

La discrimination fondée sur la *race* et l'*orientation sexuelle* : Jurisprudence de la Cour de justice de l'UE

Margarita Ilieva, avocate
Experte pour la Bulgarie
Réseau européen du droit pour l'égalité
<https://www.equalitylaw.eu/>



Cette formation est financée dans le cadre du programme de la Commission européenne "Droits, égalité et citoyenneté" 2014-2020

Remarques préliminaires

- Aucune définition de la race/ethnicité (R/E) et de l'orientation sexuelle (OS) dans les directives
- R n'existent pas (préambule, directive sur l'égalité raciale)
 - Construction sociale, source de préjugés
- CJUE : définition non exhaustive de l'E dans l'affaire *CHEZ/Nikolova* (C-83/14)
 - Se réfère à la CEDH : R et E - "connexes, se chevauchant" ; la discrimination fondée sur E est raciale
 - Y compris "par association" : les personnes non porteuses d'une caractéristique, faisant partie du groupe cible
- *Paraskeva Todorova* (CEDH, 2010) - "appartenance ethnoculturelle", "origine rom", "communauté rom", appartenance à un "groupe minoritaire", "ethnicité" ; "racisme"

Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI C-507/18 (2020)

- Déclarations publiques homophobes
- Concerne le recrutement
- "Opinion personnelle" c. qualité d'employeur
- Aucun lien avec une vacance/procédure
- Liberté d'expression
- Qualité pour agir association - indemnisation

CJEU :

- Applicabilité
 - Malgré l'absence d'une procédure ouverte
 - Interprétation téléologique, et non pas étroite - objectif de la directive ; nature des droits, un principe fondamental
 - Référence à *Asociația Accept* (2013)
 - Condition : lien réel (et non hypothétique) avec les conditions d'emploi
 - Cour nationale - analyse complète
 - Sujet - influence décisive, réelle / façon dont elle est perçue
 - Nature des déclarations - liées à l'emploi, à l'intention de discriminer
 - Contexte - publicité

CJEU :

- La liberté d'expression - non absolue
 - Restrictions - objectif législatif, légitime, compatible
- Effet des déclarations - démotiver les candidats

- Qualité pour agir - également admissible *sans victime spécifique*, y compris l'indemnisation
- Sanctions - offrir une dissuasion suffisante *sans victime individuelle*

Asociația Acceptor C-81/12 (2013)

- Déclarations visant à empêcher l'emploi
 - Une personne n'ayant pas la capacité de représenter l'employeur
 - "Influence décisive" telle qu'elle est perçue

- Réfuter la présomption de discrimination (D) - un conflit avec la sphère personnelle
- Efficacité de la sanction - uniquement un avertissement

CJEU :

- Il n'est pas nécessaire d'avoir une victime identifiable pour avoir une D
 - Jurisprudence établie, *Feryn* (2008)
- Qualité pour agir en tant qu'ONG, pas de victime - recevable
- Modification de la charge de la preuve (CdP) dans de tels cas - admissible
- Déclaration - suffisante pour modifier la CdP (*prima facie* D) ?

CJEU :

- Examen des faits susceptibles de créer une présomption de D - juridiction nationale
 - Sujet sans capacité juridique - pas un obstacle < perception d'influence
 - L'employeur n'a pas adopté une position différente - facteur
 - L'absence de procédure - pas un obstacle
- Preuve rétroactive - aucune preuve que des personnes LGBT sont/ont été engagés
 - Conflit de la sphère personnelle
 - Facteurs liés à l'emploi - sans rapport avec la caractéristique
 - Règles internes explicites
 - Dissociation définitive des déclarations

CJEU :

- La sanction - une protection non pas symbolique mais réelle
- Avertissement - la juridiction nationale se prononce sur l'effectivité
 - Une publicité suffisante
 - Motifs des sanctions de suivi (cas de dommages)
 - ONG ?
 - En principe, selon le droit national, pour les infractions mineures - facteur négatif
- Interprétation conforme à une directive - résultat poursuivi

Firma Feryn C-54/07 (2008)

- Arrêt de principe (précédent)
- Déclaration d'exclusion des "immigrants"
- Directeur = employeur
- Préférences présumées du client
- L'autorité chargée de l'égalité perd une affaire
 - Il n'y a pas de personne concernée - un demandeur est rejeté

CJEU :

- Objectif de la directive - protection effective, inclusion/participation de tous > l'absence de victime ne constitue pas un obstacle
- Les déclarations démotivent les demandeurs - obstacles à l'accès
- D directe
- Qualité pour agir autorité chargée de l'égalité des chances, pas de victime - recevable
- CdP - la juridiction nationale à prendre en considération
 - Déclaration - suffisante pour une présomption
 - Réfutation - les déclarations ne correspondent pas à la politique réelle

