



CONCEPTS ESSENTIELS DE LA LÉGISLATION DE L'UE SUR LA DISCRIMINATION

Colm O'Cinneide

Professeur de droit, UCL

Introduction

Cette présentation aborde trois concepts essentiels : la discrimination directe, la discrimination indirecte et le harcèlement.

Discrimination directe

Dans les grandes lignes, les directives européennes contre la discrimination donnent toutes une définition identique de la discrimination directe, qui est souvent perçue comme le « cas d'école » de la discrimination en ce qu'elle désigne un traitement moins favorable fondé directement sur un motif protégé (le sexe, la race, le handicap, etc.).

Article 2, paragraphe 2, point a), de la directive 2000/78 (directive-cadre) : « une discrimination directe se produit lorsqu'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, sur la base de l'un des motifs [protégés] » Voir également l'article 2, paragraphe 2, point a), de la directive 2000/43 (directive sur l'égalité raciale), l'article 2, paragraphe 1, point a), de la directive 2006/54 sur l'égalité des chances et l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) (directive de refonte sur l'égalité entre les sexes) et l'article 2, point a), de la directive 2004/113/CE (biens et services).

Éléments essentiels

Trois éléments essentiels : (i) « traitement moins favorable », (ii) « situation comparable » et (iii) sur la base d'un motif protégé (sexe, race, handicap, etc.)

* Affaire C-54/07, *Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding / Firma Feryn NV* [2008] Rec. I-5187 : le « traitement moins favorable » s'étend aux déclarations qui dissuadent les membres de minorités ethniques spécifiques de postuler à un emploi et entravent ainsi leur accès au marché du travail.

* Affaire C-303/06, *Coleman / Attridge Law* [2008] Rec. I-5603 : la discrimination fondée sur l'association avec une autre personne (en l'espèce, un enfant handicapé) constitue un traitement moins favorable sur la base d'un motif protégé et, par conséquent, une discrimination directe.

* Affaire C-267/06, *Maruko / Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen* [2008] 2 CMLR 32 : le traitement moins favorable de couples homosexuels stables qui se trouvent dans une situation comparable aux couples hétérosexuels stables dont la relation est reconnue en droit constitue une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle car le traitement moins favorable en cause est appliqué à un groupe de personnes qui, par définition, ne peuvent être qu'homosexuelles - une « catégorie à part entière ».

[Cette conclusion est peut-être difficile à concilier avec *l'affaire C-79/99, *Schnorbus / Land Hessen* [2000] Rec. I-10997, dans laquelle la CJE a statué que le traitement moins favorable appliqué aux personnes qui n'avaient pas accompli le service national (femmes) n'était pas constitutif d'une discrimination directe. Elle concorde toutefois avec l'arrêt célèbre de la CJE dans l'affaire C-177/88, *Dekker / Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, [1990] Rec. I-03941, dans lequel la discrimination fondée sur la grossesse est considérée comme une forme de discrimination directe fondée sur le sexe car seules les femmes peuvent être soumises à ce type de traitement moins favorable. Dans cet arrêt, la CJE a déclaré que « la question de savoir si un refus d'engagement (...) peut constituer une discrimination fondée directement sur le sexe (...) dépend du point de savoir si la raison essentielle du refus d'engagement est une raison qui s'applique indistinctement aux travailleurs des deux sexes ou, au contraire, si elle s'applique exclusivement à l'un des deux sexes ».]

* Affaire C-83/14, *CHEZ / Nikolova*, arrêt du 16 juillet 2015 : affaire récente importante, dont il ressort qu'un traitement moins favorable qui est prétendument fondé sur des préjugés à l'égard des Roms et exerce une influence négative sur une personne non rom peut malgré tout être qualifié de discrimination directe.

* Voir également les affaires du « foulard », C-157/15, *Achbita* et C-188/15, *Boungaoui*, arrêts du 14 mars 2017, sur ce qui ne constitue pas une discrimination directe dans le contexte de la religion ou des convictions (comme cela sera analysé plus en détail ci-après).

