

LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA
RACE/L'ORIGINE ETHNIQUE ET
L'ORIENTATION SEXUELLE

TINE BIRKELUND THOMSEN



Organisé dans le cadre du programme « Droits, égalité et citoyenneté 2014-2020 » de la Commission Européenne.

INTRODUCTION

Remerciement à l'ERA et
présentation du sujet

La discrimination fondée sur la race,
l'origine ethnique et l'orientation
sexuelle

Caractéristiques essentielles

- Cadre juridique des Nations unies,
du Conseil de l'Europe et de l'Union
européenne

- Directives 2000/43 et 2000/78

Jurisprudence

CADRE JURIDIQUE DE LA LUTTE CONTRE LA DISCRIMINATION

Protection contre la discrimination à plusieurs niveaux dans le droit des Nations unies, du Conseil de l'Europe, de l'Union européenne et des États individuels (*les régimes nationaux prévoient parfois une protection plus étendue contre la discrimination*)

Nations unies

- Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), article 2
 - « Les États (...) s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. »
- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), article 2 (similaire à l'article 2 du PIDCP)
- Dispositions similaires dans les conventions sur la discrimination raciale (CRED), la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), les droits de l'enfant (CIDE), la torture (CCT), les droits des travailleurs migrants, le handicap (CDPH), etc.
- Pas d'instrument spécifique sur la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

CADRE JURIDIQUE DE LA LUTTE CONTRE LA DISCRIMINATION

Réglementation européenne

Conseil de l'Europe

- Convention européenne des droits de l'homme, article 14 : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »
- Liste non exhaustive de motifs de protection, comprenant la race, l'orientation sexuelle n'étant pas citée expressément, mais bien couverte (question clarifiée dans l'affaire Salgiero da Silva Mouta c. Portugal)
- Discrimination uniquement interdite en relation avec l'exercice d'un autre droit de la CEDH
- Protocole n° 12 à la CEDH : protocole facultatif
 - interdiction générale de la discrimination
 - ratifié par 18 États membres de l'UE en 2014
 - pas ratifié par le Danemark, p. ex.

CADRE JURIDIQUE DE LA LUTTE CONTRE LA DISCRIMINATION

Droit primaire de l'Union européenne

- Article 10 TFUE : dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union cherche à combattre toute discrimination fondée, entre autres, sur la race ou l'origine ethnique ou l'orientation sexuelle (intégration horizontale de l'égalité)
- Article 19 TFUE (ex-art. 13 Traité d'Amsterdam) : mandat conféré au Conseil européen (en collaboration avec le PE) pour légiférer en vue de combattre la discrimination
- Article 21 de la Charte des droits fondamentaux : interdiction de la discrimination fondée sur tout motif, notamment le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, l'orientation sexuelle, etc.
Élément constituant du droit primaire de l'UE

CADRE JURIDIQUE DE LA LUTTE CONTRE LA DISCRIMINATION

Droit dérivé de l'Union européenne

- « Directive sur l'égalité raciale » : directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique
- « Directive sur l'égalité en matière d'emploi et de travail » : 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 (religion ou convictions, handicap, âge et orientation sexuelle)
- En voie d'adoption : proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, COM(2008) 426 final

CADRE JURIDIQUE DE LA LUTTE CONTRE LA DISCRIMINATION

Droit dérivé de l'Union européenne - Hiérarchie

- Il existe une hiérarchie de la protection contre la discrimination au niveau de la législation dérivée - malgré l'égalité formelle parmi les motifs garantie par le droit primaire
- En 2008, la Commission européenne a proposé une nouvelle directive sur l'égalité, qui élargirait et harmoniserait la protection accordée contre la discrimination fondée sur le handicap, la religion ou les convictions, l'orientation sexuelle et l'âge. Elle souhaitait ainsi étendre la protection créée par la directive sur l'égalité raciale et faire en sorte que les groupes concernés jouissent de niveaux de protection identiques ou similaires aux groupes caractérisés par la race ou le sexe.
- La directive proposée entend interdire la discrimination aussi bien dans le secteur public que privé en ce qui concerne la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé, les avantages sociaux, l'éducation, ainsi que l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public, y compris en matière de logement. Le champ d'application de la protection proposée est donc similaire à celui de la directive sur l'égalité raciale.
- Étant donné qu'il s'est jusqu'à présent avéré impossible de parvenir à un accord unanime de tous les États membres de l'Union, la proposition est toujours aux mains du Conseil européen.

