjoint), rattachée au cabinet du maire puis à la direction de la communication et composée de sept personnalités religieuses et leur sept délégués, du maire, de son adjoint, et d'un coordinateur aidés d'une chargée de mission de la mairie. La structure intervient à chaque évènement pour promouvoir un discours d'apaisement et de concorde avec un relais médiatique important[7]. D'autres collectivités ont décidé de formaliser davantage cette relation, par le biais d'une association *ad hoc* par exemple, et de mettre en place des actions en collaboration avec les

---

[1] Par ex., Cir. Min. de l'Intérieur du 19 février 2008, Police des lieux de sépulture : Aménagement des cimetières – Regroupements confessionnels des sépultures, NOR/INT/A/08/00038/C.

[2] Les maires ont, en effet, la possibilité de déterminer l'emplacement affecté à chaque tombe (cf. CE, 21 janvier 1925, « Sieur Vales »), que ce soit en terrain commun ou en concession (cf. Art. L. 2212-2, CGCT), ce qui leur permet de regrouper les sépultures des personnes de même confession.

[3] TA Grenoble, 5 juillet 1993, T. : la décision du maire ne saurait être inspirée par son opinion ou celle de l'autorité religieuse à propos de l'appartenance du défunt à un culte.

[4] Voir par ex., CNFPT, *Les fondamentaux sur la laïcité et les collectivités territoriales*, Livret, CNFPT, Observatoire de la laïcité et le Ministère de l'Intérieur, mai 2015, site : www.cnfpointfr ; Observatoire de la laïcité, *Laïcité et collectivités territoriales*, Charte de principes, rappel à la loi et cas concrets, juillet 2015, site : www.gouvernement,fr ; D. BOUZAR, *Laïcité, égalité*, op. cit.

[5] Art. 18 à 24, Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, JORF du 11 décembre 1905 p. 7205 : Titre IV - des associations pour l'exercice des cultes. L'article 4 de la loi de 1905, qui fit l'objet de nombreuses discussions dans le camp républicain, dispose que les associations cultuelles doivent se conformer « *aux règles d'organisation générale des cultes dont elles se proposent d'assurer l'exercice* », ce qui indique bien que l'État n'entend pas favoriser la création d'associations schismatiques.

[6] Voir, A.-S. LAMINE, « Mise en scène de la "bonne entente" interreligieuse et reconnaissance », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, janvier-mars 2005, p. 7, n° 23. L'évènement déclencheur serait notamment la première guerre du « golfe ». Par la suite, chaque nouvel évènement à connotation religieuse sera l'occasion d'un rapprochement entre le politique et le religieux : l'assassinat des moines de Tibhirine en 1996, le crash du Concorde en 2000, ou encore les attentats du 11 septembre 2001.

[7] Voir par ex., Marseille-Espérance ; cf. A.-S. LAMINE, « Mise en scène de la "bonne entente" interreligieuse et reconnaissance », art. cit., p. 2, n° 4. Voir aussi, Concorde et Solidarités à Lyon ; cf. site : www.lyon.fr.

cultes. On pense notamment à l'association Roubaix-Espérance qui participe à des évènements religieux, publie une revue de presse sur le fait religieux, organise des conférences sur la laïcité, propose des circuits de visite des lieux de culte, ou encore propose une liste de fêtes que les cantines scolaires doivent marquer d'un menu particulier[1].

1167. L'Etat n'a pas non plus rompu toute relation avec les cultes. Les relations avec l'Eglise catholique, malgré la loi de séparation, restent privilégiées[2]. Les autres grandes religions ce sont dotées d'organes représentatifs[3] permettant d'établir un dialogue avec l'Etat. L'Islam est la dernière en date avec l'institution du Conseil français du culte musulman en 2003[4]. Thierry RAMBAUD[5] a plaidé, dans une note à la Fondation Fondapol, pour la mise en place d'un « *dialogue ouvert, transparent et régulier* »[6], sur le modèle de celui établi par l'Union européenne, avec des cultes qui seraient qualifiés de « *représentatifs* », sur la base de critères objectifs[7]. Ce « *Conseil des cultes et de la laïcité qui comporterait les représentants des principaux cultes de la République et des grands mouvements spirituels et humanistes* »[8], doit être placé auprès du Premier ministre car lui seul[9] peut piloter « *une politique publique du fait religieux qui concilie la liberté du culte, la protection de l'ordre public et la mise en évidence*

---

[1] Voir, A.-S. LAMINE, « Mise en scène de la "bonne entente" interreligieuse et reconnaissance », art. cit., p. 3, n°5. Voir aussi l'exemple du Centre Civique d'Études du Fait Religieux de Montreuil ; cf. ibid., n° 6.

[2] Les présidents de la République reçoivent le titre de chanoine d'honneur de l'Archibasilique Saint-Jean-de-Latran, poursuivant une tradition née sous Henri IV. De plus, depuis les accords « Briand/Cerretti » de 1924, les évêques sont nommés par le Saint-Siège après consultation des autorités françaises. Le nonce apostolique (représentant du Saint-Siège en France) informe le Ministère des affaires étrangères et le Ministère de l'intérieur avant toute nomination d'un évêque, les ministères en retour font savoir s'ils ont une objection ou non.

[3] Les religions juive et protestante, anciens cultes reconnus, ont conservé l'organisation mise en place sous le régime concordataire. Les deux cultes fonctionnent selon une structure associative organisée en consistoires. L'Eglise orthodoxe, plus décentralisée, dispose depuis 1997 d'une Assemblée des évêques orthodoxes de France reconnue comme instance officielle de coopération et de représentation de l'épiscopat orthodoxe canonique en France. Enfin, l'Union bouddhiste de France, créée en 1986, regroupant des associations et congrégations bouddhistes, est devenu le principal interlocuteur représentatif au niveau national.

[4] Dès les années 1990, les pouvoirs publics, n'ayant pas d'interlocuteur pour la religion musulmane, ont cherché à organiser l'islam de France. En 1990, est créé le Conseil de réflexion sur l'islam en France (CORIF) sous l'impulsion de la Mosquée de Paris. Décrié pour son manque de représentativité, il fut remplacé par le Conseil français du culte musulman (CFCM) en 2003. Celui-ci rassemble des conseils régionaux, des fédérations d'associations et des grandes mosquées avec pour mission de représenter le culte musulman dans toutes les instances et manifestations publiques dans lesquelles celui-ci est invité à s'exprimer.

[5] T. RAMBAUD, *Gouverner le religieux dans un Etat laïc*, Note pour la Fondation pour l'innovation politique, janvier 2018, site : www.fondapol.org.

[6] Art. 17, §3, TFUE.

[7] T. RAMBAUD, *Gouverner le religieux dans un Etat laïc*, op. cit., p. 36. « *le sujet cultuel est interministériel (régime juridique des cultes, abattage rituel, service d'aumônerie, enseignement scolaire ou universitaire, affaires extérieures, etc.) et nécessite en conséquence un pilotage et des arbitrages au niveau du Premier ministre.*.

[8] Ibid.

[9] Ibid. : « *le sujet cultuel est interministériel (régime juridique des cultes, abattage rituel, service d'aumônerie, enseignement scolaire ou universitaire, affaires extérieures, etc.) et nécessite en conséquence un pilotage et des arbitrages au niveau du Premier ministre* ».

du rôle public et social des religions en vue de renforcer le lien social au sein de la République et la cohésion nationale »[1].

1168. Malgré les bonnes intentions de l'auteur, l'idée d'encadrer les dérives éventuelles de l'exercice des cultes est systématiquement rappelée. Ainsi, s'il plaide pour un droit des cultes « *négocié* » qui permettrait de « *prendre en compte la situation institutionnelle et les besoins propres de chaque culte à travers le recours au droit conventionnel* »[2], c'est aussi pour les obliger, parallèlement, à se conformer à certains principes. Aujourd'hui, les tensions perdurent, notamment à l'égard de la religion musulmane. Les débats qu'elle suscite sont aussi la conséquence du passé colonial de la France[3] également à l'origine de la question des inégalités en outre-mer.

2) La création d'un problème public local : les inégalités en outre-mer

1169. Le passé colonial de la France est à l'origine de nombreuses inégalités entre les territoires ultramarins et ceux de métropole. L'instauration progressive de l'égalité des droits a finalement révélé au grand jour les inégalités de fait qui peuvent être à l'origine d'un sentiment de relégation[4] et d'aspirations à l'autonomie. Afin d'apaiser les tensions, les autorités ont d'abord reconnu les spécificités de ces territoires en vue de leur appliquer des régimes différenciés. Le creusement des inégalités a conduit le législateur à adopter une autre stratégie dite de « convergence » entre l'ensemble des outremers et la métropole.

1170. **La politique de différenciation appliquée aux collectivités ultramarines.** Face aux spécificités collectivités ultramarines, le pouvoir constituant a donné compétence au législateur pour y appliquer des régimes juridiques adaptés à la situation de des personnes, tant publiques que privées. Cette approche spécifique, différencialiste, à l'opposé de l'universalisme classique, a pu exacerber le sentiment d'exclusion des populations ultramarines.

1171. L'approche différencialiste des outremers prévaut aujourd'hui sur l'approche assimilationniste. Ils offrent de nombreuses possibilités de dérogations à la population à

---

[1] Ibid., p. 34.

[2] Ibid., pp. 35-36.

[3] En témoigne le débat suscité, au cours de l'hiver 2003-2004, par la nomination d'un préfet dit « musulman ». Il a « *permis de mesurer à quel point, sur la scène intérieure française, la référence à l'islam renvoie moins à une religion qu'à l'expérience historique de la colonisation* » ; cf. G. CALVES, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, pp. 29-40, p. 33.

[4] F. DUBET, *Le temps des passions tristes. Inégalités et populisme*, Seuil, La République des idées, 2019, spéc. p. 55 : « *paradoxalement, le sentiment de discrimination est d'autant plus intense que les individus se perçoivent comme fondamentalement égaux, comme ayant le* droit d'être égaux *[…]. Bien des inégalités qui étaient perçues comme proprement sociales sont désormais vécues comme des discriminations par nature injustes* ».

commencer par la fiscalité. Dans les départements et régions d'outre-mer (DROM), la présence de l'octroi de mer comme impôt local spécifique perçu par la collectivité a pour contrepartie un taux de TVA inférieur à celui pratiqué en métropole[1]. A cela s'ajoute, tout d'abord, une réduction de l'impôt sur le revenu[2], un système d'abattement d'un tiers pour les sociétés[3], et des régimes de déduction pour investissements réalisés[4] avec « *pour but de favoriser l'activité économique et la création d'emploi* »[5]. A Saint-Barthélemy et Saint-Martin, deux collectivités d'outre-mer dotées de l'autonomie (COM-DA), le système d'exonération fiscale est historiquement très développé[6]. Ce statut leur permet également de mettre en place des régimes de préférence locale en matière de préemption immobilière[7]. La préférence locale peut aussi s'appliquer au secteur de l'emploi[8] comme en Polynésie française[9] ou en Nouvelle-Calédonie[10]. Deux autres adaptations en lien avec des questions identitaires concernent tant les DROM que les COM : tout d'abord, pour des raisons historiques l'application de la loi de 1905 est exclue

[1] Pour la Martinique, la Guadeloupe et la Réunion, le taux normal est de 8,5 % et le taux réduit est à 2,1 % ; art. 296, Code général des impôts ; ibid. pour la Guyane. Art. 294, Code général des impôts, pour Mayotte.
[2] Elle est de 30 % pour la Guadeloupe, la Martinique et la Réunion dans la limite de 5100 euros, et de 40 % pour la Guyane et Mayotte, dans la limite de 6700 euros ; cf. Art. 197, 3, Code général des impôts.
[3] Elle est appliquée aux « *résultats provenant d'exploitations situées dans les départements d'outre-mer* » dès lors qu'elles sont issues des secteurs visés au I de l'article 199 *undecies* B du Code général des impôts (agriculture, industrie, hôtellerie, tourisme, pêche, énergies nouvelles, bâtiment et travaux publics, transport, et artisanat) ; cf. Art. 217 *bis*, Code général des impôts.
[4] Art. 217 *undecies*, Code général des impôts.
[5] P.-O. CAILLE, « Fasc. n° 130-20 : Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion », *J-Cl Administratif*, Date du fascicule : 22 Janvier 2012, Date de la dernière mise à jour : 30 Avril 2014, n° 34.
[6] Pour ces collectivités de l'article 74 de l'Atlantique, voir not. P.-O. CAILLE, « Fasc. 130-60 : Collectivités d'outre-mer – Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon », *J-Cl Administratif*, date du fascicule : 10 février 2012, date de la dernière mise à jour : 6 mai 2016.
[7] Elle donne une priorité d'accès à la propriété foncière aux résidents locaux ; cf. Cons. const., 15 février 2007, n° 2007-547 DC, Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, cons. 45 à 49, et cons. 61 : le Conseil constitutionnel rappelle que la durée suffisante de résidence ne devra pas excéder la mesure strictement nécessaire à la satisfaction de l'objectif d'intérêt général poursuivi et que le conseil territorial devra respecter les obligations communautaires et les engagements internationaux de la France.
[8] Dans les DROM, un tel système n'est pas possible ; par ex., CE, 24 octobre 1990, req. n° 99457, « Ministère public des Télécommunications et de l'Espace c. Vignon » : le juge considère comme contraire au principe d'égalité une circulaire qui impose que dans chaque département d'outre-mer les emplois vacants soient réservés par priorité aux personnes originaires du département.
[9] Ainsi, le Conseil d'État n'a pas hésité à censurer, dans leur ensemble, et le même jour les deux premières « lois du pays » destinées à offrir des garanties particulières pour le droit à l'emploi des habitants de la Polynésie française, tant dans le secteur public (cf. CE, 25 novembre 2009, n° 328776, « Haut-commissaire de la République en Polynésie française », Rec. Lebon p. 477, cons. 8) que dans le secteur privé (cf. CE, 25 novembre 2009, n° 329047, « Société Polynésie Intérim e. a. », Rec. Lebon pp. 478-479, cons. 5) dès lors que ces actes administratifs méconnaissent « *par leur caractère excessif* » – ainsi que le souligne le Professeur Michel VERPEAUX – « *des principes de valeur constitutionnelle* » ; cf. M. VERPEAUX, « Collectivité territoriale. Préférence locale en matière d'emplois en Polynésie française et Constitution », *AJDA*, 29 mars 2010, pp. 623-629, spéc. p. 623.
[10] Sur cette question, voir not., A. ORAISON, « Les limites à la préférence régionale à l'embauche dans les Outre-mer. Analyse critique des "dispositions discriminatoires" proposées par certains responsables politiques et syndicaux en vue de réduire l'ampleur du chômage à La Réunion », *Revue juridique de l'Océan indien*, n° 21, septembre 2015, p. 99 et s.

de certains territoires des outremers[1] ; ensuite, pour des raisons pratiques, l'article 75 de la Constitution laisse la possibilité aux citoyens ne disposant pas du statut civil de droit commun – tous issus des outremers – de conserver « *leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé* »[2]. D'autres régimes spécifiques s'appliquent, indifféremment, à la domanialité publique, l'environnement, le régime des forêts, des mines, de l'agriculture, de la culture, de l'éducation, du sport, de l'urbanisme ou encore du logement[3].

1172. Ces adaptations sont le fruit d'un long combat des collectivités ultramarines pour faire reconnaître leurs spécificités à tel point qu'il n'existe aujourd'hui, en dépit de la distinction DROM/COM, que des statuts « à la carte »[4], supportant des régimes particuliers à chaque territoire. S'il est difficile d'évaluer aujourd'hui leur impact sur le creusement des inégalités, ces régimes différenciés peuvent en revanche donner une explication à l'augmentation du sentiment de discrimination de la part des populations. Certains auteurs y voient « *une nouvelle mésaventure du positivisme* » français pouvant mener à la désagrégation du territoire[5]. « *En tentant de coller toujours davantage à la réalité, en essayant de répondre différemment à chaque type de situation, le droit contribue […] à forger les identités sociales* »[6]. Ce faisant, « *l'affirmation de droits particuliers comporte [toujours] des risques […] de "communautarisme"* »[7] qui serait causé à la fois par la stigmatisation des groupes, enfermés dans leur identité, et par la fragmentation de la société, engendrée par la multiplication des régimes différenciés[8]. En territorialisant la réponse l'Etat français n'a fait qu'accentuer le sentiment de rejet et les aspirations à l'auto-détermination des populations ultramarines alors même que certains rejettent cette idée.

1173. La volonté de s'inscrire dans projet républicain demeure aujourd'hui toujours plus forte que les revendications d'indépendance. Qu'on pense aux référendums sur la

---

[1] Le régime du culte en Guyane est régi par l'ordonnance royale du 27 août 1828. Dans ce département ainsi qu'en Polynésie française, à Wallis-et-Futuna, à Saint-Pierre-et-Miquelon, à Mayotte et en Nouvelle-Calédonie, les décrets-lois de 1939, dits décrets « Mandel », autorisent l'ensemble des sensibilités religieuses à bénéficier d'une aide publique. Voir not., Cons. const., 2 juin 2017, n° 2017-633 QPC, Collectivité territoriale de la Guyane [Rémunération des ministres du culte en Guyane], JORF n° 0131 du 4 juin 2017, texte n° 79, cons. 5 à 13.

[2] Sur la question voir, X. PRETOT, « Article 75 », in F. LUCHAIRE, G. CONAC, X. PRETOT, *La Constitution française*, Economica, 2009, p. 1817.

[3] Sur la question, voir A. CHRISTNACHT et P.-O. CAILLE, « Fasc. 130-10 : Régime juridique et administratif de l'outre-mer », *J-Cl Administratif*, date du fascicule : 7 février 2012, date de la dernière mise à jour : 29 février 2016, spéc. n° 74 à 88.

[4] Voir supra, n° 628 et s.

[5] Voir A.-M. LE POURHIET, « Nouvelle Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, 1999.

[6] O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004, p. 90.

[7] D. SCHNAPPER, *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Gallimard, 2000, p. 237.

[8] Sur les risques de stigmatisation et de fragmentation, voir not., O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, op. cit., p. 88-90 ; D. SCHNAPPER, *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, op. cit., pp. 237-238.

départementalisation de Mayotte, l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie, ou encore du combat pour la continuité territoriale[1], les populations ultramarines montrent leur attachement à la France mais aussi la nécessité de rechercher une véritable stratégie commune de convergence entre les niveaux de vie en métropole et en outre-mer.

1174. **La politique de convergence nationale appliquée aux populations d'outre-mer.** L'approche spécifique, au cas par cas, n'a pas permis de s'emparer du problème des inégalités de fait dans son aspect systémique. La loi sur l'égalité réelle en outre-mer adoptée en 2017[2] vise justement à résoudre cet écart par une politique de convergence nationale. Le diagnostic préalable à son adoption dresse le constat d'un éparpillement de l'action publique dans ces territoires qui a nécessité la mise en place d'une nouvelle stratégie.

1175. Jusqu'à présent, les politiques d'égalité en outremers étaient constituées de nombreux outils déjà présents en métropole, parfois adaptés aux outremers, ainsi que des outils spécifiques[3] qui visent à améliorer la coordination des actions dans les domaines économique, social et environnemental. La loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer[4] vise à résoudre cet éparpillement des dispositifs en donnant « *un horizon commun […] et [en mettant] en cohérence la multitude d'outils de planification existants avec l'objectif d'égalité réelle* »[5]. L'égalité réelle « *consiste à garantir aux citoyens des outre-mer les mêmes opportunités que celles prévalant en France hexagonale, de mener à bien leur existence selon leurs aspirations et leurs projets de vie, en tenant compte de leurs besoins spécifiques* ». Il s'agit donc d'une approche individualiste, fondée sur la singularité des aspirations et des projets de vie[6], tout en tenant compte des spécificités des ultramarins. L'égalité réelle n'est, « *en d'autres termes, [que le fait] d'assurer à tous les Français, qu'ils habitent sur le continent ou dans les territoires ultramarins, les mêmes chances de s'épanouir*

---

[1] Voir not., J. DANIEL, « Obligations de service public et continuité territoriale entre les DOM-ROM et la Métropole : des dispositifs en trompe-l'œil ? », in R. ALLEMAND et L. SOLIS-POTVIN, *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, L'Harmattan, 2008, pp. 213-237.

[2] Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, JORF n° 0051 du 1er mars 2017.

[3] Etude d'impact, Projet de loi n° 4000 de programmation relatif à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 août 2016, NOR : OMEX1617132L/Bleue-1.

[4] Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, JORF n° 0051 du 1 mars 2017.

[5] Etude d'impact, Projet de loi n° 4000 de programmation relatif à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, préc.

[6] L'individualisme de singularité fait suite à l'individualisme de distinction (qui lui-même a succédé à l'individualisme d'universalité de la Révolution) en le généralisant. « *Il le banalise, lui enlève son côté élitiste, il le "démocratise"* », pour reprendre les mots de Pierre ROSANVALLON ; cf. P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, Seuil, septembre 2011, p. 308.

dans l'exercice de leurs activités professionnelles et dans leur vie privée »[1]. Elle ne consiste, *in fine*, qu'à mettre en œuvre, effectivement, le projet républicain d'égalité des chances, sur l'ensemble du territoire. Cette mise en œuvre doit s'appuyer sur une stratégie de convergence fondée sur des indicateurs et des objectifs précis.

1176. Pour parvenir à l'objectif de convergence, le législateur a instauré une stratégie en faveur de l'égalité réelle en outre-mer déployée au titre Ier de la loi et constituée en six articles. L'article premier en énonce les principes : le premier est la reconnaissance aux populations d'outre-mer d'un « *droit à l'égalité réelle au sein du peuple français* » (alinéa 1er) ; suit le « *droit d'adopter un modèle propre de développement durable pour parvenir à l'égalité dans le respect de l'unité nationale* » (alinéa 2). L'égalité réelle devient une « *priorité de la Nation* » (alinéa 3) qui doit être mise en œuvre, « *dans le respect des compétences dévolues à chacun et du principe de solidarité nationale* » (alinéa 4). Elle implique la mise en œuvre de politiques publiques visant à résorber les écarts de développement avec le territoire hexagonal mais aussi entre les territoires ultramarins. Ces « *politiques de convergence* » (alinéa 5) disposent d'un champ d'application particulièrement vaste couvrant la majeur partie des domaines concernés par les questions de développement mais aussi l'égalité entre les femmes et les hommes ainsi que la lutte contre toutes les formes de discrimination[2]. Cette stratégie, établie sur dix à vingt ans, se met en application localement par l'adoption de « *plans de convergences* »[3], dont les documents déjà en vigueur sur le territoire doivent tenir compte – mais sans obligation de compatibilité[4]. Ces plans de convergences adoptés à l'automne 2018 s'apparentent au dispositif prévu dans le cadre de la politique de la ville, tout en gardant des possibilités d'adaptation propres aux statuts des outremers[5].

1177. S'il apparait, encore une fois, que les outremers font office de laboratoire pour l'aménagement du territoire[6], la politique de convergence ne semble toutefois pas adaptée à la politique de la ville. Les objectifs fixés sur dix à vingt paraissent difficilement transposable à

---

[1] Al. 10, Exposé des motifs, Projet de loi n° 4000 de programmation relatif à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 août 2016.

[2] Art. 1er, al. 7, Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, préc.

[3] Ibid., art. 7.

[4] Voir, CE, Avis, Sect., n° 391749, « Projet de loi de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer », NOR : OMEX1617132L.

[5] Art. 1er, al. 8, Loi n° 2017-256 du 28 février 2017, préc.

[6] « *C'est là qu'ont été expérimentées, au cours des années quatre-vingt, les mesures de discrimination positives aujourd'hui appliquées dans les zones prioritaires des politiques d'aménagement du territoire* » ; cf. G. CALVES, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, pp. 29-40, spéc. p. 32.

la métropole ; une telle durée de dérogation sera trop longue pour les quartiers prioritaires dont les statuts varient plus fréquemment. Dans ces conditions, la politique de convergence demeure une politique spécifique de traitement du risque de discrimination à l'égard des populations ultramarines avec pour priorité de réduire les inégalités. L'expérience des collectivités ultramarines permet en cela de tester les limites juridiques du pouvoir de différenciation. En matière de régulation sociale, il semble ainsi que l'action publique spécifique destinée à réduire le risque de discrimination soit davantage territorialisée qu'en matière de gestion des ressources humaines où le cadre est largement défini par les organes de l'Etat. A l'inverse, l'approche universelle de la régulation sociale, bien que sa gestion relève des collectivités territoriales, est orientée par un cadre strictement défini aux niveaux national et européen.

§2) L'approche universelle de la régulation sociale

1178. L'approche universelle de la régulation sociale présente le double avantage d'éviter les effets de stigmatisation engendrés par les actions positives[1] et de limiter le risque d'être sanctionné par les juges. A cet égard, on constate que la plupart des politiques sociales disposent d'un sous-bassement idéologique universaliste qui s'appuie à la fois sur l'égalité des droits et la logique de solidarité. Cet Etat-providence, dont les collectivités territoriales sont un des agents, doit parvenir à « *améliorer les conditions de vie de l'ensemble de la population* »[2] en assurant un accès le plus large possible aux services et aux biens essentiels (A). Dans la doctrine de l'égalité des chances, ces mesures sociales ont pour objectif de porter les individus jusqu'à l'entrée sur le marché. Elles sont complétées par des mesures de régulation sur le marché, destinées à lutter contre les comportements qui porteraient atteintes à ses règles. Parmi eux, les traitements discriminants font aussi l'objet d'une régulation à laquelle participent, dans une certaine mesure, les collectivités territoriales (B).

[1] Voir supra, n° 939.
[2] O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004, p. 59.

A) L'accès universel au marché : lutte contre les inégalités de départ

1179. Dans l'Etat-providence, l'objectif d'égal accessibilité au marché se manifeste « *d'une part par l'attribution à tous d'un maximum de "bien-être" matériel et d'autre part, par la volonté d'assurer tous les individus contre les risques de l'existence* »[1]. Cela s'est traduit localement, pour le premier volet, par un accès le plus large possible aux prestations de service public (1) et pour le second volet par des mesures d'accès aux biens et services considérés comme « essentiels » à tout individu (2).

1) L'accès universel aux services publics locaux

1180. L'idée d'élargir l'accès aux services publics au plus grand nombre d'administrés n'est pas nouvelle[2], y compris dans les collectivités territoriales. La décentralisation, en leur conférant un pouvoir de gestion des services publics, leur permet d'en moduler les conditions d'accès, notamment tarifaires. Elle a aussi eu pour effet pervers de désorganiser géographiquement le service public. L'Etat est alors intervenu, dans le cadre de sa politique d'aménagement du territoire, pour assurer une implantation géographique équilibrée des services publics locaux.

1181. **L'accessibilité tarifaire.** Si la modulation tarifaire des services publics locaux est une pratique déjà ancienne[3], elle est aujourd'hui largement encadrée.

1182. Tout d'abord, pour les services publics obligatoires, elles ne disposent pas de marge de manœuvre sur la tarification de la prestation envisagée si celle-ci concourt de manière nécessaire à la poursuite de l'intérêt général[4]. Dans ce cas, les conditions d'accès à la prestation doivent être les mêmes pour tous les usagers du service, ce qui interdit toute différenciation

---

[1] Ibid.

[2] Cir. du 26 juillet 1995 relative à la mise en œuvre de la réforme de l'Etat et des services publics, JORF 28 juillet 1995 : sans y être définie, l'accessibilité devient un nouveau principe du service public aux côtés de la rapidité, la transparence, la participation, et la responsabilité. En l'absence de définition, l'accessibilité est demeurée rattachée à la question de l'interprétation du principe d'égalité, et dans une moindre mesure des principes de continuité et d'adaptabilité du service ; cf. X. De LAJARTE, « L'accessibilité, nouveau principe de fonctionnement des services publics ? », in M. LONG (sous la direction de), *Egalité et services publics territoriaux*, LGDJ, 2005, p. 152.

[3] Par ex., CE, 10 mai 1974, « Denoyez et Chorques », Rec. p. 274.

[4] CE, 10 décembre 1982, « Chambre syndicale des centres agrées de produits de basse-cour », Rec. p. 414 ; voir aussi, CE, 5 décembre 1984, « Ville de Versailles », Rec. p. 399, *AJDA*, 1985, p. 104.

entre e, y compris tarifaire[1]. C'est le cas particulièrement pour les prestations sociales, fondée sur la solidarité nationale, dont les départements ont principalement la charge[2]. Ensuite, dans l'appréciation des différenciations tarifaires le juge administratif s'applique à faire en sorte qu'elles améliorent véritablement l'accès à la prestation pour les uns, sans restreindre celui des autres. Ainsi, les tarifs préférentiels doivent être assumés par le budget de la collectivité et non par les autres usagers[3]. Le juge s'attache à ce que le tarif le plus élevé ne dépasse pas le prix de revient de la prestation[4]. Enfin, s'agissant des services publics industriels et commerciaux (SPIC), il convient de préciser qu'ils sont soumis à un principe d'équilibre financier qui rend délicate l'application de tarifs sociaux[5]. Les tarifs sociaux instaurés par les collectivités territoriales ne peuvent donc s'appliquer qu'aux services publics facultatifs, principalement à caractère administratif, avec pour objectif d'élargir l'accès à la prestation[6].

1183. Dans ce cadre, les collectivités territoriales doivent lever l'obstacle du principe d'égalité pour établir la différenciation tarifaire souhaitée[7]. Les tarifs préférentiels sont admis soit sur critère de résidence, lorsqu'il constitue une différence de situation objective par rapport au

---

[1] Pour le cas des transports scolaires, devenus compétence obligatoire des départements après les lois de décentralisation de 1982, voir CE, 4 mars 1983, req. nº 27214, « Association familiale rurale de circuit de transports des élèves de la région Meslay-du-Maine », *JCP Générale*, 1984, II, 20, p. 211, note DEBOUY ; TA Châlons-en-Champagne, 19 octobre 2006, req. nº 0200468, « Commune d'Echenay », *AJDA*, 2007, p. 96, note G. BOROT ; voir aussi, CAA Nancy, 06 décembre 2007, n° 06NC01625 : dans cette affaire, le droit d'accès à l'enseignement privé et le droit d'accès à l'enseignement optionnel ne sont pas situés sur le même plan.

[2] Voir, Cons. const., 21 janvier 1997, n° 96-387 DC, Loi tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance, *AJDA* 1997. 165, note O. SCHRAMECK ; *D*. 1999. 236, obs. F. MELIN-SOUCRAMANIEN ; *RDSS* 1997. 681, note X. PRETOT, cons. 11. Voir aussi, Cons. const., 18 décembre 2003, n° 2003-487 DC, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité, cons. 8 ; Cons. const., 12 août 2004, n° 2004-503 DC, Loi relative aux libertés et responsabilités locales, cons. 23. Sur la question, voir V. DONIER, « L'accès aux services publics obligatoires d'action sociale », in R. ALLEMAND et L. SOLIS-POTVIN, *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, L'Harmattan, 2008, pp. 61-78.

[3] Dans le cas contraire il s'agirait d'une redistribution déguisée ; voir en ce sens, concl. LASSERRE sur CE, Sect., 26 avril 1985, « Ville de Tarbes », Rec. Lebon p. 125.

[4] CE, Sect., 5 octobre 1984, « Commissaire de la République de l'Ariège c. Commune de Lavelanet », *RFDA*, 1985, p. 241, concl. DELON, Rec. p. 315 ; voir aussi, CE, 20 janvier 1989, n° 89691, « Centre communal d'action sociale de La Rochelle », Rec. p. 8 : « *l'intérêt général qui s'attache à ce [qu'une] crèche puisse être utilisée par tous les parents … sans distinction selon les disponibilités financières dont dispose chaque foyer* » justifie de telles discriminations. Toutefois, « *les tarifs les plus élevés doivent demeurer inférieurs au coût de fonctionnement de la crèche* ».

[5] M. BORGETTO, « Services publics locaux et principe d'égalité. Sur la nature juridique du service public de l'eau et la jurisprudence sur le principe d'égalité », *RFDA*, 1993, p. 673 et s.

[6] CE, Sect., 30 juin 1939, « Ville de Granville », p. 441 : les collectivités locales peuvent instituer des redevances pour leurs services publics administratifs facultatifs, sans même y avoir été autorisé par un texte législatif ou réglementaire ; CE, Sect., 27 juillet 1984, « Commune de Teste-de-Buch », p. 282, *AJDA*, 1984, p. 565, concl. P-F RACINE : légalité de l'instauration de redevances mises à la charge d'usagers d'un réseau communal de distribution câblée de télévision.

[7] Voir not., Cir. Haut-commissaire du Gouvernement de la Polynésie française n° 760 du 23 décembre 2009, « Tarifications des services publics » ; CE, 25 juin 1948, « Société du journal L'Aurore », Rec. p. 189, S., 1948.3, p. 69, concl. LETOURNEUR ; CE, 10 mai 1974, « Denoyez et Chorques », Rec. p. 274.

service[1], soit sur critère de bas revenus qui constitue une raison d'intérêt général[2]. Pour les SPIC, alors qu'ils sont originellement exclus de la différenciation tarifaire, le législateur a introduit la possibilité de mettre en place des tarifs sociaux en matière de transports[3], en application des obligations de service universel[4] instaurées par les directives de l'Union européenne dans certains secteurs[5]. Plus généralement, pour le droit de l'Union, ce sont l'ensemble des services économique d'intérêt général qui doivent tendre vers cette forme d'accessibilité[6] afin de renforcer la cohésion économique et sociale du territoire[7]. Enfin, pour ce qui concerne le critère du lieu de domicile, le juge administratif l'applique « *aux personnes ayant un lien particulier ou suffisant avec la commune incluant alors ceux y ayant une activité*

---

[1] CE, Sect., 5 octobre 1984, « COREP de l'Ariège », Rec., p. 315 ; *AJDA*, 1984, p. 675, chr. SCHOETTL et S. HUBAC. Voir également à propos du service public de ramassage scolaire organisé par un département, CE, 30 mai 2011, n° 322901, « Sanchez c. Département des Ardennes », JurisData n° 2011-007725.

[2] CE, Sect., 29 décembre 1997, n° 157425 et n° 134341, « Commune de Gennevilliers » et « Commune de Nanterre » ; CE, 2 décembre 1987, « Commune de Romainville », Rec. p. 556. Le juge a un temps considéré que la prise en compte des faibles revenus ne pouvait constituer une raison d'intérêt général que dans le cas des services publics à vocation sociale (cf. CE, 20 janvier 1989, n° 89691, « Centre communal d'action sociale de La Rochelle », préc.). Il est revenu sur cette jurisprudence en considérant qu'une telle considération relevait dans tous les cas de figure d'un intérêt général (cf. CE, Sect., 29 décembre 1997, « Commune de Gennevilliers » et « Commune de Nanterre », préc. : ces arrêts reviennent sur le refus des différenciations tarifaires en fonction des ressources des familles en matière de services culturels (revirement à l'arrêt CE, Sect., 26 avril 1985, req. n° 41169, « Ville de Tarbes », préc.).

[3] Art. 123, Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, JORF n° 289 du 14 décembre 2000 p. 19777. Voir, M. LONG, « Politiques publiques et choix tarifaires dans le domaine des transports », *JCP Adm.*, 2003, p. 1549 ; H. GROUD, « Tarifs sociaux dans les transports urbains : les nouvelles règles de la loi "SRU" contrôlées par le juge », *JCP Adm.*, 2004, p. 971 ; CE, 6 février 2004, *AJDA*, 2004, p. 1096, note H. RIHAL.

[4] Comunication de la Commission, « Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe », n° COM/2011/0900 du 20 décembre 2011 : « *obligations de service public fixent les exigences devant garantir la mise à disposition de certains services d'une qualité donnée pour l'ensemble des consommateurs et utilisateurs d'un État membre, indépendamment de leur localisation géographique. Ces services doivent également être fournis à un prix abordable eu égard aux conditions spécifiques nationales* ».

[5] Ces secteurs sont : les services postaux (cf. Dir. n° 2008/6/CE, du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 modifiant la directive n° 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté ; Décision de la Commission du 10 août 2010 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des services postaux, JOUE C 217 du 11 août 2010 p. 7), les services bancaires de base (pour lesquels la Commission a émis des recommandations ; Recommandation de la Commission sur l'accès à un compte de paiement de base, C(2011)497, site : www.ec.europa.eu), les transports (cf. voir not., Livre blanc, « Feuille de route pour un espace européen unique des transports – Vers un système de transport compétitif et économe en ressources », COM(2011)144), l'énergie (cf. Dir. n° 2009/72/CE du 13 juillet 1999 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité ; Dir. n° 2009/73/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel ; SEC (2010) 1407 final du 11 novembre 2010), et les communications électroniques (cf. Dir. n° 2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), modifiée par la directive n° 2009/136/CE).

[6] Art. 1er, Protocole n° 26, TFUE, JOUE C 326 du 26 octobre 2012 p. 308 ; Art. 36, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Voir not., Communication de la Commission, « Un marché unique pour l'Europe du XXIe siècle – Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen », COM/2007/725 final du 20 novembre 2007.

[7] Voir, O. DUPERON, « L'accès au service public et la politique de cohésion économique et sociale en Europe », in R. ALLEMAND et L. SOLIS-POTVIN, *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, L'Harmattan, 2008, pp. 239-248.

professionnelle ou y scolarisant leur enfant »[1]. Si ces personnes peuvent bénéficier de tarifs avantageux par rapport aux personnes n'ayant pas de lien suffisant avec la commune, l'exclusion pure et simple de ces dernières de l'accès à la prestation doit être dûment justifiée[2].

1184. La tarification abordable sur la base des revenus apparaît comme la véritable tarification sociale ; le critère du lien avec la collectivité pour établir une tarification avantageuse risque davantage de servir des considérations électoralistes. C'est la raison pour laquelle il est particulièrement surveillé par les institutions européennes[3]. Ce critère ne trouve sa pertinence que lorsqu'il s'insère dans les problématiques liées à l'accessibilité géographique, d'ailleurs incluse dans les obligations de service universel.

1185. **L'accessibilité géographique**. « *La présence équilibrée sur le territoire des services publics est avant tout synonyme de proximité : un service public territorial accessible aux usagers est un service public proche géographiquement. L'Etat est ici le garant de cette accessibilité conçue en termes spatial, car lui seul peut faire respecter les équilibres à l'échelle du territoire national* »[4]. Toutefois, en accord avec le principe de libre administration des collectivités territoriales, l'encadrement de l'implantation géographique des services publics locaux ne peut s'appliquer qu'à ceux attribués de manière obligatoire[5] ou pour lesquels l'Union européenne impose des obligations d'accessibilité[6]. Il s'est traduit par la création, en 1999, des

---

[1] I. MULLER-QUOY, « Quel rôle de l'Etat dans la garantie de l'accessibilité aux services publics territoriaux ? », in M. LONG, *Egalité et services publics territoriaux*, LGDJ, 2005, p. 172 : la jurisprudence du juge administratif a conduit à « *élargir le territoire pertinent caractérisant l'espace de solidarité géographique en faisant référence non plus au domicile, mais aux personnes ayant un lien particulier ou suffisant avec la commune incluant alors ceux y ayant une activité professionnelle ou y scolarisant leur enfant* ».

[2] CE, Sect., 13 mai 1994, « Commune de Dreux », Rec. p. 233, *AJDA*, 1994, p. 652, obs. M. HECQUARD-THERON : possibilité pour le conseil municipal d'une commune de limiter l'accès à une école de musique aux seules personnes ayant un « *lien particulier avec la commune* ».

[3] CJCE, 16 janvier 2003, aff. C-388/01, « Commission c. Italie », *Droit administratif*, 2003, comm. 56 C. BOURDON. Voir, G. CHAVRIER, « La tarification des services publics selon le lieu de résidence face au droit communautaire », in R. ALLEMAND et L. SOLIS-POTVIN, *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, L'Harmattan, 2008, pp. 139-155.

[4] I. MULLER-QUOY, « Quel rôle de l'Etat dans la garantie de l'accessibilité aux services publics territoriaux ? », art. cit., p. 161. Voir aussi, art. 2, Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et du développement du territoire (préc.), complétéé par la loi n° 99-553 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et du développement durable du territoire (JORF n°148 du 29 juin 1999 page 9515) : l'Etat « *assure la présence et l'organisation des services publics, sur l'ensemble du territoire, dans le respect de l'égal accès à tous les services* ».

[5] CE, Sect., 27 janvier 1961, req. n° 38661, « Sieur Vannier », Rec. p. 60 : en vertu du principe de libre administration, les autorités nationales et les administrés ne sont pas en mesure d'exiger le maintien d'un service public facultatif.

[6] Sur l'application des obligations de service universel à la continuité territoriale, voir, J. DANIEL, « Obligations de service public et continuité territoriale entre les DOM-ROM et la Métropole : des dispositifs en trompe-l'œil ? », in R. ALLEMAND et L. SOLIS-POTVIN, *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, L'Harmattan, 2008, pp. 213-237.

maisons de services publics, qui deviendront des maisons de services au public[1], servant de guichet unique pour l'ensemble des « *services publics territoriaux* »[2].

1186. Les maisons de services publics (MSP) sont construites « *en vue d'apporter une réponse améliorée aux attentes des usagers concernant l'accessibilité et la proximité des services publics* »[3]. Selon Marc LEROY, cette politique « *se définit comme une offre en un même lieu d'un bouquet de services de proximité adaptés aux besoins des usagers et concrétise l'idée d'une polyvalence des agents ou des structures*[4] *(organisation de permanences)* »[5]. Elles regroupent, dans des lieux uniques, les services publics de l'Etat et de ses établissements, des collectivités territoriales, des organismes de sécurité sociale et des autres organismes chargés d'une mission de service public, ainsi que les services publics et privés associés[6]. La loi n° 2005-157[7] est venu ajouter la possibilité de fixer les conditions de transfert et de maintien d'un service public de proximité à une personne, privée notamment, « *dont l'activité habituelle ne relève pas d'une mission de service public* »[8]. En 2006, l'Etat lance la labellisation des relais de services publics[9], « *guichets d'accueil polyvalent* », sans structure prédéfinie, qui peuvent être portés par une mairie, une structure intercommunale, un service de l'État ou même une association. En 2008, Marc LEROY remarquait que la démarche de polyvalence « *semble*

---

[1] Art. 100, Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, JORF n° 0182 du 8 août 2015 p. 13705.

[2] Art. 1er, Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, JORF 8 février 1992 : « *l'administration territoriale est assurée par les collectivités territoriales et par les services déconcentrés de l'Etat…, elle est organisée… de manière à mettre en œuvre l'aménagement du territoire* ». Pour y parvenir l'article 2 de la loi prévoit un ensemble de schémas de services collectifs ; cf. Voir, Y. JEGOUZO, « Les schémas de services collectifs », *AJDA*, 2002, p. 683. Voir supra, n° 866. L'article 29 de la loi d'aménagement du territoire du 4 février 1995 (préc.) impose à l'Etat d'établir, avec les établissements et organismes publics ainsi que les entreprises nationales qui sont sous sa tutelle, les objectifs de l'aménagement du territoire et les compensations financières y afférentes. Il l'a fait avec les services publics en réseaux que sont l'ANPE (Pôle Emploi), EDF, GDF, France Télécom, La Poste, ou encore la SNCF.

[3] Art. 30-V, Loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire et portant modification de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, préc.

[4] Voir aussi, art. L. 2144-2, CGCT : relatif aux mairies annexes.

[5] M. LEROY « La politique française des maisons des services publics », in R. ALLEMAND et L. SOLIS-POTVIN, *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, L'Harmattan, 2008, p. 174.

[6] La loi du 12 avril 2000 indique qu'elles peuvent être créées soit par convention soit sous la forme d'un groupement d'intérêt public, avec l'approbation du préfet si l'Etat ou ses établissements sont concernés ; cf. Art. 27 à 30, Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits de citoyens dans leurs relations avec les administrations, JORF n° 0088 du 13 avril 2000 p. 5646 ; Cir. Min. de l'Aménagement du territoire du 28 mars 1996 relative à l'appel à projet pour les plates-formes de services publics – Pacte de relance pour la ville ; Décret n° 2001-494 du 6 juin 2001 pris pour l'application des articles 27 et 29 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et relatif aux maisons de services publics, JORF n° 133 du 10 juin 2001 p. 9247.

[7] Loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux, JORF n° 0046 du 24 février 2005 p. 3073.

[8] Art. 27-1, Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, préc.

[9] Cir. du 2 août 2006 relative à la labellisation de Relais Services Publics : « Annexe 1 ».

améliorer la présence de services publics, ou du moins freine leur retrait, encore que l'idée de création systématique de relais de services publics n'a pas été retenue »[1].