Absence de pertinence de l'intention

Il est généralement admis que l'intention, ou une autre motivation inadéquate, n'est pas nécessaire pour constater une discrimination directe.

Voir l'affaire *Firma Feryn* précitée, ainsi que l'affaire *Birmingham* et l'affaire récente (controversée) au Royaume-Uni *R (à la demande de E) c. Organe directeur de la JFS et Comité de recours sur les admissions de la JFS* [2009] UKSC 15.

Absence de justification

En vertu du droit de l'UE, une discrimination directe ne peut pas être justifiée. C'est un principe fondamental. Voir, par exemple, l'affaire *Firma Feryn* précitée : une discrimination pratiquée en raison d'inquiétudes quant à la réaction des clients reste illégale. Voir également l'exemple intéressant, au Royaume-Uni, de l'affaire *R c. Birmingham CC ex parte EOC* [1989] IRLR 173, [1989] AC 1155, 2 WLR 520, 1 All ER 769, HL.

Une exception peut être acceptée pour l'âge. Voir l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 et l'affaire C-45/09, *Rosenblatt* [2010] Rec. I-9391.

Exigence professionnelle essentielle

Les employeurs peuvent toutefois opérer une distinction entre les personnes pour mettre en œuvre une « exigence professionnelle essentielle » (EPE). Voir l'article 4 de la directive sur l'égalité raciale (2000/43), l'article 4 de la directive-cadre (2000/78), l'article 14, paragraphe 2, de la directive de refonte (2006/54) et l'article 4, paragraphe 5, de la directive sur les biens et services (2004/113/CE). Voir également l'affaire C-229/08, *Wolf / Stadt Frankfurt am Main*, CJE, Grande Chambre, arrêt du 12 janvier 2010 (aptitude physique requise pour être pompier) pour un exemple d'EPE. Il faut toutefois aussi remarquer l'affaire C-341/08 *Petersen / Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe* [2010] Rec. I-47, dans laquelle la CJE a souligné qu'il devait être démontré qu'une telle exigence était véritablement considérée comme indispensable à l'accomplissement des tâches inhérentes à l'emploi en cause.

Il convient également de garder à l'esprit l'article 2, paragraphe 5, de la directive 2000/78 sur la sécurité/la sécurité publique.

Voir également les affaires du « foulard », C-157/15, *Achbita* et C-188/15, *Bouagnaoui*, arrêts du 14 mars 2017, sur ce qui ne constitue pas une EPE (comme cela sera analysé plus en détail ci-après).

Grossesse / Âge

La discrimination fondée sur la grossesse est une forme spécifique de discrimination directe. Voir l'article 28, paragraphe 1, de la directive de refonte et l'affaire C-177/88, *Dekker* [1990] Rec. I-3941, décrite ci-dessus.

Une discrimination directe fondée sur l'âge peut être objectivement justifiée, ainsi que cela a été mentionné ci-dessus.

Discrimination indirecte

L'interdiction légale de la « discrimination indirecte » (ou du « disparate impact » selon la terminologie du droit des États-Unis) a pour finalité de démanteler les obstacles institutionnels ou structurels à la réalisation de l'égalité.

Aux termes de l'article 2, paragraphe 1, point b), de la directive 2006/54 (directive de refonte), la discrimination indirecte est « la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires ». Voir également l'article 2, paragraphe 2, point b), de la directive 2000/78 (directive-cadre), l'article 2, paragraphe 2, point b), de la directive 2000/43 (directive sur l'égalité raciale) et l'article 2, point b), de la directive 2004/113/CE (biens et services).

Éléments essentiels

Trois éléments essentiels : (i) « une disposition, un critère ou une pratique neutre », qui (ii) soumet un groupe spécifique défini en ce que ses membres présentent une caractéristique protégée (âge, sexe, etc.) à un « désavantage particulier » par rapport à un autre groupe et qui (iii) ne peut être « objectivement justifié » par référence à une analyse de proportionnalité.

