

Voies de recours et sanctions en cas de discrimination

Jean-François NEVEN

Maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles (U.L.B.)

Avocat au barreau de Bruxelles

Vice-président du Conseil Bruxellois de l'Égalité F/H



Organisé dans le cadre du programme « Citoyens, égalité, droits et valeurs 2021-2027 » de la Commission Européenne

Introduction et présentation générale

- Textes:
 - Articles 7 à 15 de la directive 2000/43
 - Articles 9 à 14 + 16 et 17 de la directive 2000/78
- Principes issus de la jurisprudence en matière d'égalité F/H
- Souci d'effectivité: « *une égalité des chances effective ne peut être établie en dehors d'un système de sanctions approprié* » (Aff. C-14/83, *von Colson*, § 22...)
- Rôle important des principes généraux du droit (« coopération loyale », « équivalence », « effectivité », « primauté du droit de l'UE », « interprétation conforme »...)
- Incidence potentielle de la CEDH (art. 6 et 13) et de la Charte des droits fondamentaux (art. 21 et 47)

Introduction et présentation générale

	Directive 2000/43 (race)	Directive 2000/78 (cadre général – emploi)
Droit de recours individuel	+	+
Droit d'action des associations	+	+
Nullités, Sanctions effectives, proportionnées et dissuasives	+	+
Protection contre les rétorsions	+	+
Information et dialogue social	+	+
Organisme de promotion de l'égalité	+	0

1. Droit de recours

1.1. Droit de recours individuel (art. 9, § 1, directive 2000/78 + art. 7, § 1, directive 2000/43)

Obligation pour les Etats Membres de prévoir,

- une procédure judiciaire (ou administrative ?)
- accessible à toute personne qui s'estime victime d'une discrimination
- y compris lorsque les relations (de travail) ont pris fin
- possibilité de prévoir des procédures de conciliation

Conformité à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux (CJUE, 19 novembre 2019, C-585/18): recours effectif, procès équitable, tribunal indépendant et impartial,...

Mais cette obligation s'impose « sans préjudice des règles nationales relatives aux délais impartis pour former un recours en ce qui concerne le principe de l'égalité de traitement » (art. 9, § 3, directive 2000/78, art. 7, § 3, directive 2000/43)

Autonomie procédurale des Etats membres en ce qui concerne l'organisation des recours, dans le respect:

- du principe d'équivalence
- du principe d'effectivité

Principe d'équivalence

- les violations du droit de l'Union doivent être sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires

ex. une règle de prescription ne saurait être considérée comme contraire au principe d'équivalence dès lors qu'elle s'applique indépendamment du fait que la violation du droit invoquée relève du droit de l'Union ou du droit national.

- il appartient, en principe, à la juridiction nationale de vérifier le respect du principe d'équivalence: elle a une connaissance directe des modalités procédurales et est « la mieux placée pour examiner tant l'objet que les éléments essentiels des procédures prétendument similaires de nature interne (voir, CJUE, 27 février 2020, C-773/18 à 775/18, point 66).

Principe d'effectivité :

- les modalités procédurales ne peuvent rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union
- exemple: le principe d'effectivité ne s'oppose pas à ce que le délai de recours soit de 2 mois; toutefois, « le point de départ ne saurait être fixé de sorte que le travailleur risque de ne pas être en mesure de connaître, dans ce délai, l'existence ou l'importance de la discrimination dont il a été victime, » (voir, CJUE, 8 juillet 2010, *Bulicke*, C-246/09, point 40).

1.2. Droit de recours des associations

« Les États membres veillent à ce que les associations, les organisations ou les autres entités juridiques qui ont, conformément aux critères fixés par leur législation nationale, un intérêt légitime à veiller à ce que les dispositions de la présente directive soient 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 » (art. 9, § 2, directive 2000/78 + art. 7, § 2, directive 2000/43).