1187. Au-delà de la seule approche quantitative ou géométrique de l'implantation, le législateur a décidé de faire évoluer le système vers une approche plus individualisée en créant les maisons de services au public (MSAP). Depuis la loi NOTRe[2], les MSAP ont remplacé les MSP avec « *pour objet d'améliorer l'accessibilité et la qualité des services, en milieu rural et urbain, pour tous les publics* »[3]. Le législateur a permis d'apporter trois changements à l'ancien système. Tout d'abord, il précise que « *l'offre de services peut être organisée de manière itinérante ou selon des modes d'accès dématérialisés* »[4]. Ensuite, il insère un article 27-2 à la loi n° 2000-321 qui permet aux EPCI à fiscalité propre, en cas d'inadaptation de l'offre privée, de définir, dans le cadre de leurs compétences, les obligations de service public destinées à assurer la présence effective de certains services sur leur territoire[5]. Cette procédure s'inscrit dans le cadre fixé par le droit de l'Union européenne pour les services économiques d'intérêt général. On note enfin que l'Etat et ses opérateurs consacrent un financement complémentaire de celui des collectivités territoriales (9,2 millions d'euros en 2015) qui devrait être augmenté dans le cadre d'un fonds national des maisons de services au public.

1188. Les modifications apportées par la loi NOTRe ne résolvent pas le problème soulevé en 2008 de « *savoir quel type de régulation territoriale est en œuvre* »[6] : quantitative ou qualitative. L'une et l'autre possède toujours leurs limites[7] de sorte que le constat dressé par Marc LEROY en 2008 semble toujours valable : l'objectif de créer une nouvelle relation de service en faveur des usagers[8], notamment les plus démunis, n'aboutit, dans les faits, qu'à la labellisation de la qualité des établissements[9]. « *Dans le contexte de la crise de l'Etat-*

---

[1] M. LEROY « La politique française des maisons des services publics », art. cit., p. 179.

[2] Art. 100, Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, préc.

[3] Art. 27, al. 1er, Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, telle que modifiée par la loi n° 2015-991 du 7 août 2015, préc.

[4] Ibid. al. 5.

[5] Dans cet optique, les obligations de service public, imposées à l'opérateur de service sélectionné à l'issue de la procédure d'adjudication, font l'objet d'une compensation par l'EPCI.

[6] M. LEROY « La politique française des maisons des services publics », art. cit., p. 179.

[7] Sur le plan quantitatif, « *la cohérence de la répartition spatiale des structures sur le territoire national se heurte aux difficultés de la labellisation par l'Etat […] l'hétérogénéité des partenariats de projets et de financement […] les rivalités territoriales et politiques des collectivités locales ou de certains élus locaux* » (cf. ibid., pp. 179-180). Sur le plan qualitatif, l'approche trop spécifique de ces dispositifs tournés vers les territoires en difficultés, urbains ou ruraux, a pour conséquences un développement plus important du volet social au détriment des autres secteurs de l'action publique (cf. ibid., p. 183).

[8] Ibid., p. 185.

[9] Ibid., p. 187 : « *l'idée de changer le fonctionnement administratif dans son ensemble à partir des leçons tirées des expériences de terrain apparaît en retrait : la modernisation par l'usager laisse la place, selon la circulaire, à la « qualité des prestations » rendues dans les structures labellisées* ». Voir aussi, T. KIRSZBAUM et R. EPSTEIN, *Synthèse de travaux universitaire et d'évaluation de la politique de la ville*, Rapport pour le Comité

providence qui peine à prendre en charge les nouveaux risques, [la politique des MSP] se comprend comme une régulation périphérique de la question sociale pour les exclus »[1]. On observe alors une tendance à l'individualisation de l'action publique, par la territorialisation, avec les collectivités territoriales en première ligne, suivant le paradigme de l'exclusion[2]. Il se traduit juridiquement par la reconnaissance d'un accès universel aux biens et services considérés comme essentiels pour que chaque individu puisse vivre dignement[3].

2) L'accès universel aux biens essentiels

1189. L'accès aux biens essentiels relève d'une logique différente de l'accès aux services publics : alors que le service public est déterminé par son régime juridique, les biens essentiels sont définis en fonction de leur utilité pour chaque individu. La notion apparaît au plan international, dans les années 1990, dans les discours portés sur la question du développement, sans jamais préciser les biens ou les services dont il s'agit[4]. En droit interne, la question de l'accès aux biens essentiels est arrivée par le biais de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998

---

d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale Mission de F. GOULARD et F. PUPPONI sur l'évaluation des aides aux quartiers défavorisés, octobre 2010, p. 95.

[1] M. LEROY, « La politique française des maisons des services publics », art. cit., p. 188. Il conclut : « *Dans la mise en œuvre, la nouvelle régulation financière secrétée par les usages partisans et idéologiques de la performance compétitive des hommes et des territoires risque de réduire de fait les « capabilités » (Sen) des publics démunis et les sources de développement des territoires fragiles. Dans ce contexte, les MSP peuvent difficilement aboutir à une émancipation sociale des citoyens exclus économiquement* » ; ibid.

[2] On observe cette individualisation par le biais des dispositifs axés sur la réinsertion des individus, sur la valorisation de leurs « *compétences* » et sur la rectification de leurs « *trajectoires* ». Cette psychologisation est induite par le travail sur le « *lien social* » dont la sémantique témoigne d'un déni des ressorts structurels de la pauvreté. Elle met l'accent sur la restauration du « *dialogue* », la « *confiance* » et la « *communication* », au détriment de la question sociale, suivant le nouveau paradigme de l'exclusion ; cf. S. TISSOT et F. POUPEAU, « La spatialisation des problèmes sociaux », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 159, 2005/4, p. 8.

[3] Art. 1er, al. 1er, Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, préc. ; art. L. 115-1, Code de l'action sociale et des familles : l'accès aux biens essentiels est perçu comme une politique sociale de « *lutte contre la pauvreté et les exclusions […] fondé[e] sur le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains* ».

[4] Voir par ex., M. NDOUR et B. BOIDIN, « "L'accès aux biens et services essentiels" : une notion centrale et ambigüe du développement », *L'Homme & la Société*, n° 185-186, 2012/3, pp. 223-248. La doctrine les associe généralement aux droits économiques et sociaux, ces droits-créances qui donnent un droit d'accès à un service ou à un bien, et que l'on retrouve dans la formulation du préambule de la Constitution de 1946 : « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* » ; « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* » ; « *Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

d'orientation relative à la lutte contre les exclusions[1] adoptée pour mettre en œuvre les engagements de la France aux niveaux international[2] et européens[3].

1190. La politique de lutte contre les exclusions « *tend à garantir sur l'ensemble du territoire l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans les domaines de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de la justice, de l'éducation, de la formation et de la culture, de la protection de la famille et de l'enfance* »[4]. Le code de l'action sociale et des familles ajoute également que les personnes publiques impliquées « *prennent les dispositions nécessaires pour informer chacun de la nature et de l'étendue de ses droits et pour l'aider, éventuellement par un accompagnement personnalisé, à accomplir les démarches administratives ou sociales nécessaires à leur mise en œuvre dans les délais les plus rapides* »[5]. A cette fin, il revient aux personnes publiques, Etat, collectivités territoriales, établissements publics dont les centres communaux et intercommunaux d'action sociale, les organismes de sécurité sociale ainsi que les institutions sociales et médico-sociales, de définir une politique commune visant à connaître, à prévenir et à supprimer toutes les situations pouvant engendrer la pauvreté et les exclusions[6]. En cela, elle se définit comme une politique de solidarité nationale[7]. L'aspect préventif est ici essentiel dans la détermination des outils qui vont permettre d'atteindre ces objectifs puisqu'il implique une évaluation régulière et une planification collective des actions menées dans les territoires. Les dernières instructions portées par le Premier ministre le 16 juillet 2015 visent précisément à renforcer la territorialisation du plan de lutte contre la pauvreté et pour l'inclusion sociale en faisant de l'échelon départemental le niveau de mise en œuvre opérationnelle des actions[8].

1191. La loi du juillet 1998 ne définit que des orientations et quelques mesures précises mais pas de principe général d'accessibilité universelle à tous les biens essentiels. Pour les

---

[1] JORF n° 175 du 31 juillet 1998 p. 11679.

[2] La France s'est également engagée, aux côtés d'autres partenaires de l'Organisation des Nations unies, lors du sommet mondial de Copenhague sur le développement social de mars 1995, à oeuvrer à l'élimination de la pauvreté dans le monde grâce à des actions nationales menées avec détermination. Pour une critique du discours internationaliste sur l'accès aux biens essentiels, voir M. NDOUR et B. BOIDIN, « "L'accès aux biens et services essentiels" : une notion centrale et ambigüe du développement », *L'Homme & la Société*, n° 185-186, 2012/3, pp. 223-248.

[3] Sous présidence française le Conseil de l'Europe s'est impliqué, en octobre 1997, dans la lutte contre les exclusions. Le sommet sur l'emploi de Luxembourg en juin 1997 a marqué une nouvelle étape de la politique sociale et pour l'emploi dans l'Union européenne.

[4] Art. L. 115-1, al. 2, Code de l'action sociale et des familles.

[5] Art. L. 115-1, al. 4, Code de l'action sociale et des familles.

[6] Art. L. 115-1, al. 3, Code de l'action sociale et des familles.

[7] Art. L. 115-1, al. 5, Code de l'action sociale et des familles.

[8] Voir not., Conseil national des politiques de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale, *Territorialisation du plan pluriannuel contre la pauvreté et pour l'inclusion sociale : mobilisation et coordination en région*, Synthèse nationale, 2015, site : www.cnle.gouv.fr.

collectivités territoriales, les obligations découlent soit de la loi, ou du droit constitutionnel[1], soit du droit de l'Union européenne. L'Etat a ainsi transposé les obligations de service universel, de qualité, d'implantation géographique et de tarif abordable, applicables aux opérateurs de services publics en réseaux[2], parmi lesquels des collectivités territoriales. En matière de logement, la loi « SRU » du 13 décembre 2000[3] oblige les collectivités territoriales à disposer d'un minimum de 20 % de logements sociaux dans leur parc, seuil passé à 25 % en 2014[4]. Le Conseil constitutionnel précise cependant que le législateur ne saurait subordonner l'octroi d'une dotation à l'accomplissement de cet objectif[5]. La loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et aux responsabilités locales[6] prévoit également à l'article 65 l'obligation d'instaurer une aide par la collectivité pour disposer de la fourniture d'eau, d'énergie[7], et de services téléphoniques dans son logement[8]. A titre facultatif, la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions a étendu la possibilité de fixer les tarifs des services publics administratifs à caractère facultatif en fonction « *du nombre de personnes vivant au foyer* » rappelant que « *les taux ainsi fixés ne font pas obstacle à l'égal accès de tous*

---

[1] Voir not., V. DONIER, « L'accès aux services publics obligatoires d'action sociale », in R. ALLEMAND et L. SOLIS-POTVIN, *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, L'Harmattan, 2008, pp. 61-78.

[2] Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, JORF n° 0001 du 1er janvier 2004 p. 9 ; Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz, JORF n° 185 du 11 août 2004 p. 14256.

[3] Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, JORF n° 289 du 14 décembre 2000 p. 19777.

[4] Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF n° 0072 du 26 mars 2014 p. 5809. Elle impose aussi aux autorités urbaines d'accorder une réduction tarifaire, en matière de transport, d'au moins 50 % aux personnes dont les ressources sont inférieures à un plafond (art. L. 861-1, Code de la sécurité sociael), quel que soit leur lieu de résidence (art. L. 1113-1, Code des transports ; CE, 6 février 2004, req. nº 255111, « Association "La raison du plus faible" », *AJDA*, 2004, p. 1096, note H. RIHAL : le juge considère que la loi impose ces réductions pour les tarifs les plus utiles, en l'espèce la « carte orange » pour les transports parisiens). Sur le tarif « famille nombreuse » de la SNCF, voir CE, 22 octobre 2003, req. n° 255111, « GISTI », *AJDA*, 2004, p. 347, note F. TOURETTE. La loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté (JORF n° 0024 du 28 janvier 2017) a instauré plusieurs seuils ainsi que des exemptions à cette obligation sans que cela ne porte atteinte au principe d'égalité ; cf. Cons. const., 26 janvier 2017, n° 2016-745 DC, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, cons. 39.

[5] Ibid., cons. 64-69.

[6] JORF n° 190 du 17 août 2004 p. 14545.

[7] Par exemple, en 2008, s'agissant de l'accès à l'électricité, la mairie de Paris accordait une aide aux plus démunis qui s'élevait à 122 euros en cas de chauffage collectif et de 244 euros en cas de chauffage individuel (versée directement par EDF), à laquelle s'ajoutait l'aide sociale provenant du CCAS parisien et l'aide de solidarité liée au tarif social de l'électricité en vigueur à l'époque ; cf. H. SMETS, « L'accès aux biens essentiels, un droit pour tous », in R. ALLEMAND et L. SOLIS-POTVIN, *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, L'Harmattan, 2008, p. 132.

[8] Art. 136, Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, préc. : « *toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières du fait d'une situation de précarité a droit à une aide de la collectivité pour accéder ou préserver son accès à une fourniture d'eau, d'énergie et de services téléphoniques* ».

les usagers au service »[1]. Certains maires, au nom du respect de la dignité des conditions de vie, ont adopté des arrêtés anti-coupures d'eau, de gaz ou d'électricité à l'égard des administrés devenus insolvables[2]. D'autres ont décidé d'instaurer la gratuité d'un service[3] soit pour des circonstances exceptionnelles[4] soit de manière pérenne[5]. De manière générale, toute aide publique communale peut être justifiée pour des motifs liés à l'intérêt local : ce peut être le cas de « *l'insertion d'habitants d'origine étrangère au sein de la commune par la création d'activités collectives* »[6].

1192. La lutte contre l'exclusion est pour l'instant circonscrite à l'état d'objectifs et d'orientations. Elle ne donne pas un droit d'accès effectif à l'ensemble des droits fondamentaux qu'elle cible[7] mais cherche à coordonner l'action sur le territoire. On peut craindre qu'en l'absence de principe général d'accessibilité universelle[8], les mesures individuelles se multiplient[9] et stigmatisent les populations qui en seront les bénéficiaires[10]. L'apparition de la

---

[1] Art. 147, Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, JORF n° 175 du 31 juillet 1998 p. 11679.

[2] Voir, S. BRACONNIER, « Les arrêtés municipaux anti-coupure d'eau : une réponse juridique inadaptée à un problème social réel », *AJDA*, 2005, p. 644.

[3] La gratuité n'est pas un principe du service public ; cf. Cons. const., 12 juillet 1979, n° 79-107 DC, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales ; CE, 21 octobre 1988, « Syndicat des transporteurs aériens », Rec. p. 375, *RDP*, 1989, p. 1484 ; CE, 10 juillet 1996, « Société Direct Mail Promotion », Rec. Lebon p. 277. Voir not., G.-J. GUGLIELMI, « La gratuité, outil idéal d'une non-discrimination », in R. ALLEMAND et L. SOLIS-POTVIN, *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, L'Harmattan, 2008, pp. 99-108 ; G. KOUBI, « La décomposition de la notion de gratuité en droit administratif », *JCP Adm.*, 2003, n° 24, p. 769 ; G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *La gratuité, une question de droit ?*, L'Harmattan, 2003.

[4] CE, 11 octobre 1989, « Commune de Port-Saint-Louis-du-Rhône », Rec. p. 184 : gratuité de l'accès à la cantine scolaire pour les enfants de cheminots en grève. Pour une crèche, CE, 11 juillet 1991, n° 89948, « Commune Champigny-sur-Marne », JurisData n° 1991-045022 : est légale la partie de la délibération d'un conseil municipal accordant la gratuité des crèches municipales aux enfants de familles de cheminots grévistes, mais est en revanche illégale la partie de l'arrêté attribuant une aide financière aux familles concernées.

[5] Par ex., la ville de Dunkerque a décidé d'instaurer un service de transport public de bus entièrement gratuit ; cf. J. CHE, « Mais qui paie le transports gratuits à Dunkerque ? », *l'express*, 21 juillet 2017, site : www.lexpress.fr.

[6] CE, 25 novembre 2008, n° 310208, « Commune de Mer », JurisData n° 2009-14912 : cession à vil prix d'un local à une association ayant pour objet de favoriser l'intégration d'une population d'origine étrangère dans la commune par la création d'activités culturelles, sociales, éducatives et sportives.

[7] En ce domaine, il ne peut s'agir « *d'une égalité consistant à traiter tous les candidats usagers d'un même service public d'une façon absolument identique, mais de les traiter conformément à ce qui a été prévu par la loi* » ; cf. J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, et H. PAULIAT, *Droit des services publics*, A. COLIN, 2004, p. 393 et s.

[8] Voir, V. DONIER, « Le droit d'accès aux services publics dans la jurisprudence : une consécration en demi-teinte », *RDSS*, 2010, p. 800

[9] Dans les faits, les administrés doivent s'en remettre aux compétences des collectivités territoriales ; cf. T. KIRSZBAUM et R. EPSTEIN, *Synthèse de travaux universitaire et d'évaluation de la politique de la ville*, Rapport pour le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale Mission de F. GOULARD et F. PUPPONI sur l'évaluation des aides aux quartiers défavorisés, octobre 2010, p. 27. Voir aussi, M. LEROY, « La politique française des maisons des services publics », art. cit., p. 188 : « *Les services sociaux de proximité, portés majoritairement par les collectivités territoriales, constituent des palliatifs à l'intégration des publics démunis dans la société confrontée à la logique de la globalisation économique* ».

[10] H. RIHAL, « Exclus et égalité », in M. LONG, *Egalité et services publics territoriaux*, LGDJ, 2005, p. 175 et s. Voir par ex., C. AVENEL, « Effets ambivalents des politiques d'insertion. Les droits et devoirs à l'épreuve de l'expérience vécue des bénéficiaires », *Vie sociale*, Vol. 1, n° 1, 2012, pp. 59-79 ; O. NOEL, « Subjectivation des

particulière vulnérabilité économique parmi les critères de discrimination[1] constitue, à cet égard, un révélateur, plus qu'une réponse[2], à cet effet stigmatisant. La lutte contre les inégalités ne saurait ainsi se départir d'une politique de lutte contre les discriminations *stricto sensu* qui permet d'éviter l'apparition de traitements discriminants sur le territoire[3].

B) Le traitement universel sur le marché : la lutte contre les discriminations

1193. Pour diminuer le nombre de discriminations, les collectivités cherchent d'abord à réduire la faible propension des victimes de discriminations à recourir à la justice pour obtenir réparation[4]. La recherche d'un traitement universel pour ses administrés doit ainsi se traduire, pour la collectivité territoriale concernée, par une amélioration de l'accès au droit des victimes de discrimination (1). Dans leur rôle de prévention les collectivités territoriales s'efforcent également de diffuser la valeur de l'égalité et les bonnes pratiques à adopter auprès des acteurs du territoire afin qu'ils assurent, dans le cadre de leurs fonctions respectives, un traitement qui ne risque pas d'être discriminant (2).

1) L'amélioration de l'accès au droit des victimes de discrimination

1194. Les ressorts du non-recours au droit des victimes de discrimination sont connus : auto-censure, rejet des institutions, coûts matériel et psychologique de la procédure, disqualification

---

vécus, objectivation juridique des faits. Un dilemme pour l'évaluation des politiques relatives aux discriminations », *Informations sociales*, n° 148, 2008/4, pp. 124-133.

[1] Loi n° 2016-832 du 24 juin 2016 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale, JORF n° 0147 du 25 juin 2016. Pour la CEDH, le manque de ressources n'est pas une raison suffisante pour refuser l'accès à un droit, en l'espèce le droit au logement ; cf. CEDH, 9 avril 2015, req. n° 65829/12, « Tchokontio Happi c. France ».

[2] Delphine THARAUD évoque, à l'égard de ce critère, un risque de « *désengagement de l'Etat* » car il fait passer la question sociale du politique au juridique ; cf. D. THARAUD, « Etude critique du motif de discrimination résultant de la vulnérabilité économique », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017, chron. n° 5.

[3] Dès 1992, la charte des services publics indiquait que « *si chacun doit être à même de bénéficier des prestations du service public sans se trouver en position d'infériorité en raison de sa condition sociale, de sa résidence, ou de tout autre motif tenant à sa situation personnelle ou à celle du groupe social dont il fait partie* » c'est avant tout parce que l'Etat et les collectivités territoriales respectent l'obligation de « *neutralité [qui] garantit le libre accès de tous aux services publics sans discrimination. Elle implique la laïcité de l'État, l'impartialité des agents publics et l'interdiction de toute discrimination fondée sur les convictions politiques, philosophiques, syndicales, religieuses ou tenant à l'origine sociale, au sexe ou à l'origine ethnique* » ; cf. Charte des services publics du 18 mars 1992, in Ministère de la fonction publique et des réformes administratives, *La fonction publique de l'Etat*, Rapport annuel, La documentation française, 1992, site : www.fonction-publique.gouv.fr, p. 37.

[4] Voir supra, n° 941 et s.

des victimes sont autant d'obstacles à surmonter pour parvenir à obtenir réparation[1]. Pour tenter de résoudre ces difficultés, certaines collectivités ont décidé de participer aux mécanismes d'accompagnement des victimes de discriminations[2]. L'efficacité des dispositifs mis en place passe d'abord par une analyse de l'accès au droit sur le territoire. Les exemples recensés dans les collectivités territoriales montrent un panel de solutions intéressantes qui viennent en complément de l'offre déjà présente sur le territoire.

1195. **Le recensement des acteurs de l'accès au droit sur le territoire.** La justice fait partie des biens et services essentiels, énumérés à l'article L. 115-1 du code de l'action sociale et des familles, auxquels les collectivités publiques doivent assurer l'accès[3]. L'accès à la justice et au droit au sein d'un territoire se mesure d'abord par un état des lieux des acteurs. Dans le cadre de la lutte contre les discriminations, de nombreuses collectivités ont élaboré ce recensement. En la matière, en dehors des associations ou des syndicats[4], des institutions spécifiques ont été mises en place, dans les territoires, afin d'aider au traitement judiciaire des victimes de discrimination.

1196. On trouve en premier lieu les délégués territoriaux du Défenseur des droits. La loi organique de 2011[5] a institué leur rôle et le principe du caractère bénévole de leur mission. Le bilan d'activité rappelle d'ailleurs que « *parmi les institutions comparables existant à l'étranger, le Défenseur des droits est la seule dont la représentation territoriale est assurée par un réseau de bénévoles qui permet, par sa densité, une grande accessibilité au public, en métropole et dans les outremers* »[6]. Ils sont 637 en 2018 a exercé leurs activités dans le respect des valeurs de l'institution et du code de déontologie[7]. Ils sont ainsi tenus au devoir de réserve,

---

[1] DDD, *Relations des usagères et usagers avec les services publics : le risque de non-recours*, Enquête, p. 227 : « *l'analyse plus précise de la non-demande montre que les explications sont nombreuses : manque d'intérêt, risque de stigmatisation et de discrimination, dénigrement de sa propre éligibilité, repli sur soi, etc. Elle renvoie ainsi à des articulations entre logiques institutionnelles et comportementales ; elle met en lumière les limites de la logique incitative pour souligner l'importance d'envisager des dispositifs de reconquête (pour un accompagnement d'accès au droit), d'autonomisation, de responsabilisation en tenant compte des préférences individuelles* ».

[2] Dans sa brochure à destination des acteurs locaux publiée en 2008, l'ACSé mettait déjà en avant la nécessité « *d'accompagner les victimes par la mise en place de lieux d'écoute et d'un dispositif d'accompagnement juridique de recours (en lien avec le ministère de la justice et la Halde). Cet axe est souvent complété par des actions d'accompagnement des personnes particulièrement exposées aux risques de discriminations, afin de les aider à trouver un emploi ou une formation* » ; cf. ACSé, *Prévention et lutte contre les discriminations : les outils de l'ACSé pour les acteurs locaux*, Brochure, 2008, p. 8.

[3] Art. L. 111-2, Code l'organisation judiciaire : « *le service public de la justice concourt à l'accès au droit et assure un égal accès à la justice. Sa gratuité est assurée selon les modalités fixées par la loi et le règlement* ». Voir aussi, CE, Sect., 18 décembre 2002, n° 233618, « Duvignières », Rec.

[4] Voir supra n° 451 et s. ; 466 et s.

[5] Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, JORF n° 0075 du 30 mars 2011 p. 5497.

[6] DDD, *Bilan d'activité*, 2014, p. 173.

[7] DDD, arrêté du 31 décembre 2013 : indépendance, impartialité, intégrité et exigence de qualité du service apporté au public.

soumis au secret professionnel et à un certain nombre de règles d'incompatibilités[1]. Ces conditions entraînent la nomination de profils séniors, masculins, aux expériences réelles mais extrêmement variées, compte tenu des multiples missions dont ces délégués ont la charge. Les délégués du Défenseur des droits, les associations et les avocats s'appuient sur les maisons de la justice et du droit[2], les points d'accès au droit[3] et les relais d'accès au droit[4] gérés par les commissions départementales d'accès au droit pour effectuer des permanences avec ou sans rendez-vous[5].

1197. Pour les services déconcentrés de l'Etat spécialisés sur la question du traitement judiciaire des discriminations on trouve d'abord les pôles anti-discrimination présents dans les tribunaux de grande instance[6] qui participent à la création de mécanismes d'alerte, à la signature de protocoles de lutte contre les discriminations et à la diffusion de modèles de fiches de signalement et de supports d'information[7]. D'autre part, avant 2016, avaient été mises en place, dans chaque préfecture, les commissions pour la promotion de l'égalité des chances et la

---

[1] Ces conditions entraînent la nomination de profils séniors, masculins, aux expériences réelles mais extrêmement variées compte tenu des multiples missions dont ces délégués ont la charge.

[2] Les Maisons de justice et du droit (MJD) ont pour mission de rapprocher le service du citoyen pour leur apporter une présence judiciaire (magistrats, policiers, éducateurs, travailleurs sociaux, …etc.) pour la mise en place de mesures alternatives et une information juridique par l'intermédiaire de professionnels du droit ou d'associations spécialisées.

[3] Les Points d'accès au droit (PAD) sont des lieux gratuits, permanents, gérés par du personnel non judiciaire (en général un agent territorial), qui apportent une information juridique de proximité. L'information juridique est délivrée par des juristes du secteur associatif et des professionnels du droit. L'initiative de leur création revient au CDAD afin de répondre aux besoins du territoire et du public auquel ils s'adressent : ils peuvent être généralistes ou spécialisés (par exemple en milieu pénitentiaire).

[4] Les Relais d'accès au droit (RAD) sont gérés comme les PAD par du personnel territorial mais ne disposent que d'une permanence ponctuelle d'information juridique. D'autres lieux recevant du public, non labellisés, organisent aussi des permanences d'information juridique qu'ils soient privés ou publics comme les plateformes de services publics, les Maisons des services au public, ou encore les Maisons de la solidarité.

[5] Groupement d'intérêt public doté de la personnalité morale, placé sous la présidence du Président du tribunal de grande instance du chef-lieu du département, la commission départementale d'accès au droit a pour mission essentielle de définir et de mettre en œuvre une politique de développement de l'aide à l'accès au droit, notamment en faveur des personnes les plus démunies, dans des lieux accessibles à tous. Voir, Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique (JORF n° 0162 du 13 juillet 1991 p. 9170) modifiée par la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits (JORF n° 296 du 22 décembre 1998 p. 19343).

[6] Cir. Min. de la Justice du 11 juillet 2007, relative à la création de Pôles anti-discrimination au sein des Parquets.

[7] Par dépêche du 5 mars 2009, leur compétence a été étendue à tous les actes racistes, antisémites, xénophobes ou homophobes. Il faut noter enfin que le ministère de la justice s'est « *engagé dans l'élaboration de trames d'audition à l'intention des enquêteurs, permettant de mieux établir les infractions homophobes. Ces trames sont en cours de rédaction, en collaboration avec le ministère de l'intérieur et elles seront rapidement diffusées* ». Une circulaire signée le 23 juillet 2013, envoyée aux procureurs généraux et procureurs de la République rappelle le plan d'actions gouvernemental contre l'homophobie, ainsi que le droit applicable en matière de violences et de discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre. Une circulaire du 27 juin 2012 rappelle à l'attention des parquets généraux la nécessité d'une réponse pénale ferme et adaptée aux actes à caractère raciste, antisémite ou xénophobe avec l'aide de la plateforme d'harmonisation d'analyse, de recoupement et d'orientation des signalements (PHAROS) par le Ministère de l'Intérieur.

citoyenneté auxquelles participaient également les collectivités territoriales[1]. Leur mission d'élaboration et de coordination de la politique locale de prévention des discriminations n'était pas adaptées à leur périmètre d'action départemental. Elles ont été remplacées, par un décret du 22 juin 2016[2], par les comités opérationnels de lutte contre le racisme et l'antisémitisme placés sous l'autorité de la délégation interministérielle de lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT.

1198. Le nombre des intervenants souvent très important sur le territoire ne doit pas décourager les collectivités territoriales d'intervenir. En effet, les études réalisées sur les territoires montrent souvent des difficultés à bâtir une action commune avec des associations et des administrations parfois en concurrence sur la question. Généralement, le recensement des acteurs est effectué par les collectivités territoriales qui établissent un annuaire comprenant la liste des ressources sur le territoire.

1199. **Les actions entreprises par les collectivités en matière d'accès au droit.** Dès 2008, l'ACSé recommandait « *la mise en place de lieux d'écoute et d'un dispositif d'accompagnement juridique de recours (en lien avec le ministère de la justice et la HALDE). Cet axe est souvent complété par des actions d'accompagnement des personnes particulièrement exposées aux risques de discriminations, afin de les aider à trouver un emploi ou une formation* »[3]. Plusieurs collectivités ont mis en place des dispositifs d'amélioration du traitement des discriminations à des degrés divers d'intégration. Les villes de Paris et Toulouse ont ainsi adoptés des dispositifs de mise en réseau alors que la ville de Dijon a procédé à la création d'un système original incluant la plupart des acteurs concernés.

1200. La ville de Paris a mis en place, en 2016, le réseau parisien de repérage des discriminations (RéPaRe)[4] qui vise à mobiliser les services des partenaires associatifs et institutionnels sur le territoire autour d'une méthode commune de travail. Son objectif consiste à repérer les situations de discriminations souvent mal identifiées et d'y apporter une réponse collective. Plus largement, il se donne pour missions d'identifier les situations de discriminations, de signaler les discriminations identifiées, de savoir réagir face aux situations de discriminations, de traiter la situation avec l'auteur et avec la victime, de prévenir les risques

---

[1] Cir. interministérielle du 20 septembre 2004 relative aux missions nouvelles des commissions départementales d'accès à la citoyenneté (CODAC), commissions pour la promotion de l'égalité des chances et la citoyenneté (COPEC) ; Décret n° 2006-665 du 7 juin 2006 relatif à la réduction du nombre et à la simplification de la composition de diverses commissions administratives, JORF n° 131 du 8 juin 2006 p. 8636.

[2] Décret n° 2016-830 du 22 juin 2016 portant création des comités opérationnels de lutte contre le racisme et l'antisémitisme (CORA), JORF n° 0146 du 24 juin 2016.

[3] ACSé, *Prévention et lutte contre les discriminations : les outils de l'ACSé pour les acteurs locaux*, Brochure, 2008, p. 8.

[4] Site : www.paris.fr

de discrimination ou de coproduction des discriminations, et de promouvoir une culture de l'égalité. Pour remplir ses missions, le réseau dispose d'un ensemble d'outils de formation, d'une *hotline*, d'une « fiche de repérage », et d'une lettre d'information sur le réseau et de veille juridique[1]. La ville de Toulouse[2] a mis en place, en 2008, une Mission « égalité diversités », composée actuellement de quatorze personnes, qui intervient prioritairement sur des thématiques telles que la promotion des droits humains, l'égalité femmes-hommes, la lutte contre l'homophobie, ou la promotion de la laïcité. Elle est également en charge de la gestion de l'Espace « diversités laïcité » mis à la disposition par la Mairie. Situé au centre de la ville, il accueille les permanences spécialisées en matière d'accès aux droits et d'aide juridique : la déléguée du Défenseur des droits, la déléguée du procureur de la République en charge de la lutte contre les discriminations (pour le SAVIM : service d'aide aux victimes), le CRAN Midi-Pyrénées, l'association de juristes et d'avocats « Perelman ». Il existe aussi une quinzaine de permanences proposées par les associations LGBT+ (Lesbien/Gay/Bi/Trans/e. a.), et des permanences associatives permettant de lutter contre les dérives sectaires et l'embrigadement.

1201. La ville de Dijon montre la capacité d'une ville de taille moyenne à s'emparer de la question en créant une structure originale dédiée au traitement des situations de discrimination sur son territoire. L'Antenne municipale et associative de lutte contre les discriminations (AMACOD)[3]. se décrit comme « *une antenne de proximité gratuite [qui] accueille, informe et accompagne, tout au long de leurs démarches, les personnes habitant ou travaillant à Dijon qui s'estiment victimes de discriminations* »[4]. Installée dans le centre-ville pour faciliter son accès, elle est joignable par la plateforme téléphonique de la Mairie « Allo Mairie »[5]. Dès que l'appel est reçu, la prise en charge se fait automatiquement avec la prise d'un rendez-vous dans les 48 heures afin d'accueillir, d'écouter et d'accompagner la personne dans ses démarches, « *en toute confidentialité* ». Si « *la discrimination est avéré, l'AMACOD ouvre un suivi individuel et personnalisé, avec l'aide d'associations, de médiateurs et d'avocats spécialisés* »[6]. Elle privilégie les solutions de médiation à l'amiable. « *En cas d'échec de plusieurs tentatives, et sur accord du principal intéressé, [elle] coordonne la mise en relation*

---

[1] Mairie de Paris, « Lancement du Réseau Parisien de Repérage des discriminations (RéPaRe) », Communiqué de presse, 7 décembre 2016, site : www.presse.paris.fr.
[2] Site : www.nondiscrimination.toulouse.fr.
[3] Site : www.amacod-dijon.fr. Présente au sein de la « Commission Extra-Municipale », l'AMACOD réunit un panel d'acteurs de terrain dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Elle est présidée par un conseiller municipal, et composée d'élus et de membres partenaires, « *riches de leurs expériences et de la connaissance de terrain et des dossiers* » : 13 élus, 23 associations, 3 juristes et 6 personnalités qualifiées.
[4] Ibid.
[5] Il s'agit d'un numéro vert : 0 800 21 3000.
[6] Ibid.

avec un avocat ou une association, en vue d'une procédure juridique, suivie jusqu'à son terme par l'antenne »[1]. Au-delà de l'accueil et du suivi des victimes de discrimination l'AMACOD, placée sous la tutelle de la Commission Extra-municipale, joue le rôle d'une Mission égalité. La Commission analyse les bilans de l'AMACOD, évalue ses performances, anime les échanges entre ses membres par la diffusion d'informations et le recueil de données issues des pratiques quotidiennes. Elle permet ainsi à l'AMACOD de définir « *les grands axes des actions de la ville dans le champ de la lutte contre les discriminations, dans tous les domaines (emploi, logement, éducation, loisirs, culture)* »[2] et de partager les bonnes pratiques entre les acteurs du territoire.

1202. En cela, l'AMACOD peut servir d'exemple à suivre à la fois en termes de compétences, de structure, de composition, d'organisation et d'animation. Elle réunit la majeure partie des acteurs du territoire, en impliquant les habitants, dans une démarche collective d'apaisement par un meilleur accès au droit pour tous et un règlement amiable des conflits[3]. Elle devient un outil de la politique intégrée de lutte contre les discriminations puisque d'une part, elle réduit leurs effets en traitant rapidement et à l'amiable les cas qui se présentent, et d'autre part, elle en réduit les causes par la promotion de la lutte contre les discriminations auprès des partenaires.

2) La promotion de la lutte contre les discriminations auprès des partenaires

1203. L'autre manière dont use les collectivités territoriales pour améliorer le traitement des administrés et réduire les risques d'apparition des discriminations consiste à promouvoir la lutte contre les discriminations auprès de leurs partenaires. Cette promotion fait l'objet de mesures concrètes d'incitation, qui conditionnent l'attribution d'appel à projet à un partenaire s'engageant dans ce domaine, et des mesures plus souples de soutien à la mise en place d'une politique de lutte contre les discriminations.

---

[1] Ibid. En termes de résultats, la première année (2009) 30 dossiers ont été traités. En 2015, 188 personnes ont sollicité l'AMACOD. Les avis rendus montrent un taux de 10 % de cas dits « avérés » et une forte saisine sur les cas de discriminations à raison de l'origine (48 %), tandis que le sexe ne représente que 7 % des dossiers.

[2] Ibid.

[3] Extrait de la note du SADJAV, Ministère de la Justice-Juin 2009, cité par la CDAD de la Gironde, site : www.cdad-gironde.justice.fr : « *parce qu'elle permet aux personnes d'être mieux informées, d'être mieux orientées, d'être assistées dès que surgissent des difficultés juridiques et de bénéficier de la possibilité de résoudre à l'amiable les conflits, l'aide à l'accès au droit contribue à réduire les tensions sociales et les risques d'exclusion. Elle permet de prévenir les litiges. A ce titre, elle est un facteur de cohésion sociale* ».

1204. **Les mesures d'incitation : les clauses de la commande publique.** Parmi les mesures d'incitation, le conditionnement de la commande publique semble la plus efficace[1]. S'il existait des clauses d'insertion dans l'emploi pour les marchés publics dès 2004[2], ce mécanisme n'a fait son apparition en matière d'égalité femmes-hommes et de lutte contre les discriminations que récemment[3].

1205. Concernant les clauses d'insertion, il existe quatre dispositifs : marché ou lot réservé pour des entreprises adaptées qui emploient des personnes handicapées (ex-art. 15), obligation d'emploi des personnes en difficulté avec un objectif raisonnable et accessible à tout type d'entreprise (ex-art. 14), marchés publics d'insertion de publics en difficulté par le biais de prestations de « *services de qualification et d'insertion professionnelle* » (ex-art. 30), et examen de la performance en matière d'insertion socioprofessionnelle des publics en difficulté (accompagnement, formations proposées, …etc.) au même titre que des critères classiques (valeur technique, prix, délai de réalisation, etc.) dans les critères d'attribution d'un marché[4] (ex-art. 53). Aujourd'hui, tous les acteurs de terrains adjudicateurs de commandes publiques (communes, départements, régions, EPCI, bailleurs sociaux, sociétés d'économie mixte, hôpitaux et services de l'Etat) usent des clauses sociales, parfois dans une politique globale de développement durable du type Agenda 21[5]. Il est essentiel d'associer les entreprises à tous les

---

[1] Sur cette question en droit de l'Union européenne, voir C. TOBLER, *Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne,* « *Des voies de recours et des sanctions nationales effectives, proportionnées et dissuasives, et en particulier la question des plafonds appliqués aux indemnités accordées aux victimes de discrimination* », Rapport, Commission européenne Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances Unité D.3, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2006, p. 31.

[2] Les clauses sociales pour les marchés publics trouvent leur fondement, au niveau européen, dans deux directives : cf. Dir. n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, abrogée par Dir. n° 2014/24/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics ; Dir. n° 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Voir C. TOBLER, *Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne,* op. cit.

[3] Art. 16, Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, préc. Cet article ne modifie pas les dispositions du CGCT de sorte qu'il ne s'applique pas aux marchés publics concluent par les collectivités territoriales.

[4] S. LEVRIER et P. BIAN-GAZEAU, *L'intégration des clauses sociales dans la commande publique des conseils régionaux*, Repères et bonnes pratiques, AVISE et ARF, février 2014, site : www.avise.org. Dans cette dernière procédure, jusqu'en 2013, la jurisprudence considérait que la condition de performance devait être en lien direct avec l'objet du service. A défaut, le marché pouvait être annulé. CAA Douai, 29 novembre 2011, n° 10DA01501, « Région Nord-Pas de Calais » : pour un service de déménagement scolaire considéré sans lien avec le critère de la performance en matière d'insertion ; CE, 25 mars 2013, n° 364950, « Département de l'Isère », Rec. Voir not., P. LOQUET, « Comment manier les clauses sociales après le revirement de jurisprudence du Conseil d'Etat », LeMoniteur.fr, 22 avril 13.

[5] Les premières démarches d'insertion au travers les marchés publics sont repérées à partir de 1994 sur la base de la circulaire de 1993. Les projets de grandes ampleurs et l'implication des donneurs d'ordre ont permis d'impulser de vraies démarches d'insertion dans les territoires.

niveaux, les sensibiliser en externe pour expliquer la démarche mais aussi les accompagner, en tenant compte du contexte socio-économique[1], afin que la clause ne constitue pas une charge trop lourde, ni un élément discriminatoire[2]. La démarche peut déboucher sur un partenariat formalisé par une charte commune multi-acteurs avec le PLIE (Plan local d'insertion pour l'emploi) ou la Maison de l'emploi. Ces démarches s'étendent au-delà des marchés publics aux délégations de service public[3]. Elles aussi sont particulièrement recommandées pour les partenariats public-privé, puisqu'ils concernent souvent des contrats sur la durée et pour de gros volumes financiers[4].

1206. Pour ce que l'on peut nommer les clauses « égalité », elles prennent d'abord la forme d'interdictions de soumissionner[5]. L'article L. 2141-4 du code de la commande publique indique que sont exclues de la procédure de passation des marchés publics les personnes ayant été condamnées au titre de l'article L. 1146-1 du code du travail (méconnaissance de l'égalité entre les femmes et les hommes), ou de l'article 225-1 du code pénal (infraction de discrimination), ou celles n'ayant pas réalisé ou engagé la régularisation de leur obligation de négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (art. L. 2242-1, Code du travail). La lutte contre les discriminations peut prendre une forme plus positive lorsqu'elle est insérée dans des clauses sociales des achats publics[6]. Le projet « Buydis », lancé en 2012 par les villes de Nantes et de Lyon, avec l'aide d'une équipe de chercheurs, a donné lieu à deux expérimentations[7]. Nantes Métropole a expérimenté un dispositif dans lequel la promotion de la diversité et de l'égalité des chances figurait dans le contenu même de la prestation. Il s'agissait de mettre en place des actions et/ou outils accompagnés de bilans annuels de résultats, répartis dans trois sous-critères d'attribution du marché, pondérés à hauteur de 10 % du

---

[1] La démarche peut s'effectuer en concertation et en amont du marché par le dialogue avec les entreprises et leurs représentants (fédérations patronales et branches professionnelles).

[2] Par ex., Art. 1.2, Charte de mise en œuvre des achats éthiques de Franche-Comté.

[3] Par ex., en matière de transport régional, pour les chauffeurs d'autocars intervenant en remplacement ou en complément des TER (Trains expresses régionaux), le Conseil régional de Picardie a décidé d'intégrer une clause sociale en réservant un contingent d'heures de travail à l'insertion alors que le secteur du transport routier est particulièrement touché par le chômage. Il se propose de prendre en charge les six premiers mois de salaires des CDI signés après un CDD ou un contrat de professionnalisation.

[4] Par ex., le Conseil régional de Lorraine a attribué plus de 36 000 heures d'insertion sur la construction d'un lycée. Si le projet a deux volets, construction et maintenance, la clause a été positionnée dans cette opération uniquement dans le volet construction qui présentait des volumes d'heures beaucoup plus intéressants.

[5] Art. 16, Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JORF n° 0179 du 5 août 2014 p. 12949.

[6] Sur les clauses sociales prévues par le droit de l'Union européenne, Commission européenne, *Acheter social : un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, Office des publications, 2010. Les clauses dites d'« *inclusion sociale* » peuvent également chercher à favoriser l'égalité des entreprises à la commande publique dont les propriétaires ou les employés sont issus de minorités ethniques.

[7] Ville de Lyon, ville de Nantes, Nantes Métropole, ISM-Corum, Migration Group Policy, *Lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité dans l'emploi à travers les clauses des marchés publics : « Projet BUYDIS ».* Un premier guide pour les collectivités, octobre 2014.

jugement des offres. La ville de Lyon a expérimenté une clause systématique pour tous les marchés supérieurs à 30 000 euros à travers un questionnaire facultatif sur l'égalité dans l'emploi. Les réponses obtenues servent à départager les offres arrivées en tête *ex aequo* et dans tous les cas, constituent une condition d'exécution du contrat pour l'attributaire. En l'absence de réponse, l'attributaire se voit accompagner par la mission égalité dans une démarche de non-discrimination.

1207. Désormais inscrite dans le code de la commande publique comme condition possible d'exécution des marchés publics[1], la lutte contre les discriminations peut se passer de l'appui des clauses sociales pour exister. Particulièrement efficace et dissuasif pour faire changer les pratiques des entreprises sur le territoire[2], ces clauses doivent aussi s'accompagner de moyens plus souples de soutien permettant de guider les partenaires vers une démarche égalitaire.