* Affaire C-170/84, *Bilka Kaufhaus* [1986] Rec. 1607 : le traitement moins favorable des travailleurs à temps partiel peut constituer une discrimination indirecte sur la base du sexe.

* Affaire C-171/88, *Rinner Kuhn* [1989] Rec. 2743 : de simples « généralisations » ne suffisent pas à établir une justification objective même si la législation nationale peut bénéficier d'une certaine marge de manœuvre pour autant que les moyens instaurés répondent à un « but nécessaire de sa politique sociale » et soient « aptes à atteindre l'objectif poursuivi » et « nécessaires à cet effet ».

* Affaire C-167/97, *R. c. SoS for Employment ex p Seymour Smith* [1999] Rec. I-623 : « dans l'hypothèse où un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins serait en mesure de remplir la condition de deux années d'emploi imposée par la règle litigieuse, il incombe à l'État membre, en sa qualité d'auteur de la règle présumée discriminatoire, de faire apparaître que ladite règle répond à un objectif légitime de sa politique sociale, que ledit objectif est étranger à toute discrimination fondée sur le sexe et qu'il pouvait raisonnablement estimer que les moyens choisis étaient aptes à la réalisation de cet objectif » (point 77). À nouveau, de « simples affirmations générales » ne sont pas suffisantes.

* Affaire C-127/92, *Enderby c. Frenchay Health Authority* [1993] Rec. I-5535 : « si la rémunération afférente aux emplois d'orthophoniste est sensiblement inférieure à celle afférente aux emplois de pharmacien et si les premiers sont presque exclusivement tenus par des femmes alors que les seconds sont principalement occupés par des hommes, une telle situation révèle une apparence de discrimination fondée sur le sexe dès lors, du moins, que les deux fonctions en cause ont une valeur égale et que les données statistiques caractérisant cette situation sont valables » (point 16) ; « La circonstance que la détermination des rémunérations en cause résulte de négociations collectives qui ont été menées séparément pour chacun des deux groupes professionnels concernés et qui n'ont pas eu d'effet discriminatoire à l'intérieur de chacun de ces deux groupes ne fait pas obstacle à la constatation d'une discrimination apparente » (point 22) ; « Si (...) le juge national a pu déterminer précisément la part de la majoration salariale qui est imputable à la situation du marché, il doit nécessairement admettre que la différence de rémunération est objectivement justifiée dans la mesure de cette part. Il convient de rappeler, en effet, que le principe de proportionnalité s'impose aux autorités nationales lorsqu'elles ont à appliquer le droit communautaire. » (point 27).

Affaire C-132/11, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH c. Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH*, arrêt de la Cour du 7 juin 2012 : dans cette affaire, un tribunal autrichien a demandé à la CJUE si la convention collective en cause établit une discrimination indirecte à l'encontre des travailleurs plus âgés en ne tenant compte que des compétences et des connaissances qu'ils ont acquises en tant que membre du personnel d'une compagnie aérienne déterminée et pas d'une autre, alors que les connaissances acquises sont « matériellement identiques » dans les deux cas. La CJUE a toutefois statué que la différence de traitement de l'espèce n'était « pas, directement ou indirectement, fondée sur l'âge ni sur un événement lié à l'âge ». En conséquence, aucun problème de discrimination indirecte ne se posait. Une différence de traitement doit affecter un groupe spécifique défini par l'âge ou une autre caractéristique protégée quelconque ou entraîner une différence flagrante entre différentes catégories de personnes sur la base d'un motif d'interdiction de la discrimination pour qu'une discrimination indirecte puisse être alléguée.

C-83/14, *CHEZ c. Nikolova*, arrêt du 16 juillet 2015 : est-il suffisant que la ou les personnes concernées subissent les effets négatifs d'une forme de qualification « par association » ?

