

Quels enseignements tirer de la discrimination fondée sur le sexe en ce qui concerne les autres motifs de discrimination – ou vice versa?

Prof. Dr. Christa Tobler, LL.M.

Europa Institutes of the Universities of Leiden (Netherlands)
and Basel (Switzerland)

**Réflexions actuelles sur le droit de l'UE
relatif à l'égalité de traitement et la non discrimination**
Séminaire pour universitaires (professeurs et assistants de droit)

ERA, Trèves, 20 septembre 2011

Cadre général et contexte (1)

Droit communautaire: dans une certaine mesure, un système fondé sur la jurisprudence

- Seule la Cour de justice européenne (CJEU) a autorité pour interpréter le droit de l'UE. L'instrument principal (mais pas le seul) dont elle dispose: le recours préjudiciel.
- Point 1:
Dans la mesure où la législation relative à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes est très antérieure à celle relative aux autres domaines, la CJEU a été saisie régulièrement au fil des ans de nombreuses questions à ce propos – il se pose la question de la pertinence de cette jurisprudence en ce qui concerne la législation plus récente applicable aux autres types de discrimination.
- Point 2:
De nouvelles questions peuvent se poser dans des domaines autres que la discrimination fondée sur le sexe – ce qui pose alors la question de la pertinence de cette jurisprudence pour la législation de l'UE applicable à la discrimination fondée sur le sexe.

Cadre général et contexte (2)

Différentes « vitesses » en matière de discrimination

- Discrimination fondée sur le sexe – le motif social le plus ancien:
 - Dispositions des traités:
dès le début, existence d'une disposition matérielle dans le traité: ensuite article 119 du traité CEE (depuis Amsterdam article 141 CE, ensuite élargissement du contenu; depuis Lisbonne article 157 TFUE).
 - Droit dérivé:
depuis 1975, différentes révisions et additions – *voir tableau suivant*.
- Origine raciale ou ethnique, orientation sexuelle, religion et convictions, handicap, âge:
 - Pas de disposition matérielle dans les traités.
 - Uniquement droit dérivé:
 - Directive relative à l'égalité de traitement sans distinction de race 2000/43.
 - Directive relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi 2000/78 [nouvelle directive en cours de discussion.]

Cadre général et contexte (3)

Droit dérivé relatif à la discrimination fondée sur le sexe applicable

- Directive 79/7: sécurité sociale
Directive refonte (2006/54, dans le cadre du « mieux légiférer »); remplace quatre directives précédentes:
 - Directive 75/117: égalité des rémunérations
 - Directive 76/207 révisée: emploi
 - Directive 86/378 révisée: régimes professionnels de sécurité sociale
 - Directive 97/80: charge de la preuve
- Directive 2004/113/CE relative aux biens et services
- Directive 2010/41 relative aux travailleurs indépendants (remplace une directive antérieure).
- En plus: un certain nombre d'autres directives connexes (p. ex. maternité et emploi, congé parental, travail à temps partiel).

Cadre général et contexte (4)

Jurisprudence de la CJE

- Pour en revenir à 2003 (année où j'ai présenté un sujet similaire): aucun d'arrêt sur d'autres questions que celle de la discrimination fondée sur le sexe.
- Depuis, un nombre assez considérable d'arrêts concernant la plupart des autres motifs de discrimination:
 - Nombreux arrêts relatifs à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, le premier étant l'arrêt *Defrenne I* (1971), leur nombre étant en augmentation constante.
 - Arrêts de plus en plus nombreux relatifs à la discrimination fondée sur l'âge, le premier étant l'arrêt *Mangold* (2005).
 - Deux arrêts concernant le handicap, *Chacón Navas* (2006), *Coleman* (2008).
 - Deux arrêts concernant l'orientation sexuelle: *Maruko* (2008) *Römer* (2011).
 - Un arrêt concernant l'origine raciale ou ethnique: *Feryn* (2008).
 - [pas d'arrêt jusqu'à présent concernant la religion ou les convictions sur la base de la directive 2000/78 – contrairement à la législation applicable à la fonction publique européenne; *Prais* (1976)].