Pour le compte ou à l'appui du plaignant + approbation

Toutefois, possibilité d'élargir les actions des associations et de permettre une action en l'absence de victime identifiée (pour autant que pas purement hypothétique):

- « la directive [2000/78] ne s'oppose pas à ce qu'un État membre prévoie, le droit pour les associations ayant un intérêt légitime à faire assurer le respect de cette directive d'engager des procédures (...) visant à faire respecter les obligations découlant de ladite directive sans agir au nom d'un plaignant déterminé ou en l'absence de plaignant identifiable » (Aff. C-54/07, *Feryn*, voir aussi aff. C-81/12 *Accept*, aff. C-507/18, *NH*)
- « lorsqu'un État membre opère un tel choix, il lui appartient de décider à quelles conditions une association (...) peut engager une procédure (...). Il lui incombe notamment de déterminer si le but lucratif ou non de l'association doit exercer une influence » (aff. C-507/18, *NH*)

2. Nullités: conformité au droit de l'UE

Les Etats veillent à *supprimer* ou à *ce que puissent être déclarées nulles* toutes les dispositions des lois, règlements, contrats, conventions collectives, règlements intérieurs d'entreprise, statuts des professions indépendantes... contraires aux principes de l'égalité de traitement (art. 16 directive 2000/78 + art. 14 directive 2000/43).

L'article 16 « n'impose pas d'adopter des mesures déterminées »; laisse aux Etats « la liberté de choisir, parmi les différentes solutions (...), celle qui leur paraît la mieux adaptée à cet effet, en fonction des situations qui peuvent se présenter (CJUE, 22 janvier 2019, *Cresco*, aff. C-193/17, point 88).

La **mise en conformité** concerne aussi les juridictions nationales: quatre points d'attention pour le juge national !

2.1. Leveling up

le juge doit replacer le travailleur discriminé dans la même situation que celle des travailleurs « privilégiés »:

« dès lors qu'une discrimination, contraire au droit de l'Union, a été constatée et aussi longtemps que des mesures rétablissant l'égalité de traitement n'ont pas été adoptées, le respect du principe d'égalité ne saurait être assuré que par l'octroi aux personnes de la catégorie défavorisée des mêmes avantages que ceux dont bénéficient les personnes de la catégorie privilégiée. Les personnes défavorisées doivent ainsi être placées dans la même situation que les personnes bénéficiant de l'avantage concerné » (CJUE, *Cresco Investigation GmbH*, 22 janvier 2019, C-193/17, § 79 ; CJUE, 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16, § 76; CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15, § 66);

Dans l'attente d'une intervention du législateur et pour autant qu'existe un système de référence valable !

2.2. Principe de l'interprétation conforme

Le juge est tenu par le principe de l'interprétation conforme :

« *il incombe à une juridiction nationale, saisie d'un litige entre particuliers entrant dans le champ d'application de la directive 2000/78, lorsqu'elle applique les dispositions de son droit national, de les interpréter de manière telle qu'elles puissent recevoir une application conforme à cette directive* » (CJUE, 19 avril 2016, *Dansk Industri*, C-441/14)

Le juge doit prendre en considération « l'ensemble des règles du droit national » et les « méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci », au besoin, en modifiant une jurisprudence nationale bien établie

Le juge ne doit pas aller jusqu'à retenir une interprétation *contra legem*

2.3. Ecartement de la disposition nationale contraire

« à défaut de pouvoir procéder à une interprétation de la réglementation nationale conforme aux exigences du droit de l'Union, le juge national chargé d'appliquer, (...), les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'assurer le plein effet de celles-ci en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel » (CJUE, C-573/17, Poplawski, point 58).

Selon la jurisprudence récente, il faut que la contradiction existe avec une norme de droit UE ayant effet direct (CJUE, C-573/17, Poplawski, point 62).

2.4. Responsabilité de l'Etat pour défaut de transposition

Possibilité de retenir la responsabilité de l'Etat pour défaut de transposition en cas de violation « suffisamment caractérisée »

A apprécier en fonction:

- du degré de clarté de la règle violée,
- de la marge d'appréciation,
- du caractère involontaire du manquement ou du préjudice subi,
- du caractère excusable de l'éventuelle erreur de droit,
- de l'attitude des institutions de l'Union....