Voir également les affaires C-157/15, *Achbita* et C-188/15, *Bougnaoui*, arrêts du 14 mars 2017 : il a été considéré que les restrictions imposées par un employeur privé aux membres de son personnel qui portaient le foulard constituent une discrimination indirecte potentielle et doivent être objectivement justifiées. Pour une analyse plus approfondie, voir : <https://eutopialaw.com/2017/03/18/achbita-and-bougnaoui-raising-more-questions-than-answers/>

Harcèlement

Une fois encore, une définition similaire du *harcèlement* figure dans les différentes directives européennes contre la discrimination, excepté que le *harcèlement sexuel* est également interdit en ce qu'il constitue une forme de discrimination distincte et séparée.

Ainsi, les articles 2, paragraphe 1, et 2, paragraphe 3, des directives 2000/43 et 2000/78 interdisent tout « comportement indésirable » lié à un motif d'interdiction de la 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 ». Toutefois, l'article 2, points c) et d), de la directive 2004/113/CE (biens et services) interdit également le « harcèlement » tel que défini dans les directives précitées, *mais aussi* le « harcèlement sexuel », qui est défini comme « 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 ».

Dans l'affaire C-303/06, *Coleman c. Attridge Law* [2008] Rec. I-5603, il a été demandé à la CJE si l'interdiction du harcèlement inclut la situation dans laquelle une travailleuse est victime d'un comportement indésirable constitutif de harcèlement qui est lié au handicap de son enfant auquel elle dispense l'essentiel des soins nécessaires. Dans le droit fil de ses constats sur la discrimination directe par association (évoqués ci-dessus), la Cour a conclu que l'interdiction du harcèlement doit couvrir ce type de situation. Un aspect particulièrement important dans le raisonnement de la Cour tient à la manière dont elle a souligné que le harcèlement doit être traité comme une forme de discrimination conformément aux dispositions établies à l'article 2, paragraphe 1, de la directive. En d'autres termes, les dispositions des directives relatives au harcèlement doivent également être interprétées et appliquées selon l'approche interprétative générale qui est appliquée aux autres dispositions de ces directives. L'analyse succincte exposée dans l'arrêt *Coleman* ne précise toutefois pas comment les éléments spécifiques de la définition du harcèlement figurant à l'article 2, paragraphe 3, des deux directives doivent être interprétés. Elle ne fait pas non plus la clarté sur le sens à donner à la disposition de l'article 2, paragraphe 3, selon laquelle « la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres ».

Le droit national est toutefois à l'origine d'études de cas intéressantes : voir, par exemple, au Royaume-Uni, *Reed & Bull c. Stedman* [1991], dont il ressort que le point de vue de la victime de harcèlement est déterminant et que l'employeur doit prévenir le harcèlement de façon proactive (critère mixte objectif/subjectif), et *Richmond Pharma c. Dhaliwal* [2009], soit deux types d'affaires, impliquant l'« objet » et l'« effet », et le critère mixte objectif/subjectif est appliqué : les tribunaux

doivent tenir compte du ressenti du plaignant (élément subjectif), mais dans l'ensemble, ils doivent apprécier s'il était raisonnable pour le plaignant d'avoir ce ressenti ou cette impression (norme objective) et examiner pourquoi l'auteur des faits a eu le comportement en cause.

Remarques complémentaires

Les deux éléments suivants méritent d'être signalés :

Comparateurs

Affaire C-253/09, *Commission / Hongrie*, point 50 : « (...) selon une jurisprudence bien établie, une discrimination ne peut naître que de l'application de règles différentes à des situations comparables ou de l'application de la même règle à des situations différentes (...) ». Il peut être difficile d'identifier une personne pouvant être qualifiée de « comparateur », tant pour la discrimination directe que pour d'autres formes de discrimination. Voir, par exemple, pour la discrimination indirecte, l'affaire C-256/01, *Allonby c. Accrington & Rossendale College* [2004] Rec. I-00873, dans laquelle les travailleurs ne pouvaient comparer leurs conditions de travail à celles d'autres personnes également employées par un employeur commun selon une « source unique ».

Charge de la preuve

Dans certaines circonstances, la charge de la preuve doit être renversée en cas d'allégation de discrimination.

Voir, par exemple, l'article 8 de la directive 2000/43/CE : - « dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte » - « il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ».

c.o'cinneide@ul.ac.uk

16/10/2017