1208. **Les mesures de soutien : sensibiliser, mobiliser, former les partenaires sur le territoire.** Les collectivités territoriales apparaissent comme les véritables animatrices de la lutte contre les discriminations dans les territoires. Dès 2008, l'ACSé les invite à « *sensibiliser, mobiliser et former les partenaires sur le territoire (élus locaux, services déconcentrés de l'État, techniciens des collectivités, organisations syndicales patronales et de salariés, intermédiaires de l'emploi, associations, entreprises, etc.), afin de s'assurer que l'ensemble des intervenants partage une compréhension et des objectifs communs et définisse des solutions pour y remédier, en transformant leurs pratiques* »[3]. Ce rôle peut prendre plusieurs aspects. Au-delà des rencontres et des évènements financés par les collectivités par des appels à projet subventionnés, les collectivités agissent surtout comme des promoteurs des bonnes pratiques, notamment dans les enceintes de décision auxquelles elles participent. Dans les autres secteurs elles font surtout la promotion de chartes d'engagement.

1209. La diffusion des bonnes pratiques cible les secteurs les plus à risques et les plus documentés comme le logement et l'emploi. La Métropole de Rennes a mis en place une méthode de *scoring* des dossiers, en établissant des critères objectifs de décision dans le cadre

---

[1] Art. L. 2112-2, créé par l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 : « *Les clauses du marché précisent les conditions d'exécution des prestations, qui doivent être liées à son objet. Les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations* ».

[2] Voir not., C. TOBLER, *Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne, « Des voies de recours et des sanctions nationales effectives, proportionnées et dissuasives, et en particulier la question des plafonds appliqués aux indemnités accordées aux victimes de discrimination »*, Rapport, Commission européenne Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances Unité D.3, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2006, pp. 30-31.

[3] ACSé, *Prévention et lutte contre les discriminations, les outils de l'ACSé pour les acteurs locaux*, Brochure, 2008, p. 7.

des commissions d'attribution des logements sociaux[1]. D'autres villes, comme Paris ou Aubervilliers, ont plus simplement anonymisé les candidatures. Certaines collectivités, comme Villeurbanne, ont également financé une opération de *testing* pédagogique à l'égard des bailleurs privés pour les sensibiliser au risque de discrimination. D'autres ont élaboré un guide de bonnes pratiques en collaboration avec les acteurs du logement[2]. En matière d'emploi, les guides sont également nombreux[3]. La Mairie du XIXe arrondissement de Paris a proposé un référentiel, à l'image de celui du Défenseur des droits, pour aider ses partenaires dans l'évaluation de la gestion des ressources humaines sous l'angle de l'égalité et de la lutte contre les discriminations[4]. Les résultats sont analysés par une équipe de chercheurs et restitués lors de rencontres régulières.

1210. La diffusion des bonnes pratiques s'accompagne souvent de la signature d'une charte d'engagement. Certaines collectivités font ainsi la promotion de chartes, comme la charte de la diversité dans l'entreprise. Par exemple, la ville de Besançon a choisi de valoriser et de soutenir les entreprises déjà signataires de cette charte en organisant deux réunions par an dans chacun de ses quartiers prioritaires de la politique de la ville[5]. La ville de Toulouse fait partie du Conseil d'administration de la Fondation « Agir contre l'exclusion » (FACE) Grand Toulouse, un club d'entreprises, qui propose des « *diagnostics diversité* ». Le club accompagne l'entreprise dans son diagnostic puis formule des préconisations et valorise les bonnes pratiques qui ont déjà fait leurs preuves dans d'autres entreprises. Plusieurs collectivités sensibilisent aussi les commerçants avec des engagements pris sous la forme de charte d'accueil des clients, notamment en matière de handicap, mais aussi pour les publics LGBT+[6]. Les établissements de

---

[1] Métropole de Rennes, *Logement social. Les démarches pour se loger à Rennes Métropole*, Brochure, 2013, site : www.metropole.rennes.fr.

[2] Ville de Saint-Priest, *Logez sans discriminer*, Guide des bonnes pratiques à destination des professionnels du logement – Plan de lutte contre les discriminations, août 2013.

[3] Communauté d'agglomération de Saint-Quentin-en-Yvelines, ARACT Ile-de-France, FACE Saint-Quentin-en-Yvelines, *Guide des bonnes pratiques des entreprises de Saint-Quentin-en-Yvelines*, décembre 2012 ; ville de Villeurbanne, ACCEDE (Acteurs concertés pour l'égalité et contre les discriminations ethniques à l'emploi des jeunes), EQUAL European Social Fund, *Recrutez sans discriminations*, Guide pratique destiné aux responsables d'entreprises et aux directeurs des ressources humaines, avril 2008.

[4] Mairie de Paris, 19e arrondissement, *« Référentiel » qualité. Prévention et lutte contre les discriminations des partenaires du 19e arrondissement*, Plan d'action. Lutte contre les discriminations à l'emploi, Version n°1 Mars 2009.

[5] HALDE, *Prévention des discriminations et promotion de l'égalité dans les ressources humaines. Que répondent les collectivités territoriales à la HALDE ?*, Enquête, 2010, p. 34.

[6] En mai 2015 une charte « Friendly Normandie » a été rédigée à l'initiative du Centre LGBT de Normandie et signée par les Présidents des régions Basse et Haute Normandie. La ville du Mans, en 2002 avait été précurseur sur le sujet en rédigeant une « Charte d'accueil et de bienvenue LGBT ».

nuits, régulièrement désignés parmi les établissements les plus discriminants à raison des origines des clients, ont également été incités à adopter de nombreuses chartes d'engagement[1].

1211. Diffusion de chartes, de lignes directrices ou de guides de bonnes pratiques, clauses d'égalité femmes-hommes ou d'insertion pour les marchés publics, mécanismes de traitements des discriminations, sont autant d'outils permettant de réduire le risque de discrimination sur le territoire. Ils demeurent toutefois sans effets s'ils ne sont pas accompagnés d'une réduction des inégalités sociales permettant d'assurer l'inclusion de tous les publics dans le territoire. En tant que régulatrice du sociale, les collectivités territoriales ont intérêt à promouvoir la réalisation d'un territoire « *inclusif* »[2], où règne le « vivre-ensemble », dans lequel le risque de discrimination serait particulièrement faible. Toutefois, leurs compétences juridiques et leur capacité financière, ne leur permet pas d'assurer seules la prévention.

---

[1] Préfecture de la Gironde, *Charte de bonnes pratiques pour le Département de la Gironde* entre l'Etat et l'Union des métiers et des industries de l'hôtellerie de la Gironde, la Confédération des professionnels indépendants de l'hôtellerie 33, le Syndicat National des discothèques et des lieux de loisirs, 4 novembre 2013 ; Préfecture de l'Isère et exploitants de discothèques, *Charte d'engagement de non-discrimination raciale à l'entrée des établissements de nuit*, 9 novembre 2005 ; ville de Périgueux et ses partenaires, *Charte pour la qualité de la vie nocturne*, 2014.

[2] T. TUOT, *La grande nation pour une société inclusive*, Rapport au Premier ministre sur la refondation des politiques d'intégration, 1er février 2013, p. 14 : « *Une société inclusive – qui demande à chacun l'effort de rejoindre son centre et de ne pas demeurer seul sur ses marges, qui demande à chacun donc à tous, sans exception, de construire la dynamique centripète ramenant en son sein la plus grande partpossible de ses composantes, est une société efficace, économiquement prospère et politiquement sûre, c'est-à-dire protectrice, donnant liberté et sécurité. L'histoire de la dynamique économique et politique de l'Occident est celle-ci – celle d'une recherche permanente de l'inclusion, par opposition non à l'exclusion, mais à la prédation : une société de prédation se construit (avec les institutions correspondantes en miroir) par la domination de certains, maintenant frontières et barrières à leur profit : elle peut être rentable un certain temps, mais ne génère jamais la même richesse, ni le même degré de bonheur, que celle d'inclusion, et finit, toujours, par l'explosion sociale et politique (plus rarement par une transformation sans crise qui s'esquisse, mais échoue trop fréquemment)* ». Sur les politiques inclusives voir, UNESCO Inclusive policy lab, « Analytical frameword for inclusive policy design. Of why, what and how », *Document*, octobre 2015, site : www.en.unesco.org/inclusivepolicylab.

Conclusion Titre 2

1212. L'analyse par le risque de la discrimination a offert un regard plus complet sur les causes de l'inefficacité des dispositifs juridiques de lutte contre les discriminations et le rôle des collectivités territoriales dans l'amplification du phénomène. Leur environnement apparaît à bien des égards comme un facteur de risque important qui traduit l'inefficacité du droit de la non-discrimination. On s'aperçoit que tous les publics concernés – victimes comme auteurs, qu'ils soient agents, élus ou administrés – sont particulièrement vulnérables face à l'utilisation de ces dispositifs. Certaines collectivités doivent, au demeurant, faire face à un cumul de handicaps, géographique et social, que, ni les politiques sectorielles de droit commun ni les politiques spécifiques aux publics de discriminés, ne parviennent à réduire[1]. Ces handicaps semblent, au contraire, s'alimenter, dans une forme d'intersectionnalité, produisant des effets systémiques qui accroissent d'autant la vulnérabilité des publics.

1213. On constate que l'analyse du risque de discrimination constitue le meilleur moyen de justifier et de conforter le rapprochement entre les référentiels juridique et sociologique déjà observé par ailleurs[2]. Ce rapprochement offre une nouvelle manière d'appréhender politiquement la lutte contre les discriminations qui doit à la fois passer ses brevets de légalité, vis-à-vis du droit de la non-discrimination, et de légitimité, vis-à-vis des résultats qu'elle produit. Comme toute politique de prévention fondée sur le paradigme de la société du risque, la prévention des discriminations implique un traitement « glocal » du phénomène dans lequel la réduction du risque de discrimination constitue l'unique objectif à poursuivre ; toute mesure ne participant pas à la poursuite de cet objectif serait susceptible d'être un facteur d'amplification du risque[3]. A cet égard, on remarque que l'édification d'une politique de

---

[1] Comme le note Laetitia JANICOT, « *deux voies sont possibles : soit des droits ou des avantages spécifiques sont accordés à certains usagers jugés vulnérables ; soit l'administration doit procéder à un aménagement de l'environnement social afin de garantir un accès réel et effectif de ces mêmes usagers au service public. Dans ces deux cas, égalité des chances, égalité de résultat, "l'inégalité [...] ne peut être conjurée par la seule suppression des règles discriminatoires". Mais l'analyse du droit positif montre là encore les limites de cet objectif : l'usager n'est pas seul au centre de l'égalité par le service public. Derrière l'égalité des chances, on trouve des considérations économiques et politiques. L'égalité de résultat se heurte, elle, à des contraintes financières* » ; cf. L. JANICOT, « Le principe d'égalité devant le service public », *RFDA*, 2013, pp. 722 et s.

[2] Voir, S. LATRAVERSE, « La convergence entre le référentiel juridique et les sciences sociales », in HALDE et DREES MIRe, *Mieux connaître pour mieux combattre : les discriminations à l'épreuve des savoirs et des pratiques*, colloque du 2 décembre 2009 à la Bibliothèque Nationale de France, site : www.urmis.unice.fr.

[3] Pour rappel, le nouveau cadre de référence de la lutte contre les discriminations dans les contrats de ville précise que cette approche vise à « *développer l'égalité réelle de traitement en prévenant et en réduisant les facteurs de risques de discrimination auprès de l'ensemble des structures et projets intervenant dans le cadre du contrat,*

l'égalité femmes-hommes de type « intégré » ne s'harmonise pas, de manière mécanique, avec la même approche intégrée de la discrimination. Leur conciliation implique d'apprécier le degré de risque encouru, vis-à-vis de chaque problématique, pour décider de l'opportunité d'adopter une mesure plutôt qu'une autre[1].

1214. En ce sens, l'inscription de la prévention des discriminations dans les contrats de ville ne nous paraît pas adapter à l'objectif de correction du risque de discrimination puisqu'elle instaure une concurrence avec les thèmes de la jeunesse et de l'égalité femmes-hommes[2]. De surcroit, la politique d'égalité femmes-hommes, comme la politique du handicap[3], bénéficient aussi d'une approche intégrée aux niveaux national, européen et international[4], de sorte qu'elles apparaissent toute deux, à l'heure actuelle, comme les politiques les plus avancées en matière d'égalité. Les études ont ainsi montré la « *fragilité de l'action publique anti-discriminatoire […] affaiblie par sa fragmentation, notamment liée au fait que le référentiel de l'anti-discrimination englobe et requalifie des politiques qui étaient déjà là avant son essor, mais étaient formulées en termes d'égalité femmes-hommes, "d'intégration", de handicap, de politique de la ville...* »[5]. Face à cette « sectorialisation » des politiques d'égalité, l'instauration

---

quelle que soit la thématique abordée. Il s'agit d'intégrer le principe de non-discrimination dans les pratiques et les processus professionnels de l'ensemble des partenaires territoriaux du contrat à l'échelle intercommunale » ; cf. CGET, *Nouveau cadre de référence de la lutte contre les discriminations au sein de la politique de la ville : les enjeux de la nouvelle contractualisation*, 2014, p. 7.

[1] Par ex., dans le cadre de la politique intégrée de l'égalité femmes-hommes il est tout à fait possible de concevoir une action en direction des femmes en situation de handicap alors même que la collectivité en question possède un nombre d'hommes en situation de handicap largement supérieur. La pertinence d'une telle démarche ne peut être remise en cause que si l'autorité locale se préoccupe également de la question du handicap dans son ensemble.

[2] Les premières analyses des nouveaux contrats de ville montrent que les actions menées dans le cadre des PTPLCD sont principalement des actions de formation et d'accompagnement des victimes (cf. Réseau RECI, *Contrat de ville et prévention des discriminations. Analyse de l'axe « lutte contre les discriminations » dans les contrats de ville*, Note du RECI, novembre 2016, site : www.reseau-reci.org, p. 9). De manière générale, les ambitions affichées dans chaque plan ne sont pas toujours adaptées aux moyens financiers associés (cf. Voir not., T. KIRSZBAUM et R. EPSTEIN, *Synthèse de travaux universitaire et d'évaluation de la politique de la ville*, Rapport pour le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale Mission de F. GOULARD et F. PUPPONI sur l'évaluation des aides aux quartiers défavorisés, octobre 2010.

[3] Pour le handicap, le vocable utilisé est celui de « *développement inclusif* » qui comprend à la fois une approche intégrée et des mesures spécifiques. Voir aussi, Cir. n° 5723/SG du 4 juillet 2014 prise en compte du handicap dans les projets de loi.

[4] Les premières formulations de cette méthode ont vu le jour lors de la 4e Conférence mondiale des femmes à Pékin en 1995 sous l'égide des Nations-Unies (cf. Organisation des Nations-Unies, Rapport de la 4e conférence mondiale sur les femmes, Beijing, 4-15 septembre 1995, A/CONF.177/20/Rev.1, spéc. p. 111-112, n° 251 et 252). Elle fut reprise par le Conseil de l'Europe (cf. Recommandation du Conseil de l'Europe, n° R (98)/14 du Comité des ministres aux Etats membres relative à l'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes, 7 octobre 1998) et l'Union européenne quelques années plus tard pour être étendue à l'ensemble des politiques en matière d'égalité (cf. Communication de la Commission européenne, COM(96)67 final du 21 février 1996. Elle figure dans le troisième programme d'action communautaire à moyen terme sur l'égalité des chances entre les femmes et les hommes (1991-1995) et est devenue l'axe principal du quatrième programme d'action en cours).

[5] L. BERENI et R. EPSTEIN, *Instrumenter la lutte contre les discriminations : le « label diversité » dans les collectivites territoriales*, Note de synthèse, Rapport de recherche CNRS – Centre Maurice Halbwachs, Université de Nantes – Droit et Changement Social, 2015, p. 4.

d'un organe telle que la HALDE avait suscité quelques espoirs d'unification[1]. Les observateurs ont montré que la lutte contre les discriminations peinait toujours à émerger comme un domaine d'action publique autonome[2], *a fortiori* si elle ne fait toujours pas l'objet d'un portage politique fort, comme c'est le cas depuis le début de la décennie[3].

1215. La politique de prévention des discriminations en perd sa valeur universelle puisqu'elle est concurrencée au niveau local, et subordonnée aux niveaux national, européen, et international, par des politiques aux champs plus circonscrits. Cantonnée au cadre restrictif des contrats de ville, la politique de prévention des discriminations n'est pas en mesure de prospérer. Une mise en œuvre efficace nécessiterait une volonté affirmée de la collectivité de prioriser cet objectif sur les autres[4]. A défaut, la politique de prévention des discriminations demeurera une politique subsidiaire et concurrentielle. La segmentation de l'action publique en matière d'égalité et la concurrence qui s'exerce entre les différents objectifs empêchent la mise en œuvre d'un traitement à la fois indépendant et cohérent du risque de discrimination. La fragmentation de l'action publique contribue à le maintenir comme un risque principalement individuel alors même que ses effets collectifs sont bien plus saillants à l'échelle d'une collectivité territoriale.

---

[1] R. GRAEFFLY, « Vers une unification des politiques publiques de lutte contre les discriminations », *AJDA*, 2005 p. 934 et s.

[2] V.-A. CHAPPE, *L'égalité en procès : sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, thèse de Sociologie, ENS Cachan, 2013.

[3] L. BERENI et R. EPSTEIN, *Instrumenter la lutte contre les discriminations : le « label diversité » dans les collectivites territoriales*, op. cit., pp. 4-5.

[4] Sur l'importance de la communication, voir ACSé, *Prévention et lutte contre les discri, les outils de l'ACSé pour les acteurs locaux*, Brochure, 2008, p. 7 : « *communiquer, dans le but de faire connaître la volonté des partenaires à s'inscrire dans cette dynamique et convaincre de nouveaux acteurs de s'y associer. C'est également nécessaire pour sensibiliser le grand public et diminuer les stéréotypes et les représentations* ».

Conclusion générale

1216. Les collectivités territoriales parviennent-elles à faire face au risque de discrimination ? A cette question simple, l'analyse juridique suggère une réponse en forme de désaveu pour la conception française de l'action publique locale. En effet, bien qu'il soit devenu un enjeu politique local, le risque de discrimination n'a pas encore connu de traduction juridique satisfaisante permettant aux collectivités territoriales de jouer pleinement le rôle qui est désormais le leur.

1217. **Le risque de discrimination comme enjeu politique local.** Pour assurer l'égalité, le droit se doit de « *rester aveugle aux différences* »[1]. Cette conception abstraite de l'égalité a donné « *naissance à la société moderne* »[2], celle de la prééminence du droit sur l'arbitraire et de l'intérêt général sur les intérêts particuliers[3]. Le principe d'égalité constitue la « *charnière des systèmes politico-juridiques modernes* »[4], caractérisées par une société d'individus égaux (égalité politique) également soumis à la puissance de l'Etat (égalité civile)[5]. Ce droit public

[1] D. LOCHAK, « L'Autre saisi par le droit », in B. BADIE et M. SADOUN (sous la direction de), *L'Autre. Etudes réunies pour Alfred Grosser*, Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques, Paris, 1996, p. 179.
[2] CE, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 2016, EDCE n° 48, La documentation française, 1997, p. 113.
[3] Olivier JOUAJAN remarque ainsi que « *la déclaration des droits de 1789 ne contient pas la formule de l'égalité devant la loi, mais très significativement, celle d'une égalité "aux yeux de" la loi (art. 6). Que les citoyens soient égaux aux yeux de la loi, cela signifie précisément que le législateur doit les considérer comme des égaux, et que cette modalité particulière du regard qu'il porte doit se retrouver dans le corps même de la loi.* » ; O. JOUANJAN, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits*, n° 16, 1992, L'Etat /2, p. 134.
[4] O. JOUANJAN, « Egalité », *in* D. ALLAND et S. RIALS (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 58.
[5] Ibid. On retrouve ici les deux éléments du pacte social de Jean-Jacques ROUSSEAU, la soumission à la loi et l'application à un tout indivisible ; cf. J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, [1762], Flammarion, 2012, pp. 53-54 : « *Si donc on écarte du pacte social ce qui n'est pas de son essence, on trouvera qu'il se réduit aux termes suivants.* Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale ; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout. […] *A l'égard des associés*

moderne, bâti sur le formalisme révolutionnaire, n'a conféré aux collectivités territoriales qu'une place secondaire dans l'action publique.

1218. Cachées derrière l'apparente neutralité de l'appareil administratif, cantonnées à un rôle de mise en application de la loi, il leur était impossible de se saisir d'une problématique qui relevait alors de débats d'ordre constitutionnel. En ces temps, l'égalité était portée dans le domaine des idées et faisait l'objet d'âpres débats constitutionnels autour de l'acquisition de la citoyenneté. Bien loin de l'humanisme universaliste affiché par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui vise sans distinction « *tous les hommes* », le système mis en place était fondé sur une inégalité des statuts. L'égalité, en tant qu'obligation de traitement identique, ne peut se concevoir qu'à l'intérieur de ces statuts créés par le législateur.

1219. Les collectivités territoriales, derniers maillons de la chaîne de décision, se retrouvent alors confrontées au risque de discriminer les administrés qui composent ces statuts. Le contrôle juridictionnel opéré sur leurs actions témoigne de la profonde incertitude du juge face à ces situations de discrimination au moment de mettre en application les principes d'égalité et de non-discrimination[1]. Le juge administratif plus particulièrement, face aux limites de son office, préfère bien souvent, lorsqu'il en a la possibilité, utiliser d'autres motifs pour fonder sa décision. Cette incertitude est un facteur de risque important pour les collectivités territoriales. Elle s'accroît avec la multiplication et le renforcement des dispositifs de répression des discriminations que l'on observe dans toutes les branches du droit.

1220. Le cadre juridique de droit commun, tel qu'il a été conçu, ne permet pas aux collectivités territoriales de faire face – seules – au risque de discrimination, dès lors qu'elles n'en ont ni les pouvoirs – au regard des compétences attribuées – ni le savoir – compte tenu de l'instabilité juridique sur la question. Il a donc fallu faire évoluer ce cadre afin d'y apporter les modifications nécessaires à la prise en compte du risque de discrimination dans les territoires.

1221. La réponse apportée a été d'opérer à une parcellisation de l'action administrative, sur deux plans, censées compenser les risques créés par le cadre juridique commun. D'une part, il a fallu assouplir le cadre juridique en reconnaissant l'existence de spécificités locales, qu'elles soient justifiées par des différences de situations objectives ou des raisons d'intérêt général. L'objectif consiste à adapter le droit aux inégalités de traitement engendrées par le cadre

---

ils prennent collectivement le nom de peuple*, et s'appellent en particulier* Citoyens *comme participants à l'autorité souveraine, et* Sujets *comme soumis aux lois de l'Etat* ».

[1] Par ex., D. LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, 1991, n° 13, p. 44-45 : elle évoque un principe d'égalité aux « effets aléatoires » ; V. LASSERRE-KIESOW, « L'égalité », *JCP Générale*, n° 23, 7 juin 2010, doctr. 643 : selon elle, le principe d'égalité serait « *tributaire du seul jugement d'opportunité dont le juge et le législateur doivent s'acquitter par une argumentation rationnelle* ».

juridique commun de l'action publique. D'autre part, le législateur a créé des solidarités entre les territoires afin de compenser les déséquilibres préexistants. Ces deux modèles ont fortement remis en cause la conception originelle de la décentralisation fondée sur l'uniformité de traitement des collectivités territoriales et l'uniformité de traitement des administrés. A travers cette théorie de la différenciation, l'égalité ne se lie plus comme une uniformité en tout point du territoire, mais comme la prise en compte des particularités de chacun[1].

1222. Ce nouveau mode d'administration du territoire a permis de faire émerger, depuis les territoires, dans le débat public, la problématique plus spécifique du risque de discrimination. La discrimination, comme objet d'étude, est alors apparue comme un phénomène systémique fortement dépendant du contexte local dans lequel il apparaît. Le territoire, au sens d'unité de pouvoir localement située[2], est naturellement désigné pour prendre en charge ce risque, en l'espèce, s'agissant du risque de discrimination, les territoires de la politique de la ville.

1223. **La construction du risque de discrimination comme risque juridique.** Au regard du développement de l'approche par le risque de la discrimination, serait-il possible d'envisager son extension jusqu'à la matière juridique ? Certains éléments permettent de penser qu'elle en prend le chemin. Rappelons que la notion juridique de risque a pour fonction d'imputer, en l'absence de faute, la charge de la prévention et/ou de la réparation d'un dommage à une personne, qu'elle ait ou non contribué à sa survenance[3].

1224. Dans son acception classique elle renvoie à la logique assurantielle. Elle permet d'obtenir la réparation des dommages subis dans le cadre d'une activité à risque, lequel est donc supporté par l'organisme d'assurance. On retrouve une approche similaire, centrée sur l'indemnisation, dans le cadre de la responsabilité sans faute pour rupture d'égalité devant les charges publiques. Celle-ci pourrait correspondre à une responsabilité pour risque de discrimination si l'analyse de la spécialité du dommage permettait de faire émerger des critères

---

[1] Au point où certains se demandent si l'Etat survivra à la prolifération des normes ; voir, Y. BLANC, « L'État survivra-t-il à la prolifération des normes ? Point de vue », *AJCT*, 2014, p. 313.

[2] Y. L'HORTY, « Emploi et territoires : repérer et réparer les ruptures », in E. LAURENT (sous la direction de), *Vers l'égalité des territoires. Dynamiques, mesures, politiques*, Rapport au ministre de l'égalité des territoires et du logement, La documentation française, février 2013, p. 48 : « *Un territoire n'est certes pas un espace géographique délimité. D'ailleurs, il ne se laisse pas enfermer dans des frontières trop circonscrites. Nous insistons sur cette résistance à la délimitation car elle illustre l'aspect qui nous intéresse. Le territoire est un espace qui s'annonce comme physique mais qui est en réalité un espace politique. C'est de l'espace avec du pouvoir en plus, c'est un espace de pouvoir (et aussi, mais c'est une autre question, un pouvoir sur l'espace). L'unité du pouvoir local circonscrit le territoire, qui est l'espace où se déploient des politiques locales*. »

[3] Cf. M. COTTERET, « Le régime de la responsabilité pour risque en droit administratif », in *Etudes de droit public*, 1964, p. 377 : « *la responsabilité pour risque en droit administratif intervient dans les hypothèses où les collectivités publiques et les administrés exercent une influence sur l'issue d'un évènement sans toutefois le déterminer complètement* ».

de discrimination. Or, cela ne saurait être le cas dès lors que l'apparition d'un tel critère rendrait la mesure fautive. Néanmoins, elle aurait pu être un outil intéressant pour les victimes de discrimination si ses conditions d'engagement étaient moins restrictives.

1225. L'autre mécanisme de responsabilité communément employé pour faciliter l'imputation de la responsabilité d'un dommage est la reconnaissance d'une obligation de résultat. Relativement à la discrimination deux situations concernant les collectivités territoriales ont pu être identifiées : l'obligation d'aménagement des conditions d'emploi et des bâtiments aux situations de handicap et l'obligation de prévention des faits de harcèlement sur le lieu de travail. Ce mécanisme présente l'avantage d'obliger les responsables à prévoir des mesures destinées à réduire le risque d'apparition du dommage[1]. Il s'inscrit dans l'acception moderne[2] du risque qui préconise la mise en place de processus d'évaluation, de mesures de prévention et de mécanismes d'urgence afin d'atténuer le danger[3].

1226. Enfin, on constate que la procédure contentieuse en matière de discrimination contient un certain nombre d'avantages à l'égard de la victime. Sans aller jusqu'à établir une présomption d'imputabilité, ils facilitent le parcours de la victime dans la procédure contentieuse. L'attribution de ce régime préférentiel fait apparaître les publics discriminés comme des individus vulnérables. Ce détour par la notion de vulnérabilité[4], que Marion BLONDEL définit comme une « *faiblesse particulière et le risque qui pèse en conséquence* »[5], permet d'expliquer la protection spécifique qui leur est accordée. Sous cet angle, la vulnérabilité du discriminé s'observe d'abord par son incapacité à faire valoir ses droits ; la lutte contre les discriminations devient, ici, une lutte pour l'accès aux droits.

---

[1] Dans l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles relatif à des faits de harcèlement dénoncés par un agent, l'intervention de la cellule de prévention des risques psychosociaux mise en place par la collectivité semble avoir joué un rôle important dans le rejet de la requête. On en déduit qu'une collectivité employeur peut être exonérée de sa responsabilité pour risque de harcèlement, et donc de discrimination, si elle a mis en place les mesures de prévention nécessaires à la prise en charge du risque. Cf. CAA Versailles, 24 mai 2017, n° 16VE01251.

[2] Dans la version moderne du risque les régimes d'intervention proposés reposent « *davantage sur des procédures* ex ante *de prévention et* ex post *de gestion de crise, que sur une logique d'indemnisation* » ; cf. J.-M. SAUVE, « Conclusions », in *Osez le risque !*, colloque organisé par l'École nationale d'administration, l'École de guerre et l'École des hautes études commerciales, 6 juin 2014, site : www.conseil-detat.fr.

[3] Voir aussi, J.-B. AUBY, « La droit administratif dans la société du risque », in, CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public 2005, EDCE n° 56, La documentation française, 2005, p. 357 : « *face à des exigences aussi peu explicites sur un plan substantiel, le droit public, le droit administratif, ne peuvent réagir que par un mouvement de procéduralisation. Le seul registre sur lequel l'administration puisse réagir à l'ampleur du problème, au haut niveau d'incertitude qui l'affecte à de multiples égards, est la mise en place de procédures à la fois complexes et ouvertes, qui sont à la fois des processus d'apprentissage, des processus d'investigation, des méthodes de légitimation, et le moyen d'impliquer divers segments de la société* ».

[4] De nombreux auteurs renvoient à cette notion pour parler des victimes de discrimination ; voir par ex., P. MARTIN, « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, 2011, pp. 585-608.

[5] M. BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international*, thèse de Droit public, Université de Bordeaux, 2015, p. 29, n° 21.

1227. Le risque de discrimination, en tant que risque juridique, semble trouver un champ de développement à travers la notion de vulnérabilité. Ce faisant, il empreinte également les flous de cette notion mal définie en droit[1]. Surtout, cette notion contribue à dépolitiser la question de la discrimination en naturalisant la faiblesse des publics et en individualisant les réponses apportées. L'exemple du handicap est sur ce point topique. C'est dans ce contexte que les collectivités territoriales peuvent jouer un rôle spécifique[2].

1228. **Le rôle central des collectivités territoriales dans la prévention et la lutte contre les discriminations.** Dans la prévention et la lutte contre les discriminations, les collectivités territoriales se sont retrouvées en première ligne bien malgré elles. Longtemps traitée dans le cadre de la politique d'intégration[3], la lutte contre les discriminations était perçue comme une politique aux enjeux nationaux. Les collectivités territoriales, peu concernées par la question, se contentaient de mettre en place les programmes décidés par les instances nationales. Or, la question de la discrimination ne saurait être réduite à l'insertion des populations immigrées. Elle la subsume et la dépasse à la fois.

1229. Les appels à réduire les discriminations contiennent des revendications particulièrement variées, de la simple mesure symbolique (le retrait des noms de rue rendant hommage à d'anciens négriers) au programme de rattrapage économique et social (plan de convergence avec les outremers), en passant par la répression des auteurs de comportements discriminatoires. Pour certaines d'entre elles, les collectivités sont compétentes. C'est ainsi qu'elles sont devenues les interlocuteurs privilégiés des collectifs et des associations qui se revendiquent de

---

[1] Valérie LASSERRE-KIESOW invite alors à *« s'interroger sur l'extension de l'égalité à l'égard de toute forme de vulnérabilité. Sous couvert d'égalité, la protection des personnes vulnérables semble, en effet, devenir la pierre angulaire de la justice sociale, avec le risque de relégation de la solidarité à l'aval, de dilution du concept de vulnérabilité et de confusion de la discrimination avec "le traitement défavorable tout court, ou avec l'injuste tout court". Si cette évolution devait se confirmer, l'inclusion sociale formerait tout l'avenir du principe d'égalité* » ; cf. V. LASSERRE-KIESOW, « L'égalité », art. cit.

[2] Elles permettraient d'allier les deux modèles de proximité décrites par Geneviève KOUBI : « *deux modèles de proximité peuvent être exposés : l'un s'inscrit directement dans la logique de la localisation géographique et, dans ce cadre, un processus révélant une « écoute » particulière, des demandes "locales" est mis en œuvre ; l'autre se comprend suivant une logique économique et sociale, se réalisant notamment par la technique de "ciblage" d'une catégorie de population – qu'il s'agisse d'une catégorie de personnes en situation de vulnérabilité ou d'une catégorie de population en situation d'exclusion –, et dans ce cas l'action ou l'intervention est décidée unilatéralement par les institutions de pouvoir en faisant généralement intervenir les "associationz"* » ; cf. G. KOUBI, « La territorialisation du service public, atteinte à l'égalité devant le service public ? », in M. LONG (sous la direction de), *Egalité et services publics territoriaux*, LGDJ, 2005, p. 30.

[3] Voir par ex., V.-A., CHAPPE « Le cadrage juridique, une ressource politique ? La création de la HALDE comme solution au problème de l'effectivité des normes anti-discrimination (1998-2005) », *Politix*, Vol. 94, n° 2, 2011, pp. 107-130, spéc. pp. 117-122. Voir aussi, F. DHUME, « Le concept de discrimination », texte pour le Réseau national de lutte contre les discriminations à l'école, mars 2014, site : www.reseau-lcd-ecole.ens-lyon.fr, spéc. pp. 16-19.

la lutte contre les discriminations. Echelon politique le plus proche des citoyens, les collectivités territoriales font office de tampon et de filtre des revendications qui émanent des habitants[1].

1230. La position des collectivités territoriales a longtemps été inconfortable. L'encadrement de leur capacité à agir les a conduites à tenter des innovations parfois maladroites qui se sont heurtées à l'instabilité du droit de la non-discrimination. La politique de la ville a servi de laboratoire de l'action publique en la matière. Sa logique de projet unique de territoire permet d'appréhender plus globalement la discrimination et son risque. Les trois volets – urbain, social et économique – du projet permettent de traiter plus particulièrement les aspects matériels de la discrimination. Il favorise une approche intégrée en engageant de nombreuses compétences de droit commun pour lesquelles la lutte contre les discriminations devient un objectif obligatoire. Enfin, la démarche de coconstruction des contrats permet d'inclure l'ensemble des acteurs du territoire, publics comme privés, habitants y compris[2].

1231. Ces trois caractéristiques des contrats de ville modifient profondément le cadre habituel de l'administration du territoire. Elle montre qu'il est possible de mettre en œuvre un projet de territoire unique et alternatif, en dehors des frontières de la décentralisation, engageant un champ de compétence particulièrement vaste. Elle opère une recentralisation et une normalisation[3] de l'action publique locale compte tenu du poids des institutions de l'Etat dans le contrat et de l'approche intégrée qui ouvre un droit de regard sur l'utilisation des compétences de droit commun. Elle privatise l'action publique en invitant les acteurs économiques, associatifs, mais aussi des personnalités qualifiées et des habitants du territoire, à participer à l'élaboration et à l'exécution du contrat de ville.

---

[1] A ce titre elles permettraient de lutter contre la déterritorialisation du social engendrée par la sectorialisation de l'intervention ; cf. B. PALIER, « La référence au territoire dans les nouvelles politiques sociales », *Politiques et management public*, Vol. 16, n° 3, 1998, n° spécial « Politiques sociales et territoires » sous la responsabilité de P. HASSENTEUFEL, pp. 13-41, spéc. p. 14 et 17.

[2] Par ailleurs cette logique de coconstruction permet d'intégrer tous les acteurs à la gestion du risque de discrimination correspondant à l'acception moderne de la notion telle qu'elle a été définie par Ulrich BECK ; voir not., J.-B. AUBY, « La droit administratif dans la société du risque », in, CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, op. cit., spéc. p. 354 : « *la question principale devient de responsabiliser les citoyens, de faire en tous les cas des citoyens des agents essentiels de la prévention des risques* ».

[3] Sur la course à la labellisation, voir not., L BERENI et R. EPSTEIN, *Instrumenter la lutte contre les discriminations : le « label diversité » dans les collectivites territoriales*, Note de synthèse, Rapport de recherche CNRS – Centre Maurice Halbwachs, Université de Nantes – Droit et Changement Social, 2015, p. 7 : « *pratiquement toutes les villes françaises peuvent afficher une longue liste de récompenses et distinctions. Ainsi Nancy consacre une page de son site internet aux 70 prix, labels et distinctions qu'elle a obtenus, ce chiffre agrégeant des labels internationaux (patrimoine mondial de l'UNESCO), des prix européens (médaille d'or au concours de l'Entente florale) et nationaux (prix national de l'arbre, prix Territoria, prix Voies navigables de France…) ou régionaux (prix Lorraine qualité environnement)* ».

1232. Cette privatisation de l'action publique nous paraît être la clef pour repenser la fonction des collectivités territoriales dans cette nouvelle structure politico-administrative. Leur retour au premier plan dans le concert des institutions dépendra de leur capacité à lancer l'alerte contre les risques systémiques qui apparaissent sur leur territoire[1]. Elles sortiront ainsi de leur rôle de variable d'ajustement pour s'imposer comme les acteurs de premiers plans sur la question. Porte-voix des revendications collectives[2], elles peuvent reprendre en main[3] et repolitiser la question de la discrimination en dénonçant celles dont sont victimes ses propres habitants. Par la lutte contre les discriminations territoriales, les collectivités territoriales deviennent à leur tour des personnes discriminées et des victimes du système[4]. Elles peuvent ainsi peser de tout leur poids institutionnel, en se servant des leviers qu'elles seules détiennent, pour tenter d'agir le plus en amont du phénomène, si besoin jusqu'au cadre constitutionnel… voire jusqu'à l'indépendance. C'est finalement aussi cela, l'histoire de la République[5].

---

[1] J.-B. AUBY, « La droit administratif dans la société du risque », in, CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, op. cit., p. 355 : « *la gestion politique des risques doit composer avec l'extrême complexification des appareils publics qui s'observe aujourd'hui, sous l'effet de la globalisation, et sous celle des décentralisations de toutes sortes. Il suffit de songer à la question de la sécurité alimentaire, au sujet de laquelle ont leur mot à dire : l'Organisation mondiale du commerce – par le biais des exceptions à la liberté des échanges qu'elle lui consent, l'Union européenne, qui a son propre dispositif depuis 2002, les États naturellement, mais aussi les collectivités territoriales souvent dotées de compétences importantes... Diffraction de la gestion des risques dans l'enchevêtrement des appareils publics* ».

[2] On peut y voir un enrichissement des rapports entre l'administration et la société qui serait induit par la nouvelle approche de la régulation des risques sociaux ; cf. ibid., p. 357 : « *la société du risque impose un réexamen des rapports entre l'administration et la société, elle impose un enrichissement inédit de ces rapports* ».

[3] « *Ulrich Beck a montré comment les forces qui gouvernent les grands risques sont de moins en moins dans l'emprise des institutions politiques : elles sont du côté de ce qu'il appelle la "subpolitique", c'est-à-dire du côté de la science, de l'économie, de la technique...* » ; cf. ibid., p. 355.

[4] Par ex., HALDE, délibération n° 2010-36 du 22 février 2010 relative à la saisine de la HALDE par la commune de La Courneuve pour discrimination territoriale.

[5] L'« *histoire de la République […] est celle des hésitations entre les nécessités de l'ordre et celle des libertés individuelles, les impératifs d'unité et de souveraineté nationales qui sont indivisibles et les libertés locales que sous-tend la décentralisation* » ; cf. F. MONERA, *L'idée de République et la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. Bib. constitutionnelle et de science politique, tome 117, 2004, p. 187.

Bibliographie

I – Ouvrages

Manuels et ouvrages collectifs

- A -

ALLEMAND (R.) et SOLIS-POTVIN (L.), *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, L'Harmattan, 2008.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Travaux, Dalloz, 1965.

AUBY (J.-M.), AUBY (J.-B.), JEAN-PIERRE (D.) et TAILLEFAIT (A.), *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 2009.

- B -

BANDET (P.), *Le droit disciplinaire dans la fonction publique territoriale*, Ed. du Moniteur, 1995.

BAUDOT (P.-Y.) et REVILLARD (A.), *L'État des droits. Politique des droits et pratiques des institutions*, Presses de Sciences Po, 2015.

BAUDOT (P.-Y.), BORELLE (C.) et REVILLARD (A.), *Politiques du handicap. Introduction*, Terrains & travaux, 2013.

BENETTI (J.) (sous la direction de), *Les collectivités territoriales et le principe d'égalité*, travaux de l'association de droit des collectivités locales, L'Harmattan, 2016.

BENOIT (F.-P.), *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968.

BORILLO (D.), *Homosexualités et droit*, PUF, Coll. « Les voies du droit », 1999.

BORILLO (D.) (sous la direction de), *Lutter contre les discriminations*, La découverte, coll. Recherches, avril 2003.

BOULAY (J.) et CAMBER-ROUGE (E.), *La neutralité politique des collectivités territoriales. L'obligation institutionnelle de ne pas prendre parti*, Berger-Levrault, coll. Les indispensables, 2016.

BOUVIER (M.), *Les finances locales*, LGDJ, 2008.

BOUVIER (M.), ESCLASSAN (M.-C.,) et LASSALE (J.-P.), *Finances Publiques*, 10e éd., LGDJ, 2010.

BRIBOSIA (E.), MAGNETTE (P.) et WEYEMBERGH (A.), *Union européenne et nationalités*, Bruylant, 1999.

BROUANT (J.-P.), *Droit de la cohésion territoriale*, LGDJ-Lextenso, 2015.

- C -

CADART (J.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, tome 1, 1975.

CAUDAL (S.) et ROBBE (F.) (sous la direction de), *Les relations entre collectivités territoriales*, L'Harmattan, 2005.

CHAGNOLLAUD (D.), *Droit constitutionnel contemporain. Tome 1 – Théorie générale : les régimes étrangers*, Dalloz, 7e éd. 2013.

CHAINAIS (C.) et FENOUILLET (D.), *La sanction en droit contemporain, Vol. 1 – La sanction entre technique et politique*, Dalloz, 2012, pp. XLII-XLIII.

CHAMBON (F.) et GASPON (O.), *La Déontologie administrative,* LGDJ, 1997.
CHANTEBOUT (B.), *Droit constitutionnel,* Sirey, 30e éd., 2013.
CLAISSE (A.) et MEININGER (M.-C.), *Fonctions publiques en Europe*, Montchrestien, Clefs, 1994.
CLUZEL-METAYER (L.) et MERCAT-BRUNS (M.), *Discriminations dans l'emploi : Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2011.
CONSTANTINESCO (L.-J.), *Traité de droit comparé : la méthode comparative*, LGDJ, 1974.
CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 6e éd., PUF, 2004.

- D -

DAUGAREILH (I.) et VENNAT (F.) (sous la direction de), *Migrations internationales et marché du travail*, Chronique sociale, 2004.
De DEKKER (P.) (sous la direction de), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud* », L'Harmattan, 1995.
De LAUBADÈRE (A.), DELVOLVÉ (P.) et MODERNE (F.), *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, tome 1, 1983.
DEPORTES (F.) et LE GUNEHEC (F.), *Droit pénal général*, Economica, 2009.
DREWRY (G.) et BUTCHER (T.), *The Civil Service Today*, Oxford, Basil Blackwell, 1988.
DREYER (E.), *Droit pénal général*, LexisNexis, 2011.
DUBOIS (J.- P.), *Droit administratif*, tome 1, Eyrolles, 1992.
DURIEZ (A.) :
- *Le harcèlement moral dans l'administration. Spécificités, enjeux et issues*, Ed. du Papyrus, 2005.
- *Harcèlement moral et autres risques psychosociaux dans la fonction publique territoriale : environnement juridique, enjeux et anticipation*, Territorial, coll. Dossiers d'experts, 2012.

- E -

EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, LGDJ, tome I, 2013.
EMERI (C.) et BIDEGARAY (C.), *La Constitution en France de 1789 à nos jours*, Armand-Colin, 1997.
ESMEIN (A.), *Droit constitutionnel*, 8e éd., S., 1927.

- F -

FABERON (J.-Y.) et J. ZILLER (J.), *Droit des collectivités d'outre-mer*, LGDJ 2007.
FALLON (M.), *Droit matériel général de l'Union européenne*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2002.
FAURE (B.) :
- *Droit des collectivités territoriales*, Précis, Dalloz, 2014.
- *Droit des collectivités territoriales*, Précis, Dalloz, 2016.
FAVOREU (L.) et GAÏA (P.), *Droit constitutionnel,* Dalloz, 2014.
FERSTENBERT (J.), PRIET (F.) et QUILICHINI (P.), *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 2016.
FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Droit administratif*, LGDJ, 2014.

- G -

GICQUEL (J.-E.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 27e éd. 2013.
GIRARD (C.) et HENNETTE-VAUCHEZ (S.), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, coll. « Droit et justice », 2005.
GOHIN (O.), *Institutions administratives*, LGDJ, 2002.
GUGLIELMI (G-J.) et KOUBI (G.), *La gratuité, une question de droit ?* L'Harmattan, 2003.