3. Sanctions effectives, proportionnées et dissuasives

3.1. Caractéristiques générales (art. 17 directive 2000/78; art. 15 directive 2000/43)

- Autonomie des Etats quant au choix des sanctions (civiles, pénales, administratives; réparatrices ou « pour l'avenir » ; financières, non-financières ...)
- Respect des principes :
 - 1° d'équivalence (cfr *ci-dessus*)
 - 2° de proportionnalité
 - 3° d'effectivité (caractère dissuasif des sanctions)
- Appréciation dans chaque cas (aff., C-271/91 *Marshall*, II, § 25)

3.2. Lignes directrices pour l'appréciation du caractère dissuasif

- Un recours n'est pas dissuasif lorsque les victimes pourraient être réticentes à faire valoir leurs droits (aff. *Accept*, § 67)
- La récidive peut être un indice de l'absence de sanctions dissuasives (*idem*)
- Une sanction dissuasive doit aussi être prévue lorsqu'il n'y a pas de victime identifiable (aff. *Feryn*, §§ 38 et 40, aff. *Accept*, § 62)
- Les sanctions ne peuvent être purement symboliques, mais ne doivent pas nécessairement être financières
- Caractère dissuasif d'un simple avertissement ? (aff. *Accept*)

3.3. Caractère dissuasif lorsque l'Etat membre choisit la « responsabilité civile » comme régime de sanction

- Une discrimination est nécessairement une faute :
 - « lorsqu'un État membre choisit une sanction s'inscrivant dans un régime de responsabilité civile, la violation du principe de non-discrimination constitue en soi une faute » (aff. C-177/88, *Dekker*, § 25)
- En cas de discrimination dans l'accès à l'emploi, la directive n'impose pas que l'employeur doive proposer un emploi au candidat discriminé
 - mais la réparation ne peut se limiter au remboursement des frais occasionnés par la candidature (aff. *Von Colson*, C-14/83): absence d'effet dissuasif réel
- Un licenciement discriminatoire peut être réparé par la réintégration ou par un dédommagement
 - Le dédommagement doit compenser « *intégralement les préjudices effectivement subis du fait du licenciement discriminatoires, selon les règles nationales* » (aff. C-271/91, *Marshall*, II, § 26).

- Un dédommagement forfaitaire (ou « plafond maximum fixé *a priori* ») n'est en principe pas dissuasif (aff. C-271/91, *Marshall*, § 32) sauf « *dans les cas où l'employeur peut prouver que le seul dommage subi par un demandeur est le refus de prendre en considération sa demande d'emploi* » (voir aff. C-180/95, *Draehmpaehl*, § 33)
- La directive n'impose pas de prévoir un « *dommage punitif* », mais ne l'interdit pas non plus (aff. C-407/14, *Arjona Camacho*, § 40); incidence éventuelle du principe d'équivalence, si le dommage punitif est prévu par le droit national dans des situations similaires (voir aff. C-407/14, *Arjona Camacho*, § 44)
- Lorsqu'il s'agit de réparer une situation échue, il faut prévoir des intérêts (aff. C-271/91, *Marshall*, § 32)

3.4. Sanction en cas de discriminations multiple

- La discrimination multiple associe divers motifs: « *le cumul ou la combinaison de motifs provoque des effets aggravés de non-intégration, de vulnérabilité, d'exclusion* » (I. Daugareilh, 2011)
- La discrimination multiple doit-elle être sanctionnée de manière spécifique ? - pas de solution explicite
- Le caractère dissuasif pourrait requérir que la sanction soit supérieure à ce qui aurait été d'application en cas de discrimination pour un seul motif
- La sanction doit toutefois rester proportionnée (or, le dommage matériel n'est pas nécessairement supérieur en cas de discrimination multiple...)

3.5. Exemples de sanctions particulières prévues en cas de discrimination, par certaines législations nationales

- Publication de la décision (dans la presse ou dans l'entreprise)
- Fermeture temporaire de l'entreprise
- Suspension temporaire du droit d'exercer une profession ou une activité nécessitant une autorisation des autorités publiques
- Réduction des subventions
- Ordre de cessation (sous peine d'astreinte)
- Exclusion des marchés publics....