HIÉRARCHIE DANS LES MOTIFS PROTÉGÉS

Motifs Domaines	Race	Religion	Handicap	Âge	Orientation sexuelle	Sexe
Emploi et formation professionnelle	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Éducation	Oui	Non	Non	Non	Non	Non
Biens et services	Oui	Non	Non	Non	Non	Oui
Protection sociale	Oui	Non	Non	Non	Non	Oui

DIRECTIVE SUR L'ÉGALITÉ RACIALE

Champ d'application personnel : race ou origine ethnique

- La directive ne contient aucune définition des motifs. Considérant 6 : « L'Union européenne rejette toutes théories tendant à déterminer l'existence de races humaines distinctes. L'emploi du mot "race" dans la présente directive n'implique nullement l'acceptation de telles théories. »
- La notion de race ou d'origine ethnique requiert une interprétation large et peut inclure des concepts connexes comme l'origine nationale, l'ascendance, la couleur, la langue et la religion.
- À définir dans la jurisprudence. Dans l'arrêt CHEZ, la Cour a estimé que « la notion d'origine ethnique procède de l'idée que les groupes sociaux sont marqués notamment par une communauté de nationalité, de foi religieuse, de langue, d'origine culturelle et traditionnelle et de milieu de vie » et que les Roms constituaient par conséquent un groupe ethnique.
- La Cour sera sans doute saisie à l'avenir d'autres renvois préjudiciels lui demandant plus d'explications sur la définition. Par exemple, tous les critères de la liste doivent-ils être remplis pour qu'il puisse être considéré qu'un groupe constitue un groupe ethnique, ou seulement certains, et dans ce cas, lesquels ? Et quelles sont les différences entre l'origine ethnique et la nationalité et entre l'origine ethnique et la religion ?
- Affaire pendante de la Haute cour de l'Ouest du Danemark sur la différence entre l'origine ethnique et la nationalité.

DIRECTIVE SUR L'ÉGALITÉ RACIALE

Champ d'application matériel :

- Large, inclut la plupart des domaines de l'existence, comme l'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, l'affiliation à un syndicat, la sécurité sociale, les soins de santé, l'éducation et les biens et services à la disposition du public, y compris le logement.
 - Son champ d'application est limité par deux restrictions.
- 1) Premièrement, en ce qui concerne l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, elle s'applique uniquement aux biens et services qui sont à la disposition du public. Elle ne s'appliquerait donc pas à la décision d'un propriétaire de louer sa maison à un ami de race blanche sans annoncer publiquement la mise en location de cette maison. Ce critère a pour objectif de préserver le droit au respect de la vie privée dans les domaines qui sont réputés relever de la sphère privée. Il s'inscrit dans la lignée du droit au respect de la vie privée prévu à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.
 - 2) Deuxièmement, bien que la directive sur l'égalité raciale s'applique aux ressortissants de pays tiers, elle ne s'applique pas aux différences de traitement fondées sur la nationalité et elle est sans préjudice des dispositions régissant l'entrée, le séjour et l'accès à l'emploi des ressortissants de pays tiers. Ce critère sert à garantir que les États membres gardent le contrôle de leurs politiques d'immigration.