En résumé: la question

Caractéristiques communes – jurisprudence commune?

- Les différents textes législatifs comportent certains éléments communs (p. ex. concept de « rémunération », formes de discrimination interdites, règles en matière de charge de la preuve).
- La jurisprudence existante dans un domaine peut-elle être transposée aux autres?
 - Dans une certaine mesure « oui », en particulier en ce qui concerne les concepts juridiques généraux.
 - Notez toutefois:
 - Les textes législatifs eux-mêmes diffèrent sur certains points (p.ex. champ d’application, dérogations).
 - Étant donné les développements dans le domaine de la législation relative à l’égalité de traitement entre les hommes et les femmes, certains “vieux” arrêts correspondent à une législation dépassée, y compris dans ce domaine.
 - Chaque motif de discrimination est particulier! Par conséquent, il convient de prendre en compte les caractéristiques spécifiques de chaque cas.
- Rubrique suivante: un choix d’exemples intéressants.

Exemples

Point de départ: l'analyse classique dans les affaires de discrimination

- Éléments de l'analyse classique:
 - Champ d'application:
Qu'est-ce qui est couvert par la législation? Ou pour le dire autrement: existe-t-il une législation communautaire applicable à l'affaire concernée ,et dans l'affirmative, laquelle?
 - Droits :
Quels sont les droits que la législation confère aux individus? En particulier, que signifie “ la discrimination fondée sur ... (p.ex. la religion)?
 - Dérogations :
Quelles sont les limites à ces droits prévues par la législation?
 - Mise en œuvre:
Quelles sont les règles de l'UE applicables en matière de mise en œuvre (que ce soit au titre de la législation spécifique relative à la non discrimination ou à celui des principes généraux du droit de l'UE), à la fois en terme de procédures et en terme de voies de recours efficaces?
- Les exemples présentés ici suivent cet ordre.

Exemples: champ d'application (1)

Le champ d'application: c'est la question la plus simple – interprétation parallèle

- Point de départ:
Les différentes directives ont différents champs d'application, mais les concepts utilisés pour ces différents champs d'application sont les mêmes.
- Principe :
Interprétation parallèle des mêmes concepts, parfois même sur la base de références explicites; application du principe général du droit de l'UE en matière d'interprétation large/restrictive.
- Un exemple tiré de la jurisprudence: *Maruko* (2008), en ce qui concerne le concept de « rémunération ».
 - Les faits: le versement d'une pension de survivant est refusée au survivant d'un couple homosexuel ayant le statut de partenariat enregistré en Allemagne, au motif que ces pensions sont réservées aux survivants de couples mariés.
 - Droit de l'UE pertinent: directive 2000/78.

Exemples: champ d'application (2)

Questions parallèles: *Maruko* suite

- Question posée: la directive couvre la rémunération, mais exclut explicitement les prestations de sécurité sociale (article 3 et considérant 13 du préambule). La pension en question constitue-t-elle une rémunération ou une prestation de sécurité sociale?
- Conformément au considérant 13, la directive « ne s'applique pas aux régimes de sécurité sociale et de protection sociale dont les avantages ne sont pas assimilés à une rémunération au sens donné à ce terme pour l'application de l'article 141 du traité CE [...] .»
- Contexte: la jurisprudence *Barber* en matière de législation relative à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, selon laquelle les régimes professionnels de retraite constituent une rémunération.
- Arrêt de la CJE dans l'affaire *Maruko* (et plus tard aussi dans l'affaire *Römer*): La pension en question constitue une rémunération au sens de l'article 141 CE, et par conséquent aussi au sens de l'article 3 de la directive 2000/78.
- Conséquence: la directive est d'application; l'affaire est passée par le « chas de l'aiguille » il convient dans un deuxième temps d'analyser s'il s'agit d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Exemples: champ d'application (3)