- H, I, J -

HALDE et DREES MIRe, *Mieux connaître pour mieux combattre : les discriminations à l'épreuve des savoirs et des pratiques*, colloque du 2 décembre 2009 à la Bibliothèque Nationale de France, Site : www.urmis.unice.fr.
HAMON (F.) et M. TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, LGDJ, 2013.
HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929.

- K -

KOUBI (G.) et GUGLIELMI (G.) (sous la direction de), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, La Découverte, 2000.

- L -

LACHAUME (J-F.), BOITEAU (C.), et PAULIAT (H.), *Droit des services publics*, Armand-Colin, 2004.
LEMAIRE (F.) et GAURIAU (B.), *Les discriminations*, Actes du colloque organisé les 13 et 14 octobre 2011 par le Centre Jean Bodin de l'Université d'Angers, Ed. Cujas, Coll. Actes & Etudes, 2012.
LE POURHIET (A.-M.) (sous la direction de), *Droit constitutionnel local. Égalité et liberté locale dans la Constitution*, Aix-Marseille, PU Aix-Marseille, 1999.
LOCHAK (D.), *Egalité et différences : réflexions sur l'universalité de la règle de droit*, in *Homosexualités et Droit*, PUF, coll. « Les voies du droit »,1999.
LONG (M.) (sous la direction de), *Egalité et services publics territoriaux*, LGDJ, 2005.
LUCHAIRE (F.), et CONAC (G.) (dir), *La constitution de la République française*, Paris, Economica, 2009.

- M -

MALABAT (V.), *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « HyperCours », 2011.
MASPETIOL (R.) et LAROQUE (P.), *La tutelle administrative. Le contrôle des administrations départementales, communales, coloniales et des établissements publics*, Sirey, 1930.
MATHIEU (J-L), *L'outre-mer français*, PUF, 1994.
MONERA (F.), *L'idée de République et la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 117, 2004.
MORGAND (L.), *La loi municipale : commentaire de la loi du 5 avril 1884 sur l'organisation et les attributions des conseils municipaux*, Berger-Levrault, 1884-1885.
MULLER (P.), *Les politiques publiques*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2013.

- N -

NGUYEN QUOC (D.), PELLET (A.), DAILLIER (P.), *Droit international public*, LGDJ, 1999.

- O -

OBERDORFF (H.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, L.G.D.J., 2008.
ORTOLAN (J. L. E.), *De la Souveraineté du peuple et des principes du gouvernement républicain moderne*, Cours ouvert à la Faculté de droit de Paris, Joubert, 1848.

- P, Q -

PACTET (P.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2013.
PACTET (P.), *Institutions politiques. Droit constitutionnel*, Paris, Armand Colin, 22e éd. 2013.
PAQUES (M.) et SCHOLSEM (J.-C.) (coord.), *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit*, université de Liège, éd. Larcier, 2004.
PINET (M.) (sous la direction de), *Histoire de la fonction publique en France*, Nouvelle librairie de France, 1993.
POTVIN-SOLIS (L.) (sous la direction de), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

- R -

RIGAUDIERE (A.) (sous la direction de), *De l'estime au cadastre en Europe : le Moyen-âge, Comité pour l'histoire économique et financière de la France*, colloque des 11, 12 et 13 juin 2003, 2006.
ROSSI (P.-L.), *Cours de droit constitutionnel*, Ebrard et Compagnie, 1836.
ROUX (A.), *Droit constitutionnel local*, Economica, 1995.

- S -

SANTO (V.-M.) et VERRIER (P.-E.), *Le management public*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2007.
SAUTEL (G.) et HAROUEL (J.-L.), *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution*, Dalloz, 1997.
SCHRAMECK (O.) *La fonction publique territoriale*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995.
STASSINOPOULOS (M.), *Traité des actes administratifs*, Coll. de l'Institut français Athènes, 1954.

- T, U -

TIMSIT (G.), *Les grands principes de la Déclaration des droits et l'Administration française*, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines, sa pérennité*, La Documentation française, 1990.

- V -

VALLERY (G.) et LEDUC (S.), *Les risques psychosociaux*, coll. « Que sais-je ? », PUF, 2012.
VERPEAUX (M.), *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2010.

- W, X, Y, Z -

WALINE (J.), *Droit administratif*, 27e éd., Dalloz, 2016.
WOEHRLING (J.-M.) (sous la direction de), *Du droit local à la territorialisation du droit – Perspectives et limites*, Institut du droit local alsacien-mosellan, 2014.

Thèses et monographies

- A -

AIMES (E.), *La réforme administrative et le favoritisme*, Paris, Chevalier-Maresq, 1887.
ARGYRIADES (D.), *Genèse et évolution de la neutralité de la fonction publique en Grande-Bretagne*, thèse pour le Doctorat en Sciences administratives, Paris I, 1974.
ATTAL-GALY (Y.), *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bib de Droit public, 2003.

- B -

BACOYANNIS (C.), *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Economica-Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993.
BARBIER (H.), *La liberté de prendre des risques*, Thèse Aix-Marseille-III, PUAM, 2010.
BAUDOT (E.), *Recherches sur les rapports entre administrations publiques en droit administratif français*, Université de Nancy, 1913.
BELLIN (A.-G.), *Des avantages du concours appliqué au recrutement du personnel administratif et judiciaire*, Paris, G. Thorel libraire, Lyon ; Dorier libraire, 1846.
BENALBAZ (C.), *Le principe de laïcité en droit public,* Thèse de droit public, Université de Bordeaux, 2009.
BENICHOU (S.), *Le droit à la non-discrimination « raciale », Instruments juridiques et politiques publiques*, Thèse de Droit public, Université Paris Ouest-Nanterre-La Défense, 2011.
BLOCH (C.), *Les contributions directes*, *Instruction, recueil de textes et notes,* Imprimerie nationale, n° 161, 1915.
BLONDEL (M.), *La personne vulnérable en droit international*, thèse de Droit public, Université de Bordeaux, 2015.
BONTRON (M.-C.), *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, Droit, Thèse, Université Montpellier, 2015.
BOYER-CAPELLE (C.), *Le service public et la garantie des droits et libertés*, Thèse de Droit public, Université de Limoges, soutenue le 10 juillet 2009.
BRUNET (R.), *Le principe d'égalité en droit français*, Thèse, Paris, éd. Félix Alcan, 1910.
BUI-XUAN (O.), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004.

- C -

CALVES (G.), *L'*affirmative action *dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis. Le problème de la discrimination « positive »*, thèse de l'Université Panthéon Assas, Paris II, 1997 ; LGDJ, 1998.
CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, CNRS 1985.
CHAPPE (V.-A.), *L'égalité en procès : sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, Thèse de Sociologie, ENS de Cachan, 2013.
CHAVRIER (G.), *Le pouvoir normatif local, enjeux et débats*, LGDJ, 2011.
COLIN (F.), *L'aptitude dans le droit de la fonction publique*, LGDJ, Bib. Droit public, tome 211, 2000.
CUVELIER (C.), *Le pluralisme démotique*, Thèse de Droit public, Université Lille II, 2014.

- D -

DAVEZIES (L.), *La République et ses territoires*, Seuil, 2008.
DAUPHIN (L.), *Collectivités territoriales et expérimentations*, Thèse de Droit public, Université de Limoges, soutenue le 4 décembre 2008.
DARBOUSSET (C.), *Recherches sur la notion de péréquation en droit public*, Thèse de Droit public, Université de La Rochelle, 2011.
DAVID (M.), *Les fondements du social, de la IIIe République à l'heure actuelle*, Anthropos, 1993.
DEBBASCH (R.), *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Economica 1988.

DELBOUSQUET (J.), *De l'organisation des administrations centrales,* Hingray, 1843.
DELVOLVE (P.), *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, 1969.
DE PANSEY (H.), *Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes*, Barrois, 1840.
DESWARTE (M.-P.), *Essai sur la nature juridique de la République*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2003.
DE TOCQUEVILLE (A.), *De la démocratie en Amérique*, tome II, Gallimard, Folio-Histoire, 1999.
DOAT (M.), *Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, LGDJ, Bib de Droit public, tome 230, 2003.

- E -

EISENMANN (C.), *Centralisation et décentralisation*. Esquisse d'une théorie générale, LGDJ, 1948.

- F -

FLORIMOND-GASTON (J.), *Du culte du Dieu Terme et de la limitation de la propriété chez les romains ; De la péréquation de l'impôt foncier*, Jourde, Université de Droit, 1886.
FOULETIER (M.), *Recherches sur l'équité en droit public français*, LGDJ, 2003.
FOURIER (C.), *La liberté d'opinion du fonctionnaire : essai de droit public comparé*, LGDJ, coll. Bib. Droit public, tome VI, 1957.
FRITZ (G.), *L'idée de peuple en France du XVIIe au XIXe siècle*, PU de Strasbourg, 1988.

- G -

GORGE (A.-S.), *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, Dalloz, 2011.
GREGOIRE (R.), *La fonction publique*, Armand Colin, 1954.
GUETTIER (C.), *La responsabilité administrative*, LGDJ 1996.
GUGLIELMI (G.-J.), *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française, de la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889*), LGDJ, 1991.
GUIGNARD (D.), *La notion d'uniformité en droit public*, Thèse de Droit public, Université de Toulouse-Capitole, 2002.

- H -

HERNU (R.), *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, Bib. de Droit public, 2003.

- I -

ILIOPOULOU (A.), *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruylant, 2008.

- J -

JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit ; Théorie juridique de l'État*, Giard et Brière, 1913.
JENNEAU (B.), *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954.
JOUANJAN (O.), *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, 1999.
JOUZEL (T.), *Pouvoir et responsabilité au sein de l'administration décentralisée,* L'Harmattan, 2014.

JOYAU (M.), *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, LGDJ, Biblio de droit public, tome 198, 1998.

- K -

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., Dalloz, 1962.
KOECHLIN (H. F.), *Compétence administrative et judiciaire de 1800 à 1830* (étude de jurisprudence), éd. Rousseau, 1950.
KONDYLIS (V.), *Le principe de neutralité dans la fonction publique,* LGDJ, Bib. Droit public, tome 168, 1994.

- L -

LANDOT (E.), *L'intérêt personnel des élus locaux en droit administratif*, Paris II, 1995.
LEBRETON (G.), *Le pouvoir discrétionnaire exercé par l'administration française sur ses agents (évolution depuis le XVIIIe siècle)*, thèse, Paris II, 1988.
LEFEBVRE (F.), *Aménagement du territoire. Emergence d'un nouveau droit ?,* L'Harmattan, 2003.
LECOCQ (P.-A.), *Le pouvoir de dérogation de l'administration*, thèse Lille, 1971,
LEGENDRE (P.), *Trésor historique de l'État en France – L'administration classique*, Fayard, coll. « Les savoirs », 1992.

- M -

MANIGOT (V.), *Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise. Réflexions sur un risque*, LexisNexis, Planète sociale, 2012.
MAZZA (C.), *Harcèlement moral et souffrance au travail dans le service public*, Ed. Puits Fleuri, 2014.
MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004.
MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1997.
MERLEY (N.), *Conception et administration du territoire en France métropolitaine*, PUAM, 1998.
MICLO (F.), « *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République* », Economica, 1982.
MINORET (M.), *La contribution mobilière et foncière pendant la Révolution*, Thèse, Librairie A. Rousseau, 1900.

- N, O -

NOUREAU (A.), *L'Union européenne et les collectivités locales*, Thèse de Droit public, Université de La Rochelle, 2011.

- P, Q -

PERELMAN (C.), *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1978.
PIQUEMAL (M.), *Le fonctionnaire : devoirs et obligations*, Berger-Levrault, 1976.
PREVERT (A.), *La lutte contre les discriminations. Genèse et usages d'une politique publique*, L'Harmattan, 2014.

- R -

RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, 1980.
ROBLOT-TROIZIER (A.), *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française : recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007.
ROMIEU (A.), *De l'administration sous le régime républicain*, Plon, 1849.
ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, [1762] Flammarion, 2012.
ROUX (J.-C.), *Wallis et Futuna : espaces et temps recomposés : chroniques d'une micro-insularité*, PU de Bordeaux, 1995.

- S -

SALAUN (L.), *La réforme des fonctions publiques. Pour enrayer le favoritisme, il faut organiser l'avancement*, Berger-Levrault, 1912.
SENDEN (L.), *Soft Law in European Community Law*, Oxford/Portland, 2004.
SIBERT (M.), *Le concours comme mode juridique de recrutement de la fonction publique*, Thèse de doctorat, Droit, 1912.
SIEYES (E.-J. M.), *Qu'est-ce que le tiers État ?* [1789], Quadrige, 1982.
SWEENEY, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Thèse de Droit public, Paris X, 2010.

- T -

TESOKA (L.), *Les rapports entre catégories de collectivités territoriales*, PU Aix-Marseille, 2004.
TIMSIT (G.), *Théories de l'administration*, Economica, 1986.
THUILLIER (G.), *Bureaucratie et bureaucrates en France au XIXe siècle*, Droz, 1980.
TRUCHET (D.), *Les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, 1977.

- V -

VAISSIERE (M.), "*Histoire du cadastre*", Del Monsénher, Millau, 2007.
VALLEMONT (S.), *La notation des agents dans les trois fonctions publiques*, Berger-Levrault, 1997.
VIVIEN (A.-F.), *Études administratives*, tome 1, Cujas,1859.

- W, X, Y -

WEIL (P.), *Les conséquences de l'annulation de l'acte administratif pour excès de pouvoir*, Thèse, Jouve et Compagnie éditeurs, 1952.

- Z -

ZARCA (A.), *L'égalité dans la fonction publique*, Bruylant, 2014.
ZILLER (J.), *Egalité et mérite. L'accès à la fonction publique dans les Etats de la Communauté européenne*, Bruylant, 1988.

Rapports et études

- A -

ALESSANDRIN (A.), *Les bordelais.e.s face aux discriminations*, Enquête de l'Observatoire bordelais de l'égalité, 2015, site : www.bordeaux.fr.

ANDRE (P.), *Contrat de ville : rénover et simplifier*, Rapport d'information n° 402, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 15 juin 2005.

- B -

BEDUWE (C.) et DUPRAY (A.), « D'une génération à l'autre : l'inquiétude des jeunes en question », Céreq, *Bulletin de recherches formation-emploi*, n°361, 2018.

BELAVAL (P.), HELMLINGER (L.), MINDU (P.), COURREGES (A.), LEVASSEUR (A.), e. a., *L'action collective en droit administratif*, Groupe de travail interne au Conseil d'Etat, 2009, avril 2012.

BENBASSA (E.) et LECERF (J.-R.), *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action*, Rapport d'information n° 94, 2014.

BERENI (L.) et R. EPSTEIN (R.) :

- *Instrumenter la lutte contre les discriminations : le « label diversité » dans les collectivités territoriales*, Note de synthèse, Rapport de recherche CNRS – Centre Maurice Halbwachs, Université de Nantes – Droit et Changement Social, 2015.
- *Instrumenter la lutte contre les discriminations : le « label diversité » dans les collectivités territoriales*, Rapport final, mars 2015.

BERTHOD-WURMSER (M.), *Fonctions publiques : de la réforme des retraites à la gestion des parcours professionnels*, Rapport au Conseil d'orientation des retraites au nom du groupe de travail présidé par TIBERGHIEN (F.), février 2006, site : www.cor-retraites.fr.

BOCKEL (J.-M.), *Les collectivités territoriales et l'accueil des migrants*, Rapport d'information n° 40, Sénat, 2015.

BOSCHERON (E.), *Liberté, Inégalité, Fraternité. Intégrer l'égalité professionnelle femmes hommes dans la fonction publique territoriale*, Rapport au CSFPT séancé plénière du 21 décembre 2005.

BRINDEAU (P.), *La gestion des âges de la vie dans la fonction publique : une administration moderne et efficace*, Rapport au Premier ministre, 2012.

BUNEL (M.), L'HORTY (Y.), et PETIT (P.), *Effets de quartier, discrimination territoriale et accès à l'emploi*, Les documents de l'ONZUS, Les éditions du CIV, juin 2013

BURRI (S.) et SCHIEK (D.), *Multiple Discrimination in EU Law : Opportunities for Legal Responses to Intersectional Gender Discrimination,* European network of legal experts in the field of gender equality, Etude pour la Commission européenne, 2009, Bruxelles, 2009.

- C -

CALVES (G.), *Renouvellement démographique de la fonction publique de l'Etat : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?*, Rapport à la Direction générale de l'Administration et de la Fonction publique, La Documentation française, 2005.

CHABAN-DELMAS (J.) et R. MONORY (R.) (Prés.), « Poursuivre la décentralisation, tome 1 : Réflexions sur le bilan et les perspectives de la décentralisation », *Livre blanc*, éd. Pouvoirs locaux, 1994.

CLEMENT (P.), *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République,* Documents Assemblée nationale, n° 376, 2002.

CNFPT, « Les fondamentaux sur la laïcité et les collectivités territoriales », *Livret*, réalisé en collaboration avec l'Observatoire de la laïcité et le Ministère de l'Intérieur, 2015.

COINTAT (C.) et FRIMAT (B.), *Saint-Pierre-et-Miquelon : trois préfets plus tard, penser l'avenir pour éviter le naufrage*, Sénat, 2010-2011.

COMMISSION EUROPEENNE, *Sur la concurrence*, Rapport n° 9, 1979.

CONSEIL d'ETAT :
- *Service public, services publics : déclin ou renouveau*, Rapport public, 1995.
- *Sur le principe d'égalité*, Rapport public, 1996.
- *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapport public, 1999.
- *Réflexions sur la fonction publique,* Rapport public, 2003.
- *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public, 2005.

COTTERET (M.), « Le régime de la responsabilité pour risque en droit administratif », in *Etudes de droit public*, 1964.

COUR des COMPTES, *La politique de la ville : une décennie de réformes*, Rapport public thématique, La documentation française, 2012.

CREVEL (S.), « Responsabilité pénale en matière d'hygiène et de sécurité au travail dans les collectivités locales et les établissements hospitaliers », *Etude du CNRACL*, septembre 2013, Site : www.cnracl.retraites.fr.

CSES (Centre for Strategy and Evaluation Services), *Intégration de la non-discrimination – instruments, études de cas et suggestions pour l'avenir*, Rapport pour le compte de la Direction générale de l'Emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances de la Commission européenne, avril 2007, site : www.ec.europa.eu.

- D -

DALLIER (P.), GUENE (C.), JARLIER (P.), et De MONTGOLFIER (A.), *Péréquation financière entre les collectivités territoriales : les choix de la commission des finances du Sénat*, Rapport n° 731, 2011.

DELUGA (F.), « Quelle fonction publique territoriale pour réussir la décentralisation ? », *46 propositions du CNFPT*, 2013.

DE MARCERE (E.), Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner les propositions de loi municipale, séance du 19 décembre 1882, JO documents parlementaires (Chambre, Annexe n° 1547), janvier 1883, pp. 2657 et s.

DESPLAN (F.), *Sur le projet de loi de finances pour 2012*, Rapport pour avis au Sénat, 2011-2012.

DHUME (F.) et HAMDANI (K.), *Vers une politique française de l'égalité,* Rapport au Ministère de l'Emploi, du Travail, de la formation professionnelle et du Dialogue social, La Documentation française, 2013.

DINI (M.) et VASSEUR (I.), *Sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, Rapport n° 324, fait au nom de la commission mixte paritaire, 13 mai 2008.

DGAFP (Direction générale de l'administration et de la fonction publique) :
- « Jury de concours et organismes consultatifs : état des lieux de la féminisation », *Point Stat*, mars 2002, site : www.fonction-publique.gouv.fr.
- « Vieillissement dans la fonction publique », *Point Stat*, mai 2008, site : www.fonction-publique.gouv.fr
- *Fonction publique : chiffres-clés*, Rapport annuel, 2017.
- *Sur l'état de la fonction publique : Politiques et pratiques de ressources humaines. Faits et chiffres*, Rapport annuel, 2018.

- E -

EBERHARD (M.), MEURS (D.), et SIMON (P.), « Construction d'une méthodologie d'observation de l'accès et du déroulement de carrière des générations issues de l'immigration dans la fonction publique », *Note de synthèse*, marché n° 2006 28 DED 04 de l'ACSè, 24 décembre 2008.

EUROGROUP, *Le management des seniors dans la fonction publique*, Conférence, Ecole nationale d'administration, septembre 2009, site : www.eurogroupconsulting.com.

- F -

FELTESSE (V.), *Egalité femme/homme dans les territoires : état des lieux des bonnes pratiques dans les collectivités locales et propositions pour les généraliser*, Rapport à la Ministre du Droit des femmes, La documentation française, 2013.

FERET (C.), GOULET (N.), et REICHARDT (A.), *Sur l'organisation, la place et le financement de l'Islam en France et de ses lieux de culte*, Rapport d'information n° 757, Sénat, enregistré à la Présidence du Sénat le 5 juillet 2016.
FERRAND (R.), BRAUN-PIVET (Y.), et FRESNEAU (M.), G. LE GENDRE et MIGNOLA (P.), *Sur le projet de Loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace (n° 911)*, Rapport n° 1137, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 juillet 2018.
FORIKA (Z.) et LENSSEN (P.), « Traiter la question de la cohésion communautaire : bonnes pratiques en matière de législation sur l'égalité de traitement aux niveaux local et régional, en particulier dans les quartiers défavorisés et dégradés », *Etude*, Comité des régions, 2010.
FRANCE STRATEGIE, « Dynamiques et inégalités territoriales », *Note*, juillet 2016.
FRANCOIS-PONCET (J.) et BELOT (C.), *Sur la péréquation entre les régions*, Rapport d'information, 2004.

- G -

GARREC (R.) :
- *Sur l'égalité professionnelles entre les femmes et les hommes*, Rapport au nom de la Commission des lois, 1ère lecture, Sénat, n° 1, 2000-2001.
- *Sur le projet de loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, Rapport n° 27 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et de l'administration générale, Annexe au procès-verbal de la séance du 23 octobre 2002.
GELD (Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations), *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, GELD octobre 2000.
GOUZES (G.), *Sur l'organisation urbaine et à la simplification de la coopération intercommunale*, Rapport n° 1356 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 1155), AN 28 janvier 1999.
GROUPE « DECENTRALISATION : BILAN et PERSPECTIVES », présidé par M. BURON, *Décentralisation : l'âge de raison, Commissariat général du plan, préparation du XIe plan*, La documentation française, 1993.
GRUNDLER (T.) et THOUVENIN (J.-M.) (sous la direction de), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, Rapport de recherche, 2016.
GSAIE (Groupe de spécialistes pour une approche intégrée de l'égalité), *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des « bonnes pratiques »*, Rapport final d'activités pour la direction générale des droits de l'homme, Strasbourg, 2004.

- H, I -

HOLTMAAT (R.), *Des catalyseurs du changement ? Les organismes de promotion de l'égalité de traitement aux termes de la directive 2000/43/CE. Existence, indépendance et efficacité*, Rapport de la Commission européenne, mars 2006.
HUMMEL (C.), *Sur le projet de loi n° 241 (2007-2008) portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, Rapport d'information au Sénat, 2008.
HYEST (J.) et VANDIERENDONCK (R.), *Sur le projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République*, Rapport n° 174 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale enregistré à la Présidence du Sénat le 10 décembre 2014.

ICCAR (International Coalition of Cities against Racism), « Study on Challenges in the Development of Local Equality Indicators – A human-rightscentered model », *Discussion papers series*, n° 5, European Training and Research Centre for Human Rights and Democracy (Graz, Austria), UNESCO, 2010.
IGPDE (Institut de la gestion publique et du développement économique), *Valoriser les "seniors" dans les fonctions publiques*, Etude – veille n° 33, *Perspectives gestions publiques*, janvier 2010, site : www.economie.gouv.fr.
IPL (Inclusive Policy Lab), « Analytical frameword for inclusive policy design. Of why, what and how », *Document*, UNESCO, octobre 2015, site : www.en.unesco.org/inclusivepolicylab.

- J -

JEANNENEY (J.), *Sur le projet de loi sur les associations de fonctionnaires*, au nom de la Commission de l'administration générale, départementale et communale, des cultes et de la décentralisation, JO, Chambre des députés, 2e séance ordinaire du 11 juillet 1907.

- K -

KIRSZBAUM (T.), *Mobiliser le droit commun. Mise en perspective et réception en Essonne de la réforme de la politique de la ville*, Etude réalisée à l'issue du cycle d'échange et de qualification organisé par le CRPVE, mai 2015.

KIRSZBAUM (T.) et EPSTEIN (R.), *Sur l'évaluation des aides aux quartiers défavorisés*, Rapport à l'Assemblée nationale, Mission de GOULARD (F.) et PUPPONI (F.), 2010.

KRATTINGER (Y.) et GOURAULT (J.), *Premières orientations sur la réorganisation territoriale*, Rapport d'information n° 264 (2008-2009) fait au nom de la mission collectivités territoriales, déposé le 11 mars 2009.

- L -

LAGARDE (X.) (sous la direction de), *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Etude, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2009.

LANQUETIN (M.-T.) (sous la direction de), *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, Note n° 2 du Conseil d'orientation du Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations, octobre 2000.

LAURENT (E.) (sous la direction de), *Vers l'égalité des territoires. Dynamiques, mesures, politiques*, Rapport au ministre de l'égalité des territoires et du logement, La Documentation française, février 2013.

L'HORTY (Y.), *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*, Rapport au Premier Ministre, La documentation française, 2016.

LONGUET (G.), *Sur le Projet de loi organique relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, Rapport n° 408, 2002-2003, fait au nom de la commission des lois, déposé le 16 juillet 2003.

- M, N -

MAGUER (A.) et BERTHET (J.-M.), *Les agents des services publics dans les quartiers difficiles*, Rapport de la DGAFP, La Documentation française, 1997.

MASTOR (W.), *Pour un statut constitutionnel de la Corse*, Rapport au président de l'Assemblée de Corse, 2018.

MERCIER (M.), *Pour une République territoriale : l'unité dans la diversité*, Rapport d'information n° 447 fait au nom de la mission commune d'information chargée de dresser le bilan de la décentralisation et de proposer les améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales, tome I, 28 juin 2000.

MEZARD (J.) et POINTEREAU (R.), *Sur la péréquation*, Rapport d'information n° 309, enregistré à la Présidence du Sénat le 23 février 2010.

MINISTERE de la DECENTRALISATION et de la FONCTION PUBLIQUE, DGFAP et DDD, *Bilan de la Charte pour la promotion de l'égalité et la lutte contre les discriminations dans la fonction publique*, Signée le 17 décembre 2013, éd. 2015.

MOURY (J.) (sous la direction de), *Le risque*, Etude, Rapport annuel de la Cour de cassation 2011, La Documentation française, 2012.

- O -

ONPV (Observatoire nationale de la politique de la ville), *Rapport annuel 2016*, ONPV et CGET, 2017, Site : www.onpv.fr.

- P, Q -

PECAUT-RIVOLIER (L.), *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Rapport au ministère de la Justice sur les discriminations collectives en entreprise, site : www.justice.gouv.fr, 2013.
PIRON (M.), *L'équilibre territorial des pouvoirs*, Rapport d'information à Assemblée nationale, 2006.
PUPPONI (F.), *Péréquation et politique de la ville*, Rapport remis à M. le ministre délégué auprès de la ministre de l'Egalité des territoires et du logement, chargé de la Ville, 2013.
QUENTIN (D.), *Sur le projet de loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, Rapport n° 3593, Assemblée nationale, 17 janvier 2007.

- R -

RABOURDIN (E.), « La fonction publique française en Europe », *Notes de la Fondation Robert Schuman*, 2001.
RAMBAUD (T.), « Gouverner le religieux dans un Etat laïc », *Note pour la Fondation pour l'innovation politique*, janvier 2018, Site : www.fondapol.org.
RICHARD (A.), *Sur la loi 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, rapporteur de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, JOAN débats, 1ère séance, 27 juillet 1981.
RIVERO (J.), « La politique de choix des fonctionnaires en Europe – Rapport de synthèse », *AEAP*, Vol. II, 1979.

- S -

SCHWARTZ (B.), *L'insertion professionnelle et sociale des jeunes*, Rapport au Premier ministre, septembre 1981.
SENAT, *Les ordonnances : bilan au 31 décembre 2007*, Les documents de travail du Sénat, série Études juridiques, 2008.
SERVERIN (E.) et GUIOMARD (F.), *Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité. Les enseignements d'un échantillon d'arrêts extrait de la base JURICA (2007-2010)*, Etude réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, 2013.
SILICANI (J.-L), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008.
STASI (B.), *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, La Documentation française, 16 février 2004.

- T -

TACHE (A.), 72 *Propositions pour une politique ambitieuse d'intégration des étrangers arrivant en France*, Rapport au Premier ministre, 2018.
TASCA (C.), *Sur projet de loi relatif à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique*, Rapport n° 260 (2011-2012), déposé le 17 janvier 2012.
TOBLER (C.) :
- *Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne, « Des voies de recours et des sanctions nationales effectives, proportionnées et dissuasives, et en particulier la question des plafonds appliqués aux indemnités accordées aux victimes de discrimination »*, Rapport, Commission européenne Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances Unité D.3, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2006.
- *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Rapport, Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances Unité G.2, Offices des publications officielles des Communautés européennes, 2009.

TOURRET (A.), *Sur la lutte contre les discriminations dans la fonction publique*, adopté par la commission des lois de l'Assemblée nationale, 25 octobre 2012, site : www.affairesjuridiques.aphp.fr,
TUOT (T.), *La grande nation pour une société inclusive*, Rapport au Premier ministre sur la refondation des politiques d'intégration, 1er février 2013.

- U -

UE (Union européenne), *European Union Minorities and Discrimination Survey, Multiple Discrimination*, Office des publications de l'Union européenne, 2011.

- V -

VASSELLE (A.), *Sur le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires*, Rapport n° 274 (2015-2016), fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 16 décembre 2015.
VASSEUR (I.), *Sur le projet de loi (n° 514) portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations,* Rapport n° 695, fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, 6 février 2008.
VERNY (E.) (sous la direction de), *Les discriminations dans la jurisprudence de la cour de cassation*, Etude, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2008.
VERSINI (D.), *Sur la diversité dans la fonction publique*, Rapport présenté au Ministre de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, La Documentation française, 2004.
VILLE DE LYON, VILLE DE NANTES, NANTES METROPOLE, ISM-Corum, Migration Group Policy, *Lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité dans l'emploi à travers les clauses des marchés publics : « Projet BUYDIS ».* Un premier guide pour les collectivités, octobre 2014.

- W, X, Y -

WLADASCH (K.), *The Sanctions Regime in Discriminations Cases and its Effect*, Equinet, 2015.

- Z -

ZUCCARELLI (E.), REBERRY (D.), VILLETTE (V.), *Laicité et fonction publique*, La Documenation française, décembre 2016.

Guides et brochures

- A -

ACSé (Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances) :
- « Agir contre les discriminations. L'engagement des élus et des collectivités territoriales », en partenariat avec l'Association des maires ville et banlieue de France, *Brochure*, novembre 2006, site : www.nouvelle-aquitaine.drdjscs.gouv.fr.
- « Prévention et lutte contre les discriminations : les outils de l'ACSé pour les acteurs locaux », *Brochure*, 2008, site : www.nouvelle-aquitaine.drdjscs.gouv.fr.

ARGOS, « La prise en compte de la lutte contre les discriminations raciales et ethniques dans les contrats de ville du département de l'Hérault », *Fiche diagnostic multithématique* Languedoc-Roussillon 2005, in CGET, *Atlas régional des diagnostics territoriaux Occitanie 2005-2014*, 2014, site : www.cget.gouv.fr.

ANDCDG (Association nationale des directeurs et directeurs-adjoints des centres de gestion de la fonction publique territoriale), « L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans la fonction publique territoriale », *Guide*, éd. 2015.

- B -

BOUZAR (D.), *Laïcité, égalité : guide à l'usage des professionnels*, Grenoble-Alpes Métropole, 2014, URL : http://www.irdsu.net.

- C -

CEDH (Cour européenne des droits de l'homme), « Roms et Gens du voyage », *Fiche thématique*, avril 2019, site : www.echr.coe.int.

CENTRE HUBERTINE AUCLERT, « Les politiques locales d'égalité en France ». *Analyse des expériences de 30 collectivités engagées pour l'égalité Femmes-Hommes*, 2013, Site : www.centre-hubertine-auclert.fr.

CGET (Commissariat général à l'égalité des territoires) :
- « Comment mobiliser le droit commun de l'Etat pour les contrats de ville ? Quelques préalables », *Fiche méthodologique*, 2014, site : www.cget.gouv.fr.
- « Atlas thématique des diagnostics territoriaux stratégiques (DTS) conduits sur la période 2005-2014 », *Multithématique*, 2014, site : www.cget.gouv.fr.
- « Prévention et lutte contre les discriminations dans les contrats de ville. Les clés pour mettre en œuvre et évaluer les actions de prévention et de lutte contre les discriminations », *Guide méthodologique et cas pratiques*, 2015, site : www.cget.gouv.fr.
- « Le diagnostic territorial participatif ». *Eléments méthodologiques*, 2017, site : www.cget.gouv.fr
- *Nouveau cadre de référence de la lutte contre les discriminations au sein de la politique de la ville : les enjeux de la nouvelle contractualisation*, 2014, site : www.ville.gouv.fr.
- *Supports statistiques et cartographiques mobilisables pour l'analyse de la situation des quartiers prioritaires*, août 2014, site : www.cget.gouv.fr.

CNFPT (Centre national de la fonction publique territoriale), « La prise en compte des risques psychosociaux dans les collectivités territoriales », *Les pratiques de gestion des ressources humaines et de formation*, *Etude*, juin 2012, site : www.cnfpt.fr.

COMMISSION EUROPEENNE, « Acheter social : un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale », *Guide de bonnes pratiques*, Office des publications, 2010

- D, E -

DDD (Défenseur des droits) :

- « Accès à l'emploi des personnes handicapées », *Questions/Réponses*, 2011, site : www.defenseurdesdroits.fr.
- « Gestion des ressources humaines dans les collectivités territoriales : prévenir les discriminations et garantir l'égalité », *Méthode d'auto-évaluation*, janvier 2013, site : ww.defenseurdesdroits.fr.
- « Agir contre les discriminations et le harcèlement dans la fonction publique territoriale », *9 fiches pratiques*, novembre 2017, site : www.defenseurdesdroits.fr.
- « Orientation et protection des lanceurs d'alerte », *Guide,* 2017, site : www.defenseurdesdroits.fr.

DDD et OIT (Organisation internationale du travail) :
- « Regard croisé salariés du privé et agents de la fonction publique », *5e Baromètre de la perception des discriminations au travail,* 2012, site : ww.defenseurdesdroits.fr.
- « Enquête sur l'accès aux droits », *10e Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi*, Vol. 3, mars 2017, site : www.defenseurdesdroits.fr.

DGAFP (Direction générale de l'administration et de la fonction publique), « La transmission des savoirs », *Guide méthodologique*, 2006.

DGCL (Direction générale des collectivités locales), Min. de l'Intérieur, « Attributions de compensation », *Guide pratique*, juin 2017, site : www.collectivites-locales.gouv.fr.

- F, G -

FRANÇOIS (D.) et FOSSIER (A.), « Recrutement et maintien dans l'emploi des personnes handicapées », *Guide de l'employeur public*, FIPHFP, 2009, site : www.fiphfp.fr.

FIPHFP (Fonds pour l'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique), *Pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*, Rapport d'activité, Annexes chiffrées, 2016.

- H -

HALDE (Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité) :
- *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité : que répondent les grandes villes et agglomérations à la HALDE ?*, Enquête, février 2007.
- *Prévention des discriminations et promotion de l'égalité dans les ressources humaines : que répondent les collectivités territoriales à la HALDE ?*, Enquête, novembre 2009.
- *Accès au logement social : garantir l'égalité*, Analyse et recueil de bonnes pratiques, janvier 2011, site : www.juridique.defenseurdesdroits.fr.
- *Emploi public*, Recueil des délibérations 2005-2010, janvier 2011, site : www.collectivites-locales.gouv.fr,

- I, J, K, L -

INET (Institut national des études territoriales), *Egalité professionnelle Hommes-Femmes : des clés pour agir*, Cahier des élèves administrateurs territoriaux - Guide, 2013.

LEVRIER (S.) et BIAN-GAZEAU (P.), *L'intégration des clauses sociales dans la commande publique des conseils régionaux*, Repères et bonnes pratiques, AVISE et ARF, février 2014, site : www.avise.org.

- M, N -

MAHOMED (S.) et PERICARD (E.), *Intégrer la lutte contre les discriminations dans les contrats de ville*, Fiches méthodologiques, 2015, site : www.villesaucarre.fr.

- O, P, Q -

OBSERVATOIRE de la LAÏCITE, « Laïcité et collectivités territoriales », *Charte de principes, rappel à la loi et cas concrets*, juillet 2015, site : www.gouvernement.fr.

- R -

RESEAU RECI (Ressources pour l'égalité des chances et l'intégration) :
- *La prévention et la lutte contre les discriminations dans les contrats de ville*, juin 2015, Site : www.reseau-reci.org.
- *Contrat de ville et prévention des discriminations ; Analyse de l'axe « lutte contre les discriminations » dans les contrats de ville*, 2016, site : www.reseau-reci.org.

- S -

SMACL (Société mutuelle d'assurance des collectivités locales), « Les agents responsables des collectivités face au risque de harcèlement moral. Partageons nos expériences pour prévenir nos risques », *Guide de bonnes pratiques du SMACL*, 2013.
SGCIV (Secrétariat général du comité interministériel des villes), *La nouvelle étape de la politique de la ville.* Les réponses à vos questions (FAQ), 2013, site : www.i.ville.gouv.fr.

- T, U, V, W, X, Y, Z -

Autres ouvrages cités

- A -

ARDANT (G.), *Histoire de l'impôt*, Fayard, 1972.
ARENDT (H.), *Conditions de l'homme moderne*, Agora, 2002.

- B -

BALZAC (H.), *Le médecin de campagne*, 1833.
BARRAL (P.), *Les Fondateurs de la IIIe République*, Armand Colin, 1968.
BECK (U.), *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, 2008.
BECKER (G. S.), *The Economics of Discrimination*, The University of Chicago Press, 1957.
BECKER (H. S.), *Outsiders. Etude de sociologie de la deviance*, éd. Métailié, 1985.
BERNARD (C.), *La science expérimentale*, J-B. Baillière et fils, 1876.
BEALE (F.), *Double jeopardy : to be black and female*, éd. T. Cade, New American Library, 1970.
BLAU (P.) et DUNCAN (O. D.), *The American Occupational Structure*, John Wiley and Sons, 1967.
BOUCHER (M.), *Sociologie des turbulences. Penser les désordres des inégalités*, L'Harmattan, 2015.
BOURGEOIS (L.), *Solidarité*, Paris, Armand Colin et Cie Editeurs, 1896.
BUONARROTI (P.), *Conspiration pour l'égalité dite de Babeuf*, tome II, La librairie romantique, Bruxelles, 1828.

- C -

CARMICHAEL (S.) et HAMILTON (C.), *Black Power: The Politics of Liberation in America*, Vintage Books, 1967.

- D -

De FREYCINET (C.), *Souvenirs 1848-1878*, 5è éd., Librairie C. Delagrave, 1912.
DEJOURS (C.), *Souffrance en France. La banalisation de l'injustice sociale*, Seuil, 1998.
DIAMOND (J.), *Effondrement : Comment les sociétés décident de leur disparition ou de leur survie*, trad. Agnès BOTZ et Jean-Luc FIDEL, Gallimard, coll. « Folio essais », 2009.
DHUME (F.), SAGNARD-HADDAOUI (N.), *Les discriminations raciales à l'emploi. Une synthèse problématique des travaux*, ISCRA-Est, 2006.
DORLIN (E.) (sous la direction de), *Sexe, race, classe, pour une épistémologie de la domination*, PUF, 2009.
DOYTCHEVA (M.), *Lutter contre les discriminations en France. L'arrimage territorial*, *Diversité : ville, école, intégration*, CNDP, 2008.
DUBET (F.), *Le temps des passions tristes. Inégalités et populisme*, Seuil, La République des idées, 2019.
DUBET (F.), COUSIN (O.), MACE (E.), et RUI (S.), *Pourquoi moi ? L'expérience des discriminations*¸ Seuil, 2013.

- E -

ELIAS (N.) et SCOTSON (J.-L.), *Logiques de l'exclusion*, Fayard, 1997.

- F -

FOUCHIER (V.), *La politique des villes nouvelles (1965-2000)*, Centre de Ressources Documentaires Aménagement-Logement-Nature, décembre 1999.
FREIRE (P.), *Pédagogie de l'autonomie*, éd. Erès, 2013.

- G -

GOFFMAN (E.), *Stigma : Notes on the management of a spoiled identity,* Englewood Cliffs, NJ : Prentice-Hall, 1963.
GUILLAUMIN (C.), *Sexe, race et pratique du pouvoir. L'idée de nature*, Côté-femmes, 1992.
GUILLUY (C.), *La France périphérique. Comment on a sacrifié les classes populaire*, Champs-Flammarion, 2014.

- H -

HAMILTON KRIEGER (L.), *Un problème de catégories : stéréotypes et lutte contre les discriminations*, Texte publié dans le cadre du programme de professeur invité 2007-2008 organisé en partenariat par Sciences Po et la French-American Foundation sur le thème « Egalité des chances, 2008.
HANDLER (J.), *Social Movements and the Legal System*, New York Academy Press, 1978.
HERPIN (N.), *Le Pouvoir des grands. De l'influence de la taille des hommes sur leur statut social*, La Découverte, 2006.
HIRIGOYEN (M.-F.) :
- *Le harcèlement moral. La violence perverse au quotidien*, Syros, 1998.
- *Malaise dans le travail. Harcèlement moral : démêler le vrai du faux*, Syros, 2001.
HUBERT (E.), *Gouvernance et vulnérabilités du territoire péri-industriel : Méthodologie d'aide à la réflexion*

pour une maîtrise de l'urbanisation efficace et durable vis-à-vis du risque industriel majeur, Thèse de doctorat en Sciences et Génie de l'environnement, soutenue le 14 décembre 2005 à l'Ecole nationale supérieure de Mines.

- I -

ISRAEL (L.), *L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, 2009.

- J -

JONES (E.), FARINA (A.), HASTORF (A.), MARKUS (H.), MILLER (T.), SCOTT (R.), *Social stigma : The psychology of market relationships*, Freeman, 1984.

- K -

KANTER (R), *Men and women of the corporation*, Basic books, 1977.
KOROLITSKI (U.), *Punir le racisme ? Liberté d'expression, démocratie et discours racistes*, CNRS Editions, 2015.

- L -

LE GALL (S.), « *Primo-arrivants : les collectivités locales, maillon faible de l'intégration* », La Gazette des communes, 2016.
LENOIR (R.), *Les exclus : un français sur dix*, Le Seuil, 1974.
LIPSKY (M.), *Street-Level Bureaucracy : Dilemmas of the Individual in Public Services*, Russell Sage Foundation, 1980.

- M, N, O -

MAURIN (E.), *Le ghetto français*, Seuil, 2004.
MAYHEW (L.), *Law and Equal Opportunity*, Harvard University Press, 1968.
MEZIANI REMICHI (Y.), *Diversifier l'organigramme ? Penser-Fabriquer-et Vivre la diversité des origines. Les dilemmes des municipalités de Pessac (France) et Amsterdam Nieuw West (Pays-Bas)* », Thèse de Sociologie, Université de Bordeaux et Universiteit Van Amsterdam, soutenue le 16 novembre 2015.

- P, Q -

PEGUY (C.), *L'argent suite*, Œuvres en prose, tome II, 1968.
PERETTI-WATEL (P.), *La société du risque*, La Découverte, « Repères », 2001.

- R -

ROSANVALLON (P.) :
- *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, 2000.

- *La société des égaux*, Seuil, septembre 2011.

- S -

SAADA (E.), *Les enfants de la colonie. Les métis de l'Empire français entre sujétion et citoyenneté*, La Découverte, coll. « Espace de l'Histoire », 2007.
SABBAGH (D.), *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Economica, 2003.
SCHNAPPER (D.), *Qu'est-ce que l'intégration ?* Gallimard, Folio actuel, 2007.

- T -

TROUSSET (J.) (sous la direction de), *Nouveau Dictionnaire encyclopédique Universel illustré*, Quatrième volume, A.-Char, 1885-1891.

- V -

VAISSIERE (M.), *Histoire du cadastre*, Del Monsénher, Millau, 2007.
VOLTAIRE, *Le siècle de Louis XIV*, Œuvres historiques, Gallimard, coll. « La Pléiade », 1958.

- W -

WEBER (M.) :
- *Caractéristiques de la bureaucratie,* Arguments, n° 17, 1960.
- *Economie et société*, tome 1, Paris, Plon, 1971.

WHITLEY (B.) et KITE (M.), *Psychologie des préjugés et de la discrimination*, éd. De Boeck, Coll. Ouvertures psychologiques, 2013.