DIRECTIVE SUR L'ÉGALITÉ RACIALE

Couvre différentes formes de discrimination

- **Discrimination directe**
 - Implique un lien direct entre la cause de l'affaire et l'effet discriminatoire, p. ex. si un licenciement est dû à l'origine ethnique
- **Discrimination indirecte**
 - Règles neutres entraînant une exclusion et un traitement défavorable de certains groupes
- **Harcèlement**
 - Comportement discriminatoire fondé sur des stéréotypes et des préjugés
 - Inclut l'humour, les menaces, l'agression physique, etc.
- **Injonction**
 - De pratiquer un acte discriminatoire

DIRECTIVE SUR L'ÉGALITÉ RACIALE

- **Exigences minimales** : tous les États membres doivent mettre en œuvre toutes les dispositions des directives et ils ne peuvent réduire leurs niveaux de protection antérieurs. Il importe en outre de remarquer qu'à la fois la directive sur l'égalité raciale et la directive-cadre établissent des exigences minimales pour la protection dans les domaines cités. Les États membres ont le droit d'adopter des dispositions législatives nationales qui dépassent les prescriptions des directives et, dans de nombreux cas, ils ont mis ce droit à profit.
- **Protection institutionnelle** : les États membres doivent désigner 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 doivent faire en sorte que ces organismes aient pour compétence d'apporter une aide aux personnes victimes d'une discrimination, de conduire des études indépendantes concernant les discriminations, ainsi que de publier des rapports indépendants et d'émettre des recommandations sur toutes les questions liées à ces discriminations.
- **Affaire C-538/14** : Commission/Finlande - Procédure d'infraction - le droit finlandais ne désignait pas d'organisme compétent pour réaliser les missions prévues par l'article 13 de la directive 2000/43/CE dans les questions portant sur la vie professionnelle.
- **Arrêt Belov du 31 janvier 2013** : la Cour n'est pas compétente pour se prononcer sur une question préjudicielle qui lui est posée par un organisme pour l'égalité ne disposant pas de fonctions juridictionnelles (Commission de défense contre la discrimination en Bulgarie).
- La directive régit également le renversement de la charge de la preuve, les recours efficaces et l'action positive.

JURISPRUDENCE SUR LA RACE ET L'ORIGINE ETHNIQUE

Affaire C-54/07 - Feryn

- Première affaire de la CJUE impliquant la directive 2000/43
- Déclaration publique de l'employeur (l'un des directeurs de la société) selon laquelle il ne recruterait pas de personnes dites « allochtones » (en raison des exigences des clients de la société).
- Aucune victime de cette politique de recrutement n'avait invoqué une discrimination.
- L'organisme belge pour l'égalité a porté l'affaire devant le tribunal du travail.
- La CJUE a statué qu'en vertu du droit de l'UE, une procédure peut être engagée sans victime spécifique directe.
- Une telle déclaration publique d'un employeur constitue une discrimination directe à l'embauche (la directive a pour objet de promouvoir un marché du travail favorable à l'insertion sociale).
- Des déclarations publiques suffisent à présumer l'existence d'une politique d'embauche directement discriminatoire (charge de la preuve). Il incombe ensuite au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de violation du principe de l'égalité de traitement.

JURISPRUDENCE SUR LA RACE ET L'ORIGINE ETHNIQUE

Affaire C-83/14 - CHEZ

- La plaignante a introduit une plainte auprès de l'organisme bulgare pour l'égalité, selon laquelle son compteur électrique était placé beaucoup plus haut que dans d'autres quartiers de la ville parce que ce quartier était habité principalement par des personnes d'origine rom. Elle ne pouvait pas consulter son compteur afin de surveiller sa consommation. Elle accusait la compagnie de distribution d'électricité de discrimination directe fondée sur la nationalité et affirmait qu'elle-même n'était pas Rom.
- Décision de l'organisme bulgare pour l'égalité : discrimination indirecte fondée sur l'origine ethnique
- La CJUE a jugé que la fourniture d'électricité était couverte par la directive 2000/43 sur l'égalité raciale.
- La notion d'origine ethnique, qui procède de l'idée que les groupes sociaux sont marqués notamment par une communauté de nationalité, de foi religieuse, de langue, d'origine culturelle et traditionnelle et de milieu de vie, s'applique à la communauté rom.
➤ Il faudra observer si la CJUE adopte la même approche dans des affaires impliquant d'autres groupes ethniques que les Roms.
- Le principe d'égalité de traitement s'applique non seulement aux personnes ayant une certaine origine ethnique, mais aussi aux personnes qui, bien que n'appartenant pas au groupe ethnique concerné, subissent néanmoins un traitement moins favorable ou un désavantage particulier en raison d'une mesure discriminatoire.

