

L'interdiction de la discrimination fondée sur la religion ou les convictions

Olivier De Schutter

Le traité d'Amsterdam

Article 13 (tel que révisé par le traité de Nice (vig. le 1er février 2003))

1. Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

2. Par dérogation au paragraphe 1, lorsque le Conseil adopte des mesures d'encouragement communautaires, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres, pour appuyer les actions des États membres prises en vue de contribuer à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1, il statue conformément à la procédure visée à l'article 251.

Les directives fondées sur l'article 13 CE

Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (JO n° L 180 du 19.7.2000, p. 22)

Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO n° L 303 du 2.12.2000, p. 16)

Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en oeuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services (JO n° L 373 du 21/12/2004 p. 37)

Les directives 2000/43 et 2000/78

	Directive 2000/43 ('race')	Directive 2000/78 (directive cadre)
Motifs de discrimination interdits	Race et origine ethnique	Religion et convictions, handicap, âge, orientation sexuelle
Champ d'application de l'interdiction	Emploi et travail mais également protection sociale, avantages sociaux, éducation, accès aux biens et services et fourniture de biens et services, à la disposition du public, y compris logement.	Accès à l'emploi, à l'orientation et la formation professionnelle, conditions de travail, affiliation et engagements dans des organisations professionnelles

Les motifs prohibés : la religion ou les convictions

- approche libérale de ce qui constitue une 'religion' sous l'article 9 CEDH (*X et Eglise de Scientologie c. Suède*, req. N°7805/77, D.R. 16 (1978), p. 68; *Eglise allemande de scientologie c. Allemagne*, req. N°34614/97, D.R. 89-A (1997), p. 163): pas seulement croyances / cultes traditionnels mais également, par ex. 'Druides' et 'Divine Light Zentrum' paraissent protégés sous l'article 9 CEDH (Commiss. eur. DH, *A.R.M. Chappell c. Royaume-Uni*, req. N°12587/86, D.R. 53 (1987), p. 241; *Omkananda et Divine Light Zentrum c. Suisse*, req. N°8118/77, D.R. 25 (1981), p. 105).
- pas de nombre minimal d'adhérents pour qu'un individu puisse dire adhérent d'une "religion" (mais voy. Commiss. eur. DH, *X v. the Federal Republic of Germany*, Appl. N°8741/79, D.R. 24 (1981), p. 137 : le requérant n'est pas membre d'un "groupe religieux"), ni de durée d'existence d'une religion, d'une doctrine développée, etc.

Les motifs prohibés : la religion ou les convictions

- Cour eur. D.H., arrêt *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni* du 25 février 1982 (art. 2 du Protocole n°1 à la CEDH : l'Etat respecte le droit des parents d'assurer une éducation et un enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques):
 'Considéré isolément et dans son acception ordinaire, le mot "convictions" n'est pas synonyme des termes "opinion" et "idées" tels que les emploie l'article 10 de la Convention qui garantit la liberté d'expression; on le retrouve dans la version française de l'article 9 (en anglais "beliefs"), qui consacre la liberté de pensée, de conscience et de religion. Il s'applique à des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance [the belief must present a certain degree of "cogency, seriousness, cohesion and importance"]'. ...

Les motifs prohibés : la religion ou les convictions

...Quant à l'adjectif "philosophiques", il ne se prête pas à une définition exhaustive et les travaux préparatoires ne fournissent guère d'indications sur son sens précis. La Commission relève que "philosophie" s'entend de nombreuses manières: ce vocable sert à désigner un système pleinement structuré de pensée tout comme, plutôt vaguement, des idées relatives à des questions plus ou moins futiles. La Cour estime, avec la Commission, que l'on ne saurait se rallier à aucune de ces interprétations extrêmes de l'article 2 : la première restreindrait à l'excès la substance d'un droit garanti à tous les parents, la seconde risquerait d'entraîner l'inclusion de questions par trop mineures'.

- *a contrario*, Commiss. eur. DH. X c; *Royaume-Uni*, req. N°7291/75, D.R. 11 (1978), p. 55 (adepte de la secte de Wicca non protégé par l'article 9 CEDH à défaut de pouvoir exposer le contenu de la 'religion' Wicca).

