



Définitions et Concepts

Prof. Dr. Marc De Vos

But & Limites

- Non-discrimination & droit de l'UE: concepts généraux
- Approche pédagogique & introductive
- Exclu(e)s:
 - Champs d'application personnels
 - Droit de la preuve
 - Régimes spéciaux: âge, handicap, religion

Structure

- Éléments constitutifs de la discrimination prohibée
- Discrimination directe, indirecte et positive et harcèlement
- Justifications



Bref rappel des principes

Les principes acquis

- “Le traitement différent de situations comparables, ou le traitement identique de situations incomparables” = discrimination
- Causalité avec le trait protégé
- Discrimination directe : l’individu
- Discrimination indirecte : le groupe

Principe général de droit communautaire

- Sexe, âge...
- Niveau horizontal et vertical
- Pas d'interdiction de la discrimination sur la base de la santé (affaire C-13/05, *Chacón Navas*)
- Seulement dans le champ d'application du droit de l'Union (affaire C-427/06, *Bartsch*)

Attention

- Pas de théorie ou de définition exhaustive de la discrimination
- Évolution organique, souvent sous l'impulsion de la jurisprudence
- Toujours en cours d'évolution
- Échanges entre la CJUE et les juridictions nationales



Éléments constitutifs de la discrimination prohibée

Eléments constitutifs

- Traitement
- Causalité avec le trait protégé
- Comparaison

Traitement

- Action ou inaction
- Individuel ou collectif
- Traitement *moins favorable* :
 - Différent + négatif
 - Etendu de la différence
 - Approche à la fois ponctuelle et totale

Traitement

- Traitement v. intention ou paroles
- *Feryn C-54/07* (2008): déclaration publique susceptible d'affecter le groupe protégé
- CJUE :
 - Examen du but et de l'effet de la déclaration
 - Discrimination directe, même sans victime
 - Présomption de discrimination pour les victimes potentielles

Causalité

- Lien causal entre le traitement et le trait protégé
- Causalité objective :
 - Motivation ou intention n'est pas déterminante
 - Origine externe est couverte: p.ex. les clients ou le marché
 - Perception fautive est couverte
 - Protection par association est possible

Causation

- Cause primaire (nécessaire/déterminante) v. cause secondaire
- Importance de la preuve (technique de la présomption)

Comparaison

- Comparaison = discrimination formelle
- Dans l'emploi: la même entreprise, sauf unicité de la source
- Avec une personne ou un groupe de personnes dans une situation objectivement (in)comparable, abstraction faite du trait protégé: le '*comparateur*'
- Comparaison dans le **cas concret** de l'espèce, p. ex. égalité de rémunération pour un « même travail »

Comparison

- Présent et réel
- Présent ou passé et réel
- Présent ou passé et réel ou potentiel:
la disparition du comparateur



Discrimination directe, indirecte et positive

Discrimination directe

- Traitée moins favorablement “qu’une autre ne l’est, ne l’a été ou ne le serait dans une situation comparable”
- Causalité : remplit *a priori* la comparaison

Exemples

- L'âge :
 - Dans les ressources humaines
 - Dans les barèmes
 - L'âge dans le licenciement individuel et collectif
 - Importance des justifications
- La race et la religion :
 - Discrimination ouverte exceptionnelle

Discrimination indirecte

- “un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes”
- Conséquences “discriminatoires” (présomption)
- Situation comparable

Discrimination indirecte

- Analyse statistique :
 - pourcentage nettement plus élevé est affecté : « **nombre sensiblement supérieur** »
 - L'impact statistique doit être observé au niveau où la mesure/la loi en cause a été adoptée (*Allonby, Voss*), pas au niveau où elle est appliquée.
 - Difficile de composer des groupes de référence et de recueillir des données qui sont **pertinentes sur le plan statistique et couvrent une période suffisante**

Discrimination indirecte

- **Impact potentiel** : *“est susceptible d’entraîner un désavantage particulier”*
- ***Probabilité intrinsèque et effet théorique*** – il n'est pas établi clairement en quoi un désavantage doit être « particulier »

Tyrolean Airways C-132/11

- “(...) une différence de traitement en fonction de la date de recrutement par l’employeur concerné (...) n’est pas, directement ou indirectement, fondée sur l’âge (...). Ladite disposition se fonde dès lors sur un critère qui n’est ni indissociablement ni indirectement lié à l’âge des salariés

Exemples

- Ancienneté ou expérience ➡ âge
- Ouvrier ou employé ➡ race, origine ethnique
- Organisation du temps de travail ➡ religion
- Conditions vestimentaires ➡ religion
- Connaissance de la langue ➡ race, origine ethnique
- Critères de sélection (expérience, diplômes etc.)
➡ race

Exemples concernant le sexe

- Ancienneté
- Exigences physiques
- Temps partiel / temps plein
- Absentéisme

Exemple: diplôme, recrutement et race

- Approche statistique classique :
 - Déterminer le groupe des candidats et les pourcentages
 - Déterminer le groupe des recrutés et les pourcentages
 - Au sein de l'entreprise visée, pour les différentes fonctions
 - Statistiquement fiable & pendant une période suffisamment longue

