

CONCEPTS CLÉS DE LA LÉGISLATION EUROPÉENNE EN MATIÈRE D'ÉGALITÉ

La discrimination et le harcèlement direct et indirect



Cette session de formation a été financée par la Commission européenne.

Loi européenne contre la discrimination I Webinar de l'ERA pour les praticiens du droit I 24 juin 2021
Dr. Raphaële Xenidis, boursière Marie Curie, iCourts

PRESENTATION

- 1 DISCRIMINATION DIRECTE**
 - Définition et sources juridiques
 - Jurisprudence
- 2 LA DISCRIMINATION INDIRECTE**
 - Définition et sources juridiques
 - Jurisprudence
- 3 HARCÈLEMENT**
 - Définition et sources juridiques
- 4 AUTRES CONCEPTS**
 - Discrimination par association
 - Discrimination multiple et intersectionnelle

1 Discrimination directe

- ⇒ Art. 2(2)(a) Directive 2000/43 (égalité raciale)
⇒ Art. 2(2)(a) Directive 2000/78 (cadre général)

“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*, en *raison de* "... l'origine raciale ou ethnique, l'âge, le handicap, la religion ou les convictions, l'orientation sexuelle..."

 3 critères

I. Traitement différencié

Exemple : discrimination directe fondée sur la religion

C-193/17 *Cresco*, un jour férié payé le vendredi saint est accordé aux employés qui sont membres de certaines églises mais pas d'autres.

- L'intention n'est pas requise

C-177/88 *Dekker*, point 24 : "si [...] la responsabilité pour violation du principe d'égalité de traitement était subordonnée à la preuve d'une faute [...], l'effet pratique [du principe d'égalité de traitement] serait considérablement affaibli".

- Déclarations publiques et discrimination comme moyen de dissuasion

C-507/18 *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, para. 42-23, approfondissement de *Feryn* et *Accept*

2. En raison d'un motif protégée



En raison d'un motif protégé : dans l'affaire C-414/16 *Egenberger*, l'employeur n'a pas sélectionné la candidate en raison de sa religion.



Et des caractéristiques "inséparables" :

- C-267/06 *Maruko*, C-147/08 *Römer*, C-267/12 *Hay* : la discrimination fondée sur l'état civil constitue une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle.
- C-499/08 *Ingeniørforeningen i Danmark* : une différence fondée sur le droit à une pension de vieillesse constitue une discrimination directe fondée sur l'âge
- C-356/09 *Kleist* : une différence fondée sur le droit à la pension de vieillesse constitue une discrimination sexuelle directe lorsque l'âge de la retraite est différent pour les hommes et les femmes.

3. Le test de comparaison



C-147/08 *Römer*, point 42. 42 : "il est exigé *non pas que les situations soient identiques*, mais *seulement qu'elles soient comparables* et, d'autre part, *l'appréciation de cette comparabilité doit être effectuée non pas de manière globale et abstraite, mais de manière spécifique et concrète*".



Opinion de l'AG (Avocat Général) Bobek dans l'affaire C-193/17 *Cresco* :

- Comparateur "**étroit**" : employés pour qui le Vendredi Saint est la célébration religieuse la plus importante \Leftrightarrow pas de comparabilité
 - Comparateur "**intermédiaire**" : les employés dont la célébration religieuse la plus importante ne coïncide pas avec un jour férié couvert par la législation nationale \Leftrightarrow pas clair
 - Comparateur "**large**" : les employés qui sont payés double le Vendredi saint \Leftrightarrow situation similaire
- pas une science exacte, sujette à l'instrumentalisation !

La discrimination directe : un régime fermé de justifications

- **Exigences professionnelles réelles et déterminées** (art. 4 et 4.1 de la directive 2000/43 et 2000/78) : "lorsque, en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du contexte dans lequel elles s'exercent [...] à condition que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée".