3.6. Des sanctions et des procédures dont on ne peut pas abuser (aff. C-423/15, Kratzer)

- Circonstances assez particulières: *candidat à un emploi non pour occuper cet emploi mais pour obtenir une indemnisation : refus de participer à un entretien sauf si indemnisation préalable*

- Attitude potentiellement abusive (conditions voir § 37-41)

- Attention portée au risque d'instrumentalisation des procédures

- L'intéressé est susceptible de ne pas être considéré comme une victime ou une personne lésée

4. Protection contre les rétorsions

Objectif reconnu par la CJUE (avant que la protection ne soit prévue par la directive) : protéger le droit d'agir en justice

- assurer une protection contre toutes les mesures qu'un employeur pourrait adopter pour dissuader les travailleurs s'estimant lésés par une discrimination, d'agir en justice (aff. C-185/97, *Coote*, § 24)

- y compris, contre les mesures préjudiciables qui seraient infligées après la cessation de la relation de travail, comme un refus de fournir des références (aff. C-185/97, *Coote*, § 27)

« Les États membres introduisent dans leur système juridique interne les mesures nécessaires, pour protéger les travailleurs, contre tout licenciement ou tout autre traitement défavorable par l'employeur en réaction à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement » (art. 11 directive 2000/78 + art. 9 directive 2000/43)

Personnes protégées :

- la personne/le travailleur qui s'estime victime de discrimination et a déposé plainte
- le travailleur qui l'a soutenu(e).

Il n'est pas requis que ce travailleur soit intervenu « en qualité de témoin dans le cadre de l'instruction de cette plainte et que son témoignage réponde à des exigences formelles prévues par la réglementation » (voir CJUE, 20 juin 2019, *Hakelbracht*, C-404/18)

5. Organisme de promotion de l'égalité

« Les États membres désignent un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir, l'égalité de traitement entre toutes les personnes sans discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique. Ils peuvent faire partie d'organes chargés de défendre à l'échelon national les droits de l'homme ou de protéger les droits des personnes » (art. 13, § 1, directive 2000/43).

Missions (art. 13, § 2) :

- Aide aux victimes pour l'engagement d'une procédure
- Etudes et rapports indépendants
- Pouvoir de faire des recommandations sur toutes les questions liées aux discriminations

- A différentes reprises, la Commission (2010) et le Parlement ont constaté soit un manque d'indépendance, soit un manque de moyens et de réelle capacité d'agir dans le chef des Organismes de promotion de l'égalité
- Recommandation de la Commission du 22 juin 2018 "on standards for equality bodies" C(2018) 3850 final
- Rapport de 2021 précisant:
 - « Because Member States are responsible for the actual implementation of the provisions, there are divergences between equality bodies in terms of their mandate, powers, structure, leadership, independence, resources and effectiveness. In turn, these divergences have led to an unequal enforcement of the Directive across Member States, as regards the level and nature of protection and the promotion of equality and awareness-raising among the general public and national institutions.
 - Nevertheless, in most cases, equality bodies have proved to be key to promoting and enforcing equal treatment legislation. They have emerged as necessary and valuable institutions for change at the level of individuals, institutions and society at large".
- Proposition de directives visant à rendre obligatoire la désignation d'un organisme de promotion de l'égalité aussi pour directive 2000/78 (et 2006/54)

Conclusions

Rapport de la Commission européenne de 2021 sur l'application des directives 2000/43 et 2000/78:

« In practice, some difficulties in the implementation of the Directives seem to persist, e.g. in relation to compensation ceilings and cases without an identifiable victim. Some national courts tend to establish rather moderate levels of damages, favour non-monetary compensation or offer amounts of compensation at the lower end of the scale. Such tendencies may discourage victims from taking legal action or from asking for pecuniary compensation in court.

The Commission continues to monitor the standards applied in the use of sanctions and remedies in the Member States, although detailed information at national level is difficult to gather and often not available. (...) » (Explanatory Memorandum to COM(2021)139 - Application of Racial Equality Directive and Employment Equality Directive)

Merci de votre attention

jean-francois.neven@ulb.be