II – Articles

Articles et fascicules de revues juridiques

- A -

ADAM (P.) :
- « Elus et agents face au risque pénal - Harcèlement (moral et sexuel) et agent public : quelles sanctions ? », *AJCT*, 2014.
- « Harcèlement sexuel », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, avril 2007 (dernière mise à jour : juin 2013).

ANASTOPOULOS (J.), « Finances publiques et fédéralisme », *RFFP*, n° 20, 1987.
ARVIS (B.), « L'action en réparation des préjudices nés du harcèlement moral auprès du juge administratif : premier bilan », *AJFP*, 2009.
AUBELLE (V.), « Le FPIC ou les nouveaux contours de la péréquation horizontale », *Revue Lamy des Collectivités territoriales*, 2012.
AUBERT-MONPEYSSEN (T.) et BLATMAN (M.), « Les risques psychosociaux au travail et la jurisprudence française : la culture de la prévention », *Droit social*, 2012.
AUBIN (E.) :
- « Protection fonctionnelle », *Encyclopédie des collectivités locales*, 2018.

- « L'accès des personnes handicapées aux emplois publics, la compensation et l'erreur d'appréciation », *AJDA*, 2004.
AUBY (J.-B.), « La loi constitutionnelle relative à la décentralisation. Présentation générale », *Droit administratif*, 2003.
AUBY (J.- F.), « La décentralisation fait- elle naître de nouvelles tutelles ? », *AJDA*, 1984.
AUBY (J.-M.), « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales. A propos de controverses récentes », *AJDA*, 1984.

- B -

BADA (S.-L.), « De l'(in)opportunité de la proposition de loi visant à la suppression du mot "race" de notre législation », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, juin 2013, p. 7.
BARBE (V.), « La péréquation, principe constitutionnel », *RFDC*, n° 81, 2010/1.
BARTHELEMY (J.), « La liberté de religion et le service public », *RFDA*, 2003.
BECHILLON (D.) et RICOU (B.), « Irresponsabilité de la puissance publique », *Répertoire Dalloz de la responsabilité de la puissance publique*, janvier 2011.
BECKERS (M.), « La licéité des enregistrements clandestins en matière de harcèlement sexuel », *Semaine sociale Lamy*, 2015.
BENCHENDIKH (F.), « L'intérêt communautaire dans les agglomérations en pratique », *AJDA*, 2002.
BELORGEY (J-M.), « Discrimination et stigmate », *Informations sociales*, 2008/4.
BENOIT (J.), « Chapitre 4 (folio n°12060) – Statut général des élus locaux : les règles de transparence et devoir de probité », *Encyclopédie Dalloz Collectivités locales*, février 2014.
BICHOT (J.), « L'effet Mathieu revisité », *Droit social*, juin 2002.
BIENVENU (J.-J.) et RICHER (L.), « Le socialisme municipal a-t-il existé ? » *Revue historique de droit français et étranger*, 1984.
BILLARD (A.), FOEGLE (J.-P.), MARTIN (T.) et TAMOUZA (A.), « Un cinglant désaveu de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de logement des gens du voyage », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 5 décembre 2013.
BLANC (Y.), « L'État survivra-t-il à la prolifération des normes ? Point de vue », *AJCT*, 2014.
BOEHLER (E.), « L'article 1596, alinéas 1 et 4, du Code civil », *LPA*, 1991.
BOIZETTE (E.), « Enquêtes sur la corruption en France », *LPA*, 1996.
BORGETTO (M.), « Services publics locaux et principe d'égalité : sur la nature juridique du service public de l'eau et la jurisprudence sur le principe d'égalité », *RFDA*, 1993.
BORGETTO (M.), « Egalité et aide sociale », *RDSS*, 2013.
BOTTEGHI (D.), « La composition des équipes nationales de sport : la question de la nationalité des joueurs », *RFDA*, 2012.
BOTTEGHI (D.) et LALLET (A.),
- « L'aménagement des lieux publics pour l'accès des personnes handicapées : l'État face à sa responsabilité », *AJDA*, 2010.
- « Le principe d'égalité n'a rien perdu de son charme, ni même de son éclat », *AJDA*, 2011.
BOULET (M.), « I. Les collectivités territoriales françaises dans le processus d'intégration européenne », *Droit et gestion des collectivités territoriales*, tome 32 : Transports et politiques locales de déplacement, 2012.
BOUMAHDI (R.) e. a., « Marché du travail et lutte contre la discrimination : une approche pluridisciplinaire », *Droit et société*, 2002/2.
BOURANT (J-P.), « Ville et cohésion urbaine. La continuité dans le changement, c'est maintenant ! », *AJDA*, 2014.
BOURGIN (G.), « Les communaux et la Révolution française », *Nouvelle Revue histoire de droit français et étranger*, novembre-décembre 1908.
BRACONNIER (S.), « Les arrêtés municipaux anti-coupure d'eau : une réponse juridique inadaptée à un problème social réel », *AJDA*, 2005.
BRIBOSIA (E.) et RORIVE (I.), « Anti-discrimination Law in the Global Age », *Journal européen des droits de l'homme*, 2016.
BRISSON (J.-F.), « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales », *AJDA*, 2003
BROSSER (E.), « L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif à l'épreuve de la révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République », *RFDC*, 2004.
BROUSSOLLE (D.), « Les transports de personnes », *Encyclopédie Dalloz Collectivités locales*, 2013.
BROYELLE (C.), « Le risque en droit administratif classique (fin du XIXe, milieu du XXe siècle) », *RDP*, 2008.

BUI-XUAN (O.), « De la difficulté d'édifier un statut sur mesure : le nouveau statut de la Polynésie française », *LPA*. 2005.
BULLINGHER (M.), « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration en RFA », *RFDA*, 1988.
BUSSON (O.), « Mayotte, 101è département français : un modèle pour une République renouvelée ? », *RDP*, 2010.

- C -

CAILLE (P.-O.) :
- « Fasc. 130-20, Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion », *JCl Administratif*, 2012.
- « Fasc. 130-60, Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon », *JCl Administratif*, 2012.

CAILLOSSE (J.) :
- « Le savoir juridique à l'épreuve de la décentralisation », *Annuaire des Collectivités territoriales*, GRALE, éd. du CNRS, 1988.
- « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA*, 1999.
- « "Surdétermination économique" du droit et nouvelles figures du service public », *Politiques et management public*, Vol. 29/3, 2012.

CALVES (G.) :
- « Pour une analyse (vraiment) critique de la discrimination positive », *Le Débat*, 2001.
- « La discrimination positive : essai de clarification », *Regards sur l'actualité*, 2004.
- « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, 2004.
- « Communauté homosexuelle » et communauté des citoyens : pour qui sonne le glas ? », *Recueil Dalloz*, 2005.
- « Au service de la connaissance et du droit : le testing », *Horizons stratégiques*, n° 5, 2007/3.
- « Sanctionner ou réguler. L'hésitation des politiques de lutte contre les discriminations », *Informations sociales*, 2008.
- « La discrimination : définition juridique, in Lutte contre les discriminations : sens et pratiques en Bretagne », colloque organisé par la Ligue de l'enseignement et l'ACSé, février 2010.
- « De manière générale... » : le Conseil d'Etat face au droit communautaire de la non-discrimination », *Recueil Dalloz*, 2010.
- « Mieux connaître les contentieux de masse. L'apport des travaux sociologiques », *RFDA*, 2011.
- « Motifs illicites de discrimination : poussée de fièvre à l'Assemblée nationale », *Recueil Dalloz*, 2016.
- « Le droit de la non-discrimination, un droit pour rire », *Recueil Dalloz*, 2017.

CALVES (G.) et ROMAN (D.), « La discrimination à raison de la précarité sociale : progrès ou confusion ? », *Revue de droit du travail*, 2016.
CARBAJO (J.), « Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers devant le service public », *AJDA*, 1981.
CARIUS (M.), « Le fonctionnaire dans les quartiers difficiles : héros ou victime ? », *Collectivités territoriales intercommunalités*, 2004.
CARTON (J.-P), « Le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires », *AJFP*, mars-avril 2002.
CHARBONNEAU (C.), « Du harcèlement sexuel au harcèlement moral, la protection nécessaire de la dignité individuelle dans le milieu de l'entreprise », *Cahiers sociaux du barreau de Paris*, 2001.
CHAGNOLLAUD (D.), « Le Conseil constitutionnel et la Corse », *Pouvoirs locaux*, 2002.
CHAMPEIL-DESPLATS, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2016.
CHAVRIER (G.), « Fasc. 116-20 : expérimentation territoriale », *J-Cl Administratif*, 2004, mise à jour 2009.
CHEVALLIER (J.) :
- « L'interdiction pour le juge de faire acte d'administrateur », *AJDA*, 1972.
- « Le statut général des fonctionnaires de 1946 : un compromis durable », *La Revue administrative*, 1996.
- « La réforme de l'Etat et la conception française du service public », *RFAP*, 1996.

CHEVILLEZ-HIVER (M.), « Mutation dans l'intérêt du service et sanction disciplinaire déguisée : critères de distinction », *AJFP*, 2000-1.
CHOMENTOWSKI (V.), « Fasc. 2650 : Tarification des services publics locaux », *J-Cl Collectivités territoriales*, 2008.
CHRISTNACHT (A.) et CAILLE (P.-O.), « Régime juridique et administratif de l'outre-mer », *J-Cl Administratif,* 2016.
CHRISTOPHE-TCHAKALOFF (M.-F.), « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1996.
CLUZEL-METAYER, « Les collectivités territoriales face aux discriminations dans l'emploi », *Droit administratif*, n° 8, août 2011.

COLLARD (C.), « Nul n'est censé ignorer la *compliance* : les collectivités territoriales et la conformité », *AJCT*, n° 10, 2018.
COLSON (R.) et POITTEVIN (J.-M.), « La procédure interne, nouveau remède au harcèlement ? Brèves remarques sur le traitement juridique de la souffrance au travail », *Revue de droit du travail*, 2012.
COMBARNOUS (M.), « L'équité et le juge administratif », *Justices*, janvier-mars 1998.
CONARE (M.-P.), AMCHI (S.) dit YAKOUBAT, BERT LAZLI (C.), LENOUVEL (C.), BANUS (A.) et OSBERT (M.), « Le vivre ensemble en France : notion inclusive ou exclusive pour les femmes musulmanes ? », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 28 janvier 2019.
CROUZATIER-DURAND (F.), « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République) », *RFDC*, 2003/4.
CROZAFON (J.-L.), « Risques psychosociaux et souffrance au travail : vers un rapprochement du droit du travail et du droit de la fonction publique », *JCP Sociale*, 2014.

- D -

DA COSTA (S.) et DALLE-CRODE (S.), « Fasc. 113 : Harcèlement moral et fonction publique », *J-Cl Fonctions publiques*, Date de fraîcheur : 30 Septembre 2012.
DAIMALLAH (H.), « La péréquation entre collectivités territoriales dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue française de finances publiques,* septembre 2015.
DAUGAREILH (I.), « Les discriminations multiples. Une opportunité pour repenser le droit de la non-discrimination », *Hommes et migrations*, 2011.
DEBBASCH (R.), « L'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France », *RFDC*, 1997.
DENOIX de SAINT-MARC (R.), « La question de l'administration contractuelle », *AJDA*, 2003.
DENOLLE (A-S.), « Les risques psychosociaux dans la fonction publique : les limites de la protection fonctionnelle », *RDP*, 2015.
DEGOFFE (M.), « L'impartialité de la décision administrative », *RFDA*, 1998.
DÉTRAZ (S.), « La cohérence des infractions de discrimination », *Gaz. Pal.*, 11 mai 2013.
DIÉMERT (S.) :
- « Le droit de l'outre-mer », *Pouvoirs*, avril 2005.
- « La création de deux nouvelles collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution : Saint-Barthélemy et Saint-Martin », *RFDA*, 2007.
DO COUTO E SILVA (A.), « Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif brésilien », *Revue internationale de droit comparé*, 1989.
DONIER (V.) :
- « Le principe d'égalité dans l'action sociale des collectivités territoriales », *Annuaire des collectivités locales*, 2006.
- « Les droits de l'usager et ceux du citoyen », *RFDA*, 2008.
- « Le droit d'accès aux services publics dans la jurisprudence : une consécration en demi-teinte », *RDSS*, 2010.
DORIAT-DUBAN (M.), « Analyse économique de l'accès à la justice : les effets de l'aide juridictionnelle », *Revue internationale de droit économique*, 2001.
DOUEDAR (K.), « Les modulations de la rémunération dans la fonction publique territoriale », *Cahiers de la fonction publique*, janvier 2005.
DOUENCE (J.-C.) :
- « Élaboration du statut : compétence exclusive de l'État ou compétence partagée », *Cahiers du Centre de formation des personnels communaux*, n° 13, octobre 1983.
- « Collectivités locales : contrôle de la légalité des actes », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, avril 2005 (actualisation : janvier 2014).
- « Statut constitutionnel des collectivités territoriales », *Encyclopédie des Collectivités locales,* Dalloz, 2018-1.
DRAN (M.), « La rémunération principale : le traitement des fonctionnaires », *AJFP*, 1998-4.
DREYFUS (J.-D.) et LATULLAIRE (F.), « SEML et SPL : les conditions de prise en charge d'une activité économique », *AJCT*, 2011.
DUBOIS (J.-B.), « Le pouvoir discrétionnaire », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2015.
DUBOUIS (L.), « L'influence de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur l'ouverture de la fonction publique française en cours de carrière », *RFDA*, 1998.

DUBOUT (E.), « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », *J-Cl Libertés*, 2009.
DUFAU (J.-M.), « Les rémunérations principales dans la fonction publique. Problématique générale », *RFAP*, 1983.
DUMORTIER (T.), « Les "contrôles au faciès" saisis par la justice », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 2015.
DUPEYROUX (J.-J.), « Les exigences de la solidarité », *Droit social*, 1990.
DUPIN (F.), « Entretien avec Gwénaële Calvès », *Le Philosophoire*, 2012/1.
DUQUESNE (F.), « L'imputation du délit de discrimination à la personne moral. À propos de l'indépendance des culpabilités. Cour de cassation, ch. crim., 23 juin 2009 », *Droit social*, 2009.
DUTHEILLET DE LAMOTTE (L.) et G. OUDINET (G.), « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA*, 2016.
DYENS (S.) :
- « La nécessité de dresser une cartographie des risques juridiques », *AJCT*, 2012.
- « La "clarification" des compétences dans la loi MAPAM : coordonner avant d'imposer ? », *AJCT*, 2014.
DYENS (S.) et MAUREL (T.), « Chapitre 1 (folio n° 4260) – Compétences des collectivités territoriales : articulation et organisation des compétences », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, mai 2017.

- E -

EDEL (F.) :
- « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Droits*, 2009.
- « Deux siècles de principe d'égale admissibilité aux emplois publics », *RFAP*, 2012/2.
- « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination – L'exemple des interprétations doctrinales », *Droits*, 2015.

- F -

FABERON (J.-Y.), « Chapitre 4 (folio n°1965) – Outre-mer : Wallis et Futuna », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, août 2005.
FAURE (B.) :
- « Le régime indemnitaire de la fonction publique territoriale. A propos du pouvoir réglementaire local », *RFDA*, 1994.
- « Le droit administratif des collectivités territoriales et la concurrence », *AJDA*, 2001.
- « Les relations paradoxales de l'expérimentation et du principe d'égalité », *RFDA*, 2004.
- « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *CCC*, janvier 2006.
- « Les nouvelles procédures de regroupement des collectivités territoriales », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, 2012.
FAVOREU (L.), « La problématique constitutionnelle des projets de réforme des collectivités territoriales », *RFDA*, 1990.
FAVOREU (L.) et VERPEAUX (M.), *Décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, Loi relative à la Corse*, *RFDC*, 2002.
FERRARI (P.), « La loi du 22 janvier 2002 relative à la Corse », *AJDA*, 2002.
FIALAIRE (J.), « Chapitre 4 (folio n°4325) - Compétences des collectivités territoriales : cultes », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, mai 2017.
FITTE-DUVAL (A.) :
- « Le fonctionnaire et la discrimination : approche administrative et pénale », *AJFP*, 2003.
- « Mutation et paradoxes de l'égalité dans la fonction publique », *AJFP*, 2006.
- « Le Conseil d'Etat et la parité des rémunérations dans la fonction publique », *AJFP*, 2008.
- « La libre administration des collectivités territoriales à l'épreuve de la loi du 12 mars 2012 », *AJFP*, 2013.
FLEURIOT (C.), « L'action de groupe s'ouvre à de nouveaux domaines », *Dalloz-actualité*, 22 novembre 2016.
FONBAUSTIER (L.), « Réflexions critiques sur un principe à texture ouverte : l'égalité devant l'impôt », *Archives de philosophie du droit*, 2002.
FONDIMARE (E.) :
- « La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe », *La*

Revue des droits de l'homme, 2016.
- « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *La Revue des droits de l'homme*, n° 5, 2014.
FONTIER (R.), « La construction d'un régime juridique de responsabilité administrative sui generis, en cas de harcèlement moral : une méthode, un principe », *AJFP*, 2012.
FORT (F-X.) :
- « De l'égalité à la parité dans l'accès à la fonction publique », *AJDA*, 2009.
- « La protection du fonctionnaire face aux risques psychosociaux », *JCP Adm*., 2017.
FOYER (J.), « L'égalité », *Archives de philosophie du droit*, tome 51, Dalloz, 2008.
FRAISSE (R.), « Les collectivités territoriales régies par l'article 74 », *NCCC*, avril 2012.
FRIER (P.-L.), « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? », *AJDA*, 2003.

- G -

GABRIEL-CALIXTE (O.), « La loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations », *LPA*, 7 janvier 2009.
GALLARDO (J.-M.), « La garantie indirecte du droit à un traitement différent dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA*, 2003.
GARAGON (J.), « L'origine du principe de l'égale admissibilité aux fonctions publiques », *Annales de l'Université de Lyon*, Sirey, 1956.
GARAPON (A.) et P. TRUCHE (P.), « La pénalisation nuit-elle à la démocratie ? », *LPA*, n° 12, 27 janvier 1997.
GELIN-RACINOUX (L.), « La fonction de chef de file dans la loi du 13 août 2004 », *AJDA*, 2007.
GUENGANT (A.), « Les transferts financiers », *Revue française des finances publiques*, 1992.
GUENGANT (A.) et GILBERT (G.) :
- « Evaluation du dispositif de péréquation financière entre les communes, les départements et les régions », *Territoires 2020*, La documentation française, 2004.
- « Evaluation de la performance péréquatrice des concours financiers de l'Etat aux communes », *Economie et statistiques*, 2004.
- « Le rôle péréquateur de l'intercommunalité : effets redistributifs entre communes au sein des communautés », *Les notes territoriales de l'ADCF*, 2008.
GENEVOIS (B.) :
- « Les principes généraux du droit », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, octobre 2010.
- « Le contrôle de constitutionnalité du statut de la collectivité territoriale de la Corse », *RFDA*, 1991.
GODBILLON (B.), « L'ouverture européenne de la fonction publique française : bilan et perspectives », *AJFP*, 2001/4.
GOESEL-LEBIHAN (V.), *La Nouvelle-Calédonie et l'accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation*, AFDI, 1998.
GOHIN (O.) :
- « Quand la République marche sur la tête : le gel de l'électorat restreint en Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 2007.
- « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *RFDA*, 2003.
GRAEFFLY (R.), « Vers une unification des politiques publiques de lutte contre les discriminations », *AJDA*, 2005.
GRANGE (J.), « Les déformations de la représentation des collectivités territoriales et de la population au Sénat », *Revue française de science politique*, 1990.
GROSBON (S.), « Regard critique des comités onusiens sur la lutte contre les discriminations à la française », *La Revue des droits de l'homme*, 2016, Site : www.revdh.revues.org.
GROSSHOLTZ (C.), « Evaluation du préjudice », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, 2016.
GREWE (C.), « L'unité de l'Etat : entre indivisibilité et pluralisme », *RDP*, 1998, n° spécial « *Les 40 ans de la Veme République* ».
GROUD (H.), « L'intérêt communautaire au lendemain de la loi Chevènement », *AJDA*, 2000.
GROS (L.), « L'âge juridique », *AJDA*, 2012.
GRUMBACH (T.), « Pour conclure et tenter de distinguer entre la gestion disciplinaire affichée, la discrimination inavouée, et le harcèlement dissimulé », *Droit ouvrier*, mai 2001.
GRUNDLER (T.) :
- « La République française, une et indivisible ? », *RDP*, LGDJ, Lextenso (en ligne), 2007.
- « Tous discriminés ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017.
GUEYDAN (C.), « Dispositions particulières en Alsace-Moselle : un nouveau principe fondamental reconnu par

les Lois de la République à portée limitée », *RFDC*, 2012.

- H -

HASTINGS-MARCHADIER (A.), « L'encadrement des financements croisés : quel gage de responsabilisation ? », *JCP Adm.*, 2011.
HAURIOU (M.) :
- « Les actions en indemnité contre l'État pour préjudices causés dans l'administration publique », *Revue de droit public*, 1896.
- « Police juridique et fond du droit », *RTD civ.*, 1926.
HAVARD (L.), « La réalisation de la citoyenneté calédonienne », *RDP*, 2013.
HÉLIN (J.-C.) :
- « La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit », *RFDA*, 1987.
- « Les contrôles sont-ils efficaces ? Le contrôle de légalité et le juge administratif », *Pouvoirs*, 1992.
HENRY (J.-P.), « Une nouvelle fonction pour l'erreur manifeste. Le contrôle du respect de l'obligation de diligence », *AJDA*, 1979.
HOURSON (S.), « Quand le principe d'égalité limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire : le précédent administratif », *RFDA*, 2013.

- I -

ILIOPOULOU (A.) et JAUREGUIBERRY (A.), « La première condamnation d'une discrimination à rebours », *RFDA*, 2009.

- J -

JANICOT (L.) :
- « Le principe d'égalité devant le service public », *RFDA*, 2013.
- « La fonction de collectivité chef de file », *RFDA*, 2014.
- « Le pouvoir normatif des régions », *RFDA*, 2016.
JANIN (P.), « L'expérimentation juridique dans l'acte II de la décentralisation. Observations sur une réforme », *JCP Adm*., 2005.
JAUREGUIBERRY (A.), « La discrimination à rebours devant le juge national », *RTD eur*, 2017.
JEAN-PIERRE (D.) :
- « Les religions du fonctionnaire : le fonctionnaire et la foi », *AJFP*, 2001-3.
- « Du harcèlement moral dans la fonction publique – Responsabilité de l'employeur public et faute de la victime », *JCP Adm.*, 2007.
- « L'appréciation qualitative des mesures de compensation du handicap en matière de concours et d'examen », *JCP Adm*., 2009.
« La lutte contre la précarité dans la fonction publique territoriale depuis la loi du 12 mars 2012 », *JCP Adm*., 2012.
JEGOUZO (Y.) :
- « Les schémas de services collectifs », *AJDA*, 2002.
- « Droit de la ville et droit dans la ville », *Revue française des affaires sociales*, 2001/3.
JENNEQUIN (A.), « Les ordonnances de l'article 74-1 ; bilan d'une pratique », *RFDA*, 2008.
JORION (B.), « Le principe de parité entre les fonctions publiques, un principe peau de chagrin », *RFDA*, 1998.
JOS (E.), « Les nouvelles collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution : des statuts "sur mesure" destinés à répondre aux aspirations des élus et électeurs locaux », *RFDA*, 2012.
JOYE (J.-F.) :
- « Les EPCI à fiscalité propre : des collectivités locales mal nommées ? », *LPA*, n° 98, 16 mai 2003.
- « La notion de "chef-de-file" en droit des collectivités territoriales », *Collectivités territoriales Intercommunalités*, 2003.

- K -

KADA (N.), « L'Acte II de la décentralisation et le principe d'égalité », *RDP*, 2005.
KATZ (D.), « La légalité des arrêtés anti-mendicité et anti-glanage », *AJCT*, 2016.
KELLER (R.), « Dans quelles conditions les personnes handicapées peuvent-elles enseigner le sport à l'école ? », *AJDA*, 2009.
KESSLER (F.) et MEYER (F.), « Les mesures de sécurité à l'épreuve du droit communautaire : à propos de la transcription de la directive CEE 89/391 relative à l'amélioration de la santé et de la sécurité des travailleurs », *Droit ouvrier*, 1992.
KIRSZBAUM (T.), « La discrimination positive territoriale : de l'égalité des chances à la mixité urbaine », *Pouvoirs*, 2004/4.
KOUBI (G.) :
- « A la recherche d'une définition spécifique de l'obligation de neutralité des fonctionnaires et agents publics », *LPA*, n° 76, 1991.
- « Le principe de neutralité des services publics, un principe corollaire de la modernisation de l'Etat ? », *La Revue administrative*, 1992, (1ère Partie) et *La Revue administrative*, 1993, (2e Partie).
- « Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence, en France », *RTDH*, 1993.
- « La décomposition de la notion de gratuité en droit administratif », *JCP Adm.*, n° 24, 2003.
KLOPFER (M.), « Problématique de la péréquation entre collectivités territoriales », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, 2013.
KRUST (D.), « La résorption de l'emploi précaire », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2007.

- L -

LACHAUME (J.-F.), « Préfet et intercommunalité », *Cahiers de droit de l'intercommunalité*, (supplément, *JCP Adm.*), juillet-août-septembre 2008.
LAGRANGE (P.), « Les critères de notation face au principe d'égalité entre fonctionnaire appartenant à un même cadre d'emplois », *AJDA*, 2009.
LANQUETIN (M.-T.), « De l'égalité des chances – A propos de l'arrêt Kalanke », note sous CJCE, 17 octobre 1995, *Droit social*, 1996.
LANQUETIN (M.-T.) et MASSE-DESSEN (H.), « Les droits particuliers pour les femmes dans les conventions collectives », *Droit social*, 1989.
LASCOUMES (P.), SERVERIN (E.), « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et Société*, 1986.
LASSALE (A.), « Le contrôle *in concreto* est-il un jugement en équité ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2018, chron. n° 18, site : www.revuedlf.com.
LASSERRE-CAPDEVILLE (J.) :
- « Le risque de discrimination dans le cadre de l'exercice du droit de préemption », *AJCT*, 2013.
- « La responsabilité pénale des collectivités territoriales », *AJCT*, 2013.
LASSERRE-KIESOW (V.), « L'égalité », *JCP Générale*, 2010.
LATOURNERIE (R.), De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics », *RDP*, 1945.
LAULOM (S.), « Les recours judiciaires et extra-judiciaires contre les discriminations », *Revue de droit du travail*, 2015.
LAVIALLE (C.), « Le régime juridique des dénominations publiques », *LPA*, 1988.
LAVAL MADER (N.), « Les évolutions du risque pénal dans la gestion publique locale », *RFDA*, 2012.
LAVROFF (D. G.), « Chapitre 3 (folio n°5040) – Domaine des collectivités locales : le régime du domaine public », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, février 2008.
LEBEN (C.), « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, mars/avril 1982.
LEDOUX (M.) et EL BERRY (J.) :
- « Un harcèlement moral génétiquement modifié », *Semaine sociale Lamy*, 7 mars 2011.
- « De la sécurité physique des travailleurs à la gestion des risques psychosociaux », *AJCT*, 2013.
LEMAIRE (F.), « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, 2010.
LEMAIRE (L.) : « L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République », *NCCC*, 2012.
LENAERTS (K.), « L'égalité de traitement en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples », *Cahiers de droit européen*, 1991.
LE POURHIET (A.-M.), « Nouvelle Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, 1999.
LEPRINCE (M.), « Intégration fiscale et "financière" : d'où viennent les différences entre intercommunalités à

fiscalité propre ? », *Pouvoirs locaux*, 2011.
LEROUGE (L.), « Les "risques psychosociaux" en droit : retour sur un terme controversé », *Droit social*, février 2014.
LE ROUX (M.), « La relance du processus de fusions entre collectivités territoriales », *JCP Adm.*, 2011.
LEROY (Y.), « Age du salarié », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2011.
LHERNOULD (J.-P.), « Les discriminations fondées sur le sexe et la Cour de cassation », *Revue de jurisprudence sociale*, 2012/11.
LIEBER (S-J) et BOTTEGHI (D.), « Mme Perreux (II) -Juger des discriminations, une mission sous contraintes », *AJDA*, 2009.
LINGIBE (P.), « Résorption de la précarité dans la fonction publique territoriale », *AJCT*, 2012.
LOCHAK (D) :
- « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, 1987.
- « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, 1991.
- « La race : une catégorie juridique ? », *Mots*, 1992.
- « La notion de discrimination », *Confluences Méditerranée*, n° 48, 2003-2004.
- « Les usages militants du droit », *La Revue des droits de l'homme*, n° 10, 2016.
LONG (M.), « Les attributions des collectivités locales en matière sociale et sanitaire », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2009.
LUCHAIRE (F.), « La Corse et le Conseil constitutionnel : à propos de la décision du 17 janvier 2002 », *RDP*, 2002.
LUCHAIRE (Y.) :
- « La persistance de la tutelle dans le droit des collectivités territoriales », *AJDA*, 2009.
- « Quel avenir pour le département ? », *JCP Adm.*, 2011.

- M -

MABILEAU (A.), « De la monarchie municipale à la française », *Pouvoirs*, 1995.
MADIOT (Y.) :
- « L'aménagement du territoire et le droit », *RFDA*, 1994.
- « Vers une territorialisation du droit », *RFDA*, 1995.
- « Les techniques de correction de la répartition des compétences entre collectivités locales », *RFDA*, 1996.
MAGNIER (J.) et MARCHAL (C.), « Homogénéité et diversité des élèves administrateurs territoriaux », *RFAP*, n° 153, 2015/1.
MAGNON (X.), « Le pouvoir règlementaire des collectivités territoriales : nouveau bilan après la décision du Conseil constitutionnel du 17 janvier 2002 sur le Statut de la Corse », *RRJ*, 2003/4.
MARCOU (G.), « La réforme de l'intercommunalité : quelles perspectives pour les agglomérations urbaines ? », *AJDA*, 2002.
MARCOU (G.), « Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales. Réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs », *AJDA*, 2003.
MARCOVICI (E.), « Les insuffisances de la répression du harcèlement sexuel dans la fonction publique », *AJFP*, 2011.
MARTIN (P.), « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé*, 2011.
MASSIAS (F.), « Faut-il pénaliser le racisme ? », *RTDH*, n° spécial, mars 2001.
MATHIEU (B.), « Le délit d'homophobie ou la violation de la Constitution par consensus », *AJDA*, 2005.
MAUGUE (C.) et SCHWARTZ (R.), « Conditions de mise en œuvre du principe d'égalité entre usagers du service public des transports scolaires », *AJDA*, 1992.
MAULIN (E.), « La décentralisation du pouvoir normatif. Le pouvoir législatif des régions », *AJCT*, 2014.
MAUS (D.), « Libres propos sur le Sénat », *Pouvoirs*, 1993.
MAYAUD (Y.), « Un délit en quête d'auteur, la discrimination sur délibération municipale », *RSC*, janvier-mars 2000.
MAZERES (A.), « Débat. Le processus de décentralisation », *AJDA*, 1992.
MEDARD INGHILTERRA (R.), « Provocation à la discrimination et appel au boycott de produits étrangers : La Cour de cassation tranche le débat », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, mis en ligne le 08 décembre 2015.
MEKHANTAR (J.), « La lutte contre les discriminations en matière d'accès aux emplois publics », *AJFP*, 2011.
MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *CCC,* n° 29, octobre 2010.
MELLERAY (F.) :

- « L'arrêt Burbaud implique-t-il une discrimination à rebours ? », *AJDA*, 2003.
- « Un édifice statutaire plus souple ? », *AJDA*, 2011.
- « La sécurisation des parcours professionnels des agents contractuels de la fonction publique », *AJDA*, 2012.

MERCAT-BRUNS (M.) et BOUSSARD VERRECCHIA (E.), « Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique », *Revue de droit du travail*, 2015.

MERCAT-BRUNS (M.) :
- « L'identification de la discrimination systémique », *Revue de droit du travail*, 2015.
- « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *La Revue des droits de l'homme*, 2018.

MESMIN D'ESTIENNE (J.), « Le refus du contrôle d'opportunité : un mythe à déconstruire ? », *RFDA*, 2016.

MINE (M.) :
- « Le droit communautaire dans la pratique du droit social ; brefs propos sur les apports du droit communautaire en matière de discrimination », *Droit ouvrier*, 2000.
- « La discrimination dans l'emploi », *Semaine sociale Lamy*, n° 1055, 2001.
- « Discriminations : une transposition laborieuse... (suite), Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, JO 28 mai 2008 », *Revue de droit du travail*, 2008.

MITARD (E.), « L'impartialité administrative », *AJDA*, 1999.

MODERNE (F.), « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA*, 1999.

MONIOLLE (C.),
- « L'évolution de la distinction hommes-femmes en droit de la fonction publique », *AJFP*, 2013.
- « L'essentiel sur le protocole d'accord du 31 mars 2011 portant sécurisation de parcours professionnels des agents contractuels », *AJFP*, 2011.
- « Les mutations des corps de la fonction publique d'Etat », *AJDA*, 2013.

MONTAIN-DOMENACH (J.), « Principe de libre administration et intercommunalité : transition et incertitudes », *CCC*, mai 2002.

MORANGE (G.), « La femme dans la fonction publique », *D.*, 1955.

MOREAU (J.), « De l'expérimentation », *JCP Adm.*, 2002.

MOZOL (P.), « Les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre ou les vicissitudes d'une distinction en voie d'effondrement théorique », *RFDA*, 2016.

MULLER QUOY (I.), « Le département, une collectivité à abattre ? », *Bulletin juridique des collectivités locales*, 2013.

MUZELLEC (R.), « La péréquation financière entre les collectivités locales : perspectives et réalités », *RFDA*, 1995.

- N, -

NDOUR (M.) et BOIDIN (B.), « "L'accès aux biens et services essentiels" : une notion centrale et ambigüe du développement », *L'Homme & la Société*, n° 185-186, 2012/3.

NIVARD (C.), « Roms, France et Conseil de l'Europe », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2013, chron. n° 25, site : www.revuedlf.com.

- O -

ORAISON (A.) :
- « Le statut des Terres australes et antarctiques françaises à la lumière de l'article additionnel 72-3 de la - Constitution : la création d'une nouvelle collectivité territoriale sui generis de la République en application de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 », *RFDA*, 2007.
- « Les limites à la préférence régionale à l'embauche dans les outre-mers, analyse critique des "dispositions discriminatoires" proposées par certains responsables politiques et syndicaux en vue de réduire l'ampleur du chômage à la Réunion », *Revue juridique de l'océan indien*, 2015.

- P, Q -

PAPI (S.), « L'insertion des mosquées dans le tissu religieux local : approche juridique et politique », *RDP*, 2004.

PARLEANI (G.), « Le Conseil constitutionnel censure une "discrimination à rebours" contenue dans le régime

fiscal des sociétés mères-filles », *Revue des sociétés*, 2016.
PASQUIER (R.), « Les régions dans la réforme territoriale : vers un fédéralisme à la française ? », *AJCT*, 2016.
PASTOR (M.), « Le manquement à la probité, premier motif de mise en cause pénale des élus » *Dalloz-actualité*, 05 décembre 2016.
PASTOREL (J.-B.) :
- « Collectivité territoriale et clause générale de compétence, *RDP*, 2007.
- « Le principe d'égalité en outre-mer », *NCCC*, 2012.
PAULIAT (H.), « Une discrimination par association peut résulter d'une discrimination indirecte », *JCP Adm.*, janvier 2016.
PECAUT-RIVOLIER (L.), « Discriminations collectives en entreprise : pour une action collective spécifique », *Revue de droit du travail*, 2014.
PELLOUX (R.), « Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit public français », *Revue du droit public*, 1982.
PENAUD (S.), « La responsabilité pénale des élus au titre de leur participation à une décision collective », *AJDA*, 2005.
PERROCHEAU (V.), « L'expérimentation, un nouveau mode de création législative », *Revue française des affaires sociales*, 2000.
PERROUD (T.), « L'Etat d'urgence : pour un tournant empirique du contentieux constitutionnel », *JP Blog*, 31 juillet 2017, Site : http://blog.juspoliticum.com.
PESCATORE (P.), « Le recours dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres », *Revue internationale de droit comparé*, 1980.
PICHERAL (C.), « Discrimination raciale et Convention européenne des droits de l'Homme », *RTDH*, 2001.
POCHARD (M.) :
- « La portée du principe d'égalité devant le service public de ramassage scolaire. Conclusions sur Conseil d'Etat, 19 juin 1992. Département du Puy-de-Dôme c. M. Marc Bouchon », *RFDA*, 1993.
- « Quel avenir pour la fonction publique ? », *AJDA*, 2000.
- « Fasc. 813 : Responsabilité pénale des élus », *J-Cl Administratif*, date de fraîcheur, 2 novembre 2011.
- « Les agents contractuels ou la mauvaise conscience de la fonction publique », *Cahiers de la fonction publique*, juin 2012.
POLLMANN (C.), « Le principe d'égalité : tremplin ou impasse de l'émancipation humaine », *Revue Aspects*, n° 3, 2009.
PONTIER (J-M.),
- « De la solidarité nationale », *RDP*, 1983.
- « *Semper manet* : sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984.
- « Les relations entre les collectivités territoriales », *Les cahiers du CNFPT*, 1988.
- « Coopération contractuelle et coopération institutionnelle », *La Revue administrative*, 1994.
- « Territorialisation et déterritorialisation de l'action publique », *AJDA*, 1997.
- « L'expérimentation et les collectivités locales », *La Revue administrative*, 2001/2.
- « Les schémas de services collectifs et l'ordonnancement juridique », *Revue de la recherche juridique*, 2002.
- « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *AJDA*, 2003.
- « Décentralisation et expérimentation », *AJDA*, 2003.
- « Faut-il oublier les schémas de services collectifs », *AJDA*, 2005.
- « Les petits territoires de la France lointaine : Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Terres australes et Antarctiques », *RFDA*, 2007.
POPOV (A.), « Mise au point et nouveaux développements européens sur la discrimination directe et la discrimination par association », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, mis en ligne le 08 mars 2016.
PORTIER (N.), « Un nouveau mode de relations entre l'Etat et ses partenaires : l'exemple de l'aménagement du territoire », *AJDA*, 2003.
POTIER (V.), « Les conflits de valeur dans la fonction publique territoriale », *AJDA*, 2013, p. 1221.
PUPPO (A.) :
- « La lutte contre le harcèlement moral dans la fonction publique : soumission ou dignité ? », *AJFP*, 2002.
- « Harcèlement moral et fonction publique : spécificités », *AJFP*, 2002.

- R -

RADE (C.), « Le harcèlement au Palais Royal », *Droit social*, mars 2007.

REGOURD (S.), « A propos de la loi de décentralisation du 2 mars 1982 complétée par la loi du 22 juillet 1982 : la prétendue suppression de la tutelle », *La Revue administrative*, 1982.
RIHAL (H.), « L'intérêt de l'enfant dans la jurisprudence du Conseil d'État concernant l'agrément en matière d'adoption », *RDSS*, 1997.
RICHER (L.) :
- « Les revirements de l'Administration », *D.*, 1984.
- « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA*, 2003.
ROBIN-OLIVIER (S.), « Les contrats à durée déterminée des « seniors » à l'épreuve du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge », *Revue de droit du travail*, 2006.
ROMAN (D.), « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *D.*, 2013, p. 1911 et s.
ROUAULT (M.-C.), « La discrimination sort de l'ordre administratif interne pour accéder au prétoire », comm. CE, 15 avril 2015, n° 373893, *AJCT*, 2015.
ROUSSEAU (D.), « Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire », *RFDA*, 1995.
ROUX (A.) :
- « Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », *RFDA*, 1992.
- « Normes nationales et normes locales dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RRJ*, 1992-1.

- S -

SAINT-PAU (J.-C.), « La responsabilité des personnes morales est-elle une responsabilité par ricochet ? », *RSC*, 2000.
SALON (S.), « Le statut général des fonctionnaires, la longue marche du siècle », *Cahiers de la fonction publique*, janvier 2000.
SAVIGNAC (J.-C.), « Administration moderne et notation des fonctionnaires », *AJDA*, 1977.
SAVOIE (H.), « Un siècle de jurisprudence en matière de fonction publique », *Cahiers de la fonction publique*, janvier 2000.
SEILLER (B.), « Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique », *AJDA*, 2003.
SENERS (F.), « Préjudice réparable », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, octobre 2011 (actualisation : août 2018).
SIMON (D.), *Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent,* Répertoire de droit européen, août 2004 (actualisation : octobre 2015).
SLAMA (S.) :
- « Discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *AJFP*, 2003.
- « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *La Revue des droits de l'homme*, n° 9, 2016.
SOUSSE (M.), « Les aides régionales aux entreprises dans les zones rurales », *AJDA*, 2005.
SOUVIGNET (X.), « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, 2013.
STAHL (J.-H.), « Le principe de libre administration a-t-il une portée normative ? », *NCCC*, janvier 2014.
STAHLBERG (K.), « La politisation de l'Administration publique : Réflexions sur le concept, les causes et les conséquences de la politisation », *Revue internationale de science administrative*, Vol. 53, 1987.

- T, U -

TAILLEFAIT (A.), « *Fasc. 124 : Corse* », *J-Cl Administratif*, 2015.
TESOKA (L.), « Les transformations du pouvoir normatif des collectivités territoriales d'outre-mer par la loi organique du 21 février 2007 », *RFDA*, 2007.
TESOKA (L.), PONTIER (J.-M.), FABERON (J.-Y.), DIEMERT (S.) et ORAISON (A.), « Réformes des statuts de l'outre-mer », *RFDA*, 2007.
THARAUD (D.), « Etude critique du motif de discrimination résultant de la vulnérabilité économique », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017, chron. n° 5.
THOENIG (J.-C.), Pouvoir d'Etat et pouvoirs locaux, *Pouvoirs*, 1982.
THUILLIER (G.), « Aux origines de l'affaire des fiches (1904) : le cabinet du général André », *La Revue administrative*, 2002.

TRAORE (S.), « Les schémas de mise en valeur de la mer dans leurs rapports avec les autres documents d'urbanisme », *Construction urbanisme*, 2009.
TRAVARD (J.), « Jean Rivero et les lois du service public », *AJDA*, 2010.
TULKENS (F.) et BOSLY (H. D.), « La notion européenne de tribunal indépendant et impartial (la situation en Belgique) », *RSC*, octobre-décembre 1990.

- V -

VANBELLINGEN (L.), « L'accommodement raisonnable de la religion dans le secteur public : analyse du cadre juridique belge au regard de l'expérience canadienne », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2015/2.
VASSEUR (M.), « Un nouvel essor du concept contractuel : les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle », *RTD civ*., 1964.
VEDEL (G.), « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA*, 1990.
VENEZIA (J.-C.), « Les regroupements de communes. Bilan et perspectives », *RDP*, 1971.
VERPEAUX (M.) :
- « La décision du Conseil constitutionnel n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, une décision inattendue ? », *RFDA*, 2002.
- « Collectivité territoriale. Préférence locale en matière d'emplois en Polynésie française et Constitution », *AJDA*, mars 2010.
- « L'unité et la diversité dans la République », *NCCC*, 2014.
- « Une décision inattendue ? », *RFDA*, 2002.

- W, X, Y -

WERNER (A.), « Le précédent administratif, source de légalité », *AJDA* 1987.
WOEHRLING (J.-M.) :
- « Fasc. 180 : Alsace-Moselle – Droit communal local – Questions générales : historique, organes de la commune, contrôle », *J-Cl Collectivités territoriales*, novembre 2009 (actualisation : mars 2011).
- « L'interdiction pour l'État de financer ou de reconnaître un culte : quelle valeur juridique ? », *RDP*, n° 6, novembre 2006.

- Z -

ZARCA (A.) :
- « Egalité et territorialisation du pouvoir normatif », *Civitas Europa*, 2015/2
- « La fin des concours ? », *Cahiers de la fonction publique*, 2009.

Articles d'ouvrages collectifs

- A -

AUBY (J.-B.) :
- « La droit administratif dans la société du risque », in, CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public, 2005.
- « Réflexions sur la territorialisation du droit », in *La profondeur du droit local, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence*, Dalloz, 2006.