Exemple : C-258/15 *Salaberria Sorrondo*, C-188/15 *Bougnaoui*

- **Dérogations liées à l'âge** (art. 6 de la directive 2000/78)

Ex:ample : C-143/16, *Abercrombie & Fitch*

- **Exigences professionnelles relatives aux organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions** (art. 4(2) de la directive 2000/78)

Exemple : C-414/16 *Egenberger*, C-414/16 *IR contre JQ*

- **Aménagement raisonnable** (article 5 de la directive 2000/78), **discrimination positive** (article 5 de la directive 2000/43 et article 7 de la directive 2000/78), **forces armées** (article 3, paragraphe 4, de la directive 2000/78), **ordre public, sécurité, santé et protection des droits et libertés** (article 2, paragraphe 5, de la directive 2000/78).

Evaluation critique de la doctrine de la discrimination directe

Sur la même ligne de départ...

- L'égalité formelle : la formule aristotélicienne selon laquelle " les semblables doivent être traités de la même manière " est " tautologique " et " circulaire " en l'absence d'un point de référence normatif externe (Westen 1982).
- La logique de similitude/différence contrôle "l'accès aux revendications d'égalité" (MacKinnon 1990).
- Symétrie : version assimilationniste de l'égalité (Fredman 2016)

...mais des véhicules différents

- Le pouvoir de la définition des normes ?
- La prise en compte des différences ?
- Éliminer les désavantages ?

Raison d'être de la doctrine de la discrimination indirecte

- Le préjudice résultant de "l'application d'une même règle à des situations différentes" ou de "l'égalité de traitement de situations différentes" (Tobler 2005).
- Objectif : démanteler la discrimination structurelle, c'est-à-dire certains modes d'organisation de la société et les choix donnés qui reproduisent et amplifient les inégalités existantes.
- L'égalité réelle : compléter le principe d'égalité de traitement
- D'une approche centrée sur l'auteur des faits à une approche centrée sur l'effet discriminatoire d'une mesure ou d'une pratique.
- Au-delà du paradigme individuel : justice de groupe et dommages collectifs
- Asymétrie : traiter des groupes différents différemment

2 La discrimination indirecte

- ⇒ Art. 2(2)(b) Directive 2000/43 (égalité raciale)
- ⇒ Art. 2(2)(b) Directive 2000/78 (cadre général)

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 appartenant à un [groupe protégé] par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires".

1. Une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre

= formulée par référence à d'autres critères non liés à une caractéristique protégée

- Manifestement neutre par opposition à neutre *prima facie* ?
= neutre "ostensiblement" ou "à première vue", C-83/14, *Chez*, [93] & Opinion de AG Kokott, [92].
- Référence à la religion ou cibler un groupe religieux particulier ? C- 157/15 *Achbita* et discussion Kokott-Sharpston dans les avis *Achbita/Bouagnaoui*

2. Un désavantage particulier

- "Particulier" = disproportionné
- Mais aucune quantification ou seuil n'est indiqué
- Évaluation contextuelle de l'impact sur le groupe protégé
- Critère ouvert
- Peut être établi par tout moyen, y compris par des statistiques
- C- 157/15 *Achbita* : Une règle interdisant tout couvre-chef au travail pourrait imposer un désavantage particulier aux employés dont la religion impose le port d'un vêtement religieux couvrant la tête
- C-312/17 *Bedi* : la cessation de l'assistance fondée sur l'âge de la retraite la plus précoce désavantage les travailleurs handicapés

3. Le test de comparaison

C-223/19 *YS/NK*, opinion de l'AG Kokott, [64] : des comparaisons absolues entre les groupes concernés par la mesure donneraient "une image déformée" et "ne feraient qu'illustrer les conditions sociales de l'époque".

- contexte : déséquilibre "tout au plus lié à un état d'inégalité déjà existant".
- utilisation prudente des preuves statistiques : ruse des ratios entre les individus désavantagés et non désavantagés par les réformes au sein de chaque groupe affecté

Affaires jointes C-804/18 et C-341/19 *WABE* et C-157/15 *Achbita* : le désaccord entre l'AG Sharpston et Kokott/Rantos montre l'absence de consensus sur la manière de définir le bon groupe de comparaison.

- AG Sharpston : les employés dont la religion "impose" le port de vêtements religieux.
- AG Kokott et Rantos : tous les employés ayant une religion

Discussions récentes : champ d'application personnel, comparateurs et discrimination directe/indirecte

C-16/19 *VL / Szpital Kliniczny* (2021) : différence de traitement au sein d'un groupe protégé fondée sur la date de présentation du certificat d'invalidité.