Les motifs prohibés : la religion ou les convictions

- question de la délimitation avec la race ou l'origine ethnique : cas des Sikhs et Juifs (auquel s'applique le Racial Equality Act au Royaume-Uni : *Mandla v. Dowell Lee*, (1983) 2 AC 548 et *Seide v. Gillette Industries Ltd.* (1980) IRLR 427 respectivement), ainsi que des Musulmans
- convictions : convictions philosophiques, non seulement politiques ou syndicales (mais F, CY, CZ, D, Est, FN, HUN, IT, Let, Lux, Malte, PB, Pol, Port, Slov, Esp, UK incluent l'interdiction de discrimination fondée sur l'opinion politique ; cf. également l'arrêt rendu le 6 octobre 2004 par la Cour d'arbitrage de Belgique)
- discrimination sur la base d'une caractéristique **assumée** ou sur la base d'une **association**

Définition de la discrimination

Cinq formes de discrimination :

- Discrimination directe
- Discrimination indirecte
- Harcèlement
- Instruction de discriminer
- Refus d'aménagement raisonnable (art. 5 Dir. 2000/78)

Définition de la discrimination

Art. 2 § 2 de la Dir. 2000/78 :

- a) une discrimination **directe** se produit lorsque, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, 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;
- b) 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 d'une religion ou de convictions (...) donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que:
 - i) 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.

La discrimination directe

Interdiction absolue sauf :

- a) **Exigence professionnelle essentielle et déterminante et cas des entreprises de tendance** (*Tendenzbetriebe*)
- b) **Action positive** : 'Pour assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de main tenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à [une religion ou des convictions données]' (art. 7 § 1er Dir. 2000/78).
- c) **Art. 2 § 5 Dir. 2000/78**

Exigence professionnelle essentielle et déterminante

'les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur [une religion ou des convictions données] ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée' (art. 4 § 1er Dir. 2000/78)

'Les États membres peuvent maintenir dans leur législation nationale en vigueur à la date d'adoption de la présente directive ou prévoir dans une législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente directive des dispositions en vertu desquelles, dans le cas des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, ...

Exigence professionnelle essentielle et déterminante

...par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. Cette différence de traitement doit s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des États membres, ainsi que des principes généraux du droit communautaire, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif. Pourvu que ses dispositions soient par ailleurs respectées, la présente directive est donc sans préjudice du droit des églises et des autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, agissant en conformité avec les dispositions constitutionnelles et législatives nationales, de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation.'

Exigence professionnelle essentielle et déterminante

Cependant,

1. exclusion de la différence de traitement fondée sur les sentiments d'hostilité à l'égard d'un groupe déterminé (comp. Cour eur. D.H., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999; mais comp. aussi Cour suprême des États-Unis, *Boy Scouts of America v. J Dale*, 28 juin 2000 ('The forced inclusion of an unwanted person in a group infringes the group's freedom of expressive association is the presence of that person affects in a significant way the group's ability to advocate public or private viewpoints'))

La discrimination directe

2. Entreprises de tendance (*Tendenzbetriebe*) : 'Les États membres peuvent maintenir dans leur législation nationale en vigueur à la date d'adoption de la présente directive ou prévoir dans une législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente directive des dispositions en vertu desquelles, dans le cas des activités professionnelles **d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions**, une différence de traitement **fondée sur la religion ou les convictions** d'une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, ...

La discrimination directe

...par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. Cette différence de traitement doit s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des États membres, ainsi que des principes généraux du droit communautaire, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif. Pourvu que ses dispositions soient par ailleurs respectées, la présente directive est donc sans préjudice du droit des églises et des autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, agissant en conformité avec les dispositions constitutionnelles et législatives nationales, de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation' (art. 4 § 2 Dir. 2000/78).

Entreprises de tendance

Exemples :

- Commiss. Eur. D.H., Van der Heijden c. Pays-Bas, déc. du 8 mars 1985 (licenciement de la Fondation limbourgeoise pour l'immigration d'un employé ayant des vues d'extrême droite)
- Commiss. Eur. D.H., Rommelfanger c. Allemagne, déc. du 6 septembre 1989 (licenciement d'un hôpital catholique d'un médecin pour ses vues exprimées à propos de l'avortement)
- Cass. fr. (soc.), 17 avril 1991, Painsecq c Association Fraternité Saint Pie X (licenciement par une association de chrétiens traditionalistes d'un sacristain homosexuel et séropositif)
- Cass. fr. (plén.), 19 mai 1978 (licenciement d'une institutrice par un établissement scolaire catholique suite à son choix de se remarier après divorce)