Y compris même la possibilité de liens avec le droit économique

- Exemple des « biens et services »: pertinence explicite partielle d'autres domaines de droit (dans le cas d'espèce: droit économique de l'UE).
 - Directives 2000/43 et 2004/13 couvrent (en ce qui concerne la première: entre autres choses) l'accès et la fourniture de biens et services mis à la disposition du public.
 - Directive 2004/113:
 - Le préambule (considérant 11) dispose: « les biens doivent s'entendre au sens des dispositions du traité instituant la Communauté européenne relatives à la libre circulation des biens. Les services doivent s'entendre au sens de l'article 50 dudit traité. » – les dispositions pertinentes se trouvent dans le droit de l'UE relatif au marché intérieur (droit économique).
 - La question n'a pas été abordée jusqu'à présent dans la jurisprudence (p.ex. dans l'affaire *Test-Achats* (2011)).
 - Directive 2000/78:

Elle ne contient pas de considérant similaire, mais la logique suggère que la Cour adopte la même approche au cas où la question se poserait.(l'affaire *Feryn* (2008) ne concernait pas les biens et services.)

Exemple: droits (1)

Définitions juridiques des différentes formes de discrimination

- La génération de textes législatifs la plus récente:
 - mentionne quatre formes de discrimination et donne une définition juridique de trois d'entre elles (discrimination directe, discrimination indirecte, harcèlement; pas de définition du concept d'incitation à la discrimination).
 - La même définition se retrouve pour l'essentiel dans les différentes directives.
 - Notez: la définition de la discrimination indirecte n'est pas tout à fait la même que l'ancienne définition utilisée dans la jurisprudence relative à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes (*Bilka* (1986))!
- Directive 79/7 (régimes de sécurité sociale obligatoire):
 - ne contient pas de définition juridique de la discrimination directe et indirecte (et ne mentionne pas le harcèlement).
 - toutefois il serait logique que la Cour, dans les affaires à venir, utilise les nouvelles définitions (application par analogie et dans l'intérêt d'une plus grande homogénéité; l'affaire *Jonkman* (2007) ne portait pas sur ce type de questions).

Exemples: droits (2)

La ligne de démarcation entre discrimination directe et indirecte

- Jurisprudence ancienne concernant le domaine de la discrimination fondée sur le sexe:
 - P.ex. *Schnorbus* (2000): « seules les dispositions qui s’appliquent différemment selon le sexe des personnes concernées peuvent être considérées comme constituant une discrimination directement fondée sur le sexe ».
 - Cas particulier: la grossesse; concerne par définition les femmes, utilisation de ce critère entraîne par conséquent une discrimination directe; *Dekker* (1990).
- La jurisprudence plus récente fait apparaître une nouvelle approche (voir **Charts**):
 - Sexe: *Nikoloudi* (2005); orientation sexuelle: *Maruko* (2008).
 - Dans ces affaires, une discrimination directe existe lorsque le groupe désavantagé par définition est composé d’une seule catégorie de personnes (p.ex. de femmes, d’homosexuels), même si le critère utilisé est apparemment neutre.
- Devrait s’appliquer également dans d’autres contextes.

Exemples: droits (3)

« basée sur ... » – les questions deviennent plus complexes

- La signification des différents motifs de discrimination est de toute évidence différente, certaines affaires présentant des aspects surprenants qui renvoient à des questions plus générales.
- P.ex. la jurisprudence en matière de changement de sexe, *P. contre S.* (1996), *KB* (2004), *Richards* (2006):
 - « fondée sur le sexe » inclut « fondée sur le changement de sexe »; la comparaison doit être établie entre la personne une fois qu'elle a changé de sexe et une personne du même sexe.
 - Cette approche concernant le comparateur peut-elle être transposée à d'autres motifs de discrimination? Difficile à imaginer ...
- P.ex. *Coleman* (2008):
 - « fondée sur le handicap » inclut non seulement un handicap du travailleur féminin concerné lui-même, mais également celui du fils dont il a la charge (discrimination par association).
 - là encore: cela peut-il être transposé dans d'autres domaines? Je pense que oui.