- B -

BADEL (M.), « Harcèlement sexuel », in ZAWIEJA (P.) et GUARNERI (F.) (sous la direction de), *Dictionnaire*

des risques psychosociaux, Seuil, 2014.
BARBOU-DES-PLACES (S.), « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », in POTVIN-SOLIS (L.) (sous la direction de), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruylant, 2010.
BATAILLE (P.), « Racisme populaire et relais institutionnels, discrimination systémique et indirecte », in BORILLO (D.) (sous la direction de), *Lutter contre les discriminations*, La découverte, avril 2003.
BECET (J.-M.), « Tutelle ou hiérarchie ? », in MOREAU (J.) et VERPEAUX (M.) (sous la direction de), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789*, Actes du colloque de Besançon 14-15 décembre 1989, Economica, 1992.
BENEDETTI (J.), « Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales », in BENEDETTI (J.) (sous la direction de), *Les collectivités territoriales et le principe d'égalité*, travaux de l'association de droit des collectivités locales, L'Harmattan, 2016.
BENNOUNA (M.), « Réflexions sur la régulation internationale du risque. A propos du concept de prévention », in *Terres du droit, Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009.
BIDET (J.), « Egalité des chances et principe de différence. Une réinterprétation », in KOUBI (G.) et GUGLIELMI (G-J.) (sous la direction de), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, La Découverte, 2000.
BLANQUART (C.), « Un état des lieux des solidarités entre collectivités », in DELFAU (G.), *Pour une réelle péréquation des richesses entre collectivités*, Actes du colloque organisé au Sénat, avec la participation de Mairie-conseils (Caisse des Dépôts et Consignations) et de l'Institut de la Décentralisation, le 4 décembre 2007.
BORGETTO (M.), « Equité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions », in KOUBI (G.) et GUGLIELMI (G.) (sous la direction), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, La Découverte, 2000.
BORILLO (D.), « Introduction », in BORILLO (D.) (sous la direction de), *Homosexualités et droit*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1999.
BOULOUIS (J.), « Note sur l'utilisation de la « méthode expérimentale » en matière de réformes », in *Mélanges Trotabas*, LGDJ, 1970.
BOURGEOIS (M.), « Catégorisations et discriminations au guichet du logement social. Une comparaison de deux configurations territoriales. Les règles du jeu locales - Définitions et usages des catégories au guichet », in BAUDOT (P.-Y.) et REVILLARD (A.), L'État des droits. Politique des droits et pratiques des institutions, Ed. Presses de Sciences Po, 2015.
BOYER-MERENTIER (C.), « L'article 74-1 de la Constitution », in *Mélanges Louis Favoreu,* Dalloz, 2007.
BRAIBANT (G.) :
- débats suite à l'article de BENOIT (F-P), *Les structures administratives territoriales devant l'exigence de décentralisation,* in *La décentralisation pour la rénovation de l'Etat*, colloque des 23 et 24 mai 1975 organisé à Aix-en-Provence, 1976.
- « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », in La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, PUF, 1989.
BURDEAU (G.), « Destin de l'idée démocratique », in BURDEAU (G.) (sous la direction de), *Écrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, éd. Panthéon Assas, 2011.

- C -

CALVES (G.), « Répression des discriminations : l'adieu aux armes », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007.
CALVEZ (J.-Y.), « L'idée de dépolitisation jugement de valeur », in VEDEL (G.) (sous la direction de), *La dépolitisation, mythe ou réalité ?* Armand Colin, 1962.
CARCASSONNE (G.), « contributions au renouveau de la décentralisation », *Actes des IIIe Assises de la décentralisation*, 30 novembre et 1er décembre 2000, Institut de la décentralisation, 2000.
CARLES (I.), « Le Défenseur des droits et les acteurs juridictionnels de la lutte contre les discriminations : quelle complémentarité possible ? », in GRÜNDLER (T.) et THOUVENIN (J.-M.) (sous la direction de), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, Rapport de recherche, 2016.
CATALANO (N.), « Rapport général sur les notions d'égalité et de discrimination en droit international et en droit communautaire », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, travaux de l'Association Henri Capitant, tome XIV, Dalloz, 1965.
CHABIN (M.), « 1814-1848 », in PINET (M.) (sous la direction de), *Histoire de la fonction publique en France*, tome 3, 1993.

CHAUMETTE (P.), « Sur l'obligation patronale de sécurité au travail au sein de la Communauté européenne », in *Mélanges offerts à Henry Blaise*, Economica, 1998.

CHAVRIER (G.) :

- « L'expérimentation locale : vers un État subsidiaire », in *Décentralisation, réforme de l'État*, colloque GRALE, Assemblée nationale, 18-19 janvier 2004, Annuaire des collectivités locales, septembre 2004.
- « La tarification des services publics selon le lieu de résidence face au droit communautaire », in ALLEMAND (R.) et SOLIS-POTVIN (L.), *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, L'Harmattan, 2008.
- « Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales », BENETTI (J.), *Les collectivités territoriales et le principe d'égalité,* travaux de l'Association française de droit des collectivités locales, L'Harmattan, 2016.

CHEVALLIER (J.) :

- « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF, 1979.
- « Un nouveau sens de l'Etat et du service public », in F. DE BAECQUE (F.) et QUERMONNE (J.-L.) (sous la direction de), *Administration et politique sous la Cinquième République*, Presses de la FNSP, 1982.
- « Les lois expérimentales, le cas français », in MORAND (C-A) (sous la direction de), *Evaluation législative et lois expérimentales*, PUAM, 1993.
- « Lutte contre les discriminations et Etat-providence », in BORILLO (D.) (sous la direction de), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, coll. « Recherches », 2003.

CORNET (C.), témoignage lors de la Table ronde « Accès aux droits des publics vulnérables », in L'accès aux droits : construire l'égalité, Actes du colloque organisé par le Défenseur des droits, 2 décembre 2013.

CRISTINI (R.), « Indivisibilité de la République et décentralisation », in *Mélanges en l'honneur du doyen Paul Isoart*, Université de Nice-Sophia Antipolis, Institut du droit de la paix et du développement, A. Pedone, 1996.

CROSBY (F. J.), PUFALL (A.), SNYDER (R. C.), O'CONNELL (M.) et WHALEN (P.), « The denial of personal disadvantage among you, me, and all the other ostriches », in CRAWFORD (M.) et GENTRY (M.) (eds.), *Gender and thought : Psychological perspectives*, Springer-Verlag, 1989.

- D -

DALLIER (D.), « Egalité de traitement et égalité des chances en droit communautaire », in KOUBI (G.) et GUGLIELMI (G-J.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, La Découverte, 2000.

DANIEL (J.), « Obligations de service public et continuité territoriale entre les DOM-ROM et la Métropole : des dispositifs en trompe-l'œil ? », in ALLEMAND (R.) et SOLIS-POTVIN (L.), *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, L'Harmattan, 2008.

DANTI-JUAN (M.), « La sanction pénale », in LEMAIRE (F.) et GAURIAU (B.), *Les discriminations*, Actes du colloque organisé les 13 et 14 octobre 2011 par le Centre Jean Bodin de l'Université d'Angers, Ed. Cujas, Coll. Actes & Etudes, 2012.

De BECHILLON (D.), « Genèse et structure de la responsabilité sans faute de l'État en droit administratif français », in T. KIRAT (sous la direction de), *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, coll. « Droit et Société », n° 10, LGDJ, 2003.

DEBEYRE (G.), « L'évolution du droit public », in *études offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956.

DEGUERGUE (M.), « Une controverse doctrinale latente relative au contrôle des motifs de fait », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007.

DE LAJARTE (X.), « L'accessibilité, nouveau principe de fonctionnement des services publics ? » in LONG (M.) (sous la direction de), *Egalité et services publics territoriaux*, LGDJ, 2005.

DELVOLVE (P.), « Paradoxes du (ou paradoxe sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », in *Mélanges René Chapus*, *Droit administratif*, Montchrestien, 1992.

DE SCHUTTER (O.), « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) », in BRIBOSIA (E.), DARDENNE (E.), MAGNETTE (P.) et WEYEMBERGH (A.), *Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruylant, 1999.

DOLEZ (B.), « La représentation des collectivités territoriales par le Sénat ou les habits neufs de la "démocratie rurale" », in BENETTI (J.), *Les collectivités territoriales et le principe d'égalité*, travaux de l'Association française de droit des collectivités locales, L'Harmattan, 2016.

DRAGO (R.), « Le droit de l'expérimentation », in *Mélanges François Terré,* PUF, 1999.

DRAGO (G.), « Art. 1 », in LUCHAIRE (F.) et CONAC (G.) (sous la direction de), *La constitution de la République française*, Economica, 3e éd., 2009.
DUMORTIER, « Les aménagements raisonnables devant le juge administratif », in GRÜNDLER (T.), *Aménagements raisonnables et non-discrimination*, Rapport de recherche ARDIS, 2016.
DUPERON (O.), *L'accès au service public et la politique de cohésion économique et sociale en Europe*, in ALLEMAND (R) et SOLIS-POTVIN (L.), *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, L'Harmattan, 2008.
DUPUIS (G.), « Les fonctionnaires et l'action gouvernementale dans la France contemporaine », in *Parlement et Gouvernement : le partage du pouvoir,* Actes du colloque de Florence, 10 et 11 octobre 1977, éd. Le Monzier, Publications de l'Institut universitaire Européen, Florence, 1979.

- E, F -

FABRE (M.-H.) « Le concept de République dans les constitutions françaises », in MATHIEU (B.) et de VERPEAUX (M) (sous la direction de), *La République en droit français*, Actes du colloque de Dijon des 10 et 11 décembre 1992 organisé par le Groupe d'études constitutionnelles appliquées et comparées, le CRDPE de Dijon et l'Association française des constitutionnalistes, Economica, coll. « Droit public positif », 1996.
FAURE (B.) :
- « Les nouvelles procédures de regroupement des collectivités territoriales », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, 2012.
- « L'intégration de l'expérimentation au droit public français », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004.
FAVOREU (L.), « Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales », in MODERNE (F.), *La nouvelle décentralisation*, Sirey, 1983.
FERAL (F.), « La construction juridique de la discrimination : forme, contenu et production de la norme de droit », in MOUCHTOURIS (A.) (sous la direction de), *Discrimination. Construction sociale*, PU Perpignan, Coll. Etudes, 2008.
FERCOT (C.) et PICHARD (M.), « La lutte contre les discriminations dans le discours législatif. Étude légistique », in T. GRUNDLER et J.-M. THOUVENIN, (sous la direction de), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, Rapport de recherche, 2016
FIALAIRE (J.), « Planification régionale et territorialisation du droit », in WOEHRLING (J.-M.) (sous la direction de), *Du droit local à la territorialisation du droit – Perspectives et limites*, Institut du droit local alsacien-mosellan, 2014.

- G -

GAMET (L.), « La preuve en droit du travail », in CADIET (L.), GRIMALDI (C.) et MEKKI (M.) (sous la direction de), *La preuve : regards croisés*, Dalloz, 2015.
GAUDEMET (Y.), « Le représentant de l'Etat » in GAUDEMET (Y.) et GOHIN (O.), *La République décentralisée*, LGDJ, 2004.
GHIRARDELLO (A.), « Economie et rationalité de la discrimination : comment les économistes appréhendent-ils les discriminations ? », in HALDE et DREES MIRe, *Mieux connaître pour mieux combattre : les discriminations à l'épreuve des savoirs et des pratiques*, colloque du 2 décembre 2009 à la Bibliothèque Nationale de France, Site : www.urmis.unice.fr.
GOHIN (O.) :
- « Égalité et différenciation dans les départements d'outre-mer : la notion de situation particulière dans l'article 73 de la Constitution » in LE POURHIET (A) (sous la direction de), *Droit constitutionnel local, Égalité et liberté locale dans la Constitution,* Economica, PU Aix-Marseille, 1999.
- « Les différenciations statutaires entre collectivités territoriales de la République », in BENETTI (J.), *Les collectivités territoriales et le principe d'égalité*, travaux de l'Association française de droit des collectivités locales, L'Harmattan, 2016.
GRANERO (A.), « L'adaptation des règles de preuve à raison de la vulnérabilité du justiciable en droit administratif », in DONIER (V.) et LAPEROU-SCHNEIDER (B.), *L'accès à la justice de la personne vulnérable en droit interne*, éd. L'Epitoge, 2016.
GUERARD (S.), « Le droit d'égal accès aux transports et lieux publics », in ALLEMAND (R.) et POTVIN-SOLIS (L.) (sous la direction), *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et*

politiques territoriales", L'Harmattan, 2008.
GUGLIELMI (G.-J.), « La gratuité, outil idéal d'une non-discrimination », in ALLEMAND (R.) et SOLIS-POTVIN (L.) (sous la direction de), *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, L'Harmattan, 2008.

- H, I -

HERTZOG (R.), « Les relations entre collectivités territoriales dans une administration locale fragmentée : des régimes juridiques variés au service de finalités multiples », in CAUDAL (S.) et ROBBE (F.) (sous la direction de), *Les relations entre collectivités territoriales*, Actes du colloque organisé le 28 janvier 2005 par l'Institut d'Etudes administratives de la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin – Lyon 3, L'Harmattan, 2005.
IZORCHE (M.-L.), « Réflexions sur la distinction », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998.

- J -

JOUANJAN (O.) :
- « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits*, 1992.
« L'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », in CE, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, EDCE, La Documentation française, 1997.
- « Egalité », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.
- « Le Conseil constitutionnel gardien de l'égalité ? », communication présentée au colloque *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?* Université de Strasbourg et Université Paris II Panthéon-Assas, Strasbourg, 6 mai 2011.

- K -

KELSEN (H.), « Justice et droit naturel », in H. KELSEN, C. PERELMAN, A.-P. d'ENTREVES, B. DE JOUVENEL, N. BOBBIO, M. PRELOT, C. EISENMAN, Le droit naturel, Annales de Philosophie politique, tome III, PUF, 1959.
KOUBI (G.) :
- « Le département entre liberté et légalité », in *Le département. Hier, aujourd'hui, demain. De la province à la région. De la centralisation à la décentralisation*, textes réunis par CHIANEA (G.), CHAGNY (R.), DEREYMEZ (J.-W.), colloque des 24, 25 et 26 septembre 1991 organisé par le musée de la Révolution française à Vizille et l'Université P. Mendès-France Grenoble II, PUG, 1994.
- « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? », in G. KOUBI et G.-J. GUGLIELMI (sous la direction de), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, La Découverte, 2000.
- « La territorialisation du service public, atteinte à l'égalité devant le service public ? », in LONG (M.) (sous la direction de), *Egalité et services publics territoriaux*, LGDJ, 2005.

- L -

LABORDE (J-P.), « Vulnérabilité », in ZAWIEJA (P.) et GUARNERI (F.) (sous la direction de), *Dictionnaire des risques psychosociaux*, Seuil, 2014.
LAPEYRONNIE (D.), « L'économie morale de la discrimination. La morale des inégalités dans les banlieues populaires françaises », in DUBET (F.) (sous la direction de), *Inégalités et justice sociale*, 2015.
LATRAVERSE (S.), « La convergence entre le référentiel juridique et les sciences sociales », in HALDE et DREES MIRe, *Mieux connaître pour mieux combattre : les discriminations à l'épreuve des savoirs et des pratiques*, colloque du 2 décembre 2009 à la Bibliothèque Nationale de France, Site : www.urmis.unice.fr.
LECLERC (O.), « Égalité des personnes et modes de preuve. À propos des usages du raisonnement statistique dans la preuve des discriminations », in BORENFREUND (G.) et VACARIE (I.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations,* Dalloz, 2013.

LEROY (M.) « La politique française des maisons des services publics », in ALLEMAND (R.) et SOLIS-POTVIN (L.), *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, L'Harmattan, 2008.
L'HORTY (Y.), « Emploi et territoires : repérer et réparer les ruptures », in LAURENT (E.) (sous la direction de), *Vers l'égalité des territoires. Dynamiques, mesures, politiques*, Rapport au ministre de l'égalité des territoires et du logement, La Documentation française, février 2013.
LOCHAK (D.), « L'Autre saisi par le droit », in BADIE (B.) et SADOUN (M.) (sous la direction de), *L'Autre. Etudes réunies pour Alfred Grosser*, Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques, Paris, 1996.
LONG (M.), « L'égalité par l'interdiction de tutelle », in BENETTI (J.) (sous la direction de), *Les collectivités territoriales et le principe d'égalité,* travaux de l'Association de droit des collectivités locales, L'Harmattan, 2016.

- M -

MANNORI (L.), « Centralisation et fonction publique dans la pensée juridique de l'Ancien régime : justice, police et administration », Actes du Colloque *sur l'administration territoriale de la France (1750 - 1940)*, PU d'Orléans, 1998.
MELIN-SOUCRAMAINEN (F.), « Les politiques françaises de décolonisation : l'émergence d'une politique de décolonisation par différenciation en Nouvelle-Calédonie », in *Mélanges offerts au Doyen Charles Cadoux*, PUAM, 1999.
MESTRE (A.), « L'évolution du droit public », in *études offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956.
MEYER (J.), « Le XVIIIe siècle de 1714 à 1789 », partie III, in M. PINET (sous la direction de), *Histoire de la fonction publique en France*, tome 2, Nouvelle librairie de France, 1993.
MINE (M.) :
- « Les migrations et la discrimination raciale », in DAUGAREILH (I.) et F. VENNAT (F.) (sous la direction de) *Migrations internationales et marché du travail*, éd. Chronique sociale, 2004.
- « Discrimination », in P. ZAWIEJA et F. GUARNERI (sous la direction de), *Dictionnaire des risques psychosociaux*, Seuil, 2014.
MONIOLLE (C.), « Genrer les jurys de concours de la fonction publique », in REGINE, *Le droit français au prisme du genre*, Actes colloque Sorbonne 7 et 8 novembre 2013.
MULLER QUOY (I.), « Quel rôle de l'Etat dans la garantie de l'accessibilité aux services publics territoriaux ? », in LONG (M.), *Egalité et services publics territoriaux*, LGDJ, 2005.

- N, O -

NICOT (S.), « La quête identitaire de la seconde Chambre : l'affirmation de sa spécificité territoriale », VIe Congrès Français de Droit Constitutionnel organisé par l'AFDC, à Montpellier les 9, 10 et 11 juin 2005.
NORA (P.), « Nation », in FURET (F) et Ozouf (M) (sous la direction de), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988.

- P, Q -

PAILLET (M.), « Existe-t-il une responsabilité de droit commun ? » in Colloque, *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?* organisé sous la présidence de Christian PONCELET (Président du Sénat) par l'université Paris 13, avec le concours du ministère de l'éducation nationale, le 11 et 12 mai 2001.
PERELMAN (C.), « Égalité et intérêt général », in Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université Libre de Bruxelles, Vol. VIII : *L'Egalité*, Bruylant, 1982.
PICARD (D.), « Prévention », in ZAWIEJA (P.) et GUARNERI (F.) (sous la direction de), *Dictionnaire des risques psychosociaux*, Seuil, 2014.
PIERRE-CAPS (S.), « L'ordre juridique français et les situations minoritaires locales », in LE POURHIET (A.-M.) (sous la direction de), *Droit constitutionnel local*. *Égalité et liberté locale dans la Constitution*, Aix-Marseille, PU Aix-Marseille, 1999.
POULLAIN (B.), débats rapportés in *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989, journées d'études des 16-17 mars 1989*, Association française des constitutionnalistes, Economica, 1990.
PRETOT (X.), « Article 75 », in F. LUCHAIRE (F.), CONAC (G.) et PRETOT (X.), *La Constitution française*,

Economica, 2009.
PRIET (F.), « Sur une notion désormais constitutionnalisée : la décentralisation », in *Terres du droit*, *Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009.

- R -

REMION (F.), « Le juge administratif et les creux du droit », in *L'hypothèse du non-droit*, XXXe séminaire de Liège des 21 et 22 octobre 1977, Liège, 1978.
RIHAL (H.), « Exclus et égalité », in LONG (M.), *Egalité et services publics territoriaux*, LGDJ, 2005.
RIVERO (J.), « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, travaux de l'Association Henri Capitant, tome XIV, Dalloz, 1965.
ROUYERE (A.), « Réflexions sur la sanction juridictionnelle du principe d'égalité », in COURVOISIER (C.) et CHARLOT (P.) (sous la direction de), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, PU de Dijon, 2003.

- S -

SABBAGH (D.), « L'affirmative action : effets symboliques et stratégies de présentation », in KOUBI (G.) et GUGLIELMI (G.-J.) (sous la direction de), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, La Découverte, 2000.
SAUVE (J.-M.), « Osez le risque ! », Colloque organisé par l'École nationale d'administration, l'École de guerre et l'École des hautes études commerciales, 6 juin 2014, Site : www.conseil-detat.fr.
SEILLER (B.), « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, *Le droit administratif : permanences et convergences,* Dalloz, 2007.
SLAMA (S.), « Délégitimer les discriminations fondées sur la nationalité. Une stratégie politique et contentieuse », in *Défendre la cause des étrangers en justice*, sous l'égide du Gisti, Dalloz-Gisti.
SMETS (H.), « L'accès aux biens essentiels, un droit pour tous », in ALLEMAND (R.) et L. SOLIS-POTVIN (L.), *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, L'Harmattan, 2008.
SOSOE (L.), « Nation », in RAYNAUD (P.) et RIALS (S.) (dir), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 1996.

- T, U -

THUILLIER (G.), « La vie quotidienne dans les ministères au XIXe siècle », Comité pour l'histoire économique et financière, Ministère de l'économie, des finances, et de l'industrie, 2004.
TIMSIT (G.), « Les grands principes de la Déclaration des droits et l'Administration française », in COLLIARD (C-A), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines, sa pérennité*, Paris, La Documentation française, 1990.

- V -

VERPEAUX (M.) :
- « La consultation locale des populations métropolitaines ou le vrai-faux référendum », in *Mélanges en l'honneur de F. Moderne*, Dalloz, 2004.
- « Rapport introductif », in J. BENETTI (sous la direction de), *Les collectivités territoriales et le principe d'égalité*, travaux de l'Association de droit des collectivités locales, L'Harmattan, 2016.
VOVELLE (M.), « La première République », in NICOLET (C.), VOVELLE (M.), HUARD (R.), et MARTELLI (R.), *La passion de la République, un itinéraire français*, Editions sociales, 1992.

- W, X, Y, Z -

WOEHRLING (J.-M.), « La territorialisation du droit : quelle signification ? », in WOEHRLING (J.-M.) (sous la direction de), *Du droit local à la territorialisation du droit – Perspectives et limites*, Publications de l'Institut du droit local, 2014.

Autres articles

- A -

ALBERTINI (P.), « La responsabilité des élus locaux : nécessité et aberrations », *Pouvoirs*, 1997.
ALBERTON (G.), « L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne entre exigences communautaires et reconnaissance nationale », *RFDA*, 2003.
ALIMENTO (A.), « Le rêve de l'uniformité face à l'impôt : le projet du premier cadastre général en France », *Histoire et mesure*, VIII - n° 3/4, Université de Pise, 1993.
AMADIEU (J.-F.), *Le Poids des apparences. Beauté, amour et gloire*, 2002.
AMIEL (O.), « Le solidarisme, une doctrine juridique et politique française de Léon Bourgeois à la Ve République », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, n° 11, 1/2009.
AUBY (J.-B.), in « Préface » de l'ouvrage de MIRANDA (D.), *Guide pratique du juriste territorial*, Dossier Experts, Territorial, éd. 2006.
AUCLAIR (R.), « Conjoncture actuelle et approches intégrées », *Service social*, n° 362-3, 1987.
AVENEL (C.) :
- « Politiques de jeunesse : universalité, ciblage ou "discrimination positive" ? », *Agora débats/jeunesses*, 2007/1.
- « La politique de la ville en quête de réforme », *Article* , 7 mai 2013, Site : www.laviedesidees.fr.

- B -

BEHAR (D.) :
- « Inégalités territoriales : aggravation ou changement de nature ? », *The Conversation*, 25 juillet 2016.
- « Les inégalités territoriales sont-elles solubles dans le zonage ? D'une géographie prioritaire à une géographie stratégique différenciée », in E. LAURENT (sous la direction de), *Vers l'égalité des territoires. Dynamiques, mesures, politiques*, Rapport au ministre de l'égalité des territoires et du logement, La Documentation française, février 2013.
BENZ (A.) et FRENZEL (A.), « La dynamique institutionnelle de la région urbaine de Bordeaux : du système Chaban à Alain Juppé », in JOUVE (B.) et LEFEVRE (C.) (coord.), *Villes, métropoles. Les nouveaux territoires du politique*, Anthropos, 1999.
BIRNBAUM (P.), « La conception durkheimienne de l'Etat : l'apolitisme des fonctionnaires », *Revue française de Sociologie*, avril-juin 1976.
BOURDIN (A.), « La modernité du risque », *Cahiers Internationaux de Sociologie*, Vol. CXIV, janvier-juin 2003, « Faut-il une sociologie du risque ? », A. BOURDIN (coord.).
BERENI (L.) et CHAPPE (V-A.), « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix*, 2011.
BERTHIER DE SAUVIGNY (G. de), *Cens électoral*, Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 4 juillet 2017.
BUMILLER (K.) « Victimes dans l'ombre de la loi. Une critique du modèle de la protection juridique », *Politix*, n° 94, 2011/2.
BUNEL (M.), L'HORTY (Y.), et PETIT (P.), « Les discriminations à l'embauche dans sphère publique : effets respectifs de l'adresse et de l'origine », *Travail, Emploi et Politiques Publiques*, n° 2016-07, 2016.
B. J., « Le Conseil d'Etat rend un avis négatif sur le projet », *Le Monde*, 12 octobre 2002.

- C -

CEDIEY (E.), « "Action positive" et "approche intégrée", deux approches opposées ? », *Les Cahiers du CRDSU*, n° 39, hiver 2003-2004.

CERRATO DEBENEDETTI (M-C.),
- « L'invention locale des discriminations ethnoraciales : la carrière en accordéon d'un problème public », *Migrations Société*, n° 5, 2010.
- « Une politique esquivée : la lutte contre les discriminations ethnoraciales », *Migrations Société*, n° 5, 2014.
CHAPPE (V-A.), « La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, 2011/2.
CHAPPE (V.), « Le droit au service de l'égalité ? Comparaison des sociologies du droit de la non-discrimination française et états-unienne », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 2014.
CHE (J.), « Mais qui paie le transports gratuits à Dunkerque ? », *l'express*, 21 juillet 2017, site : www.lexpress.fr.
CHEBBAH (L.-L.), « La politique française d'intégration, entre spécifique et droit commun », *Hommes et Migrations*, n°1203, 1996.
COATES (D.) et PENROD (S.), « Social Psychology and the Emergence of Disputes », *Law and Society Review*, n° 15 (3-4), 1981.
CONSTANT (F), « Les nationaux de la France d'outre-mer : des citoyens comme les autres ? » in *Citoyenneté et nationalité : perspectives en France et au Québec,* COLAS (D.), EMERI (C.) et ZYLBERBERG (J.) (sous la direction de), PUF, 1991.
CRENSHAW (K.-W.) :
- « Demargenalizing the Intersection of Race and Sex : A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics », *University of Chicago Legal Forum*, 1989.
- « Mapping the margins : Intersectionality, identity politics and violence against women of colours », in *Stanford Law Review*, Vol. 43, 1990.
CROSBY (F-J.), « The denial of personal discrimination », *American Behavorial Scientist*, n° 27, 1984.

- D -

DARLEY (J.) et GROSS (P.), « A hypothesis-confirming bias in labeling effects », *Journal of Personality and Social Psychology*, n° 44, 1983.
DAUPHIN (S.), « Apports et limites de l'approche intégrée de l'égalité en France », *Santé Société et Solidarité*, 2008.
DAVEZIES (L.) :
- « Décentralisation : un risque d'inégalités accrues ? », *Cahiers français*, n° 318, 2004.
- « De la question sociale à la question spatiale », *Lien social et Politiques*, n° 52 – Le territoire, instrument providentiel de l'Etat social, 2004.
DAVEZIES (L.) et VELTZ (P.), « Les métamorphoses du territoire : nouvelles mobilités, nouvelles inégalités », in ROSANVALLON (P.), PUECH (T.), MAURIN (E.) et VELTZ (P.) (sous la direction de), *La république des idées. La nouvelle critique sociale*, Ed. du Seuil – Le Monde, 2006.
DAVID (J.), « Politique de la ville : chronologie », *Revue française des affaires sociales*, 2001/3.
De BERTHIER DE SAUVIGNY (G.), « Cens électoral », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 4 juillet 2017.
DELAPORTE (L.), « A Sens, la machine à broyer les agents de la maire (LR) », *Enquête pour la rédaction de Médiapart*, Site : Médiapart.fr, 5 mars 2019.
DENECHERE (Y.), « Les « rapatriements » en France des enfants eurasiens de l'ex-Indochine », *Revue d'histoire de l'enfance « irrégulière »*, 2012.
DESPLAT (C.), « Pour une histoire de risques naturels dans les Pyrénées occidentales françaises sous l'Ancien Régime », in B. BENASSAR (sous la direction de), *Les catastrophes naturelles dans l'Europe médiévale et moderne*, éd. PU du Mirail, Toulouse, 1996.
DESROSIERES (A.), « Le territoire et la localité. Deux langages statistiques », *Politix*, n° 25, 1994.
DEVINE (P. G.) et ELLIOT (A.J.), « Are racial stereotypes really fading ? The Princeton trilogy revisited », *Personality and Social Psychology Bulletin*, n° 21, 1995.
DHUME (F.) :
- « De la discrimination du marché au marché de la discrimination. Les fausses évidences de la "lutte contre les discriminations" », *Mouvements*, 2007/1.
- « Le concept de discrimination », Texte pour le Réseau national de lutte contre les discriminations à l'école, mars 2014, Site : www.reseau-lcd-ecole.ens-lyon.fr.
DORIAC (M.), « Prévention des risques psycho-sociaux : la fonction publique a encore du chemin à parcourir », *La Gazette,* 24 février 2016.
DOYTCHEVA (M.) :
- « Lutter contre les discriminations en France. L'arrimage territorial », Diversité : ville école

intégration, *CNDP*, 2008.
- « Le quartier comme catégorie de l'action publique : l'exemple des politiques d'intégration et de lutte contre les discriminations », in MULLER (B.) (sous la direction de), *Action publique, action sociale. Les questionnements des politiques, des chercheurs et des professionnels*, L'Harmattan, 2010.
DOYTCHEVA (M.) et ALAOUI HACHIMI (M.), « Promouvoir la diversité en entreprise : genèse et ambiguïtés d'une initiative patronale », *Asylon*(s), n° 8, juillet 2010.

- E -

ELKARATI (N.) et POINSOT (M.), « Politique d'une institution. Le Fonds d'action sociale pour les travailleurs immigrés. Entretien avec Michel Yahiel », *Politix*, n° 12, 1990.
ESTEBE (P.), « Instruments et fondements de la géographie prioritaire de la politique de la ville (1982-1996) », *Revue française des affaires sociales*, 2001/3.

- F -

FASSIN (D.), « L'invention française de la discrimination », *Revue française de science politique*, n° 52 (4), 2002.
FERRE (N.), « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », PFNSP, *Revue Sociétés contemporaines*, 2004.
FOUCHIER (V.), « La politique des villes nouvelles (1965-2000) », *Centre de Ressources Documentaires Aménagement-Logement-Nature*,1999.

- G -

GAUTHIER (J.), « Le contrôle au faciès devant les juges ». *Entretien avec Slim Ben Achour*, 2 février 2018, Site : www.laviedesidées.fr.
GINIBRIERE (G.), « Baromètre "La Gazette" - MNT : "Alerte sur le bien-être au travail" », *La Gazette*, 27 octobre, 2017.
GILLIGAN (C.), *In a Different Voice : Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.
GOSSERIES (A.), *La singularité de l'âge : réflexions sur la jurisprudence communautaire*, Mouvements, n° 59, 2009.

- H, I, J, K, -

HASSENTEUFEL (P.) et LONCLE-MORICEAU (P.), « Territorialisation versus décentralisation », *Cahiers français*, n° 318, 2004.
HAVETTE (S.), MOLIERE (E.), et MORICEAU (C.), « L'action sociale facultative des communes et des intercommunalités », *Dossiers solidarité et santé*, n° 56, DREES, septembre 2014.
HERIARD DUBREUIL (B.), « Risques et inégalités sociales », *Projet*, n°293, juillet 2006.

JEFFERY (C.), « L'émergence d'une gouvernance multi-niveaux dans l'Union européenne : une approche des politiques nationales », *Politiques et management public*, vol. 15, n° 3, 1997, pp. 211-231.

- L -

LAMINE (A.-S.), « Mise en scène de la "bonne entente" interreligieuse et reconnaissance », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, janvier-mars 2005.
LIGOT (M.), « Les fonctionnaires et la politique », *Promotions*, n° 100.
LOQUET (P.), « Comment manier les clauses sociales après le revirement de jurisprudence du Conseil d'Etat », *LeMoniteur.fr*, 22 avril 2013.

- M -

MARCHAND (G.), « Embauche : quand le racisme s'en mêle », *Sciences humaines*, hors-Série n° 47, décembre 2004-janvier-février 2005.

MERTON (R. K.), *Éléments de théorie et de méthode sociologique*, Armand Colin, 1997.

MEZIANI REMICHI (Y.), « Les zones grises du recrutement : une analyse des pratiques de sélection des descendants de migrants à la mairie de Pessac (France) et Nieuw West Amsterdam (Pays-Bas) », *Esprit Critique : Revue Internationale de Sociologie et de Sciences sociales,* Conservatoire National des Arts et Métiers (CNAM), Pays-de-la-Loire, 2015.

MOUSNIER (R.), « La fonction publique en France du début du XVIe siècle à la fin du XVIe siècle : des officiers aux commissaires, puis aux commis puis aux fonctionnaires », *Revue historique*, 1979.

- N -

NEUBERG (S.), SMITH (D.), HOFFMAN (J.) et RUSSELL (F-J.), « When we observe stigmatized and "normal" individuals interacting : Stigma by association », *Personality and Social Psychology Bulletin*, 1994.

NOEL (O.) :

- « Développement du pouvoir d'agir et enjeux d'une lutte pour la reconnaissance du problème public des discriminations "par le bas", Les collectivités garantes de l'égalité de traitement dans la cité », *Cnfpt-Irdsu*, 2012.
- « Subjectivation des vécus, objectivation juridique des faits. Un dilemme pour l'évaluation des politiques relatives aux discriminations », *Informations sociales*, n° 148, 2008/4.

- O -

ORAISON (A.), « La suppression de l'alinéa 5 de l'article 73 de la Constitution. Le triptyque institutionnel du sénateur Paul Vergès », *Témoignages.re*, 2018.

- P -

PALIER (B.), « La référence au territoire dans les nouvelles politiques sociales », *Politiques et management public*, Vol. 16, n° 3, 1998, n° spécial « Politiques sociales et territoires » sous la responsabilité de P. HASSENTEUFEL.

PHILLIPS (S. T.) et ZILLER (R. C.), « Toward a theory and measure of the nature of nonprejudice », *Journal of Personality and Social Psychology*, n° 72, 1997.

- R -

ROSCH (E.), « Human categorization », in WARREN (N.) (ed.), *Studies in Cross-Cultural Psychology*, New York, Academic Press, 1977.

ROSCH (E.), « Principles of categorization », in ROSCH (E.) et LLOYD (B.) (ed.), *Cognition and Categorization*, Hillsdale (NJ), Lawrence Erlbaum, 1978.

- S -

SIBLOT (Y.), « "Adapter" les services publics aux habitants des quartiers difficiles. Diagnostics misérabilistes et réformes libérales », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2005/4.

SIMON, (P.), « La discrimination : contexte institutionnel et perception par les immigrés », *Hommes et migrations*, n° 1211, janvier-février 1998, « Le racisme à l'œuvre », pp. 49-67.
SIMON (P.) et STAVO-DEBAUGE (J.), « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004-1.
STRYKER (R.), « Disparate Impact and the Quota Debate : Law, Labor Market Sociology, and Equal Employment Policies », *The Sociological Quarterly*, n° 42 (1), 2001.

- T, U -

TAYLOR (D. M.), WRIGHT (S. C.), MOGHADDAM (F. M.) et LALONDE (R. N.), « The personal/group discrimination discrepancy : Perceiving my group, but not myself, to be a target for discrimination », *Personality and Social Psychology Bulletin*, n° 16, pp. 254-262.
TISSOT (S.) et POUPEAU (F.), « La spatialisation des problèmes sociaux », *Actes de la recherche en sciences sociales,* 2005/4.
TRIDIMAS (T.), « The Application of the Principle of Equality to Community Measures », in DASHWOOD (A.) et O'LEARY (S.), *The Principle of Equal Treatment in E.C Law*, Sweet & Maxwell, 1997.
TWENGE (J.), « Attitudes of towards women, 1970-1995 : A meta-analysis », *Psychology of Women Quarterly*, 1997.

- V, W -

VERGES (P.), « Une collectivité unique pour La Réunion », *Initiatives,* 2014.

- X –

XYNOPOULOS (G.), « Réflexions sur le contrôle de proportionnalité en Europe continentale et en Grèce », in *Etat – Loi – Administration : Mélanges en l'honneur de Epamondas Spiliotopoulos,* Bruylant, 1998.

- Y, Z -

YANG (A.), « Trends : Attitudes toward homosexuality », *Public Opinion Quarterly*, n° 61, 1997.

Index alphabétique des matières

- A -

- Action positive : n° 357, 898, 911, 925, 1060-1061, 1099, 1139, 1178.

- Action sociale des collectivités territoriales : n° 33, 111, 151, 222, 425, 1142-1145 1152-1154, 1189-1191.

- Alsace-Moselle : n° 635-644.

- Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances (ACSé) : n° 995-996, 1037, 1042, 1048, 1152, 1199, 1204.

- Associations : n° 5, 22, 44, 240, 322, 331, 451-453, 463-467, 547-551, 646, 833, 883, 949-951, 959, 1015-1016, 1033, 1144, 1163, 1195, 1198-1201, 1208, 1229.

- B -

- C -

- Citoyen : n° 13, 76-80, 110, 132, 172-173, 251, 263, 325, 333, 339, 392, 618, 682, 687, 706, 715, 728, 733, 773, 779, 783, 785, 827, 1007, 1015-1017, 1041, 1079, 1160, 1171, 1175, 1219.
    - Citoyenneté : n° 62, 76-80, 174-175, 422, 426, 493, 567, 673, 890, 974, 1197, 1218.

- Clause générale de compétence : n° 97, 106, 111, 643, 712, 726-736, 823.

- Collectivités territoriales (catégories) :
    - Droit commun : n° 4-5, 94-103.
    - Métropolitaines : n° 633-653, 666-671, 843.
    - Ultramarines : n° 623-633, 672-683, 843 (voir aussi « Outremers »).

- Commande publique : n° 34, 150-151, 239, 330-332, 425, 475-476, 838, 1204-1207 (voir aussi « Marchés publics »).

- Contrat de ville : n° 40, 55, 816, 865, 881-882, 894, 899-891, 1007-1040, 1046, 1051-1052, 1055, 1111, 1146, 1153-1157, 1214-1215, 1231 (voir aussi « Politique de la ville » ; « QPV »).

- Corse : n° 50, 76, 86, 102, 106, 648-651, 661, 683, 697-698, 760-768, 812, 843-844, 867, 874.

- Cour de justice de l'Union européenne (CJCE puis CJUE) : n° 294-306, 308, 311, 320, 328, 341, 348, 353, 355, 404, 412, 444, 470, 477, 481.

- D -

- Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : n° 61-62, 75, 144-146, 149, 176, 1218.

- Défenseur des droits (DDD) : n° 44, 409, 452-454, 464, 468, 534, 929, 947, 995-996, 1050, 1058, 1101-1117, 1132-1134, 1196, 1200, 1209.

- Dignité : n° 18, 172, 205, 312, 431, 484, 519-520, 539, 541, 563, 570, 598-600, 606, 933, 944, 1091, 1096-1099, 1191.

- Discrimination :
    - Définition : n° 6-8, 307-313, 904-921.
    - Critères : n° 372-381, 417, 439-441, 457, 467, 550, 570, 842-855, 860, 901, 906, 908-911,920-921, 925-926, 957-959, 1042, 1052, 1077-10791182-1184, 1205-1206.
    - Discrimination indirecte : n° 7, 298, 311, 316, 331, 380, 391-397, 407, 412, 428, 444, 446, 451, 453, 482, 485, 606, 610, 918-919, 957, 977.
    - En droit pénal : n° 400-405, 456-463.
    - En droit administratif : n° 415-428, 438-445.
    - En droit de l'UE : n° 307-313.

- E -

- Egalité :
    - Principes : n° 142-165, 171-189, 362-397, 473, 713-725, 1183.
    - Egalité des collectivités territoriales : n° 93-113, 684, 797, 827.
    - Egalité des citoyens : n° 66, 72, 114, 117, 145, 150, 689, 692, 704, 859.
    - Egalité femmes-hommes : n° 40, 898, 1073-1076, 1092-1094, 1097, 1146-1149, 1157-1158, 1204, 1211, 1213-1214 (voir aussi, « sexe »).

- EPCI (Etablissements publics de coopération intercommunale) : n° 30, 38, 55, 802, 811, 815-816, 823, 829-838, 849, 882, 1006, 1012, 1038, 1187, 1205.

- F, G, -

- H -

- Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) : n° 395, 409, 452, 957, 960, 996, 1102, 1107-1114, 1134, 1199, 1214 (voir aussi « Défenseur des droits (DDD) »).

- Handicap (personnes) : n° 187, 324, 372, 395, 417, 419, 427, 440, 457, 461, 467, 482, 806, 898, 920, 924, 933, 957, 974-980, 1061, 1064-1067, 1083-1084, 1142-1145.

- Harcèlement :
    - Généralités : n° 29, 45-46, 312, 412, 553-561, 574-603, 910, 933-934, 969, 981-989, 1097, 1099, 1117, 1129-1132, 1136, 1225.
    - Moral : n° 408, 440, 520, 523, 527-534, 541-544, 561, 565, 568.
    - Sexuel : n° 419-420, 519, 522, 527, 529, 538-540, 546-551, 564-565, 568, 569-572.

- I -

- Intégrée (approche) : n° 26, 40, 615, 897-899, 902-903, 921, 922, 928, 971, 989, 1003-1006, 1007-1008, 1018, 1019, 1036, 1040, 1049-1050, 1057-1058, 1138, 1146-1147, 1149, 1156, 1213-1214, 1230-1231.

- J -

- Jeunes : n° 345, 650, 897, 939, 1026, 1038, 1068-1071, 1105, 1154, 1157, 1158, 1214.

- K -

- L -

- Lutte contre les discriminations : n° 22, 26, 30, 36, 38, 40, 47, 53, 60, 287, 306, 313, 316, 324, 345, 347, 353, 401, 406-409, 416, 418, 427, 452, 462, 521, 610, 615, 894, 897, 899-901, 925, 940, 949, 963, 971, 993-998, 999-1001, 1007, 1038, 1047-1048, 1053-1054, 1058-1059, 1109, 1128, 1134, 1143, 1147, 1154, 1156, 1200-1203, 1206, 1208-1209, 1212-1214, 1226, 1228-1230, 1232.

- Lyon : n° 102, 645-647, 832, 1166, 1206.

- M -

- Marchés publics : n° 233, 233, 239, 331-332, 425, 443, 476, 485, 1204-1207 (voir aussi « Commande publique »)

- Marseille : n° 102, 645-647, 1166.

- Minorités : n° 18-19, 22, 76-77, 392, 946.

- N -

- Nationalité : n° 29, 34, 77, 294, 324-326, 330-334, 337, 349, 392-393, 404, 425, 443, 461, 473, 511, 743.

- Neutralité : n° 34, 168, 218, 220, 234, 248-280, 281, 351-352, 415, 417, 609, 1134, 1160, 1162, 1218.

- O -

- Orientation sexuelle : n° 263, 324, 372, 418, 440, 457, 460, 495, 920, 1132.
    - LGBT : n° 1197, 1200, 1210.

- Outremers :
    - Généralités : n° 85, 86, 97, 100-101, 110, 174, 621, 623-634, 651, 654-656, 659-660, 672-682, 761, 768, 812, 843, 887, 1079, 1088, 1090, 1169, 1171, 1174-1177, 1229.
    - COM : n° 4, 631, 674-676, 678, 1171-1172.
    - DROM : n° 867, 629, 677, 679, 688, 1171-1172.
    - Nouvelle-Calédonie : n° 626, 673, 678, 1074-1078, 1173.

- P -

- Paris : n° 102, 645-648, 792, 846, 1200, 1209.

- Politique de la ville : n° 30, 40, 55, 345, 832, 843, 848, 857, 881-882, 897, 911, 938, 958, 996, 1007-1015, 1020-1022, 1028-1030, 1034-1039, 1042, 1049, 1055, 1088-1090, 1152, 1155-1158, 1176-1177, 1210, 1214, 1222, 1230 (voir aussi « Contrat de ville » ; « QPV »).

- Pouvoir normatif local : n° 32, 103, 117,129-141, 145-146, 156, 161, 388, 617, 646, 652, 710, 711-712, 714, 737-776.

- Preuve : n° 44, 175, 224, 317, 319-321, 407, 421, 428, 436, 446-450, 453-454, 463-465, 511, 513, 527-530, 534, 544-545, 573, 590, 594, 600, 605, 718, 946, 953, 984, 988.