Exigence professionnelle essentielle et déterminante

- Cour eur. D.H., Lucia Dahlab c. Suisse du 15 fév. 2001 (irrecevabilité) : 'la Cour relève que le Tribunal fédéral a justifié la mesure d'interdiction de porter le foulard prise à l'égard de la requérante uniquement dans le cadre de son activité d'enseignement, d'une part, par l'atteinte qui pouvait être portée aux sentiments religieux de ses élèves, des autres élèves de l'école et de leurs parents et par l'atteinte au principe de neutralité confessionnelle de l'école. A cet égard, il a tenu compte de la nature même de la profession d'enseignant de l'école publique, détenteur de l'autorité scolaire et représentant de l'Etat, mettant ainsi en balance la protection du but légitime que représente la neutralité de l'enseignement public et la liberté de manifester sa religion. Il a noté, d'autre part, que la mesure litigieuse plaçait la requérante devant une alternative difficile, estimant cependant que les enseignants de l'école publique devaient tolérer des restrictions proportionnées à leur liberté religieuse. ...

La discrimination directe

...A son opinion, l'atteinte portée au droit de la requérante de manifester librement sa religion se justifiait ainsi par la nécessaire protection, dans une société démocratique, du droit des élèves de l'enseignement public à recevoir une formation dispensée dans un contexte de neutralité religieuse. Il en ressort que les convictions religieuses ont été pleinement prises en compte face aux impératifs de la protection des droits et libertés d'autrui, de la préservation de l'ordre et de la sécurité publics. Il est également clair que ce sont ces impératifs qui fondaient la décision litigieuse et non des objections aux convictions religieuses de la requérante.

La discrimination directe

...La Cour prend acte que la requérante, qui a abandonné la religion catholique pour se convertir à l'islam en 1991, à une époque où elle exerçait depuis plus d'une année déjà la fonction d'enseignante dans la même école primaire, a porté durant une période approximative de trois ans le foulard islamique sans qu'apparemment il y ait eu d'intervention, ni de la part de la direction de l'école, ni de la part de l'inspectrice de la circonscription scolaire, et sans qu'il y ait eu de remarque de la part des parents à ce propos. Ceci porte à croire qu'il n'y avait rien à dire pendant cette période sur le contenu ou sur la qualité de l'enseignement donné par la requérante qui apparemment ne cherchait pas à tirer un bénéfice quelconque de la manifestation extérieure de sa croyance religieuse. La Cour admet qu'il est bien difficile d'apprécier l'impact qu'un signe extérieur fort tel que le port du foulard peut avoir sur la liberté de conscience et de religion d'enfants en bas âge. En effet, la requérante a enseigné dans une classe d'enfants entre quatre et huit ans et donc d'élèves se trouvant dans un âge où ils se posent beaucoup de questions tout en étant plus facilement influençables que d'autres élèves se trouvant dans un âge plus avancé. ...

La discrimination directe

...En effet, la requérante a enseigné dans une classe d'enfants entre quatre et huit ans et donc d'élèves se trouvant dans un âge où ils se posent beaucoup de questions tout en étant plus facilement influençables que d'autres élèves se trouvant dans un âge plus avancé. Comment dès lors pourrait-on dans ces circonstances dénier de prime abord tout effet prosélytique que peut avoir le port du foulard dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique qui, comme le constate le Tribunal fédéral, est difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes. Aussi, semble-t-il difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves. Partant, en mettant en balance le droit de l'instituteur de manifester sa religion et la protection de l'élève à travers la sauvegarde de la paix religieuse, la Cour estime que dans les circonstances données et vu surtout le bas âge des enfants dont la requérante avait la charge en tant que représentante de l'Etat, les autorités genevoises n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation et que donc la mesure qu'elles ont prise n'était pas déraisonnable.

La discrimination directe

Arguments pour évaluer Dahlab :

1. Laïcité de l'enseignement public : ne constitue pas l'enseignement public en **'organisation publique (...)' dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions** (art. 4 § 2 Dir. 2000/78)
2. Renonciation ? Mais cf. article 16 Dir. 2000/78 ('Les États membres prennent les mesures nécessaires afin que (...) soient ou puissent être déclarées nulles et non avenues ou soient modifiées les dispositions contraires au principe de l'égalité de traitement qui figurent dans les contrats ou les conventions collectives, dans les règlements intérieurs des entreprises, ainsi que dans les statuts des professions indépendantes et des organisations de travailleurs et d'employeurs')
3. Article 2 § 5 Dir. 2000/78 : 'La présente directive ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui'.