Exemples: dérogations (1)

Quelles sont les dérogations autorisées?

- Les raisons sont en partie les mêmes, en partie différentes (voir *Chart*).
- *Test-Achats* (2011) pose la question de savoir quelles sont les dérogations acceptables à la lumière des critères définis par le droit constitutionnel de l'UE:
 - Contexte législatif, faits, questions et analyse: traité dans l'intervention de Eugenia Caracciolo di Torella.
 - Certains chercheurs estiment que cet arrêt remet en cause toutes sortes de dérogations dans toute une série de contextes ...
 - Cette affaire pose la question de sa signification dans le domaine de la discrimination fondée sur l'âge dans le contexte de la proposition de directive actuellement examinée par le législateur européen:
 - Le secteur des assurances défend qu'il est possible de libeller la disposition concernée de la nouvelle directive de manière à ce que l'arrêt *Test-Achats* soit sans incidence en ce qui concerne l'âge.
 - toutefois: qu'en serait-il si la Cour décidait elle-même en matière de comparabilité, comme elle l'a fait, avec un résultat étonnant, p. ex. dans l'affaire *Sturgeon* (2009) concernant le transport aérien?

Exemples: dérogations (2)

Même signification ou signification différente?

- Question particulière à propos de la directive 2000/78, soulevée par l'affaire *Age Concern England* (2009):
 - Cette affaire concerne la discrimination fondée sur l'âge, plus précisément la question de savoir si une réglementation nationale relative à l'âge de départ à la retraite ayant pour conséquence d'autoriser le licenciement de travailleurs âgés de 65 ans ou plus, lorsque le motif du licenciement est qu'ils ont atteint l'âge de la retraite, est compatible avec la directive 2000/78.
 - Y-a-t-il une différence entre justification objective et discrimination indirecte telles que définies respectivement à l'article 6, paragraphe 1, et à l'article 2, paragraphe 2, sous b, de la directive? Selon *Age Concern England*, le critère défini par le premier de ces articles est plus strict dans la mesure où il contient le terme « raisonnable ».
 - CJE: la fonction de ces deux dispositions n'est pas la même. En ce qui concerne leur signification, même si leur libellé est différent, la justification objective doit être dans les deux cas raisonnable.
- Ce qui prouve que c'est l'idée qui compte et pas toujours les mots ...

Exemples: action positive

Dérogação ou pas?

- Évolution de la jurisprudence en matière d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'action positive:
 - Première affaire, *Kalanke* (1995):
l'article 2, paragraphe 4, de (l'ancienne) directive 76/207 constitue une dérogation et doit par conséquent faire l'objet d'une interprétation restrictive.
 - *Lommers* (2002), l'approche est quelque peu différente:
la Cour parle toujours de dérogation, mais ne mentionne pas la nécessité d'une interprétation restrictive. Elle insiste en revanche sur la proportionnalité.
- Évolution de la législation:
Le nouvel article 157, paragraphe 4, TFUE est plus large; cela devrait entraîner des conséquences au niveau de l'interprétation (p.ex. *Norwegian Quotas* (2003)); bien que la Cour de l'AELE soit tenue de respecter le principe de la conformité du droit de l'EEE avec de droit de l'UE.
- A mon avis, l'ancienne jurisprudence ne saurait être purement et simplement transposée pour d'autres types de discrimination.