- La Cour a donc été amenée à se prononcer sur la question de savoir si le champ d'application de la directive 2000/78, traditionnellement limité à l'interdiction de la discrimination entre les personnes qui présentent une certaine caractéristique protégée et celles qui n'en présentent pas, peut être étendu, par voie d'interprétation, de manière à couvrir des situations dans lesquelles des personnes présentant la même caractéristique protégée (en l'occurrence le handicap) sont traitées différemment" [28].
- La législation antidiscrimination de l'UE ne peut pas signifier que "l'interdiction de la discrimination prévue par cette directive se limite aux seules différences de traitement entre les personnes handicapées et les personnes non handicapées" [29].



Discrimination directe ou indirecte

Discussions récentes : champ d'application personnel, comparateurs et discrimination directe/indirecte

Affaires jointes C-804/18 et C-341/19 *WABE* : règles interdisant le port de couvre-chefs sur le lieu de travail (en cours)

- L'AG Rantos compare les employés religieux et non religieux = pas de discrimination directe
- L'ancien AG Sharpston (opinion parallèle) compare les employés portant des "vêtements religieux obligatoires" et les autres = "définition élargie de la discrimination directe" lorsqu'un "employeur impose un critère dont il sait ou devrait raisonnablement savoir qu'il placera inévitablement un membre d'un groupe particulier dans une position moins favorable sur la base de l'un des motifs protégés" par la Directive [263], voir également C-83/14 *Chez*

La discrimination indirecte : un régime de justification ouvert

Un test de proportionnalité à trois volets :

(1) Objectif légitime

Par exemple, C-270/16 *Ruiz Conejero*, [44] : lutte contre l'absentéisme au travail.

(2) Une mesure objective appropriée

Par exemple, C-270/16 *Ruiz Conejero*, [48] : la mesure "favorise-t-elle l'embauche et le maintien dans l'emploi" ?

(3) L'exigence de nécessité

Par exemple, C-312/17 *Bedi*, [66] : "afin d'examiner si une telle disposition va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis, il convient de replacer cette disposition dans son contexte et d'examiner les effets négatifs qu'elle est susceptible de causer aux personnes concernées".

= caractère raisonnable et minimisation du préjudice

→ Variation contextuelle du test : C-223/19 *YS/NK*, opinion de l'AG Kokott, [76] : "l'inégalité économique existante entre les sexes n'est pas exacerbée davantage", de sorte que "les exigences relatives à la justification de toute discrimination indirecte sont proportionnellement moins élevées".

3 Harcèlement

→ Art. 2(3) des directives 2000/43 et 2000/78

Le harcèlement est considéré comme une discrimination [...] lorsqu'un comportement indésirable lié à [l'origine raciale ou ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle] 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. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres".

- lien avec le motif protégé : champ d'application plus large
- renversement de la charge de la preuve lorsque le commencement de preuve est établi
- l'intention n'est pas nécessairement requise
- conditions cumulatives :
 - préjudice lié la dignité : subordination (rôle du pouvoir)
 - "environnement" : afin que cela soit possible de ne pas saisir une occurrence unique
- Par exemple, dans l'affaire C-303/06 *Coleman* : insultes, menaces de licenciement...

4 Autres concepts

Discrimination par association :

- C-303/06 *Coleman*, [66] : "L'interdiction du harcèlement prévue par ces dispositions n'est pas limitée aux seules personnes qui sont elles-mêmes handicapées. Lorsqu'il est établi que le comportement indésirable constitutif de harcèlement dont est victime un salarié qui n'est pas lui-même handicapé est lié au handicap de son enfant, dont la garde est assurée principalement par ce salarié, un tel comportement est contraire à l'interdiction de harcèlement".

Discrimination multiple et intersectionnelle :

- C-443/15 *Parris*, opinion de l'AG Kokott, [153] : " La combinaison de deux ou plusieurs motifs différents de différence de traitement est une caractéristique qui confère une nouvelle dimension à une affaire telle que celle-ci et doit être dûment prise en compte dans son appréciation au regard du droit de l'Union".

Merci !
Ďakujem !

✉ raphael.xenidis@jur.ku.dk

🐦 @raphaexenidis