L'action positive

Comité des droits de l'homme : Observation Generale 18, Article 26: Principe d'égalité (1994), § 10 :

...l'application du principe d'égalité suppose parfois de la part des Etats parties l'adoption de mesures en faveur de groupes désavantagés, visant à atténuer ou à supprimer les conditions qui font naître ou contribuent à perpétuer la discrimination interdite par le Pacte. Par exemple, dans les Etats où la situation générale de certains groupes de population empêche ou compromet leur jouissance des droits de l'homme, l'Etat doit prendre des mesures spéciales pour corriger cette situation. Ces mesures peuvent consister à accorder temporairement un traitement préférentiel dans des domaines spécifiques aux groupes en question par rapport au reste de la population. Cependant, tant que ces mesures sont nécessaires pour remédier à une discrimination de fait, il s'agit d'une différenciation légitime au regard du Pacte.

L'action positive

Définition de l'action positive : technique juridique qui consiste à opérer une différence de traitement sur la base d'un motif de distinction en principe prohibé (race ou origine ethnique, sexe, religion ou convictions, âge, handicap, orientation sexuelle) en vue de réaliser l'égalité de traitement par la prise en compte des inégalités de fait, en vue de combattre ces inégalités ou de les compenser.

Deux catégories :

- Différences de traitement n'impliquant pas le risque de discrimination (ex. outreaching)
- Poursuite de l'égalité réelle (substantielle) au détriment de l'égalité formelle, par l'octroi d'un traitement préférentiel

Se distingue de :

- L'aménagement raisonnable
- Les 'mesures spéciales' au bénéfice de minorités (comp. art. 4 § 2 (action positive) et art. 5 (mesures spéciales) de la Convention-cadre sur la protection des minorités nationales)

L'action positive

Convention-cadre pour la protection des minorités nationales Strasbourg,
12.1995, vig. 12.1998)

Article 4

1. Les Parties s'engagent à garantir à toute personne appartenant à une minorité nationale le droit à l'égalité devant la loi et à une égale protection de la loi. A cet égard, toute discrimination fondée sur l'appartenance à une minorité nationale est interdite.
2. Les Parties s'engagent à adopter, s'il y a lieu, des **mesures adéquates en vue de promouvoir, dans tous les domaines de la vie économique, sociale, politique et culturelle, une égalité pleine et effective entre les personnes appartenant à une minorité nationale et celles appartenant à la majorité**. Elles tiennent dûment compte, à cet égard, des conditions spécifiques des personnes appartenant à des minorités nationales.
3. Les mesures adoptées conformément au paragraphe 2 ne sont pas considérées comme un acte de discrimination.

L'action positive

Rapport explicatif, para. 39 :

'...Ces mesures doivent être adéquates, c'est-à-dire conformes au principe de proportionnalité, pour éviter tant la violation des droits d'autrui que la discrimination à l'égard des autres personnes. Ce principe exige notamment que ces mesures n'aient pas une durée plus longue ou une portée plus large qu'il n'est nécessaire pour atteindre l'objectif de l'égalité pleine et effective.'

L'action positive

Article 5

1. Les Parties s'engagent à **promouvoir les conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités nationales de conserver et développer leur culture, ainsi que de préserver les éléments essentiels de leur identité que sont leur religion, leur langue, leurs traditions et leur patrimoine culturel**.
2. Sans préjudice des mesures prises dans le cadre de leur politique générale d'intégration, les Parties s'abstiennent de toute politique ou pratique tendant à une assimilation contre leur volonté des personnes appartenant à des minorités nationales et protègent ces personnes contre toute action destinée à une telle assimilation.

L'action positive en droit communautaire

Remarques sur l'action positive :

1. Limites à l'introduction de mesures d'action positive (exceptions au principe de l'égalité formelle)
2. Action positive obligatoire (réponse à discrimination structurelle)
3. Obstacle lié à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel

L'action positive en droit communautaire : ses limites

Conclusion :

- Egalité des chances, non de résultat
- Exclut garanties d'emploi fondées uniquement sur l'appartenance au groupe sous-représenté, même à qualifications égales
- Autorise :
 - accès facilité à la formation (sauf monopole)
 - prise en compte de qualités acquises en-dehors de la sphère professionnelle
 - accès facilité aux entretiens d'embauche
 - traitement préférentiel pour la sélection s'il existe une clause d'ouverture (appréciation individualisée des mérites de chaque candidat)

L'action positive en droit communautaire : limites

L'action positive en droit communautaire dans un cadre élargi - grille d'analyse :