JURISPRUDENCE SUR LA RACE ET L'ORIGINE ETHNIQUE

Affaire C-83/14 - CHEZ

- L'installation de compteurs électriques à une hauteur inaccessible dans un quartier abritant une importante population rom est susceptible de constituer une discrimination [directe] sur la base de l'origine ethnique lorsque ces compteurs sont installés à une hauteur normale dans d'autres quartiers.
- Il incombe néanmoins à la juridiction bulgare de tenir compte de toutes les circonstances entourant cette pratique pour déterminer si celle-ci a été effectivement imposée pour une raison de nature ethnique et constitue donc une discrimination directe.
- Même en cas d'absence de discrimination directe sur la base de l'origine ethnique, la CJUE a estimé que cette pratique pourrait en principe constituer une discrimination indirecte. En supposant que la pratique a été mise en œuvre exclusivement pour répondre à des abus commis dans le quartier concerné, elle serait basée sur un critère apparemment neutre tout en affectant dans des proportions bien plus importantes des personnes d'origine rom. Elle créerait un désavantage particulier pour ces personnes par rapport à d'autres personnes ne présentant pas cette origine ethnique.

AFFAIRE PENDANTE BASÉE AU DANEMARK : C-668/15, JYSKE FINANS A/S / LIGEBEHANDLINGSNÆVNET, AGISSANT POUR ISMAR HUSKIC, CONCERNANT LA DIFFÉRENCE ENTRE LA NATIONALITÉ ET L'ORIGINE ETHNIQUE

- Ismar Huskic et sa compagne, Sandie Belloni, ont demandé un crédit automobile. La banque, Jyske Finans, a demandé à M. Huskic une copie de son passeport ou de son permis de séjour parce que d'après son permis de conduire, il n'est pas né dans l'UE, en Norvège, en Islande, au Liechtenstein ou en Suisse (mais en Bosnie). Elle n'a pas demandé à M^{me} Belloni, qui est née au Danemark, de présenter une copie de son passeport ou de son permis de séjour. Tous deux ont la nationalité danoise.
- Ismar Huskic a introduit une plainte affirmant que cette exigence constituait une discrimination directe fondée sur l'origine ethnique parce que le lieu de naissance équivaut à l'origine géographique, qui est couverte par la notion d'« origine ethnique » selon le droit danois.
- À l'opposé, Jyske Finans soutient qu'il s'agit d'une différence de traitement fondée sur la nationalité, qui est exclue de la directive.
- La cour d'appel a émis une demande de décision préjudicielle le 14 décembre 2015, en posant entre autres les questions suivantes à la CJUE :
 1. La pratique en cause constitue-t-elle une discrimination directe au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous a) ?
 2. La pratique en cause constitue-t-elle une discrimination indirecte au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous b) ?

AFFAIRE PENDANTE BASÉE AU DANEMARK : C-668/15, JYSKE FINANS A/S / LIGEBEHANDLINGSNÆVNET

Conclusions de l'avocat général Wahl du 1^{er} décembre 2016

- La constatation d'une discrimination directe au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous a), suppose que l'origine ethnique ait déterminé l'application du traitement ou, en d'autres termes, qu'il apparaisse que le traitement en cause a été introduit ou maintenu pour des raisons liées à l'origine ethnique.
 - Une différence de traitement due à l'origine ethnique n'est pas la conséquence automatique d'une différence de traitement fondée sur l'origine géographique ou le lieu de naissance.
 - L'affirmation selon laquelle la plupart des personnes nées en dehors du Danemark ne sont pas « d'origine ethnique danoise », si tant est qu'une telle origine ethnique existe, ne suffit pas pour établir un cas de discrimination directe. Au contraire, cela révèle tout au plus une discrimination indirecte.
 - Il est erroné de restreindre la comparaison à effectuer à la situation des personnes nées au Danemark, d'une part, et celle des personnes nées dans un pays tiers, d'autre part. La pratique litigieuse ne se résume tout simplement pas à cela. Au contraire, le critère approprié permettant de constater l'existence d'une discrimination au sens de la directive 2000/43 suppose de déterminer si la pratique litigieuse implique une différence de traitement en raison de l'origine ethnique entre, d'une part, une personne née dans un État membre de l'Union ou un État de l'AELE et, d'autre part, une personne née dans un pays tiers.
- Il n'y a donc pas de discrimination directe.