- Prévention : n° 10, 25, 30, 40, 51, 111, 141, 461, 501, 514, 521, 575, 576, 581, 596, 602, 605, 878, 901, 960, 964, 969-970, 971, 981, 984, 987, 989, 993-994, 996, 998, 999, 1005-1006, 1007-1008, 1035, 1086, 1047-1049, 1053, 1058, 1085, 1118-1126, 1129-1131, 1133, 1137, 1156-1158, 1193, 1197, 1211, 1213-1215, 1223, 1225, 1228.

- Q -

QPV (Quartiers politique de la ville) : n° 55, 843, 848, 881-883, 897, 900, 936-939, 960, 1007, 1009, 1013-1015, 1021-1023, 1028, 1030-1032, 1035, 10337, 1039, 1049, 1088, 1089, 1106, 1156, 1158, 1177, 1210 (voir aussi « Politique de la ville » ; « Contrat de ville »).

- R -

- Race : n° 76, 324, 348, 372, 374-375, 401-402, 418, 440, 456-457, 462, 467, 486, 500, 510, 897, 920, 929, 939,

960, 1078, 1156.
- Racisme : n° 17, 24, 401-402, 462, 466, 493, 909, 910, 916-917, 939, 1153, 1156, 1197.

- Risque :
- Généralités : 3, 9-10, 13, 19, 57, 59-60, 63, 69, 104, 111, 116, 141, 162, 165, 184, 228, 232, 242, 245, 262, 280, 298, 345, 429-430, 434, 460-461, 469, 487, 503, 512, 553, 556, 603, 608, 610-611, 615, 619, 695, 724, 757, 773, 776, 787, 817, 820, 826-827, 839, 893-894, 897, 899-901, 903, 922-926, 929, 939, 953, 964, 969-973, 987, 991, 992, 1074, 1094, 1098, 1110, 1116, 1118-1120, 1122-1126, 1137, 1172, 1178, 1179, 1188, 1209, 1213, 1223-1227.
- Risque de discrimination : n° 13-14, 20-26, 39, 46-47, 59-60, 69, 77, 164, 166, 188, 217, 274, 284, 345, 356, 362, 376, 426, 461, 604, 609-612, 615, 616-618, 859, 893-894, 898, 921, 922, 928-929, 962, 964, 992, 997, 1003-1005, 1037, 1043, 1054-1056, 1058, 1060, 1101, 1103, 1105, 1107-1109, 1114, 1138, 1140, 1149, 1199-1200, 1212-1215, 1217-1222, 1223-1227.
- Risques psychosociaux : n° 516, 521, 574, 593-597, 602, 932-934, 962, 965-967, 981-985, 1097, 1127, 1128-1130, 1133, 1136.

- S -

- Sexe : n° 261, 277, 324, 369, 372, 374-375, 417-418, 440, 457, 461, 467, 551, 783, 911, 920, 929, 939, 1073-1075, 1092, 1097, 1114-1115, 1125, 1132, 1149.

- T -

- Tarification sociale : n° 151, 155, 335, 426, 692, 1181-1184, 1191.

- Travail (Conditions de) : n° 334-335, 417, 422, 440, 516, 520, 541-542, 560, 586-587, 591, 594-595, 599, 602-603, 932-935, 948, 962-970, 973, 978-979, 1081-1082, 1084-1085, 1091, 1093, 1097, 1108, 1116-1118, 1121-1123, 1125-1127, 1129, 1132, 1137, 1225.

- U -

- Union européenne ; n° 34, 63, 80, 215, 285-287, 288-358, 359, 370, 372, 385, 394, 398, 400, 404, 406, 410, 412, 414, 424-427, 431, 443-445, 451-454, 466, 477, 481, 487, 497, 506, 515-516, 594, 609-610, 676, 741, 841, 850, 919, 920, 933, 987, 993, 998, 1000, 1167, 1183, 1185, 1191.

- V -

-Vulnérabilité : n° 16, 377, 450, 457, 525, 526, 546, 569-570, 901, 920, 927-930, 931-935, 946, 953, 1128, 1132, 1192, 1212, 1226-1227.

- W, X, Y, Z -

Table de jurisprudence

I – Conseil Constitutionnel

- Cons. const., 15 janvier 1960, n° 60-6 DC et 60-7 DC, Loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans d'Algérie dans la magistrature.
- Cons. const., 30 décembre 1975, n° 75-59 DC, Loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores.
- Cons. const., 23 mai 1979, n° 79-104 DC, Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État.
- Cons. const., 12 juillet 1979, n° 79-107 DC, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales.
- Cons. const., 21 janvier 1981, n° 80-128 DC, Loi relative au travail à temps partiel.
- Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, Loi de nationalisation.
- Cons. const., 25 f évrier 1982, n° 82-138 DC, Loi portant statut particulier de la Région Corse.
- Cons. const., 18 novembre 1982, n° 82-146 DC, Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales.
- Cons. const., 2 décembre 1982, n° 82-147 DC, Loi relative à l'organisation des départements et régions à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à la Réunion.
- Cons. const., 28 décembre 1982, n° 82-149 DC, Loi relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale.
- Cons. const., 14 janvier 1983, n° 82-153 DC, Loi relative au statut général des fonctionnaires.
- Cons. const., 20 janvier 1984, n° 83-168 DC, Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.
- Cons. const., 25 juillet 1984, n° 84-174 DC, Loi relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion.
- Cons. const., 30 août 1984, n° 84-177 DC, Loi relative au statut du territoire de la Polynésie française et notamment son article 10, cons. 6 et 7.
- Cons. const., 30 août 1984, n° 84-178 DC, Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, et notamment ses articles 12, 131, 137.
- Cons. const., 18 janvier 1985, n° 84-185 DC, Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales.
- Cons. const., 13 décembre 1985, n° 85-198 DC, loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle.
- Cons. const., 3 juillet 1986, n° 86-209 DC, Loi de finances rectificative pour 1986, cons. 14 : « l'article 7 de la loi se borne à obliger un établissement public de l'État à verser, au budget de l'État, sur ses fonds propres une contribution financière ; que cette mesure qui, par elle-même, n'opère aucune discrimination entre les collectivités territoriales n'est pas contraire au principe d'égalité.
- Cons. const., 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, Loi relative à la liberté de communication, JO Lois et Décrets, p. 11296.
- Cons. const., 30 décembre 1987, n° 87-237 DC, Loi de finances pour 1988.
- Cons. const., 7 janvier 1988, n° 87-232 DC, Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole.
- Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.
- Cons. const., 25 juillet 1989, n° 89-257 DC, Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion.
- Cons. const., 29 décembre 1989, n° 89-270 DC, Loi de finances rectificative pour 1989.
- Cons. cons., 29 mai 1990, n° 90-274 DC, Loi visant la mise en œuvre du droit au logement.
- Cons. const., 25 juillet 1990, n° 90-277 DC, Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles

retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux.
- Cons. const., 16 janvier 1991, n° 90-287 DC, Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales.
- Cons. const., 6 mai 1991, n° 91-291 DC, Loi instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région d'Ile-de-France, réformant la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements et modifiant le code des communes.
- Cons. const., 9 mai 1991, n° 91-290 DC, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse.
- Cons. const., 24 juillet 1991, n° 91-298 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.
- Cons. const., 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.
- Cons. const., 30 juin 1993, n° 93-319 DC, Loi autorisant la ratification de la Convention internationale n° 139 concernant la prévention et le contrôle des risques professionnels causés par les substances et agents cancérogènes.
- Cons. const., 28 juillet 1993, n° 93-322 DC, Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.
- Cons. const., 13 janvier 1994, n° 93-329 DC, Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales.
- Cons. const., 13 janvier 1994, n° 93-331 DC, Loi rétablissant le renouvellement triennal par moitié des conseils généraux.
- Cons. const., 21 janvier 1994, n° 94-333 DC, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.
- Cons. const., 26 janvier 1995, n° 94-358 DC, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.
- Cons. const., 21 janvier 1997, n° 96-387 DC, Loi tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance.
- Cons. const., 20 mars 1997, n° 97-388 DC, Loi créant les plans d'épargne retraite.
- Cons. const., 29 juillet 1998, n° 98-403 DC, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions.
- Cons. const., 14 janvier 1999, n° 98-407 DC, Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux.
- Cons. const., 15 mars 1999, n° 99-410 DC, Loi organique reprenant les accords de Nouméa du 21 avril 1998.
- Cons. const., 15 juin 1999, n° 99-412 DC, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires.
- Cons. const., 4 mai 2000, n° 2000-428 DC, Loi organisant une consultation de la population de Mayotte, cons. 9 et 10 : reconnaissance d'un peuple mahorais comme peuple des territoires d'outre-mer.
- Cons. const., 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC, Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains.
- Cons. const., 11 juillet 2001, n° 2001−450 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel.
- Cons. const., 18 juillet 2001, n° 2001-447 DC, Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie.
- Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, loi de finances rectificative.
- Cons. const., 17 janvier 2002, n° 2001-454 DC, Loi relative à la Corse.
- Cons. const., 27 décembre 2002, n° 2002-464 DC, Loi de finances pour 2003.
- Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit.
- Cons. const., 17 juillet 2003, n° 2003-474 DC, Loi de programme pour l'outre-mer.
- Cons. const., 30 juillet 2003, n° 2003-478 DC, Loi organique relative à l'expérimentation locale.
- Cons. const., 30 juillet 2003, n° 2003-482 DC, Loi organique relative au référendum local.
- Cons. const., 14 août 2003, n° 2003-483 DC, Loi portant réforme des retraites.
- Cons. const., 18 décembre 2003, n° 2003-487 DC, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité.
- Cons. const., 29 décembre 2003, n° 2003-489 DC, Loi de finances pour 2004.
- Cons. const., 12 février 2004, n° 2004-490 DC, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française
- Cons. const., 29 juillet 2004, n° 2004-500 DC, Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales.
- Cons. const., 12 août 2004, n° 2004-503 DC, Loi relative aux libertés et responsabilités locales.
- Cons. const., 29 décembre 2004, n° 2004-511 DC, Loi de finances pour 2005.
- Cons. const., 13 janvier 2005, n° 2004-509 DC, Loi de programmation pour la cohésion sociale.
- Cons. const., 7 juillet 2005, n° 2005-516 DC, Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique.
- Cons. const., 15 février 2007, n° 2007-547 DC, Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer.
- Cons. const., 30 juillet 2009, n° 2009-587 DC, Loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte.

- Cons. const., 6 août 2009, n° 2009-588 DC, Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires.
- Cons. const., 9 décembre 2010, n° 2010-618 DC, Loi de réforme des collectivités territoriales.
- Cons. const., 30 juin 2011, n° 2011-143 QPC, « Départements de la Seine-Saint-Denis et de l'Hérault ».
- Cons. const., 30 juin 2011, n° 2011-144 QPC, « Départements de l'Hérault et des Côtes−d'Armor ».
- Cons. const, 5 août 2011, n° 2011-157 QPC, « Société Somodia ».
- Cons. const., 30 septembre 2011, n° 2011-169 QPC, « Consorts M. e. a. ».
- Cons. const., 20 avril 2012, n° 2012-238 QPC, « Société anonyme Paris Saint-Germain football ».
- Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC, « M. Gérard D. ».
- Cons. const., 29 juin 2012, n° 2012-255 QPC, « Départements de la Seine-Saint-Denis et du Var ».
- Cons. const., 17 janvier 2013, n° 2012-660 DC, Loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social.
- Cons. const., 21 février 2013, n° 2012-297 QPC, « Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité ».
- Cons. const., 26 avril 2013, n° 2013-304 QPC Commune de Maing [Retrait d'une commune membre d'un EPCI].
- Cons. const., 26 avril 2013, n° 2013-315 QPC, Commune de Couvrot [Fusion d'EPCI en un EPCI à fiscalité propre].
- Cons. const., 21 novembre 2014, n° 2014-4 LP DC, Loi du pays relative à l'accès à l'emploi titulaire des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie.
- Cons. const., 21 janvier 2016, n° 2015-727 DC, Loi de modernisation de notre système de santé.
- Cons. const., 3 février 2016, n° 2015-520 QPC, « Société Metro Holding France SA ».
- Cons. const., 16 septembre 2016, n° 2016-565 QPC, « Assemblée des départements de France ».
- Cons. const., 30 novembre 2006, n° 2006-543 DC, Loi relative au secteur de l'énergie.
- Cons. const., 16 juillet 2009, n° 2009-584 DC, Loi portant réforme de l'hôpital.
- Cons. const., 2 juillet 2010, n° 2010-12 QPC, Commune de Dunkerque [Fusion de communes].
- Cons. const., 17 mars 2011, n° 2010-107 QPC, Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete : le Conseil censure une disposition législative qui demeurait applicable en Polynésie et qui, permettant au représentant de l'État de déclarer à toute époque nuls de droit des arrêtés du maire.
- Cons. const., 8 juillet 2011, n° 2011-146 QPC, Département des Landes : relatif à la modulation des subventions départementales aux communes et groupements de collectivités en matière d'eau et d'assainissement selon que le service est délégué ou géré en régie.
- Cons. const., 26 avril 2013, n° 2013-303 QPC, Commune de Puyravault [Intégration d'une commune dans un EPCI à fiscalité propre]
- Cons. const., 16 mai 2013, n° 2013-667 DC, Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral.
- Cons. const., 26 janvier 2017, n° 2016-745 DC, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté.
- Cons. const, 2 juin 2017, n° 2017-633 QPC, « Collectivité territoriale de la Guyane ».

II – Juridictions administratives

Conseil d'État

- CE, 21 juin 1895, req. n° 82490, « Cames ».
- CE, 17 novembre 1899, « Cestier ».
- CE, 16 novembre 1900, « Maugras ».
- CE, 4 août 1905, « Sieur Lespinasse c. Min. de la Guerre ».
- CE, 10 mai 1912, « Abbé Bouteyre ».
- CE, 9 mai 1913, n° 47115, « Roubeau ».
- CE 30 mai 1913, Préfet de l'Eure.
- CE, 4 août 1905, « Sieur Lespinasse c. Min de la Guerre ».
- CE, 22 juin 1906, « Sieurs Flicoteaux, Borne, et Boutet ».
- CE, 10 mai 1912, « Abbé Bouteyre ».
- CE, 10 février 1922, « Aldeguer et Branlière ».
- CE, 5 mai 1922, « Fontan ».
- CE, 30 novembre 1923, n° 38284, « Couitéas ».
- CE, 21 jan. 1925, « Vales ».

- CE 26 décembre 1925, « Rodière ».
- CE, 4 novembre 1927, « Sieur Roumagnac ».
- CE, 10 février 1928, « Chambre syndicale des propriétaires marseillais ».
- CE, 4 mai 1928, « Dobler ».
- CE, 27 juillet 1928, « SA des usines Renault ».
- CE, 22 mars 1929, « Sté de construction d'embranchement industriel ».
- CE, 10 avril 1930, « Genthon »
- CE, 30 janvier 1931, « Vaulot ».
- CE, 6 mai 1932, « Genthon ».
- CE, 24 novembre 1933, « Zénard ».
- CE, 3 février 1934, « Laine ».
- CE, 14 mars 1934, « Demoiselle Rault ».
- CE, 24 mai 1935, « Lamoudi Lamine ».
- CE, 1er juillet 1936, « Veyre »
- CE, Ass., 3 juillet 1936, « Demoiselle Bobard e. a. ».
- CE, 23 novembre 1936, « Abdouloussen et a. s. ».
- CE, 21 avril 1937, « Demoiselle Quesnel ».
- CE, 1er avril 1938, « Société l'Alcool dénaturé ».
- CE, 28 avril 1938 « Weis ».
- CE, 30 juin 1939, « Ville de Granville »
- CE, Ass., 12 juillet 1939, « Chambre syndicale des maîtres-buandiers de Saint-Etienne ».
- CE, 25 juillet 1939, « Beis ».
- CE, 1er mars 1940, « Société des secteurs électriques de Provence ».
- CE, 5 décembre 1941, « Rousteau ».
- CE, 17 novembre 1943, « Etablissements Tiflex ».
- CE, 4 février 1944, « Guieysse ».
- CE, 28 janvier 1948, « Gomel ».
- CE, 25 juin 1948, « Société du Journal "L'Aurore" ».
- CE, 8 décembre 1948, « Demoiselle Pasteau ».
- CE, 18 février 1949, « Viet ».
- CE, 4 mars 1949, « Trèbes ».
- CE, 29 avril 1949, « Bourdeaux ».
- CE, 18 novembre 1949, « Carlier ».
- CE, 22 mars 1950, « Société des ciments français ».
- CE, 3 mai 1950, « Demoiselle Jamet ».
- CE, 9 mars 1951, n° 92004, « Société des concerts du conservatoire ».
- CE, 20 avril 1951, « Bernhard ».
- CE, Ass., 27 avril 1951, « Mélamède ».
- CE, 29 juin 1951, « Syndicat de la raffinerie de soufre française ».
- CE, 4 juillet 1951, « Sieur Rochefort e. a. ».
- CE, Ass., 28 juillet 1951, « Laruelle ».
- CE, 24 octobre 1951, « Fédération syndicale des travailleurs des PTT ».
- CE, 11 janvier 1952, « Association des parents d'élèves enseignement libre Seine-et-Oise ».
- CE, 28 mai 1952, « Rogé ».
- CE, 5 mars 1954, « Demoiselle Soulier ».
- CE, 2 avril 1954, « Vernot ».
- CE, Ass., 28 mai 1954, « Barel e. a. ».
- CE, 5 octobre 1955, « Bernard ».
- CE, 6 juin 1956, « Sieur Meyer e. a. ».
- CE, 3 avril 1957, « Sieur Millard e. a. ».
- CE, Ass., 25 octobre 1957, « Commune de Bondy ».
- CE, Ass., 10 octobre 1958, « Neuzil et Roche ».
- CE, 2 mai 1959, « Dame Viauroux »
- CE, 15 juillet 1959, « Chambre syndicale des bureaux d'études techniques ».
- CE, 20 janvier 1960, « Mazières ».
- CE, 11 mars 1960, « Ville de Strasbourg »
- CE, 22 avril 1960, « Dame Legrand »
- CE, 27 janvier 1961, n° 38661, « Sieur Vannier ».
- CE, 16 mars 1962, « Compagnie des tramways électriques d'Oran ».
- CE, 31 mai 1961, « Souverain ».

- CE, 16 mai 1962, « Dame Boyer ».
- CE, 8 juin 1962, n° 52434, « Gibaut ».
- CE, 4 juillet 1962, « Untersinger ».
- CE, 23 novembre 1962, « Camara ».
- CE, Ass., 13 juillet 1962, « Conseil national de l'ordre des médecins ».
- CE, 21 novembre 1962, « République Malgache c. Mme Rasafindranaly »
- CE, Ass., 7 décembre 1962, « Fédération générale des fonctionnaires CGT-FO ».
- CE, 12 décembre 1963, « Peysson, Mollaret et Bory ».
- CE, 10 janvier 1964, « Min. de l'Agriculture c. Simonnet ».
- CE, 17 janvier 1964, « Sieur Bigay ».
- CE, 15 juillet 1964, « Syndicat général des producteurs de sucre et de rhum des Antilles françaises ».
- CE, 20 novembre 1964, « Ville de Nanterre ».
- CE, 12 mars 1965, « Club aérien les Gerfauts ».
- CE, 30 avril 1965, n° 61883, « Brault ».
- CE, 23 juin 1965, « Société aérienne de recherches minières ».
- CE, 7 juillet 1965, « Fédération nationale des transporteurs routiers ».
- CE, 13 juillet 1965, « Ministre de l'Education nationale c. Sieur Gargadennec ».
- CE, 8 octobre 1965, n° 55939, « Marfaing ».
- CE, 27 octobre 1965, « Ministre de l'Education nationale c. Sudaka et Lamas ».
- CE, 24 juin 1966, « Union départementale des transporteurs publics routiers ».
- CE, 13 juillet 1966, « Ministre des Finances c. Garrigue ».
- CE, 21 octobre 1966, « Société Graciet ».
- CE, 9 novembre 1966, « Commune de Clohars-Carnoët ».
- CE, 18 novembre 1966, « Dame Veuve Clément ».
- CE, 6 janvier 1967, « Ville d'Elbeuf ».
- CE, 4 octobre 1967, « Agniel ».
- CE,13 octobre 1967, « Sieur Peny ».
- CE, 10 janvier 1968, « Ebert et Levy ».
- CE, 21 février 1968, « Ordre des Avocats près la Cour d'appel de Paris e. a. ».
- CE, 6 nov. 1968, n°70283, « Morichère ».
- CE, 28 mars 1969, n° 73250, « Jannès ».
- CE, 10 décembre 1969, « Commune de Cerville-la-Forêt ».
- CE, 12 décembre 1969, « Association interministérielle des secrétaires administratifs ».
- CE, 13 février 1970, « Dame Vigan ».
- CE, Ass., 27 février 1970, « Sieur Saïd Ali Tourqui ».
- CE, 15 avril 1970, « Minier e. a. ».
- CE, 8 juillet 1970, n° 77765, « Commune de l'Hermitage »
- CE, 11 décembre 1970, n° 78880, « Crédit Foncier de France ».
- CE, 21 avril 1972, n° 78589, « Ville de Caen ».
- CE, 5 mai 1972, « Simi ».
- CE, 8 juin 1973, « Dame Peynet ».
- CE, 23 novembre 1936, « Abdouloussen et a. s. ».
- CE, 7 mars 1969, « Ville de Lille ».
- CE, 13 novembre 1970, « Moreau e.a. ».
- CE, Ass., Avis, 17 mai 1973, n° 310715.
- CE, Ass., 24 février 1974, « Association des maires de France ».
- CE, 10 mai 1974, « Denoyez et Chorques ».
- CE, 23 décembre 1974, n° 93733.
- CE, 14 février 1975, n° 87730, « Teitgen ».
- CE, 14 mars 1975, « Rousseau ».
- CE, 25 juillet 1975, « Chaigneau ».
- CE, 22 octobre 1975, n° 90274, « Ministre de l'Intérieur c. Panis ».
- CE, Ass., 13 février 1976, « Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame c. Dpt des Yvelines ».
- CE, 25 mars 1977, « Association générale des attachés d'administration centrale ».
- CE, 24 février 1978, « Ministre de l'Équipement c. Charrière ».
- CE, 26 juillet 1978, n° 93715, « Vinolay ».
- CE, 10 novembre 1978, « Union professionnelle des cadres administratifs supérieurs des services extérieurs de la construction ».
- CE, 1er décembre 1978, « Consorts Dory »
- CE, 7 février 1979, « Hoville ».

- CE, 4 mai 1979, « Comité d'action des prisonniers ».
- CE, 18 mai 1979, « Menonville ».
- CE, 19 octobre 1979, n° 09922, « Ville de Marseille ».
- CE, 20 janvier 1980, « Centre communal d'action sociale de La Rochelle ».
- CE, 14 mars 1980, « Elect Conseil Paris ».
- CE, 7 mai 1980, « Ville de Paris ».
- CE, 17 octobre 1980, « Madame Braesch e. a. ».
- CE, 21 novembre 1980, n° 21162, « Daoulas ».
- CE, 24 avril 1981, n° 17238, « Bureau d'aide sociale d'Aix-les-Bains ».
- CE, 8 mai 1981, « Union des organismes de groupement des collectivités et organismes de groupement du Massif Central ».
- CE, 22 mai 1981, « Brulez et a. ».
- CE, 24 juillet 1981, n° 23110, « Letailleur ».
- CE, 14 décembre 1981, n° 20157, « Forest ».
- CE, Ass., 22 janvier 1982, « Ah Won ».
- CE, 7 mai 1982, n° 20207.
- CE, 26 mai 1982, n° 15915, « Droulers ».
- CE, 16 juin 1982, n° 23276-23277, « Chereul ».
- CE, 3 novembre 1982, n° 30396, « Mademoiselle Bonnaire e. a. ».
- CE, 3 novembre 1982, « Goure ».
- CE, 24 novembre 1982, n° 14775, 14776, 14780, 14814, « Confédération française démocratique du travail e. a. ».
- CE, 8 décembre 1982, « Marsac e.a. ».
- CE, 10 décembre 1982, « Chambre syndicale des centres agrées de produits de basse-cour ».
- CE, 9 février 1983, « Société anonyme "Affichage niçois" ».
- CE, 18 février 1983, « Cornet ».
- CE, 4 mars 1983, « Association rurale familiale de circuit de transports des élèves de la région Meslay-du-Maine ».
- CE, 29 avril 1983, « Association de défense des espaces ruraux et naturels Commune de Regny ».
- CE, 8 juin 1983, n° 33857, « Méléard ».
- CE, 9 novembre 1983, « Pandajapoulos ».
- CE, 27 juillet 1984, « Commune de Teste-de-Buch ».
- CE, 5 octobre 1984, « COREP de l'Ariège ».
- CE, 5 octobre 1984, « Commissaire de la République de l'Ariège c. Commune de Lavelanet ».
- CE, 26 octobre 1984, n° 39177, « Ville de Cognac ».
- CE, 5 novembre 1984, « Société Afer ».
- CE, 7 novembre 1984, « Madame Luneau ».
- CE, 5 décembre 1984, « Syndicat indépendant du personnel sédentaire de la Compagnie générale maritime ».
- CE, 5 décembre 1984, « Ville de Versailles ».
- CE, 13 février 1985, n° 40756, « Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise ».
- CE, 27 février 1985, n° 449760, « Panarani c. Hôpital de Roanne ».
- CE, 26 avril 1985, « Ville de Tarbes ».
- CE, Ass., 5 juillet 1985, « Ville d'Albi ».
- CE, 11 mars 1987, « Divier c. Ville de Paris ».
- CE, 3 avril 1987, « Commune de Viry-Châtillon ».
- CE, 22 mai 1987, n° 70085, « Tête ».
- CE, 2 décembre 1987, « Commune de Romainville ».
- CE, Ass., 8 janvier 1988, « Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c. Communauté urbaine de Strasbourg ».
- CE, 13 janvier 1988, « Mutuelle générale des personnels des collectivités locales ».
- CE, 27 janvier 1988, n° 64076, « Ministre de l'Éducation nationale c. Giraud ».
- CE, 27 avril 1988, « Sophie ».
- CE, 28 septembre 1988, n° 43958, « Merlenghi ».
- CE, 6 janvier 1989, « Société Automobiles Citroën ».
- CE, 20 janvier 1989, « Association des amis de Chérence ».
- CE, 20 janvier 1989, n° 89691, « Centre communal d'action sociale de La Rochelle ».
- CE, 27 janvier 1989, n° 91287, « Monsieur Alain Meyet ».
- CE, 16 juin 1989, n°103661, Commune de Belcodène.
- CE, 26 juin 1989, « Fédération des syndicats généraux de l'Éducation nationale et de la recherche ».

- CE, 30 juin 1989, « Ville et Bureau d'action sociale de Paris c. Lévy ».
- CE, 11 octobre 1989, « Commune de Port-Saint-Louis-du-Rhône ».
- CE, Ass., 27 octobre 1989, « Fédération CGT des services publics ».
- CE, 29 décembre 1989, n° 95739, « Département du Val-de-Marne ».
- CE, 4 mai 1990, « Association freudienne ».
- CE, 24 octobre 1990, « Vignon ».
- CE, 24 octobre 1990, « Ministère public des télécommunications et de l'espace »
- CE, 14 janvier 1991, n° 86891, « Mouchoux ».
- CE, 25 janvier 1991, n° 80969, « Monsieur Brasseur ».
- CE, 19 juin 1991, n° 68885, « Epoux Johannet ».
- CE, 11 juillet 1991, n° 89948, « Commune Champigny-sur-Marne ».
- CE, 2 octobre 1991, n° 77060, « Grégoire e. a. ».
- CE, 15 janvier 1992, n° 98498, « Devos ».
- CE, 12 février 1992, n° 99839, « Fédération CGT Services publics ».
- CE, 4 mars 1992, n° 91794, « Commune de Romainville ».
- CE, Avis, 20 mars 1992, n° 131852, « Préfet du Calvados ».
- CE, 23 mars 1992, n° 87599, « Martin, Fraboulet, e.a ».
- CE, 3 avril 1992, n° 108157 et 108268, « Ville de Lille et Lebrun ».
- CE, 3 avril 1992, n° 107879, « Cassini ».
- CE, 24 avril 1992, « Département du Doubs c. F ».
- CE, 21 septembre 1992, n° 91391, « Département des Yvelines ».
- CE, 27 novembre 1992, « Fédération interco CFDT, e. a. ».
- CE, 7 décembre 1992, n° 69632, « Société Menigault Bretagne ».
- CE, 16 décembre 1992, n° 96459, « Gilot ».
- CE, 18 janvier 1993, « Association nationale pour les ingénieurs techniciens au ministère de la Défense ».
- CE, 17 février 1993, n° 67-890, « Madame Brunet ».
- CE, Ass., Avis, 24 juin 1993, n° 353605.
- CE, 4 février 1994, n° 143765, « Thiaux ».
- CE, 21 février 1994, n° 124117, « Bourges ».
- CE, 4 mars 1994, n° 115997, « Lascombes ».
- CE, 18 mars 1994, « Commune d'Aigueblanche ».
- CE, 18 mars 1994, n° 92410, « Rimasson ».
- CE, 27 avril 1994, n° 116043, « Asssociation de défense des ingénieurs territoriaux ».
- CE, 2 mai 1994, « Monsieur Volat ».
- CE, 13 mai 1994, « Commune de Dreux ».
- CE, 4 février 1994, n° 120792, « Poupart ».
- CE, 7 février 1994, n° 127927, « Duchène ».
- CE, 27 avril 1994, n° 116043, « Asssociation de défense des ingénieurs territoriaux ».
- CE, 22 juin 1994, n° 131232, « Monsieur Lugan ».
- CE, 29 juin 1994, n° 137882, « Association de la presse de la Réunion ».
- CE, 21 octobre 1994, « Département des Deux-Sèvres ».
- CE, Ass., 2 décembre 1994, « Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, préfet du Nord ».
- CE, Ass., 2 décembre 1994, « Commune de Cuers ».
- CE, 16 décembre 1994, « Comité du Gâtinais du MRAP ».
- CE, 16 décembre 1994, « Commune d'Oullins c. Association "Léo Lagrange" ».
- CE, 21 décembre 1994, n° 140066, « Madame Laplace ».
- CE, 24 février 1995, n° 12538, « Vasseur ».
- CE, 12 avril 1995, n° 33744, « Paisnel ».
- CE, 14 avril 1995, n° 157653, « Koen et Consistoire central des israélites ».
- CE, 10 mai 1995, n° 135431, « Arvieu ».
- CE, 15 mai 1995, « Syndicat des pharmaciens de Guyane ».
- CE, 17 mai 1995, n° 14l635, « Kalfon ».
- CE, 10 juillet 1995, « Contremoulin ».
- CE, 12 juillet 1995, « Syndicat national des puéricultrices diplômée »
- CE, 28 juillet 1995, « Commune de Villeneuve d'Ascq ».
- CE, 28 juillet 1995, « Delisle ».
- CE, Ass., 27 octobre 1995, « Michon e. a. ».
- CE, 17 janvier 1996, n° 128950, « Mademoiselle Lair ».
- CE, 1er avril 1996, n° 141958, « Département de la Loire ».
- CE, 10 mai 1996, « Ville d'Evreux ».

- CE, 15 mai 1996, n° 159105, « Bergeault ».
- CE, 31 juillet 1996, n° 124887, « Commune de Baillif ».
- CE, 25 octobre 1996, « Association "Estuaire écologie" ».
- CE, 25 octobre 1996, « Madame Alba e. a. ».
- CE, Ass., 18 décembre 1996, « Région Centre ».
- CE, 12 février 1997, n° 125893, « Mademoiselle Henny ».
- CE, 28 février 1997, n° 167483, « Commune du Port ».
- CE, Ass., 28 mars 1997, « Société Baxter e. a. ».
- CE, 30 avril 1997, n° 180299/180328, « Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes-rééducateurs ».
- CE, 22 septembre 1997, n° 171903, « Iorio ».
- CE, 3 novembre 1997, n° 169473, « Commune de Fougerolles ».
- CE, 29 décembre 1997, « Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre ».
- CE, 8 avril 1998, n° 165284, « Monsieur André X ».
- CE, 27 avril 1998, « Commune d'Ecotay-l'Olme ».
- CE, 20 mai 1998, « Communauté de communes de Piémont de Barr ».
- CE, 10 juin 1998, « SA Leroy Merlin ».
- CE, 30 décembre 1998, « M. Papadacci ».
- CE, 11 juin 1999, « Sadin ».
- CE, 23 juin 1999, req. n° 178398, « Abitbol ».
- CE, 2 juillet 1999, n° 178013, « Commune de Volvic ».
- CE, 13 octobre 1999, n° 193195, « Air France c. Aéroport de Paris ».
- CE, Avis, 3 mai 2000, n° 217017, « Mademoiselle Marteaux ».
- CE, 15 mai 2000, n° 200903, « Barroux ».
- CE, 31 mai 2000, « Ville de Dunkerque ».
- CE, 21 juin 2000, « Commune Charvieux-Chavagneux ».
- CE, 28 juillet 2000, n° 212981, « Uny e. a. ».
- CE, 29 décembre 2000, n° 171377, « Région Nord-Pas-de-Calais ».
- CE, 18 janvier 2001, n° 229247, « Commune de Venelles ».
- CE, 6 avril 2001, « Syndicat national des enseignements du second degré ».
- CE, 9 mai 2001, « Gloriod ».
- CE, Ass., 29 juin 2001, « Commune de Mons-en-Baroeul ».
- CE, 27 juillet 2001, n° 215550 et 220980, « Syndicat national pénitentiaire Force Ouvrière-Direction ».
- CE, 1er octobre 2001, n° 211233, « Région Languedoc-Roussillon ».
- CE, Ass., 26 octobre 2001, n° 1972018, « Monsieur Ternon ».
- CE, Ass., Avis, 31 janvier 2002, n° 366313.
- CE, 13 mars 2002, « Courbage ».
- CE, Ass., 28 juin 2002, n° 220361, « Villemain ».
- CE, 29 juillet 2002, n° 141112.
- CE, 9 octobre 2002, n° 238070, « Fédération des personnels des services des départements et des régions CGT-FO ».
- CE, 18 octobre 2002, n° 224804 et 236744, « Spaggiari ».
- CE, 28 octobre 2002, n° 216706, « Commune de Draguignan ».
- CE, 15 novembre 2002, n° 239294, « Syndicat des personnels de l'expansion économique ».
- CE, 13 décembre 2002, « Madame Duvignères ».
- CE, 18 décembre 2002, « Conseil national des professions de l'automobile, Société SN CECAM ».
- CE, Ord., 26 juin 2003, n° 257938, « Conseil départemental des parents d'élèves de Meurthe-et-Moselle ».
- CE, Ass., 4 juillet 2003, n° 211106, « Madame YX ».
- CE, 10 décembre 2003, n° 235640, « Bouley ».
- CE, 12 décembre 2003, n° 236442, « Département des Landes ».
- CE, Ord., 16 février 2004, n° 264314, « Office municipal d'habitations à loyers modérés de Saint-Dizier ».
- CE, 4 février 2004, n° 225310.
- CE, 27 février 2004, n° 198124, « Centre régional de la propriété foncière de Lorraine-Alsace ».
- CE, 30 avril 2004, n° 254106, « Madame Monnier ».
- CE, 23 juin 2004, n° 253594, « Monsieur D. ».
- CE, 23 juin 2004, n° 250294, « Commune de Dunkerque, Communauté urbaine de Dunkerque ».
- CE, 7 juillet 2004, « Commune de Celoux ».
- CE, 10 novembre 2004, n° 253670, « Association "Droit de cité" ».
- CE, 8 décembre 2004, n° 265166 et 265167.
- CE, 17 décembre 2004, « Barrucq ».
- CE, 5 janvier 2005, n° 265165, « Syndicat des eaux du Nord ».

- CE, 10 janvier 2005, « Hardy et Le Cornec ».
- CE, 7 février 2005, « Commune Fos-sur-Mer ».
- CE, 9 février 2005, n° 229547, « Syndicat national unitaire et indépendant des officiers de police ».
- CE, 16 mars 2005, n° 265560, « Ministre de l'Outre-mer c. Gouvernement Polynésie française ».
- CE, 20 avril 2005, n° 266572, « Union des familles en Europe ».
- CE, 9 mai 2005, « Ministre de l'intérieur, sécurité intérieure et liberéts locales c. Commune de Saint-Cyr-en-Séners ».
- CE, 1er juillet 2005, « Hermann, Scheer ».
- CE, 27 juillet 2005, « Commune de Saint-Anne ».
- CE, 27 juillet 2005, « Madame Weber ».
CE 26 septembre 2005, n° 26179, « Guerder ».
- CE, 28 décembre 2005, n° 268070, « Monsieur Jacques X ».
- CE, 16 janvier 2006, n° 258320, « Département des Landes ».
- CE, Ass., 31 mai 2006, n° 27368, « Association "GISTI" ».
- CE, 30 juin 2006, n° 243766, « Fédération CFTC, e. a. ».
- CE, 4 août 2006, « Commune de Grimaud ».
- CE, 27 septembre 2006, n° 278776, « Ville de Dijon c. Blain ».
- CE, 24 novembre 2006, n° 256313, « Baillet ».
- CE, 26 janvier 2007, « Giffard ».
- CE, Avis, 6 avril 2007, « Douwens-Prats ».
- CE, 30 mai 2007, « Hoffer ».
- CE, Ass., 16 juillet 2007, n° 291545, « Société Tropic travaux signalisation ».
- CE, 21 décembre 2007, n° 293260, « Région du Limousin »
- CE, 7 mars 2008, n° 290259, « Ministre de l'écologie et du développement durable ».
- CE, 6 octobre 2008, n° 310146, « Compagnie des architectes en chef des monuments historiques e.a. ».
- CE, 14 novembre 2008, n° 311312, « Fédération des syndicats généraux de l'Education nationale et de la recherche publique (FSGENRP) ».
- CE, 21 mai 2008, n° 293567, « Monsieur Serge Synakiewicz ».
- CE, 3 septembre 2008, n° 299412, « Confédération des praticiens des hôpitaux ».
- CE, 25 novembre 2008, n° 310208, « Commune de Mer ».
- CE, 12 décembre 2008, n° 297183, « Service départemental d'incendie et de secours de la Meuse ».
- CE, 15 décembre 2008, n° 310380, « Communauté urbaine de Dunkerque ».
- CE, 6 mars 2009, « Syndicat national des ingénieurs de l'industrie des mines ».
- CE, Ord., 1er avril 2009, n° 323585, « Communauté urbaine de Bordeaux, société Kéolis ».
- CE, 8 avril 2009, n° 311434, « Monsieur et Madame Laruelle ».
- CE, 08 avril 2009, n° 315227, « ADILVA ».
- CE, 10 avril 2009, n° 311888, « El Haddioui ».
- CE, 2 octobre 2009, « Département Seine-Saint-Denis ».
- CE, 14 octobre 2009, n° 300608, « Commune de Saint-Jean d'Aulps ».
- CE, 14 octobre 2009, « Boquet ».
- CE, 23 octobre 2009, n° 329076, « Commune d'Oullins ».
- CE, 23 octobre 2009, « Fédération des conseils des parents d'élèves ».
- CE, Ass., 30 octobre 2009, n° 298348, « Madame Perreux ».
- CE, 18 novembre 2009, n° 318565.
- CE, 25 novembre 2009, n° 328776, « Haut-commissaire de la République en Polynésie française ».
- CE, 25 novembre 2009, n° 329047, « Société Polynésie Intérim e. a. ».
- CE, 16 décembre 2009, n°320840.
- CE, 13 janvier 2010, n° 314923, « A. c. Commune de Lattes ».
- CE, 12 mars 2010, n° 308974, « Commune de Hoenheim ».
- CE, 12 mai 2010, n° 328162, « Union des jeunes chirurgiens-dentistes - Union dentaire e. a. ».
- CE, Ass., Avis, 20 mai 2010, n° 383887.
- CE, 5 juillet 2010, n° 308564, « Syndicat national des agences de voyages ».
- CE, 5 juillet 2010, n° 325620, « Syndicat national FO des personnels techniques d'ateliers et de travaux de l'Etat et des collectivités territoriales ».
- CE, Ass., 22 octobre 2010, n° 301572, « Madame Bleitrach ».
- CE, 23 décembre 2010, n° 337079, « Association Arab Women's Solidarity ».
- CE, 10 janvier 2011, n° 325268, « Madame Lévêque ».
- CE, 24 janvier 2011, n° 308753, « Ministère des affaires étrangères ».
- CE, 2 février 2011, n° 326768, « Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c. Le Rasle ».

- CE, 27 avril 2011, n° 304987, « Commune de la Ciotat ».
- CE, 27 avril 2011, n° 326936, « Monsieur Rouzet ».
- CE, 30 mai 2011, n° 322901, « Sanchez c. Département des Ardennes ».
- CE, 11 juillet 2011, n° 321.225, « Madame Montaut ».
- CE, 19 juillet 2011, n° 308544, « Commune Trélazé ».
- CE, 19 juillet 2011, n° 313518, « Commune de Montpellier ».
- CE, Ord., 26 août 2011, n° 352106, « Commune de Saint-Gratien ».
- CE, Ass., 26 octobre 2011, n° 317827, « Association pour la promotion de l'image ».
- CE, 25 novembre 2011, n° 353839, « Rebuffaud c. Commune Salon-de-Provence ».
- CE, 25 janvier 2012, n° 348269, « Belaïch ».
- CE, 3 février 2012, n° 353737, « Commune de Veyrier-du-Lac, Communauté d'agglomération d'Annecy ».
- CE, 22 février 2012, n° 343410, « Madame Arnaud-Eraud ».
- CE, 8 mars 2012, n° 343273, « Association Racing club de Cannes Volley ».
- CE, 12 mars 2012, n° 354062, « Ministère de la justice et des libertés ».
- CE, Ass., 11 avril 2012, n° 322326, « GISTI et FAPIL ».
- CE, 13 juin 2012, n° 357793, « Gillotin, Pinot ».
- CE, 13 juin 2012, n° 333798, 337185, 337186, « Ministère de l'économie, des finances et du commerce extérieur ».
- CE, 11 juillet 2012, n° 347703, « Vaulot Pfister ».
- CE, 27 juillet 2012, n° 327850, « Société ST informatique ».
- CE, 29 octobre 2012, n° 347259, « Commune d'Aix-en-Provence ».
- CE, 26 novembre 2012, n° 354108, « Madame Cordière ».
- CE, 19 décembre 2012, n° 355139, « Commune de Cavalaire-sur-Mer ».
- CE, 28 décembre 2012, n°350043.
- CE, 22 mai 2013, n° 351183, « Monsieur A ».
- CE, 3 juillet 2013, n° 349496, « Monsieur B. c. SA Journal du Centre ».
- CE, 21 octobre 2013, « Commune de Cannes ».
- CE, 20 novembre 2013, n° 362879, « Société DCNS ».
- CE, Ass., 4 avril 2014, n° 358994, « Département de Tarn-et-Garonne ».
- CE, Ord., 19 juin 2014, n° 381061.
- CE, 16 juillet 2014, n° 355201, « Ganem ».
- CE, 16 juillet 2014, n° 361820.
- CE, 21 janvier 2015, n° 357904.
- CE, 15 avril 2015, n° 373893 ; « Madame A. c. Direction régional Guadeloupe de Pôle emploi ».
- CE, Ass., Avis, séances du 8 et 13 septembre 2016, n° 391883.
- CE, Ass., 31 mai 2016, n° 396848.
- CE, Ord., 1er septembre 2017, n° 413607, « Association "Les Effronté-e-s" ».
- CE, 04 décembre 2017, n° 413366, « Min. de l'Intérieur c. Région Pays de la Loire ».
- CE, 18 décembre 2017, n° 395216.
- CE, 8 février 2019, n° 420296, « Veolia Eau et SIIAP ».

Cours administratives d'appel

- CAA Paris, 16 mai 1989, n°89PA00078.
- CAA Paris, 7 mai 1996, n° 95PA00067, « Peufly ».
- CAA Nancy, 4 juin 1998, n° 97NC02102, « Ville de Metz c. Masson ».
- CAA Nantes, 4 février 1999, n° 98NT00207, « Association civique Joué Langueurs ».
- CAA Nantes, 4 février 1999, n° 98NT00337, « Guillorel ».
- CAA Nantes, 11 mars 1999, « Association "Une Vendée pour tous les Vendéens" ».
- CAA Paris, 20 janvier 2000, n° 97PA01947, « Commune de Vieux Champagne ».
- CAA Nancy, 27 janvier 2000, n° 96NC02421, « Délégation régionale du CNFPT de Franche-Comté ».
- CAA Marseille, 30 mai 2000, n° 98MA00392, « Préfet des Alpes-de-Haute-Provence ».
- CAA Douai, 21 décembre 2000, « Pouget ».
- CAA Bordeaux, 28 mai 2001, « Département des Pyrénées-Atlantiques ».
- CAA Paris, 11 juillet 2001, n° 99PA00326, « Commune de Saint-Denis c. Godec ».
- CAA Bordeaux, 30 octobre 2001, n° 98BX00322, « Commune de Lanteuil ».
- CAA Lyon, 17 décembre 2001, n° 97LY01235, « Préfet de la Haute-Savoie ».
- CAA Nantes, 28 décembre 2001, n° 98NT02067, « Département du Cher c. Madame G. ».