Exemple: diplôme, recrutement et race

- Approche de la discrimination potentielle :
 - Ethno-stratification dans le système scolaire

Discrimination directe/indirecte : limite parfois floue

- Grossesse - transsexualité - orientation sexuelle

☞ *Si un critère « neutre » est
indissociable du trait protégé dans la
mesure où seules les personnes
protégées peuvent être affectées :
discrimination directe*

Discrimination ‘positive’

- Action positive vs. Discrimination positive
- Directives autorisent :
 - Pour assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle,
 - le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques
 - pour prévenir ou compenser des désavantages liés aux traits protégés

Discrimination ‘positive’

- Egalité formelle = règle / discrimination positive = l’exception
- Contenu objectif: clairement & objectivement adresser les désavantages du groupe favorisé
- Déséquilibre réel au niveau du groupe
- Appropriée & nécessaire: proportionnalité
- Pas de quotas automatiques

La clé: Proportionalité

- **Objectif légitime :**

- Peut varier selon le motif, mais codifié pour le sexe
- Teneur objective
- Diversité comme but en soi : suspecte

- **Efficacité :**

- Déséquilibre réel et avéré - Dans quelle mesure ?
Où ? Réduction progressive ou seulement temporaire ?
- Quelle efficacité ? Effets pervers ?

- **Nécessité :**

- Alternatives ? Rapport coût/bénéfice ? Conception au plus près des besoins ?

Discrimination sur l'âge v marché: art. 6 D2000/78

- “Nonobstant (...) des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. Idem

Cohérence de la CJUE

Discrimination « positive » fondée sur l'âge

- Quel est le degré d'efficacité d'une mesure efficace ?
- Quel est le degré de nécessité d'une mesure nécessaire ?

Cour de Justice

- “Dès lors, compte tenu de la large marge d’appréciation (...) il n’apparaît pas déraisonnable pour les partenaires sociaux d’estimer qu’une mesure telle (cessation automatique des salariés ayant atteint l’âge de départ à la retraite) puisse être appropriée pour atteindre les objectifs évoqués précédemment.”



Types particuliers de discrimination

Demander de discriminer = discriminer

- L'ordre de pratiquer une discrimination **sur la base du trait X** équivaut à une discrimination fondée sur le trait X.
- À la fois la personne qui donne l'ordre et celle qui l'exécute peuvent être incriminées.

Harcèlement = Discrimination

- Comportement indésirable (verbal, non verbal et corporel) - 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.
- Harcèlement: comportement indésirable **LIÉ au trait X d'une personne**
- Harcèlement sexuel: comportement de nature sexuelle non désiré

Harcèlement = Discrimination

- Tout traitement moins favorable reposant sur :
 - Le refus du harcèlement par une personne
 - La soumission d'une personne au harcèlement



Justifications: Principes

Contexte

- En cas de plainte établissant la présomption d'une discrimination interdite, le défendeur peut :
 - Contester l'existence d'une présomption
 - Réfuter la présomption par une raison objective
 - Reconnaître la discrimination, mais tenter de la justifier

Principes

- Une discrimination directe ne peut être justifiée excepté si elle est expressément autorisée (système fermé)
- Une discrimination indirecte peut être justifiée (système ouvert)

Discrimination directe

- Principe : aucune justification possible, sauf celles autorisées expressément par la loi
- Les justifications autorisées :
 - L'âge: politique de l'emploi & formation prof.
 - La religion et les convictions dans l'église et les *Tendenzbetriebe*
 - Le trait protégé constitue une *exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée*

Discrimination directe fondée sur le sexe : exigence professionnelle essentielle et déterminante

- **Possibilité pour les EM** : Exigence professionnelle essentielle et déterminante
- Objectif légitime (non-discriminatoire)
- L'exigence doit être proportionnée - ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire
- Cela reste exceptionnel et à évaluer dans le cas concret

Discrimination indirecte

- Justification générale :
 - 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, ”

Discrimination indirecte

- Objectif légitime (non-discriminatoire)
- Mesure effective vis-à-vis l'objectif
- Mesure appropriée et nécessaire : absence d'alternatives moins discriminatoires pour atteindre l'objectif légitime
- A évaluer dans le cas concret – ne pas généraliser ou stéréotyper?
- Le coût du respect de la non-discrimination ne constitue pas une justification

Exemples

- Ancienneté ou expérience ➡ âge
- Ouvrier ou employé ➡ race, origine ethnique
- Organisation du temps de travail ➡ religion
- Conditions vestimentaires ➡ religion
- Connaissance de la langue ➡ race, origine ethnique
- Critères de sélection (expérience, diplômes etc.)
➡ race



Conclusion

Conclusion

- Concepts relativement mûrs à utiliser comme outils
- L'implication et l'application des concepts permettent une marge d'interprétation étendue au niveau des EM
- Domaine en évolution constante
- La politique a dépassé la non-discrimination : intégration horizontale et action positive

Coordonnées

Prof. Dr. Marc De Vos
Université de Gand

marc.devos@ugent.be