CJEU :

- Sanctions
 - Sans victime également - pour être effective, dissuasif
 - Admissible :
 - Indemnisation de l'autorité chargée de l'égalité
 - Jugement de publicité aux frais du défendeur
 - Amende
 - Instruction de mettre fin à la D et de s'abstenir à l'avenir

CHEZ/Nikolova C-83/14 (2015)

- Compteurs électriques inaccessibles - depuis 1998 principalement dans les sections où la population rom est prédominante
 - *Belov*, C-394/11 (2013) - la Commission pour la protection contre la discrimination n'est pas une "cour ou un tribunal", demande irrecevable
- Abus présumé dans ces sections
- Mme N – est expressément non-Rom ; D directe, motifs "ethnicité"

CJEU :

- Applicabilité - interprétation téléologique, non étroite ; objectif - participation de tous ; nature des droits, principe fondamental
 - Directive - droit des consommateurs de contrôler et de réglementer
- "Origine ethnique" (OE) : "groupes sociaux marqués par une ethnicité/nationalité, une religion, une langue, une culture et des traditions communes"
 - Roms - incontestablement OE
 - L'interdiction de la discrimination ethnique couvre-t-elle les non-Roms ?
- "Pour des raisons d'OE" - pas nécessairement de la personne concernée > également des personnes qui ne sont pas de l'OE (*Coleman*, C-303/06, 2008) < protection de "toutes les personnes"

CJEU :

- Mme N. - victime de D directe/indirecte pour cause d'OE - souffre en de la même manière que le groupe cible
- D directe/indirecte - le tribunal national doit décider. Facteurs :
 - Uniquement dans les sections où la population est majoritairement rom
 - Déclarations selon lesquelles les abus sont principalement présents dans ces sections - stéréotypes raciaux
 - Déclarations ci-dessus - non prouvées, non spécifiques - "connaissance commune".
 - Refus de fournir des informations du défendeur - pertinent pour la présomption de D (Meister, C-415/10, 2012)
 - Pratique - coercitive, répandue - sans discernement, durable - non actualisée

CJEU :

- Traitement défavorable - stigmatisation ; impossibilité de contrôler la consommation
- Situation comparable - tous les consommateurs de la région par rapport au même fournisseur
- Si la pratique a été introduite/est maintenue en raison de l'OE > D directe
 - Réfutation - les facteurs sont objectifs même sans lien avec l'OE

CJEU :

- D. Indirecte :
 - "Apparemment neutre" = basé sur des facteurs non liés à l'OE
 - Aucune disposition ne peut définir la D indirecte comme un traitement fondé sur une caractéristique, c'est-à-dire un traitement différent
 - "Section avec abus" - un critère possible
 - Le traitement est appliqué universellement mais, en pratique, il affecte les porteurs d'une certaine OE de manière disproportionnée plus que d'autres - "traitement spécial défavorable".
 - Pas de critère "charge" ; "spécial" = les personnes touchées parmi les personnes ayant l'OE représentent une part plus importante que parmi les autres
 - Si des sections de population majoritairement rom s'avèrent être affectées par l'application du critère apparemment neutre "section avec abus" - une justification est nécessaire

CJEU :

- Possibilité d'acquittement :
 - Faible
 - Concept - interprétation étroite
 - Prouver les abus comme un fait : portée et actualité
 - Dans l'affirmative, la juridiction nationale doit vérifier s'il existe d'autres moyens moins restrictifs pour atteindre légitimement la prévention souhaitée
 - S'il existe d'autres moyens, il n'y a pas de justification
 - S'il n'existe pas d'autres moyens, la juridiction nationale doit décider si les restrictions sont excessives au regard de la prévention souhaitée - supérieure à ce que l'objectif est susceptible de justifier
 - Indiscriminé - universel
 - Intérêt des consommateurs reconnu par l'UE : accès aux mesures, conditions non insultantes

Coman

C-673/16 (2018)

- Mariage entre personnes de même sexe conclu dans un autre État membre de l'UE
- Liberté de circulation et de séjour, retour
- Refus de reconnaître le droit dérivé au séjour d'un conjoint ressortissant d'un pays tiers < le droit national ne reconnaît pas le mariage entre personnes de même sexe

CJEU :