AFFAIRE PENDANTE BASÉE AU DANEMARK : C-668/15, JYSKE FINANS A/S / LIGEBEHANDLINGSNÆVNET

Conclusions de l'avocat général Wahl du 1^{er} décembre 2016

- La pratique en cause constitue-t-elle une discrimination indirecte au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive 2000/43 ? Pour qu'une mesure puisse relever de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive 2000/43, il suffit que, bien qu'ayant recours à des critères neutres qui ne sont pas fondés sur l'origine ethnique, cette mesure ait pour effet de désavantager particulièrement les personnes d'« une origine ethnique donnée ».
- Le Royaume de Danemark considère en substance que l'exigence supplémentaire imposée par la pratique litigieuse affecte les personnes nées dans des pays tiers et donc principalement des personnes « d'origine ethnique non danoise ».
- Même à supposer, pour les besoins de l'argumentation, que le Royaume de Danemark ait raison d'affirmer que les personnes nées en dehors de cet État membre ne sont généralement pas « d'origine ethnique danoise », cela ne suffit pas pour constater une discrimination indirecte au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive 2000/43.
- En effet, la notion de discrimination indirecte au sens de cette disposition ne s'applique que si la mesure prétendument discriminatoire a pour effet de désavantager une origine ethnique en particulier. Autrement dit, cette disposition suppose d'identifier une origine ethnique particulière (ou, lorsqu'une pratique affecte plusieurs communautés ethniques distinctes, des origines ethniques particulières) couverte par la protection conférée par cette directive et soumise à un traitement moins favorable. Cette disposition ne saurait être comprise comme conférant une protection (négative) contre des mesures qui pourraient peut-être favoriser une origine ethnique donnée sans qu'une autre origine ethnique spécifique qui se trouve désavantagée ne soit également identifiée.
- L'objectif et l'économie générale de cette directive, aux termes de son considérant 17, consiste à « prévenir ou à compenser des désavantages chez un groupe de personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée ».
- Il n'y a donc pas de discrimination indirecte.

DIRECTIVE SUR L'ÉGALITÉ EN MATIÈRE D'EMPLOI ET DE TRAVAIL

Champ d'application personnel :

- Pas de définition de l'orientation sexuelle dans la directive. S'applique aux hétérosexuels, homosexuels et bisexuels. Eu égard à l'absence de jurisprudence de la CJUE à ce sujet, il n'est pas certain que la directive couvre également certains aspects plus larges de la non-hétérosexualité, comme les codes vestimentaires, les styles d'expression, etc.
- Aux yeux de la CJUE, un traitement défavorable appliqué parce qu'une personne transsexuelle a subi ou envisage de subir une conversion sexuelle équivaut à une discrimination fondée sur le sexe. On peut se demander si la Cour sera disposée à l'avenir à adopter une approche aussi large en ce qui concerne les personnes transsexuelles et/ou intersexuelles qui n'ont pas subi un changement de sexe.
- Protège les personnes victimes d'une discrimination en raison de leur orientation sexuelle réelle ou supposée. Si quelqu'un harcèle une personne parce qu'il pense qu'elle est homosexuelle, alors que ce n'est pas le cas, ces faits sont malgré tout couverts par la directive.
- Personnes victimes d'une discrimination par association avec une personne d'une orientation sexuelle donnée (affaire Coleman en matière de handicap). En pratique, un exemple pourrait être observé si un travailleur est désavantagé après qu'il a été rendu public que son enfant est homosexuel.

