

Collection dirigée par Samantha Besson et Nicolas Levrat

# Egalité et non- discrimination en droit international et européen

## *Equality and Non- Discrimination in International and European Law*

Ouvrage édité par Samantha Besson  
et Andreas R. Ziegler

Avec la collaboration de  
Alexandre Biedermann

**LGDJ**  
lextenso éditions

Schulthess § 2014  
ÉDITIONS ROMANDES

# Sommaire/Contents

Table des matières/Table of contents.....	VII
Liste des contributeurs/List of contributors.....	XIII
Avant-propos/Foreword.....	1
SAMANTHA BESSON/ANDREAS R. ZIEGLER	
Introduction.....	5
SAMANTHA BESSON	
<b>I<sup>ÈRE</sup> PARTIE/PART I:</b>	
<b>FONDEMENTS DU DROIT ANTI-DISCRIMINATOIRE –</b>	
<b>FOUNDATIONS OF NON-DISCRIMINATION LAW.....</b>	<b>15</b>
Non-discrimination et équité au sein de l’OMC : la question de la migration des travailleurs.....	17
SYLVIE LORIAUX/ALEXIA HERWIG	
<b>II<sup>ÈME</sup> PARTIE/PART II:</b>	
<b>SOURCES DU DROIT ANTI-DISCRIMINATOIRE –</b>	
<b>SOURCES OF NON-DISCRIMINATION LAW.....</b>	<b>35</b>
Les justifications des mesures portant atteinte à l’interdiction des discriminations dans l’UE. <i>Vers une (ré-)conciliation entre la Charte et la CEDH ?</i> .....	37
STÉPHANIE U. COLELLA	
La non-discrimination, principe charnière d’interprétation : l’exemple de l’art. 2 ALCP.....	55
ODILE AMMANN	

**III<sup>ÈME</sup> PARTIE/PART III:**

**SUJETS DU DROIT ANTI-DISCRIMINATOIRE –**

**SUBJECTS OF NON-DISCRIMINATION LAW..... 77**

Welcome to the EU: Immigration and Non-Discrimination..... 79  
JOHAN ROCHEL

The International Rule of Law and Equality: Whose Equality?..... 101  
DENISE WOHLWEND

L'Union européenne : un ordre égalitaire, un ordre différencié.  
Regards croisés sur deux aspects d'un fonctionnalisme omniprésent..... 121  
AIKATERINI ANGELAKI

L'égalité de traitement verticale entre contractants faibles dans le  
régime européen des clauses abusives : un argument en faveur de  
l'extension du champ d'application personnel de ce régime..... 143  
MARIE GUILPAIN

**IV<sup>ÈME</sup> PARTIE/PART IV:**

**CRITÈRES DU DROIT ANTI-DISCRIMINATOIRE –**

**CRITERIA OF NON-DISCRIMINATION LAW..... 171**

Non-Discrimination on Grounds of Nationality in the EU: The  
Application of the Principle to Third Country Nationals..... 173  
TESSA PACI INNOCENTI

**V<sup>ÈME</sup> PARTIE/PART V:**

**MISE EN ŒUVRE DU DROIT ANTI-DISCRIMINATOIRE –**

**ENFORCEMENT OF NON-DISCRIMINATION LAW..... 195**

La fonction de la preuve dans le droit européen de la  
non-discrimination..... 197  
EDOUARD DUBOUT

# Table des matières/Table of contents

Sommaire/Contents .....	V
Table des matières/Table of contents .....	VII
Liste des contributeurs/List of contributors.....	XIII
Avant-propos/Foreword.....	1
SAMANTHA BESSON/ANDREAS R. ZIEGLER	
Introduction .....	5
SAMANTHA BESSON	
<b>I<sup>ÈRE</sup> PARTIE / PART I: FONDEMENTS DU DROIT ANTI-DISCRIMINATOIRE – FOUNDATIONS OF NON-DISCRIMINATION LAW .....</b>	
<b>15</b>	
<b>Non-discrimination et équité au sein de l'OMC : la question de la migration des travailleurs .....</b>	<b>17</b>
SYLVIE LORIAUX/ALEXIA HERWIG	
Introduction .....	17
I. L'OMC comme objet de la justice égalitaire.....	19
II. L'équité formelle au sein de l'OMC .....	25
III. L'équité substantielle au sein de l'OMC .....	29
Conclusion.....	32
<b>II<sup>ÈME</sup> PARTIE / PART II: SOURCES DU DROIT ANTI-DISCRIMINATOIRE – SOURCES OF NON DISCRIMINATION LAW.....</b>	
<b>35</b>	
<b>Les justifications des mesures portant atteinte à l'interdiction des discriminations dans l'UE. Vers une (ré-)conciliation entre la Charte et la CEDH ? .....</b>	<b>37</b>
STÉPHANIE U. COLELLA	
Introduction .....	37
I. Quelques remarques liminaires .....	39