1. **Légitimité de mesures d'action positive impliquant traitement préférentiel**
 - a) justification par le passé (compenser discrimination passée)
 - b) justification par le souci d'égalité des chances (égalité substantielle et non purement formelle)
 - c) justification par le souci de diversité
2. **Proportionnalité de la restriction au droit à l'égalité de traitement comme non-discrimination**
 - a) Caractère automatique et absolu du traitement préférentiel ou non
 - b) Etendue du traitement préférentiel (secteur ou nombre de places limité ou traitement préférentiel généralisé)
 - c) Caractère temporaire ou permanent du système préférentiel

L'action positive obligatoire

L'action positive en tant que moyen de combattre la discrimination structurelle / institutionnelle : qui ne se limite ni à des actes ponctuels de discrimination ni à un secteur de la vie sociale, mais qui est généralisée (éducation, emploi, santé, logement), rendant inefficace aux fins de réaliser l'intégration effective l'interdiction de la discrimination.

La protection des données à caractère personnel

Convention, du 28 janvier 1981, du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108).

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO n° L 281 du 23.11.1995 p. 31)

La protection des données à caractère personnel

Article 8 Traitements portant sur des catégories particulières de données

1. Les États membres interdisent le traitement des données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données relatives à la santé et à la vie sexuelle.

La protection des données à caractère personnel

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque:

- a) la personne concernée a donné son **consentement** explicite à un tel traitement, sauf dans le cas où la législation de l'État membre prévoit que l'interdiction visée au paragraphe 1 ne peut être levée par le consentement de la personne concernée ou
- b) le traitement est nécessaire **aux fins de respecter les obligations et les droits spécifiques du responsable du traitement en matière de droit du travail, dans la mesure où il est autorisé par une législation nationale prévoyant des garanties adéquates** ou
- c) le traitement est nécessaire à la défense des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne dans le cas où la personne concernée se trouve dans l'incapacité physique ou juridique de donner son consentement ou

La protection des données à caractère personnel

- d) le traitement est effectué dans le cadre de leurs activités légitimes et avec des garanties appropriées par une fondation, une association ou tout autre organisme à but non lucratif et à finalité politique, philosophique, religieuse ou syndicale, à condition que le traitement se rapporte aux seuls membres de cet organisme ou aux personnes entretenant avec lui des contacts réguliers liés à sa finalité et que les données ne soient pas communiquées à des tiers sans le consentement des personnes concernées ou
- e) le traitement porte sur des données manifestement rendues publiques par la personne concernée ou est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice.

Deux approches de la discrimination indirecte

1. **Impact disproportionné**
Suppose le recours à des statistiques, ce qui constitue une possibilité mais non une obligation selon les directives 2000/43 et 2000/78
2. **Mesure suspecte 'a priori'** : mesure qui apparaît d'emblée ('on its face') susceptible de causer un désavantage particulier aux personnes en raison de leur religion ou de leurs convictions

Deux approches de la discrimination indirecte

Directive 2000/43

Article 8 Charge de la preuve

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, 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.
2. Le paragraphe 1 ne fait pas obstacle à l'adoption par les États membres de règles de la preuve plus favorables aux plaignants.
3. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux procédures pénales.

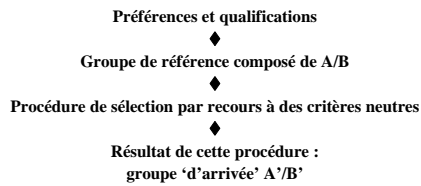
Deux approches de la discrimination indirecte

Préambule, 15ème considérant (identique dans les deux directives) :

L'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale ou à une autre instance compétente, conformément au droit national ou aux pratiques nationales, qui peuvent prévoir, en particulier, que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques.

Deux approches de la discrimination indirecte

La discrimination indirecte au départ du constat de l'impact disproportionné :



Deux approches de la discrimination indirecte

	Evaluation de l'impact disproportionné	Identification de la mesure 'suspecte'
Champ d'application	Large : doit se justifier toute mesure causant un impact disproportionné	Etroit : doit se justifier la mesure qui permet de soupçonner une intention 'masquée' de discriminer
Mise en oeuvre	Suppose 1° classement des individus 2° collecte de statistiques sur un échantillon représentatif 3° interprétation des statistiques en tenant compte des préférences et qualifications	Suppose 1° que les personnes appartenant à la catégorie protégée présentent des caractéristiques communes 2° que ces caractéristiques et la situation moyenne des membres du groupe soient