DIRECTIVE SUR L'ÉGALITÉ EN MATIÈRE D'EMPLOI ET DE TRAVAIL

Champ d'application matériel :

- Emploi et travail, y compris accès à l'emploi ou aux activités non salariées, y compris critères de sélection et conditions de recrutement, accès à la formation professionnelle, conditions d'emploi et de travail et affiliation à un syndicat.
- La directive est sans préjudice des lois nationales relatives à l'état civil et des prestations qui en dépendent.
- Différentes formes de discrimination sont couvertes, comme dans la directive sur l'égalité raciale.
- Pas de protection institutionnelle (organisme(s) pour l'égalité)
- Directive minimale comme la directive sur l'égalité raciale
- Pas d'avancée par rapport à la directive horizontale, de sorte que si les EM n'adoptent que les prescriptions de base imposées par les directives de l'UE, il n'existe aucune protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les soins de santé, la sécurité sociale, l'éducation et l'accès aux biens et services, y compris le logement.
- Le Danemark a instauré une protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la religion ou les convictions dans l'accès aux biens et services à la disposition du public, mais pas dans les soins de santé, la sécurité sociale, l'éducation, etc.
- Le gouvernement étudie la possibilité d'étendre la protection contre la discrimination fondée sur le handicap à tous les domaines de l'existence (sur le modèle de la directive sur l'égalité raciale).

JURISPRUDENCE SUR L'ORIENTATION SEXUELLE

La plupart des affaires jugées concernent des avantages liés à l'emploi pour des salariés homosexuels non mariés.

Affaire C-147/08, Römer

- M. Römer a travaillé pour la ville de Hambourg pendant 40 ans. Quelques années après sa retraite, il a conclu un partenariat enregistré et demandé une pension de retraite professionnelle complémentaire, qui pour des raisons fiscales, améliorerait sa situation financière. Il s'est vu opposer un refus parce que d'après la ville de Hambourg, la loi ne permettait de recalculer le montant des pensions que pour les travailleurs mariés.
- La Cour a statué que les pensions complémentaires constituent une « rémunération » et relèvent du champ d'application matériel de la directive. Elle a ajouté qu'il appartenait à la juridiction nationale d'apprécier la comparabilité, mais précisé que l'examen de ce caractère comparable devait être effectué de manière spécifique et concrète au regard de la prestation concernée.

JURISPRUDENCE SUR L'ORIENTATION SEXUELLE

Affaire C-147/08, Römer

- La Cour a souligné que la législation allemande sur le partenariat de vie enregistré stipule que les partenaires de vie ont des devoirs mutuels, d'une part, de se prêter secours et assistance et, d'autre part, de contribuer de manière adéquate aux besoins de la communauté partenariale par leur travail et leur patrimoine, comme cela est aussi le cas entre les époux pendant leur vie commune.
- Les deux situations sont donc comparables.
- Autrement dit, dans des affaires telles que Römer, la question n'est pas de savoir si un partenariat enregistré est généralement comparable à un mariage, mais plutôt de savoir s'il est comparable s'agissant de la question litigieuse (en l'espèce, le calcul de la pension de retraite supplémentaire).

JURISPRUDENCE SUR L'ORIENTATION SEXUELLE

Affaire C-267/12, Hay

- M. Hay travaillait pour le Crédit agricole français. En 2007, il a conclu un partenariat enregistré de droit français, appelé PACS, avec un partenaire de même sexe. À cette occasion, M. Hay a demandé l'octroi des jours de congés spéciaux et de la prime de mariage accordés aux travailleurs salariés qui se marient conformément à la convention collective nationale du Crédit agricole.
- Cependant, le Crédit agricole a refusé à M. Hay le bénéfice de ces avantages au motif que, conformément à la convention collective, ces avantages ne sont accordés qu'en cas de mariage. Lorsque l'affaire a été portée en justice, la Cour de cassation française a décidé de demander une décision préjudicielle à la CJUE.