- Refus inadmissible
 - La liberté de circulation implique qu'à leur retour, les citoyens de l'UE poursuivent normalement leur vie familiale établie pendant qu'ils résidaient dans un autre État membre de l'UE
 - Indépendamment du fait que le conjoint est un ressortissant de pays tiers
 - Citoyen de l'UE - statut fondamental, peut être réclaté au pays d'origine
 - Membres de la famille - droit dérivé de séjour sans limitation de durée
 - Sinon, les citoyens de l'UE seront démotivés pour exercer leur liberté de circulation
 - "Conjoint" - comprend une personne du même sexe

Jyske Finans C-668/15 (2017)

- Un établissement de crédit exige un document d'identité supplémentaire d'un citoyen danois qui n'est pas né au Danemark (mais en Bosnie)
- Elle ne l'exige pas des personnes nées au Danemark

CJEU :

- La différence de traitement n'est pas basée sur l'OE
 - Le pays de naissance n'est pas = une OE définie
 - Un certain nombre de facteurs pour l'OE, et pas seulement un ; liste dans l'affaire *CHEZ* - exemple

CJEU :

- D indirecte : le concept ne s'applique pas pour différencier des personnes avec différentes OE - toute personne née en dehors du Danemark
 - Il doit y avoir une OE en particulier d'identifiée

MI : Interprétation restrictive.

- Rejeté dans la littérature juridique.
- Contrairement à *Feryn* ? "Immigrants", c'est-à-dire toute personne venant de l'extérieur ; D directe.

E.B.

C-258/17 (2019)

- Un policier condamné pour tentative d'attentat à la pudeur avec des garçons
- Sanction disciplinaire - retraite anticipée, pension réduite de 25%.
- Le même acte avec des filles n'est pas un délit
 - La sanction disciplinaire serait plus clémente
 - Différence fondée sur l'orientation sexuelle

CJEU :

- Après le délai de transposition de la directive, conséquences futures de la sanction en ce qui concerne la pension réduite - modifier pour éliminer la D
- Le tribunal national doit recalculer - montant indépendamment de la nature homosexuelle de la relation

Meister

C-415/10 (2012)

- Multiples D - sexe, OE, âge
 - Ressortissante russe : éducation reconnue en Allemagne
- Emploi
 - Non invitée à un entretien concernant un poste pour lequel elle est qualifiée
 - Deux fois
 - Aucune explication
 - Dans ce cas, l'employeur ne prétend pas qu'elle n'est pas suffisamment qualifiée
- Mme M demande des informations - le dossier de la personne employée pour prouver qu'elle est plus qualifiée
 - A-t-elle le droit ? Conséquences du refus ?

CJEU :

- Elle n'a pas le droit d'exiger les informations nécessaires pour établir une présomption de D
- Le juge national doit tenir compte du fait que le refus est de nature à empêcher la réalisation des objectifs de la protection - à l'empêcher :
 - de les prendre en compte dans l'examen de la question de savoir si la présomption a été établie - dans la mesure où elle est indicative
 - En plus d'autres facteurs : sa qualification incontestée, aucune invitation à un entretien, deux fois

Léger

C-528/13 (2015)

- Selon la réglementation, exclusion des dons de sang des hommes ayant des relations sexuelles avec d'autres hommes (HSH)
 - Rejet en ce qui concerne M. L

CJEU :

- La juridiction nationale doit vérifier si le risque de contracter une maladie est plus élevé pour les HSH - et pas seulement un risque
 - Données épidémiologiques actualisées
- Dans quelle mesure est-il justifié que le rejet soit permanent
 - Atteintes aux droits fondamentaux (Charte)

CJEU :

- Tester la restriction des droits fondamentaux - par la juridiction nationale
 - Une loi bien établie
 - Avec un objectif légitime
 - Respecter le contenu principal des droits restreints
 - Proportionné - approprié et nécessaire
- D'autres moyens moins restrictifs pour préserver la santé ?
 - Test
 - Entretien individuel sur les contacts, tenir compte du risque personnel spécifique - plutôt que d'exclure les HSH en général
- Sinon - disproportionné

Maniero

C-457/17 (2018)

- Citoyen italien, né en Allemagne
- Obtention d'un diplôme en Arménie
- Demande à une fondation privée de lui indiquer les conditions d'octroi d'une bourse d'études
- Un examen d'État doit avoir été passé en Allemagne
- Ne s'applique pas

CJEU :

- Applicabilité : Accès aux bourses > accès à l'éducation > "education"
 - Ce n'est pas une interprétation étroite mais une interprétation téléologique qui doit être faite par la juridiction nationale
- D indirecte ?
 - Les personnes exclues ne sont pas d'une *certaine* OE - le concept de D indirecte ne couvre pas une telle privation générale de droits
 - Un groupe ethnique spécifique doit être touché - *Jyske Finans*