II. Le régime juridique des justifications des mesures portant atteinte à l'interdiction des discriminations dans la Charte .....	41
A. Droit <i>versus</i> Principe de non-discrimination : une distinction conceptuelle .....	43
1. La distinction entre droit et principe .....	43
2. Les concepts de droit et principe de non-discrimination .....	45
B. ... sans fondement normatif ni consécration pratique .....	47
III. Le renvoi de la Charte au régime juridique de la CEDH .....	49
A. De la correspondance du droit à la non-discrimination .....	49
B. ... à la correspondance de leurs justifications .....	51
Conclusion .....	54

<b>La non-discrimination, principe charnière d'interprétation : l'exemple de l'art. 2 ALCP .....</b>	<b>55</b>
ODILE AMMANN	

Introduction .....	55
I. La non-discrimination dans l'ALCP : sources et délimitations .....	57
A. Le droit international public .....	57
1. Le droit international économique .....	57
2. Le droit international des droits de l'homme .....	58
B. Le droit de l'UE .....	59
II. Exemples de désaccords entre la Suisse et l'UE .....	62
A. Divergences politiques .....	62
B. Interprétations judiciaires croisées .....	63
1. La notion d'entrave .....	64
2. La citoyenneté européenne .....	65
3. La discrimination à rebours .....	66
III. La non-discrimination, charnière entre ordres juridiques .....	68
A. Une inégalité des interprètes .....	69
B. Le but de l'Accord, une question d'interprétation .....	70
C. L'art. 2 ALCP, un principe charnière d'interprétation ? .....	71
Conclusion .....	74

<b>III<sup>ÈME</sup> PARTIE / PART III: LES SUJETS DU DROIT ANTI-DISCRIMINATOIRE – SUBJECTS OF NON-DISCRIMINATION LAW .....</b>	<b>77</b>
---	-----------

<b>Welcome to the EU: Immigration and Non-Discrimination .....</b>	<b>79</b>
JOHAN ROCHEL	

Introduction .....	79
--------------------	----

I. Immigration to the EU and the principle of equality .....	82
A. Overview .....	82
B. Logical-rational application of equality .....	83
1. Would-be migrants in a similar situation .....	83
2. Illustration: the European Parliament’s challenge on family reunification .....	84
C. Prohibition of specific discriminatory grounds .....	85
1. A shift towards equality of status: a negative reading of equality.....	86
2. Illustration: racial-ethnic discrimination .....	88
D. The ambiguity of equality .....	89
II. On the respect due to individuals by a public authority .....	90
A. In general: incompatibility of certain grounds with the worth of human beings.....	91
B. In particular: identity-related grounds of discrimination .....	92
C. Integrating contextual evolutions .....	93
1. Context as legal, social and political space .....	94
2. Context as consistency challenge.....	95
Conclusion.....	97

**The International Rule of Law and Equality: Whose Equality? ..... 101**

DENISE WOHLWEND

Introduction .....	102
I. The rule of law and equality.....	103
A. The concepts .....	103
1. The rule of law .....	103
2. Equality.....	105
B. Their relationship .....	107
1. The relationship <i>stricto sensu</i> .....	107
2. The conceptions of equality at stake .....	109
II. The international rule of law and equality .....	111
A. Whose international rule of law? .....	111
1. The concept and its conceptions.....	111
2. For an inclusive conception .....	113
B. Whose equality? .....	115
1. The equality of individuals.....	115
2. The equality of states .....	117
Conclusion.....	119

**L'Union européenne : un ordre égalitaire, un ordre différencié. Regards croisés sur deux aspects d'un fonctionnalisme omniprésent..... 121**