JURISPRUDENCE SUR L'ORIENTATION SEXUELLE

Affaire C-267/12, Hay

- La CJUE s'est prononcée en faveur de M. Hay. Elle a tout d'abord affirmé que les aspects régis par la convention collective tombaient dans le champ d'application de la directive car il s'agissait d'une « rémunération ».
- La Cour a elle-même examiné la comparabilité des situations plutôt que de laisser ce soin à la juridiction nationale. À la différence du partenariat de vie enregistré en cause dans l'affaire Römer, le PACS français s'adresse à la fois aux hétérosexuels et aux homosexuels.
- Dans son appréciation de la comparabilité, la Cour a pris en considération les principaux objectifs du PACS – engagement des partenaires à un soutien mutuel, organisation de la vie commune et assistance mutuelle. Sur le plan de la forme sous laquelle les relations sont conclues (contrat légal), le PACS est similaire au mariage.
- Le fait que des couples de sexe différent sont également autorisés à conclure un PACS n'a pas d'impact sur l'évaluation puisque, pour des partenaires du même sexe, cette formule constituait la seule manière d'institutionnaliser leur relation (à la différence des partenaires de sexe opposé, qui avaient le droit de se marier). Par conséquent, il y avait bien discrimination directe.

JURISPRUDENCE SUR L'ORIENTATION SEXUELLE

Affaire C-81/12, ACCEPT (discours de haine et charge de la preuve)

- M. Becali, un actionnaire d'un club de football, a déclaré publiquement que le club n'engagerait pas un joueur homosexuel. Il préférerait dissoudre le club ou faire jouer un joueur de l'équipe junior plutôt que d'accepter un homosexuel dans l'équipe. Le club de football (employeur) n'a pas pris ses distances avec ces déclarations.
- Une ONG roumaine a porté l'affaire en justice.

Décision de la CJUE :

- Faits similaires à l'affaire Feryn – déclarations discriminatoires sans victime individuelle. Le fait que l'employeur n'ait pas pris ses distances à l'égard de ces déclarations homophobes peut être pris en considération par le tribunal national quand il examine le cas.
- Si l'employeur veut réfuter la discrimination alléguée, il peut présenter une politique de recrutement afin de prouver que celle-ci n'est pas discriminatoire.

JURISPRUDENCE SUR L'ORIENTATION SEXUELLE

Affaire C-81/12, ACCEPT (discours de haine et charge de la preuve)

- Il n'est pas nécessaire de prouver que l'employeur emploie des personnes ayant une orientation sexuelle déterminée (ce qui dans certains cas, porterait atteinte au droit fondamental au respect de la vie privée).
- La principale conclusion à tirer de l'affaire ACCEPT est que dans certaines circonstances, un employeur peut être tenu pour responsable de déclarations discriminatoires émises par un tiers. En même temps, l'arrêt confirme que des déclarations discriminatoires (en l'espèce, homophobes) peuvent constituer en soi des actes de discrimination directe.

JURISPRUDENCE SUR L'ORIENTATION SEXUELLE

Affaire C-443/15, Parris (discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et sur l'âge)

- M. Parris était chargé de cours au Trinity College Dublin et était affilié à son régime de pension à prestations définies (« Régime »). Il vivait avec un partenaire de même sexe depuis plus de 30 ans et il a conclu un partenariat enregistré au Royaume-Uni en 2009. Son partenariat a ensuite été reconnu (à titre prospectif) en Irlande lorsque le droit national y a permis ce type de partenariat, en janvier 2011 - il avait alors 64 ans.
- Les dispositions du Régime prévoyaient que les époux ou les partenaires enregistrés survivants reçoivent une pension à vie égale aux deux tiers du salaire, excepté si le mariage avait été contracté ou le partenariat enregistré conclu après le 60^e anniversaire de l'affilié (« Règle de la pension de survie »). Étant donné que M. Parris avait dépassé l'âge de 60 ans lorsqu'il a conclu un partenariat enregistré, son partenaire n'avait pas droit à cette pension après son décès.
- M. Parris clamait qu'il lui était impossible de respecter la Règle de la pension de survie parce que le partenariat enregistré avait seulement été reconnu dans le droit irlandais en janvier 2011, après son 60^e anniversaire. Lorsque le tribunal du travail irlandais a été saisi de sa requête visant à ce qu'une pension de survie complète soit octroyée à son partenaire, il a déferé trois questions préjudicielles à la CJUE. Il a ainsi demandé si la Règle de la pension de survie était constitutive d'une discrimination directe ou indirecte fondée (1) sur l'orientation sexuelle, (2) sur l'âge ou (3) en l'absence de discrimination en raison de ces facteurs, isolément considérés, sur l'effet combiné de ces deux facteurs.
- L'Avocat général a soutenu la thèse de M. Parris. Elle a estimé que la Règle de la pension de survie était constitutive à la fois d'une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle et d'une discrimination directe fondée sur l'âge. Elle a également exprimé l'avis qu'une discrimination avait pu avoir lieu en raison de l'effet combiné de l'âge et de l'orientation sexuelle. Ses observations sur la « limitation dans le temps » ont peut-être même une incidence encore plus large - il n'était selon elle pas nécessaire de limiter les effets d'une décision à ce sujet par rapport à des périodes passées.