Deux approches de la discrimination indirecte

	Evaluation de l'impact disproportionné	Identification de la mesure 'suspecte'
Incitant	Choix opéré selon une méthode lexicographique, une fois épuisés les critères clairement admissibles	1° Recours à des critères 'masquant' mieux la discrimination ou 2° Révision des critères en vigueur afin d'éviter le reproche de discrimination indirecte

Interdiction de la discrimination indirecte et obligation d'aménagement raisonnable

C.J.C.E., 27 octobre 1976, aff. 130/75, *Vivien Prais c. Conseil*, Rec., p. 1589:

16 QUE SI UN CANDIDAT INFORME L' AUTORITE INVESTIE DU POUVOIR DE NOMINATION QUE DES IMPERATIFS D' ORDRE RELIGIEUX L' EMPECHENT DE SE PRESENTER AUX EPREUVES A CERTAINES DATES , CELLE-CI DOIT EN TENIR COMPTE ET S' EFFORCER D' EVITER DE RETENIR DE TELLES DATES POUR LES EPREUVES ;

17 QUE SI , EN REVANCHE , LE CANDIDAT N' INFORME PAS A TEMPS L' AUTORITE INVESTIE DU POUVOIR DE NOMINATION DE SES DIFFICULTES , CELLE-CI PEUT REFUSER DE PROPOSER UNE AUTRE DATE , PARTICULIEREMENT LORSQUE D' AUTRES CANDIDATS ONT DEJA ETE CONVOQUES AUX EPREUVES ;

Interdiction de la discrimination indirecte et obligation d'aménagement raisonnable

18 QUE S'IL EST SOUHAITABLE QUE L'AUTORITE INVESTIE DU POUVOIR DE NOMINATION S'INFORME, DE FAÇON GÉNÉRALE, DES DATES QUI POURRAIENT NE PAS CONVENIR POUR DES MOTIFS D'ORDRE RELIGIEUX, ET TÂCHE D'ÉVITER DE FIXER LES ÉPREUVES À DE TELLES DATES, ON NE SAURAIT, POUR LES RAISONS INDIQUÉES CI-DESSUS, CONSIDÉRER QUE LE STATUT DES FONCTIONNAIRES OU LES DROITS FONDAMENTAUX DÉJÀ MENTIONNÉS FONT OBLIGATION À L'AUTORITÉ INVESTIE DU POUVOIR DE NOMINATION D'ÉVITER DE MÉCONNAÎTRE UNE OBLIGATION RELIGIEUSE DE L'EXISTENCE DE LAQUELLE ELLE N'À PAS ÉTÉ INFORMÉE ;

19 QUE SI LA DÉFENDRESSE EST TENUE DE PRENDRE TOUTES MESURES RAISONNABLES EN VUE D'ÉVITER D'ORGANISER DES ÉPREUVES À UNE DATE À LAQUELLE LES CONVICTIONS RELIGIEUSES D'UN CANDIDAT EMPÊCHERAIENT CELUI-CI DE SE PRÉSENTER DES LORS QU'ELLE A ÉTÉ INFORMÉE À TEMPS DE CET OBSTACLE D'ORDRE CONFESSIONNEL, ...

Interdiction de la discrimination indirecte et obligation d'aménagement raisonnable

...IL EST PERMIS DE DIRE QU'EN L'ESPECE LA DÉFENDRESSE N'À PAS ÉTÉ INFORMÉE AVANT QUE LA DATE DES ÉPREUVES N'AIT ÉTÉ FIXÉE, DE CE QUE LA REQUÉRANTE SERAIT EMPÊCHÉE DE SE PRÉSENTER À CERTAINES DATES ET QU'ELLE ÉTAIT DONC EN DROIT DE REFUSER DE PROPOSER UNE AUTRE DATE, DES LORS QUE LES AUTRES CANDIDATS AVAIENT DÉJÀ ÉTÉ CONVOQUÉS.

Comp. :
Cour eur. D.H., arrêt *Thlimmenos c. Grèce* du 6 octobre 2000
Cour suprême du Canada, *Balvir Singh Multani et al. c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois et Procureur général du Québec*, arrêt du 2 mars 2006

Interdiction de la discrimination indirecte et obligation d'aménagement raisonnable

Le refus de tenir compte de la situation particulière des personnes ayant une religion / une conviction déterminées dans l'adoption d'une réglementation, d'un critère, ou d'une pratique générale, qui sont justifiés comme nécessaires et appropriés à la réalisation d'un objectif légitime, mais qui ne créent aucune exception en faveur des personnes d'une religion ou d'une conviction déterminés, constitue-t-il une forme de discrimination indirecte interdite?