- CAA Paris, 5 mars 2002, « Madame Deau ».
- CAA Lyon, 27 juin 2002, nº 97LYO1972, « Brindel »
- CAA Nîmes, 22 novembre 2002, n° 1239/02.
- CAA Paris, 6 novembre 2003, n° 02PA02821, « Union nat. Inter-universitaire ».
- CAA Lyon, 27 novembre 2003, « Mademoiselle Nadjet Ben Abdallah ».
- CAA Bordeaux, 16 mars 2004, n° 00BX00711, « Commune Penne d'agenais ».
- CAA Bordeaux, 24 août 2004, n° 00BX01357, « Corinne X ».
- CAA Nancy, 14 octobre 2004, « Weissgerber ».
- CAA Nancy, 18 novembre 2004, n° 00NC00500, « Commune de Luxeuil-les-Bain »
- CAA Versailles, 30 avril 2005, n° 14VE00212
- CAA Bordeaux, 24 mai 2005, n° 02BX00370, « Jean-Pierre X. ».
- CAA Douai, 7 juin 2005, n° 03DA00369, « Commune Boulogne-sur-Mer ».
- CAA Nancy, 17 novembre 2005, n° 01NC01299 et 00NC00952
- CAA Versailles, 9 mars 2006, n° 03VE02793, « Département des Yvelines ».
- CAA Versailles, 6 juillet 2006, n° 04VE03517, « Balenguer ».
- CAA Versailles, 14 décembre 2006, « Département du Val-d'Oise ».
- CAA Douai 22 février 2007, n° 06DA00765, « Commune de Labruyère ».
- CAA Bordeaux, 13 mars 2007, n° 05BX01230, « Commune d'Ainhoa ».
- CAA Marseille, 12 avril 2007, n° 04MA01237.
- CAA Nancy, 2 août 2007, n° 06NC01324, « Altemaire c. Commune de Hoenheim ».
- CAA Marseille, 11 septembre 2007, n° 05MA00805
- CAA Nancy, 15 novembre 2007, n° 06NC00990, « Chauvière »
- CAA Nancy, 06 décembre 2007, n° 06NC01625
- CAA, Bordeaux, 25 mars 2008, « Commune de Saint-Joseph ».
- CAA Versailles, 23 octobre 2008, n° 08VE01555, « Commune de Clichy-la-Garenne ».
- CAA Marseille, 9 décembre 2008, « Préfet de la région PACA, Préfet des Bouches-du-Rhône c. Communauté urbaine de Marseille Provence Métropole ».
- CAA Marseille, 27 janvier 2009, n° 06MA03390 et n° 06MA03389, « Crouzat ».
- CAA Lyon, 22 décembre 2009, n° 07LY00972, « SCI La Bambouseraie »
- CAA Paris, 11 octobre 2010, n° 08PA00765 et 10PA02830, « Madame D. »
- CAA Bordeaux, 26 octobre 2010, n° 10BX00170, « Commune de Billière ».
- CAA Nancy, 6 janvier 2011, n° 09NC01168, « Olivier A. ».
- CAA Bordeaux, 15 février 2011, n° 10BX00807
- CAA Versailles, 17 février 2011, n° 09VE02269, « La Poste ».
- CAA Marseille, 27 septembre 2011, n° 09MA02175.
- CAA Nancy, 1er décembre 2011, n° 11NC00517, « A. c. Commune Rosheim ».
- CAA Douai, 16 mai 2012, n° 11DA00969.
- CAA Lyon, 22 mai 2012, n° 11LY01218, « A. c. CH Auxerre ».
- CAA Nancy, 14 juin 2012, n° 11NC01167.
- CAA Marseille, 17 juillet 2012, n° 10MA04633, « Air France ».
- CAA Nantes, 19 juillet 2012, n° 10NT01075 et 10NT01076.
- CAA Bordeaux, 23 octobre 2012, n° 12BX00290.
- CAA Paris, 18 octobre 2012, n° 11PA03595.
- CAA Lyon, 11 Décembre 2012, n° 12LY00763, « Commune de Chambéry ».
- CAA Nantes, 21 décembre 2012, n° 11NT01890, « Madame A. c. Centre hospitalier public du Cotentin ».
- CAA Nantes, 10 janvier 2013, n° 10NT01069 et 10NT01070
- CAA Paris, 30 avril 2013, n° 10PA03867
- CAA Bordeaux, 16 juillet 2013, n° 12BX01432.
- CAA Nancy, 10 octobre 2013, « Madame B. ».
- CAA Lyon, 26 novembre 2013, n° 13LY00362, « Commune de Rilleux le Pape ».
- CAA Paris, 3 décembre 2013, n° 10PA04562, « El Hadj ».
- CAA Nantes, 7 mars 2014, n° 12NT01549.
- CAA Versailles, 13 mars 2014, n° 12VE03012, « Villacoublay ».
- CAA Paris, 19 février 2015, n°14PA00803
- CAA Douai, 17 mars 2015, n° 14DA00221
- CAA Paris, 16 avril 2015, n° 14PA03661
- CAA Nantes, 13 juillet 2015, n°13NT01614
- CAA Versailles,16 juillet 2015, n° 13VE02274, « Madame D. c. Chambre de métiers et de l'artisanat du Val-d'Oise ».
- CAA Nantes, 22 mars 2016, n° 14NT01446

- CAA Paris, 7 avril 2016, n° 14PA02307, « La Poste ».
- CAA Versailles, 20 octobre 2016, n° 14VE01744.
- CAA Lyon, 06 décembre 2016, n° 14LY03751.
- CAA Versailles, 24 mai 2017, n° 16VE01251
- CAA Nancy, 6 mars 2018, n° 16NC01440

Tribunaux administratifs

- TA Toulouse, 25 mars 1976, « Perier ».
- TA Montpellier, 2 mai 1986, « Comm. Rép. Pyrénées-Orientales c. Dpt Pyrénées-Orientales ».
- TA Nice, 11 juin 1987, « Syndicat des commerçants non sédentaires des Alpes-Maritimes, Messieurs Bueno, Pineau et Suissa ».
- TA Paris, 1er février 1989, « Commissaire de la République des Hauts-de-Seine c. Centre communal d'action sociale de Levallois-Perret »
- TA Papeete, 6 février 1990, « Madame Dufour ».
- TA Clermont-Ferrand, 24 avril 1990, « Préfet de région Auvergne c. Commune de Cendre ».
- TA Paris, 20 décembre 1990, « Pérez ».
- TA Lyon, 3 mars 1998, « Madame P. : Journal du Droit des Jeunes »
- TA Versailles, 18 mai 1998, « Le Beguec c. Commune de Vauhallan ».
- TA Lyon, 19 mai 1998, « Monsieur Jarnet ».
- TA Châlons-en-Champagne, 8 juin 1999, n° 971-265, « Monsieur D c. Ville de Reims ».
- TA Nouméa, 24 juin 1999, « Etat ».
- TA Rennes, 30 juin 1999, « Monsieur François Morvan ».
- TA Marseille, 23 avril 2001, n° 01-1684, « Association Droit au logement Marseille-Provence ».
- TA Lille, 26 avril 2001, « Monsieur Ruther c. Commune de Maubeuge ».
- TA Chalons, 25 septembre 2001, « Monsieur Houin c. OPAC de Chalons-en-Champagne ».
- TA Rouen, 27 mai 2002, « Préfet de la Seine-Maritime c. Commune de Petit-Quevilly ».
- TA Paris, 17 octobre 2002, « Madame E. ».
- TA Cergy-Pontoise, 21 juillet 2005, « Société Jasmeen ».
- TA Châlons-en-Champagne, 19 octobre 2006, nº 0200468, « Commune d'Echenay ».
- TA Bordeaux, 12 avril 2007, n° 0503070, « Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah d'Agen.
- TA de Rouen, 19 juin 2008, n° 0500526, « Bouteiller ».
- TA Besançon, 10 novembre 2009, n° 900299, « Monsieur B. ».
- TA Versailles, 21 décembre 2009, n° 0703623.
- TA Orléans, 4 mars 2010, n° 0704535, « Syndicat FO du personnel de la ville de Luynes ».
- TA Nice, 10 décembre 2010, n° 0806028, « Roland ».
- TA Cergy-pontoise, 15 septembre 2011, n° 0809428.
- TA Montreuil, 22 novembre 2011, n° 1012015, « Osman ».
- TA Paris, 12 avril 2012, n° 1016856, « Masquelet ».
- TA Paris, 23 novembre 2012, n° 1211193, « Confédération nationale des associations familiales catholiques e.a. ».
- TA Amiens, 18 décembre 2012, n° 1001456, « Syndicat CGT des fonctionnaires territoriaux de Saint-Quentin, e.a ».
- TA Grenoble, 16 avril 2013, n° 1000474
- TA Grenoble, 16 avril 2013, n° 1000481
- TA Strasbourg, 6 février 2014, n° 1004673, « Perlier ».
- TA Montreuil, 4 juillet 2014, n° 1400324, 1400353, 1400481, 1401182, « Préfet de la Seine-Saint-Denis e. a. »
- TA Caen, 20 novembre 2014, n° 1301393, « Goub ».
- TA Melun, 13 janvier 2016, n° 1501201 et 1502333, « Préfet du Val-de-Marne, Monsieur F. AB. e. a. ».
- TA Nice, 11 mai 2016, n° 1402632, « Commune du Canet ».
- TA Paris, 12 octobre 2016, n° 1519578.
- TA Nantes, 7 juillet 2017, n° 1704447.
- TA Clermont-Ferrand, 14 mai 2018, n° 1701134.

III – Juridictions judiciaires

Cour de cassation

- Cass. Crim., 10 février 1976, n° 75-91.022.
- Cass. Soc., 7 février 1980, n° 78-41.168, « Andrieu e. a. ».
- Cass. Crim., 11 juin 1987, n° 86-90.933.
- Cass. Crim., 14 novembre 1989, n° 88-81.817.
- Cass. Crim., 27 mars 1991, n° 90-82600.
- Cass. Crim., 3 avril 1991, n° 89-86756.
- Cass. Crim., 31 mars 1992, n° 92-80148.
- Cass. Soc., 7 octobre 1992, n° 89-45.712, « Commune de Soulac ».
- Cass. Crim., 9 novembre 1992, n° 92-84671.
- Cass. Crim., 11 mai 1999, n° 97-81.653.
- Cass. Com., 21 mars 2000, n° 97-22116.
- Cass. Com, 18 avril 2000, n° 98-10250.
- Cass. Crim., 12 septembre 2000, n° 99-87251
- Cass. Soc., 16 novembre 2000, n° 99-10608.
- Cass. Crim., 12 décembre 2000, n° 98-83.969.
- Cass. Crim., 3 mai 2001, « Panzo Lucienne ».
- Cass. Soc., 28 février 2002, n° 99-18.389, n° 99-17.201, n° 99-21.255, n° 99-17.221, n° 00-10.051, n° 00-11.793, n° 00-13.172.
- Cass. Crim., 12 mars 2002, n° 01-82510.
- Cass. Crim., 3 avril 2002, n° 01-83.160.
- Cass. Soc., 25 juin 2002, « AGS de Paris e. a. ».
- Cass. Crim., 14 janv. 2004, n° 03-83.396.
- Cass. Crim., 6 avril 2004, n° 03-82.394
- Cass. Crim., 28 septembre 2004, n° 03-87.450.
- Cass. Crim, 9 mars 2005, n° 04-83615.
- Cass. Crim., 10 mai 2005, n° 04-84633.
- Cass. Crim., 20 juin 2006, n° 05-85888.
- Cass. Crim., 14 février 2007, n° 06-81.924.
- Cass. Crim., 15 mai 2008, n° 07-88.369,
- Cass. Crim., 17 juin 2008, n° 07-81.666.
- Cass. Crim., 22 octobre 2008, n° 08-82.068.
- Cass. Soc., 10 novembre 2009, n° 07-45321.
- Cass. 1re Civ., 03 juin 2010, n° 09-14.633 (n° 571 FS-P+B+I).
- Cass. Crim., 1er septembre 2010, n° 10-80.584.
- Cass. Crim., 7 septembre 2010, n° 10-82.119.
- Cass. Crim., 24 mai 2011, n° 10-87.100.
- Cass. Crim., 21 juin 2011, n° 10-85.641.
- Cass. Soc., 6 juin 2012, n° 10-27.694.
- Cass. Crim., 7 novembre 2012, n° 11-82.961.
- Cass. Crim., 14 janvier 2014, n° 11-81.362.
- Cass. Crim., 11 mars 2014, n° 12-88.313.
- Cass. Ass., 25 juin 2014, n° 612, req. n° 13-28.369, « crêche "Baby Loup" ».
- Cass. Soc., 9 juil. 2014, n° 13-18328
- Cass. 1ère Civ., 19 mars 2015, n° 14-14571.
- Cass. Soc., 25 novembre 2015, n° 14-24.444, n° 2121, « Patrick X c. Société Air France ».
- Cass. 3e Civ., 17 décembre 2015, n° 14-22.095.
- Cass. 1ère Civ., 9 novembre 2016, n° 15-25.873.
- Cass. Civ. et Soc., 16 mai 2018, 16-19.527.
- Cass. Crim., 19 juin 2018, n° 17-81.690.

Cours d'appel

- CA Paris, 22 décembre 1933, *D.*, 1934.2, p. 109.
- CA Paris, 21 janvier 1988, *D.*, 1988, IR, p. 86.
- CA Paris, 12 mars 1992, *JCP Générale*, 1992, IV, 2001.
- CA Grenoble, 7 octobre 1994, n° 932/94
- CA Aix-en-Provence, 18 juin 2001, n° 914M2001, ; « Fayard c. Rascovschi e. a. ».
- CA Toulouse, 4 avril 2002, n° 01/00133.
- CA Lyon, 11 janvier 2006, n° 06-81060
- CA Grenoble, 8 novembre 2006, n° 06/0053, « Dezempte et Boyer c. Ghezzal ».
- CA Montpellier, 12 décembre 2006, n° 1482.
- CA Grenoble, 19 mai 2008, « Société Valéo ».
- CA Poitiers, 17 février 2009, « Crédit agricole mutuel ».
- CA Grenoble, 16 juin 2010, n° 09/01625.
- CA Versailles, 14 décembre 2010, « SCM Cabinet médical ».
- CA Papeete, 1er septembre 2011, n° 292-133.
- CA Paris, 24 juin 2015, n° 13/24277.
- CA Versailles, 18 mars 2016, n° 14/04196, « SA LOGIREP ».

Tribunaux de grande instance

- TGI Grenoble, 16 novembre 1993, n° de jugement 4 649.
- TGI Saint-Etienne, 6 mai 1996, *RFDA*, 1999, p. 920 et s.
- TGI Toulon, 5 mai 1998, *D.,*1999, p. 162.
- TGI Tours, 14 mars 2000, n° de jugement 445/2000.
- TGI Toulouse, 3 août 2005, n° 927/05.
- TGI Vienne, 29 novembre 2005, n° 00009223.
- TGI Béziers, 14 avril 2006, n° de jugement 963.06.
- TGI Dijon, 17 février 2011, n° 2011/256.

IV – Juridictions européennes

Cour de justice de l'Union européenne

- CJCE, 21 décembre 1954, aff. 1/54, « France c. Haute autorité ».
- CJCE, 23 avril 1956, aff. C-7/54, « Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoise ».
- CJCE, 5 février 1963, aff. 26/62, « Van Gend and Loos ».
- CJCE, 17 juillet 1963, aff. 13-63, « République italienne c. Commission ».
- CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64, « Costa c. Enel ».
- CJCE, 13 juillet 1965, aff. 39/64, « Société des aciéries du Temple c. Haute autorité de la CE-CA ».
- CJCE, 12 février 1974, aff. 152/73, « Sotgiu ».
- CJCE, 30 avril 1974, aff. 155/73, « Sacchi ».
- CJCE, 14 mai 1974, aff. 4/73, « J. Nold ».
- CJCE, 11 juillet 1974, aff. 8/74, « Dassonville ».
- CJCE, 3 décembre 1974, aff. 33/74, « Van Binsbergen ».
- CJCE, 4 décembre 1974, aff. 41/74, « Van Duyn ».
- CJCE, 17 juin 1975, aff. 7/75, « Epoux F. c. Etat belge ».
- CJCE, 30 septembre 1975, aff. 32/75, « Cristini c. SNCF ».
- CJCE, 22 mars 1977, aff. 78/76, « Steinike c. Weinlig ».
- CJCE, 13 juillet 1977, aff. 22/77, « Fonds national de retraite des ouvriers mineurs c. Giovanni Mura ».
- CJCE, 19 octobre 1977, aff. jointes 124/76 et 20/77, « SA Moulins et huileries de Pont-à-Mousson e. a. c. ONIC ».
- CJCE, 19 octobre 1977, aff. jointes 117-76 et 16-77, « Ruckdeschel ».
- CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, « Simmenthal ».

- CJCE, 13 mars 1979, aff. 91/78, « Hansen GmbH & Co c. Hauptzollamt Flensburg ».
- CJCE, 29 mars 1979, aff. 113/77, « NTN Toyo Bearing Company Ltd e. a. c. Conseil des Communautés européennes ».
- CJCE, 31 mai 1979, aff. 207/78, « Ministère public c. Even et Office national des pensions pour travailleurs salariés (ONPTS) ».
- CJCE, 8 octobre 1980, aff. 810/79, « Peter Überschär c. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte ».
- CJCE, 16 octobre 1980, aff. 147/79, « Hochstrass c. CJCE ».
- CJCE, 17 décembre 1980, aff. 149/79, « Commission c. Belgique ».
- CJCE, 14 janvier 1982, aff. 65/81, « Reina c. Landeskreditbank Baden-Württemberg ».
- CJCE, 27 mars 1984, aff. 169/82, « Commission c. République Italienne ».
- CJCE, 10 avril 1984, aff. 14/83, « Von Colson et Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen ».
- CJCE, 12 juillet 1984, aff. 261/83, « Castelli c. ONPTS ».
- CJCE, 14 octobre 1984, aff. 248/84, « Allemagne c. Commission ».
- CJCE, 30 janvier 1985, aff. 143/83, « Commission c. Royaume du Danemark ».
- CJCE, 27 mars 1985, aff. 249/83, « Hoeckx c. Centre public d'aide sociale de Kalmthout ».
- CJCE, 6 juin 1985, aff. 157/84, « Frascogna c. Caisse des dépôts et consignations ».
- CJCE, 12 décembre 1985, aff. 165/84, « Krohn ».
- CJCE, 23 avril 1986, aff. 294/83, « Parti écologiste "Les Verts" c. Parlement européen ».
- CJCE, 15 mai 1986, aff. 222/84, « Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary ».
- CJCE, 1er juillet 1986, aff. 237/85, « Rummler c. Dato-Druck GmbH ».
- CJCE, 11 mars 1987, aff. 279/84, « Walter Rau Lebensmittenwerke c. Commission ».
- CJCE, 21 juin 1988, aff. 39/86, « Sylvie Lair contre Universität Hannover ».
- CJCE, 30 juin 1988, aff. 318/36, « Commission c. République française ».
- CJCE, 17 octobre 1989, aff. 109/88, « Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark c. Dansk Arbeidsgiverforening, Danfos ».
- CJCE, 8 novembre 1990, aff. C-177/88, « Dekker c. VJV-Centrum ».
- CJCE, 7 février 1991, aff. C-184/89, « Nimz ».
- CJCE, 19 mars 1991, aff. C-202/88, « République française c. Commission ».
- CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-208/90, « Emmot ».
- CJCE, 25 juillet 1991, aff. jointes C-1/90 et C-176/90, « Aragonesa de Publicidad Exterior et Publivia ».
- CJCE, 13 décembre 1991, aff. 18/88, « Régie des télégraphes et des téléphones c. GB-Inno, BM SA ».
- CJCE, 26 février 1992, aff. C-136/92, « Commission c. Augusto Brazelli Lualdi e.a. ».
- CJCE, 3 juin 1992, aff. C-360/89, « Commission c. République Italienne ».
- CJCE, 16 juillet 1992, aff. C-163/90, « Legros e. a. ».
- CJCE, 17 février 1993, aff. C-159/91 et C-160/91, « Pouvet et Pistre ».
- CJCE, 9 novembre 1993, aff. C-132/92, « Birds Eye Wall c. Roberts ».
- CJCE, 13 décembre 1993, aff. C-127/92, « Enderby ».
- CJCE, 23 février 1994, aff. C-419/92, « Ingetraut Scholz c. Opera Universitaria di Cagliari ».
- CJCE, 9 août 1994, aff. C-363/94, C-407 à 411/94, « Lancry e. a. ».
- CJCE, 14 septembre 1995, aff. C-485 et 486/93, « Simitzi et Kos ».
- CJCE, 17 octobre 1995, aff. C-450/93, « Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen ».
- CJCE, 25 avril 1996, aff. C-87/94, « Commission c. Belgique ».
- CJCE, 30 avril 1996, aff. C-13/94, « P/S et Cornwall County Council ».
- CJCE, 2 juillet 1996, aff. C-473/93, « Commission c. Luxembourg ».
- CJCE, 12 septembre 1996, aff. C-237/94, « O'Flynn ».
- CJCE, 22 avril 1997, aff. C-180/95, « Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG ».
- CJCE, 11 novembre 1997, aff. C-409/95, « Hellmut Marschall ».
- CJCE, 15 janvier 1998, aff. C-15/96, « Kalliope Schöning-Kougebetopoulou ».
- CJCE, 9 février 1999, aff. C-167/97, « R c. Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith et Perez ».
- CJCE, 9 septembre 1999, aff. C-281/97, « Krüger c. Kreiskrankenhaus Ebersberg ».
- CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, « Teckal sarl ».
- CJCE, 28 mars 2000, aff. C158/97, « Badeck e. a. ».
- CJCE, 6 juillet 2000, aff. C-407/98, « Abrahamsson et Anderson ».
- CJCE, 26 septembre 2000, aff. C-175/99, « Mayeur ».
- CJCE, 3 octobre 2000, aff. C-411/98, « Ferlini ».
- CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, « Telaustria Verglas GmbH, Telefonadress GmbH ».
- CJCE, 14 décembre 2000, aff. C-343-98, « Rénato Collino et Luisella Chiappero », Rec. p. I-6659.
- CJCE, 18 octobre 2001, aff. C-19/00, « SIAC Construction Ltd c. County Council of the County of Mayo ».
- CJCE, 29 novembre 2001, aff. C-366/99, « Joseph Griesmar ».

- CJCE, 16 janvier 2003, aff. C-388/01, « Commission c. Italie ».
- CJCE, 9 septembre 2004, aff. C-72/03, « Carbonati Apuani c. Comune di Carrara ».
- CJCE, 16 septembre 2004, aff. C-465/01, « Commission c. Autriche ».
- CJCE, 30 septembre 2004, aff. C-319/03, « Serge Briheche ».
- CJCE, 7 octobre 2004, aff. 402-02, « Commisson c. France ».
- CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04, « Mangold ».
- CJCE, 11 juillet 2006, aff. C-13/05, « Chacon Navas c. Eurest Collectividades SA ».
- CJCE, 13 septembre 2007, aff. C-260/04, « Commission c. République italienne ».
- CJCE, 1er avril 2008, aff. C-267/06, « Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen ».
- CJCE, 10 juillet 2008, aff. C-54-07, « Firma Feryn NV ».
- CJCE, 11 juillet 2008, aff. C-13/05, « Chacon Navas ».
- CJCE, Grande chambre, 17 juillet 2008, aff. C-303/06, « S. Coleman c. Attridge Law et Steve Law ».
- CJCE, 11 septembre 2008, aff. Jointes C-428 à 434/06, « UGT de la Rioja ».
- CJUE, 18 novembre 2010, aff. C-250/09, « Georgiev ».
- CJUE, 10 mars 2011, aff. C-109/09, « Deutsche Lufthansa ».
- CJUE, 19 avril 2012, aff. C-415/10, « Galina Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH ».
- CJUE, 16 juillet 2015, aff. C-83/14, « CHEZ Razpredelenie Bulgaria ».

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, 23 juillet 1968, n° 1474, 1677, 1691/62, 1769, 1994/63 et 2126/64, « Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique ».
- CEDH, 7 décembre 1976, n° 5493/72 « Handyside c. Royaume-Uni ».
- CEDH, 1er octobre 1982, n° 8692/79, « Piersack ».
- CEDH, 28 septembre 1995, n° 14570/89, « Procola c. Luxembourg ».
- CEDH, 29 avril 1999, n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, « Chassagnoux e. a. c. France ».
- CEDH, 6 avril 2000, n° 34369/97, « Thlimmenos c. Grèce ».
- CEDH, 15 février 2001, n° 42393/98, « Dahlab c. Suisse ».
- CEDH, 16 décembre 2003, n° 64927/01, « Palau Martinez c. France ».
- CEDH, 17 février 2004, n° 44158/98, « Gorzelik e. a. c. Pologne ».
- CEDH, 6 janvier 2005, n° 43577/98 et 43579/98, « Natchova e. a. c. Bulgarie ».
- CEDH, 20 juin 2006, n° 17209/02, « Zarb Adami c. Malte ».
- CEDH, 13 novembre 2007, n° 57325/00, « D.H. e. a. c. République tchèque ».
- CEDH, 22 janvier 2008, n° 43546/02, « E.B. c. France ».
- CEDH, 9 juin 2009, n° 33401/02, « Opuz c. Turquie ».
- CEDH, 16 juillet 2009, n° 10883/05, « Willem c. France ».
- CEDH, 14 septembre 2010, n° 32596/04, « Alois Farças c. Roumanie ».
- CEDH, 17 octobre 2013, n° 27013/07, « Winterstein c. France ».
- CEDH 1er juillet 2014, n° 43835/11, « S.A.S. c. France ».
- CEDH, 9 avril 2015, n° 65829/12, « Tchokontio Happi c. France ».
- CEDH, 4 juillet 2016, n° 7186/09, « Di Trizio c. Suisse ».

V – Tribunal des conflits

- TC, 30 juillet 1873, « Pelletier ».
- TC, 5 mai 1877, « Laumonnier-Carriol ».
- TC, 2 juin 1908, « Girodet c. Morizot ».
- TC, 14 décembre 1925, « Navarro ».
- TC, 17 juillet 1952, « Paray ».
- TC, 12 juin 1961, « Picot ».
- TC, 28 février 1977, n° 02050, « Jouvent ».
- TC, 26 octobre 1981, n° 02213, « Préfet des Bouches-du-Rhône ».
- TC, 19 janvier 2004, n° 3393, « Devun ».
- TC, 21 juin 2004, n° 3415, « Commune de Saint-Léger-sur-Roanne ».

- TC, 12 avril 2010, n° 3747, « Mademoiselle C. c. Etat »
- TC, 13 décembre 2010, n° 3775, « M. X. c. Cercle mixte du régiment d'infanterie de Marine du Pacifique Nouvelle-Calédonie ».
- TC, 19 mai 2014, n° 3939, « Mme Liliane B. née S. c. M. Claude F. ».

VI – HALDE et Défenseur des droits

- DDD, décision n° MLD-2012-30 du 13 mars 2012.
- DDD, décision n° MLD-2012-53-1 et n° MLD-2012-53-2 du 26 mars 2012 relative à des faits de harcèlement discriminatoire à raison de l'origine et de la religion au sein d'une unité de gendarmerie.
- DDD, décision n° MDS-2013-48 du 26 mars 2013.
- DDD, décision n° MLD-2013-46 du 6 août 2013.
- DDD, décision n° MSP-MDS-MLD-2015-021 du 3 février 2015.
- DDD, décision n° MLD-2015-151 du 2 juillet 2015 relative aux dispositifs d'alerte interne de lutte contre les discriminations au regard de la protection des droits des salariés.
- DDD, décision n° MLD-2017-005 du 5 janvier 2017.
- DDD, décision n° 2018-011 du 30 mars 2018 relative au refus de scolarisation opposé par une maire pour une famille hébergée par une association.

- HALDE, délibération n° 2007-148 du 4 juin 2007.
- HALDE, délibération n° 2007-294 du 13 novembre 2007.
- HALDE, délibération n° 2007-310 du 17 décembre 2007 relative à dégradation de la situation professionnelle d'une fonctionnaire territoriale membre de l'Eglise de scientologie.
- HALDE, délibération n° 2008-185 du 1er septembre 2008 : relative à des faits de harcèlement moral discriminatoire subis par un psychologue contractuel au sein d'un hôpital public et à des mesures défavorables (refus de renouvellement de CDD) consécutives à la dénonciation du harcèlement par le réclamant auprès de son employeur.
- HALDE, délibération n° 2008-215 du 29 septembre 2008.
- HALDE, délibération n° 2009-40 du 9 février 2009.
- HALDE, délibération n° 2009-147 du 6 avril 2009.
- HALDE, délibération n° 2009-411 du 21 décembre 2009.
- HALDE, délibération n° 2010-20 du 1er février 2010, relative au caractère discriminatoire des dispositifs législatifs soumettant l'ouverture du droit à pension de réversion à une condition de mariage.
- HALDE, délibération n° 2010-36 du 22 février 2010 relative à la saisine de la HALDE par la commune de La Courneuve pour discrimination territoriale.
- HALDE, délibération n° 2010-130, 31 mai 2010.
- HALDE, délibération n° 2010-274, 13 décembre 2010.

Tables des matières

Remerciements ***7***

Sommaire ***11***

Table des abréviations ***13***

Introduction générale ***17***

§1) Délimitation du sujet 19

§2) Intérêt du sujet 23

A) Perspective évolutive 23

B) Conséquences actuelles 26

§3) Construction du sujet 31

A) Idée générale 31

B) Enjeux 36

C) Annonce de plan 42

Première partie : L'apparition d'un risque de discrimination des collectivités territoriales 43

Titre 1: L'ignorance du risque de discrimination par l'uniformité territoriale 45

Chapitre 1: L'uniformité du pouvoir local 47

Section 1: L'homogénéité statutaire des collectivités territoriales 48

§1) La République une et indivisible, fondement de l'homogénéité institutionnelle 48

A) L'unicité de la législation 49

1) L'indivisibilité de la Nation 49

2) L'unité du pouvoir législatif 52

B) L'unicité de l'administration 55

1) L'indivisibilité du territoire 55

2) L'unité du pouvoir exécutif 58

§2) L'égalité entre les collectivités, garantie de l'homogénéité institutionnelle 61

A) L'égalité dans une même catégorie 62

1) La création de catégories de droit commun 62

2) La garantie de l'identité institutionnelle 65

B) L'égalité entre les catégories 67

1) L'interdiction de la tutelle entre collectivités territoriales 68

2) La protection de la libre administration des collectivités territoriales 70

Section 2: La conformité des décisions des collectivités territoriales 74

§1) L'encadrement du pouvoir normatif local 75

A) Le pouvoir décisionnel : un pouvoir contrôlé par l'Etat 75
1) L'uniformité imposée par la tutelle de l'Etat 76
2) L'uniformité négociée par le déféré préfectoral 80
B) Le pouvoir réglementaire : un pouvoir subordonné à l'Etat 83
1) Un pouvoir secondaire 84
2) Un pouvoir résiduel 86
§2) Le contrôle du pouvoir normatif local par le principe d'égalité 90
A) Un contrôle étendu à toute l'action locale 90
1) La consécration de l'égalité comme principe 91
2) La diffusion des principes dans les domaines de compétence des collectivités territoriales 93
B) Un contrôle de la bonne application de la règle 97
1) Le rapprochement matériel avec le contrôle de légalité 97
2) Le rapport fonctionnel avec le contrôle de légalité 100
Chapitre 2: L'uniformité de l'administration locale 105
Section 1: L'homogénéité statutaire des agents locaux 106
§1) L'égalité dans l'accès à l'administration locale 107
A) Le principe d'égale admissibilité, fondement de la bureaucratie moderne 108
1) Les critères de l'admissibilité aux emplois publics 108
2) L'établissement d'un statut de l'agent public 111
B) Les voies d'accès à l'emploi public local 114
1) L'accès au cadre d'emplois 114
2) L'accès à la collectivité 117
§2) L'égalité dans la gestion des agents locaux 120
A) L'égalité dans les cadres d'emplois 121
1) La consécration du principe d'égalité statutaire : une égalité formelle 121
2) La réalisation du principe d'égalité statutaire : un régime prédéfini 124
B) L'égalité entre les agents publics 129
1) La parité avec la fonction publique d'Etat 129
2) La précarité des agents publics contractuels 133
Section 2: La neutralité des décisions des agents locaux 138
§1) Le fondement de la neutralité : l'impartialité 139
A) Les contrôles de l'impartialité 140
1) La sanction de la partialité des décisions locales 140
2) La sanction de la partialité des décideurs locaux 143
B) Les garanties de l'impartialité 147
1) L'exigence de transparence de l'action publique locale 147
2) Les régimes d'incompatibilités dans l'action publique locale 150

§2) La mise en œuvre de la neutralité : l'indifférence 153
A) L'indifférence à l'égard des administrés 154
1) Une protection des libertés individuelles de l'administré 154
2) Une obligation de traitement identique des administrés 159
B) L'indifférence à l'égard des agents publics 162
1) Une protection des libertés individuelles de l'agent 162
2) Une obligation de traitement identique des agents 165

Conclusion Titre 1 171

Titre 2: L'émergence du risque de discrimination par la sanction juridictionnelle 173

Chapitre 1: La notion juridique de discrimination applicable aux collectivités territoriales 175
Section 1: La conception de la discrimination par le droit de l'Union européenne 176
§1) L'influence des pouvoirs du juge de l'Union européenne 177
A) Les spécificités de l'office du juge de l'Union européenne 177
1) Un contrôle in concreto 178
2) Un contrôle de proportionnalité 181
B) La formation d'un droit européen de la non-discrimination 184
1) L'élargissement de la notion de discrimination 184
2) L'effectivité de l'interdiction des discriminations 187
§2) L'influence des objectifs de l'Union européenne 193
A) La réalisation du marché intérieur 194
1) L'ouverture du marché local aux entreprises de l'Union européenne 194
2) L'ouverture de la fonction publique locale aux ressortissants de l'Union européenne 198
B) La réalisation de l'égalité des chances 202
1) L'égalité des chances comme garantie d'une égalité de départ des administrés 202
2) L'égalité des chances comme restriction de l'action publique locale 206
Section 2: L'intégration de la discrimination dans le droit interne 210
§1) L'interdiction des discriminations à travers le principe d'égalité 212
A) Les spécificités du contrôle 213
1) Un contrôle formel de la discrimination 213
2) L'absence de critères prohibés a priori 216
B) La portée du contrôle 220
1) Le refus d'obliger de traiter différemment les situations différentes 221
2) L'impossibilité de sanctionner la discrimination indirecte 225
§2) L'interdiction des discriminations sans le principe d'égalité 231
A) L'élaboration du droit français de la non-discrimination 232
1) L'apparition de la non-discrimination dans le droit pénal 232
2) Le cycle de transposition des directives interdisant les discriminations 234

B) Les règles interdisant les discriminations aux collectivités territoriales 239
1) Les interdictions de discriminer dans les relations de travail 239
2) Les interdictions de discriminer dans les relations avec les administrés 244
Chapitre 2: Le contentieux pour discrimination applicable aux collectivités territoriales 251
Section 1: Les responsabilités pour faits de discrimination 252
§1) Les conditions de la responsabilité pour faits de discrimination 253
A) Les conditions de la responsabilité devant le juge administratif 253
1) Le champ d'application de la non-discrimination 254
2) Le régime contentieux devant le juge administratif 258
B) Les conditions de la responsabilité devant le juge pénal 264
1) Le champ d'application de la non-discrimination 265
2) Le régime contentieux devant le juge pénal 269
§2) Les conséquences de la responsabilité pour faits de discrimination 272
A) Les sanctions en matière administrative 273
1) Voies de recours et pouvoirs du juge administratif 273
2) La réparation du préjudice de discrimination 280
B) Les sanctions en matière pénale 286
1) La sanction des membres de la collectivité territoriale 287
2) La sanction de la collectivité territoriale 293
Section 2: Les responsabilités pour faits de harcèlement 298
§1) Les conditions de la responsabilité pour faits de harcèlement 299
A) Les conditions de la responsabilité devant le juge administratif 300
1) Les faits constitutifs de harcèlement 300
2) Le régime contentieux devant le juge administratif 304
B) Les conditions de la responsabilité devant le juge pénal 309
1) Les cas de harcèlement devant le juge pénal 309
2) Le régime contentieux du harcèlement devant le juge pénal 311
§2) Les conséquences de la responsabilité pour faits de harcèlements 316
A) Les sanctions en matière pénale 317
1) Les dispositions communes aux harcèlements sexuel et moral 318
2) Les circonstances aggravantes spécifiques au harcèlement sexuel 319
B) Les sanctions en matière administrative 320
1) Les mesures individuelles face aux harcèlements 321
2) La réparation du préjudice des harcèlements 325

Conclusion Titre 2 334

Conclusion de la Première partie 338

Seconde partie : L'appréhension du risque de discrimination par les collectivités territoriales 342

Titre 1: L'adaptation au risque de discrimination par la parcellisation territoriale 346

Chapitre 1: L'adaptation aux inégalités de traitement par la localisation normative 348

Section 1: La prise en compte des spécificités par les statuts des collectivités territoriales..... 349

§1) L'étendue des différenciations statutaires 350

A) La diversité statutaire des outremers 350

1) La distinction DOM/TOM 351

2) La distinction DROM/COM 354

B) La diversité statutaire de métropole 358

1) La dérogation législative applicable à un territoire métropolitain : le droit communal d'Alsace-Moselle 358

2) Les statuts particuliers appliqués aux collectivités métropolitaines : les cas de Paris, Lyon, Marseille et de la Corse..... 362

§2) Les processus d'évolution statutaire 366

A) La mutabilité, un principe de changement de statut..... 367

1) Les règles de mutabilité statutaire..... 367

2) Les politiques de mutabilité statutaire 370

B) L'expérimentation, un préalable aux modifications des statuts..... 385

1) L'expérimentation-transfert de l'article 37-1 de la Constitution 385

2) L'expérimentation-dérogation de l'article 72 de la Constitution..... 391

Section 2: La prise en compte des spécificités par les pouvoirs locaux 396

§1) La différenciation par la subsidiarité de la prise de décision 397

A) Les différences de traitements autorisées par le principe d'égalité..... 398

1) Les justifications des différences de traitement 399

2) Les limites des différences de traitement 405

B) Les actions autorisées par la clause générale de compétence 411

1) L'existence de la clause générale de compétence 411

2) L'exercice de la clause générale de compétence 415

§2) La différenciation par la diversité des pouvoirs locaux 420

A) Les pouvoirs normatifs spéciaux des collectivités ultramarines..... 420

1) Les pouvoirs spéciaux des DROM 421

2) Les pouvoirs spéciaux des COM 426

B) Les pouvoirs normatifs spéciaux des collectivités métropolitaines..... 429

1) Les pouvoirs spéciaux d'une collectivité particulière, la collectivité de Corse 430

2) Les pouvoirs spéciaux d'une catégorie de droit commun, les régions 433

Chapitre 2: L'adaptation aux inégalités de faits par la solidarité administrative 438

Section 1: La solidarité financière par la péréquation 439
§1) La consécration de la péréquation entre les collectivités 440
A) La mise en place du système de péréquation territoriale 440
1) Aux origines de la péréquation entre collectivités territoriales..... 440
2) Un mécanisme de correction des inégalités entre les collectivités territoriales. 443
B) La juridicisation du système de péréquation territoriale 446
1) La création de dispositifs de péréquation territoriale par la loi..... 447
2) La reconnaissance constitutionnelle de la péréquation territoriale 451
§2) Les formes de la péréquation entre les collectivités 455
A) La péréquation verticale 456
1) Les dotations de péréquation 456
2) La péréquation dans la compensation des charges et des exonérations 458
B) La péréquation horizontale 460
1) Les dispositifs législatifs de péréquation horizontale 461
2) L'intégration financière des intercommunalités 464
Section 2: La solidarité de projet par la coopération 468
§1) La coopération entre collectivités pour aménager un territoire 469
A) La vocation à coopérer des collectivités territoriales 469
1) La naissance des groupements d'intérêts communs 470
2) La fonction de collectivité cheffe-de-file 476
B) La mise en œuvre de la coopération entre collectivités territoriales 481
1) La coopération institutionnelle 482
2) La coopération contractuelle 486
§2) La coopération avec l'Etat pour aménager le territoire 488
A) Les territoires de la coopération avec l'Etat 488
1) La multiplication des territoires d'action administrative 489
2) Le contentieux de l'instauration des zones d'action administrative 495
B) La mise en œuvre de la coopération avec l'Etat 500
1) Les documents applicables aux territoires de la décentralisation 500
2) Les documents applicables hors des frontières de la décentralisation 506

Conclusion Titre 1 512

Titre 2: La correction du risque de discrimination par l'approche intégrée 516

Chapitre 1: L'approche par le risque de la discrimination 520
Section 1: L'analyse de la vulnérabilité face à la discrimination 521
§1) L'appréhension de l'écosystème de la discrimination 522
A) L'approche globale de la discrimination 522
1) La discrimination, un comportement universel 522

2) La discrimination, un phénomène systémique 526
B) La détermination du risque de discrimination 532
1) Les causes de la discrimination 532
2) Les effets de la discrimination 537
§2) Les limites du droit de la non-discrimination 540
A) Les apories de l'action en justice pour les publics discriminés 541
1) Les difficultés de l'action individuelle 542
2) Les insuffisances de l'action collective 545
B) Les dangers de la décision publique pour les acteurs des collectivités territoriales 549
1) Les biais cognitifs des décideurs locaux 549
2) L'environnement institutionnel de la collectivité 552
Section 2: L'action de prévention face à la discrimination 558
§1) Les modalités juridiques de la prévention des discriminations 558
A) Les obligations de prise en charge du risque par la collectivité – « Hard law » 559
1) Les risques d'inaccessibilité des personnes en situation de handicap 559
2) Les risques psychosociaux des agents victimes de harcèlement 564
B) Les incitations à tenir compte du risque dans la collectivité – « Soft law » 570
1) Les référentiels de bonnes pratiques 570
2) La régulation multi-niveaux 575
§2) Les moyens administratifs de la prévention des discriminations 579
A) La contractualisation de la démarche : les contrats de ville 580
1) La coconstruction de la politique de la ville 581
2) La mobilisation du droit commun 584
B) La planification des actions : les plans territoriaux de prévention et de lutte contre les discriminations 589
1) Les diagnostics territoriaux pour adaptés les objectifs 589
2) Les actions stratégiques pour remplir les objectifs 593
Chapitre 2: Le traitement « glocal » de la discrimination 597
Section 1: La réduction du risque dans la fonction d'employeur 598
§1) L'approche spécifique de l'organisation sociale 599
A) Le recrutement des publics les plus discriminés 599
1) L'insertion par l'entrée dans l'emploi public local 600
2) La représentativité de la fonction publique territoriale 604
B) Les conditions d'emploi des publics les plus discriminés 610
1) L'insertion par l'adaptation des conditions de travail 610
2) La vie privée dans la fonction publique territoriale 615
§2) L'approche universelle de l'organisation sociale 621
A) La gestion inclusive des effectifs 622

1) L'égalité effective dans le recrutement des agents 623
2) L'égalité effective dans la carrière des agents 627
B) La gestion inclusive des risques professionnels 630
1) Le cadre général de la prévention des risques professionnels 631
2) Les actions contre les risques professionnels discriminatoires 637
Section 2: La réduction du risque dans la fonction de régulateur 641
§1) L'approche spécifique de la régulation sociale 642
A) Les politiques de régulation descendante – « Top-down » 643
1) Le traitement d'un problème public national 643
2) La création d'un problème public national 650
B) Les politiques de régulations ascendantes – « Bottom-up » 656
1) Le traitement d'un problème public local : le fait religieux 656
2) La création d'un problème public local : les inégalités en outre-mer 661
§2) L'approche universelle de la régulation sociale 666
A) L'accès universel au marché : lutte contre les inégalités de départ 667
1) L'accès universel aux services publics locaux 667
2) L'accès universel aux biens essentiels 673
B) Le traitement universel sur le marché : la lutte contre les discriminations 677
1) L'amélioration de l'accès au droit des victimes de discrimination 677
2) La promotion de la lutte contre les discriminations auprès des partenaires 682

Conclusion Titre 2 689

Conclusion générale 693

Bibliographie 701

Index alphabétique des matières 745

Table de jurisprudence 749

Tables des matières 767