Parris

C-443/15 (2016)

- D multiples – orientation sexuelle et âge
- Le droit à la prestation de survivant n'est accordé qu'aux conjoints/partenaires qui ont contracté un mariage/parténariat avant l'âge de 60 ans
- M. P n'a pas pu faire enregistrer son partenariat avant cet âge - la législation nationale de l'époque ne prévoyait/ne reconnaissait pas cette possibilité

CJEU :

- Pas de D directe fondée sur l'orientation sexuelle - les conjoints et les partenaires sont traités de la même manière
 - MI : ne traite pas de la comparaison relative entre les situations dans lesquelles un mariage aurait pu être conclu à tout moment, contrairement à un partenariat
- Pas de D indirecte fondée sur l'orientation sexuelle non plus :
 - État civil - compétence des États membres
 - Pas obligé de reconnaître un mariage homosexuel
 - Ni de prévoir un partenariat
 - Ni de fixer une certaine date de début
 - Ni de prévoir des cas transitoires tels que celui de M. P

CJEU :

MI : ne traite pas de la question de savoir si la restriction d'âge pour l'enregistrement est justifiée

- Objectif légitime, proportionnalité, etc.

Si les États membres ont un pouvoir discrétionnaire, une justification n'est pas nécessaire ? Contrairement à la jurisprudence antérieure ?

- Lorsqu'ils exercent leur compétence, les États membres doivent tenir compte du droit communautaire

CJEU :

- Pas de D fondée sur l'âge non plus
 - Le traitement différent fondé directement sur l'âge fait partie des exceptions prévues par la directive - "fixer un âge pour l'accès au droit à la pension".
- La D multiple fondée sur une combinaison de motifs de D en tant que catégorie distincte, ne peut être établie dans la mesure où elle n'est pas établie par des critères individuels

MI : restrictif

- La discrimination multiple intersectionnelle - reconnue en littérature académique depuis 30 ans (Kimberlé Crenshaw)

Hay

C-267/12 (2013)

- Selon la convention collective, le droit aux prestations n'est accordé qu'aux conjoints et non aux partenaires
- Le mariage entre personnes de même sexe n'est pas reconnu

CJEU :

- Applicabilité : conditions d'emploi
- D directe :
 - Conjoint ou partenaire de comparaison - fait spécifiquement pour les besoins de la prestation, et non de manière abstraite
 - Un PACS est la seule option pour les couples de même sexe

CJEU :

- La prestation est également accordée en cas de mariage des enfants/sœurs/frères
- La différence n'est pas directement fondée sur l'orientation sexuelle mais sur le mariage dans la mesure où il n'est pas exclu des personnes concernées, la D est directe
 - MI : critère de substitution en cas d'égalité fonctionnelle - caractéristique de substitution pour le critère
- Peu importe qu'un PACS puisse également être conclu par des hétérosexuels
 - MI : Ils ne sont pas dans la même position < choix entre mariage et PACS
- Justification : aucune pour la D directe. Uniquement dans le cadre d'une exception - n'est pas couvert
- Dispositions inadmissibles

Römer

C-147/08 (2011)

- Employé d'une autorité locale
- Refus de l'employeur de recalculer une pension complémentaire d'ancienneté plus favorable en cas de partenariat
- Applicable au mariage

CJEU :

- Applicabilité : portée de la notion de "rémunération"
- D directe : comparaison
 - Non identique

CJEU :

- Comparaison entre époux/partenaire - spécifique, non générale (*Maruko*, C-267/06, 2008)
- Pas de mariage pour les couples de même sexe
- Le partenariat pour les couples de même sexe
- Conditions - égales au mariage
- Les contributions dues sont les mêmes, indépendamment des orientations sexuelles
- La juridiction nationale doit vérifier la comparaison qui aboutit directement à la D
- Si elle constate une telle D > dispositions inadmissibles

CJEU :

- Le tribunal national doit garantir l'efficacité du droit communautaire
 - Il n'applique pas, à sa discrétion, les normes nationales qui sont contraires - à la prévalence du droit communautaire
 - Il n'attend pas qu'elles soient abrogées/décision d'une cour suprême/constitutionnelle
 - M. R peut invoquer ce droit au titre de la directive contre son employeur – c'est un sujet public - sans attendre que les dispositions soient abrogées

Merci de votre attention !

Vous êtes les bienvenus – souhaitez-vous échanger ?

Margarita Ilieva, avocate, m.ilieva@mdx.ac.uk