Exemples: mise en œuvre (1)

Une approche globale

- La mise en œuvre revêt une importance particulière pour la génération la plus récente de directives:
 - Les directives contiennent des dispositions spécifiques de mise en œuvre, qui représentent en fait une codification de la jurisprudence de la CJE dans le domaine de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, en particulier dans le contexte de l'article 6 de l'ancienne directive 76/207.
 - Ces règles spécifiques doivent s'apprécier à la lumière de certains principes généraux du droit de l'UE applicables en la matière (p.ex. effet direct, responsabilité de l'État).
- Deux exemples:
 - *Feryn* (2008), en ce qui concerne la codification des règles applicables en matière de charge de la preuve.
 - *Jonkman* (2007), en ce qui concerne la question plus générale des voies de recours et plus particulièrement le droit à un recours efficace.

Exemples: mise en œuvre (2)

Feryn (2008)

- Un employeur avait déclaré publiquement qu'il refusait d'embaucher des étrangers (en fait des Marocains). Une des questions posées à la Cour portait sur la charge de la preuve.
- La Cour rappelle l'article 8 de la directive 2000/43 et constate:
 - « Des déclarations publiques par lesquelles un employeur fait savoir que, dans le cadre de sa politique de recrutement, il n'embauchera pas de salariés ayant une certaine origine ethnique ou raciale suffisent à présumer l'existence d'une politique d'embauche directement discriminatoire.
 - Il incombe alors à cet employeur de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. Il peut le faire en démontrant que la pratique réelle d'embauche de l'entreprise ne correspond pas à ces déclarations. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier que les faits reprochés sont établis et d'apprécier si les éléments apportés au soutien des affirmations dudit employeur selon lesquelles il n'a pas violé le principe de traitement sont suffisants. »
- Point n'est besoin d'invoquer l'ancienne jurisprudence en matière d'égalité de traitement...

Exemples: mise en œuvre (3)

Jonkman (2007)

- Suivi des affaires *Defrenne* datant des années 1970.
- L'affaire concerne le régime de retraite des hôtesses de l'air en Belgique considéré par la CJE comme étant de nature à perpétuer la discrimination plutôt que d'y remédier.
- Observations importantes de la CJE:
 - Principe de coopération loyale:
En vertu du principe de coopération loyale prévu à l'article 10 du traité CE (depuis Lisbonne: article 4, paragraphe 3, TFUE, les États membres sont tenus d'effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire .
 - Révision de la législation:
Dès lors, à la suite d'un arrêt de la Cour dont découle l'incompatibilité d'une législation nationale avec le droit communautaire, il incombe aux autorités de l'État membre concerné de prendre les mesures générales ou particulières propres à assurer sur leur territoire le respect du droit communautaire.
(Notez: dans ce contexte, il peut s'agir d'un nivellement vers le bas!)

Exemples: mise en œuvre (4)

Jonkman suite

- (suite des observations importantes):
 - Nivellement par le haut:
Par ailleurs, 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. Le juge national est tenu d'écarter toute disposition nationale discriminatoire, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par le législateur, et d'appliquer aux membres du groupe défavorisé le même régime que celui dont bénéficient les personnes de l'autre catégorie
 - Indemnisation:
Un État membre est tenu de réparer les dommages causés à des particuliers par la violation du droit communautaire.
- Tout ceci est de nature générale et s'applique par conséquent dans le contexte d'autres types de discrimination.

Merci de votre attention!

... passons maintenant à la discussion

Information à propos des *Charts*:

- The *Charts* mentionnés dans cette présentation sont extraits de: Christa Tobler/Jacques Beglinger, *Essential EU Law in Charts*, 2nd Lisbon edition, Budapest: HVG-Orac 2010.
(cette publication fait partie de *EU Law in Charts Project*. Pour toute information complémentaire, voir www.eur-charts.eu).
- Un des sites mentionnés plus spécifiquement: http://www.eur-charts.eu/wp-content/uploads/2011/08/EUR-Charts_Test-Achats_V13_2011.pdf), un certain nombre de charts concernant l'affaire *Test-Achats* sont également disponibles et peuvent être téléchargés gratuitement.