JURISPRUDENCE SUR L'ORIENTATION SEXUELLE

Affaire C-443/15, Parris (discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et sur l'âge)

- Dans son arrêt, la CJUE n'a pas souscrit aux conclusions de l'AG et elle a rejeté la position de M. Parris sur les trois questions.
- En réponse à la première question, « La Règle de la pension de survie est-elle constitutive d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ? », la Cour a déclaré qu'elle était « formulée de manière neutre » en ce qu'elle excluait, sans distinction, les partenaires hétérosexuels et homosexuels du bénéfice d'une pension de survie lorsque le mariage ou le partenariat enregistré n'avait pas été conclu avant le 60^e anniversaire. L'impossibilité pour M. Parris de remplir la condition requise était une conséquence de l'état du droit existant en Irlande à la date de son 60^e anniversaire et de l'absence de dispositions transitoires au titre de la Règle de la pension de survie.
- Il est établi au considérant 22 de la directive sur l'égalité de traitement que cette « directive est sans préjudice des lois nationales relatives à l'état civil et des prestations qui en dépendent ». Aux termes de la Cour, les États membres sont « libres de prévoir ou non le mariage pour des personnes du même sexe ou une forme alternative de reconnaissance légale de leur relation, ainsi que, le cas échéant, de prévoir la date à partir de laquelle un tel mariage ou une telle forme alternative produira ses effets ». La Cour a par ailleurs indiqué que la directive sur l'égalité de traitement n'obligeait pas l'Irlande ou le Régime « à donner des effets rétroactifs à la loi sur les partenariats civils (...), ni encore, pour ce qui est de la prestation de survie en cause au principal, à prévoir des mesures transitoires pour les couples de même sexe dont l'affilié aurait déjà atteint l'âge de 60 ans ».

JURISPRUDENCE SUR L'ORIENTATION SEXUELLE

Affaire C-443/15, Parris (discrimination fondée sur
l'orientation sexuelle et sur l'âge)

- À la deuxième question, « La Règle de la pension de survie est-elle constitutive d'une discrimination fondée sur l'âge ? », la Cour a répondu par la négative. Elle a considéré que la circonstance selon laquelle il était impossible pour M. Parris de conclure un partenariat enregistré avant d'atteindre l'âge de 60 ans ne constituait pas une discrimination fondée sur l'âge car, comme cela avait été expliqué précédemment, elle résultait simplement du fait que, à la date de son 60^e anniversaire, le droit national ne prévoyait aucune forme d'union civile pour les couples homosexuels. Or, « le droit de l'Union ne s'opposait pas à cet état du droit national ».
- À la troisième question, « La Règle de la pension de survie est-elle constitutive d'une discrimination fondée sur l'effet combiné de l'orientation sexuelle et de l'âge ? », la Cour a également répondu par la négative. Lorsqu'une règle ne constitue pas une discrimination fondée soit sur l'orientation sexuelle, soit sur l'âge lorsque ces motifs sont isolément considérés, il n'existe « aucune nouvelle catégorie de discrimination résultant de la combinaison de plusieurs de ces motifs ».

Il sera intéressant d'observer le
chemin qu'empruntera la Cour à
l'avenir.

Merci pour votre attention.

Tine Birkelund Thomsen
tith@humanrights.dk