AIKATERINI ANGELAKI

Introduction .....	121
I. Précisions terminologiques sur deux concepts génériques .....	123
A. L'égalité des États en droit de l'Union, un principe pluriel dans sa signification .....	123
B. La différenciation entre États en droit de l'Union, un concept fuyant.....	125
C. Les liens entre l'égalité et l'intégration différenciée .....	128
II. La prolifération de la différenciation comme expression de l'égalité souveraine des États.....	129
III. Le fonctionnement institutionnel de la différenciation face à l'égalité proportionnelle.....	132
IV. Les coopérations renforcées : cas de figure d'une égalité entre États en dépit de celle de leurs ressortissants ?.....	136
A. Le respect du principe de non-discrimination, instrument du maintien d'un socle commun.....	136
B. L'inclusion implicite de la citoyenneté dans le champ d'application matériel des coopérations renforcées .....	139
Conclusion.....	140

**L'égalité de traitement verticale entre contractants faibles dans le régime européen des clauses abusives : un argument en faveur de l'extension du champ d'application personnel de ce régime..... 143**

MARIE GUILPAIN

Introduction .....	144
I. Les champs d'application personnels des régimes européens des clauses abusives.....	146
A. Le champ d'application personnel <i>de lege lata</i> .....	146
1. Les contrats <i>B2C</i> .....	146
2. Un champ d'application personnel très restreint.....	148
B. Les champs d'application personnels <i>de lege ferenda</i> .....	150
1. Les propositions doctrinales.....	150
2. La proposition de la Commission européenne du 11 octobre 2011, relative à un droit commun européen de la vente.....	153
II. L'examen des dispositions relatives aux clauses abusives, dans la proposition du 11 octobre 2011, à l'aune du principe d'égalité de traitement .....	155
A. L'étude de l'art. 20 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.....	156
1. La signification de l'art. 20 de la Charte.....	156
2. La valeur juridique de l'art. 20 de la Charte.....	158

- 3. La Commission européenne soumise à l’art. 20 de la Charte ..... 158
- B. L’application de l’art. 20 de la Charte aux dispositions relatives aux clauses abusives, dans la proposition du 11 octobre 2011 ..... 161
  - 1. La faiblesse du consentement du consommateur et la faiblesse du consentement des non-consommateurs : des situations comparables..... 161
  - 2. Une différence de traitement par le législateur européen ..... 167
  - 3. Une différenciation sans justification objective ..... 167
- Conclusion ..... 169

**IV<sup>ÈME</sup> PARTIE / PART IV: CRITÈRES DU DROIT ANTI-DISCRIMATOIRE –  
CRITERIA OF NON-DISCRIMINATION LAW ..... 171**

**Non-Discrimination on Grounds of Nationality in the EU: The  
Application of the Principle to Third Country Nationals ..... 173**  
TESSA PACI INNOCENTI

- Introduction ..... 173
- I. The clauses of non-discrimination of the Association Agreements ..... 175
  - A. The non-discrimination clauses ..... 175
  - B. The interpretation by analogy of the non-discrimination clauses ..... 177
  - C. Non-discrimination on grounds of nationality and the AAs wholly considered ..... 178
  - D. Conclusion ..... 179
- II. EEA-EFTA nationals ..... 180
  - A. The particular status of EEA-EFTA nationals ..... 180
    - 1. Free movement of persons in the EEA Agreement ..... 180
    - 2. Homogeneity ..... 181
  - B. The extension of the EU *acquis* about free movement of persons to the EEA Agreement ..... 183
    - 1. The incorporation of Directive 2004/38 into the EEA Agreement ..... 183
    - 2. The *Hells Angels* judgment of the EFTA Court: the exclusion of the concept of EU citizenship ..... 184
  - C. Non-discrimination on grounds of nationality and EEA-EFTA nationals ..... 188
  - D. Conclusion ..... 190
- Conclusion ..... 192



**V<sup>ÈME</sup> PARTIE / PART V: MISE EN ŒUVRE DU DROIT ANTI-DISCRIMINATOIRE  
– ENFORCEMENT OF NON-DISCRIMINATION LAW ..... 195**

**La fonction de la preuve dans le droit européen de la non-discrimination ..... 197**  
EDOUARD DUBOUT

Introduction .....	197
I. La révélation d'une discrimination factuelle .....	201
A. La preuve des manifestations de la discrimination.....	201
1. Comparaison .....	201
2. Disproportion .....	204
B. La preuve des motivations de la discrimination .....	207
1. Présomption .....	207
2. Procéduralisation.....	210
II. La régulation d'une non-discrimination plurielle.....	213
A. La fragmentation de la preuve dans la non-discrimination .....	214
1. Dérogations .....	214
2. Complications .....	217
B. La pondération de la non-discrimination par la preuve .....	219
1. Avec la liberté .....	220
2. Au sein de l'égalité .....	222