

La législation européenne en matière de lutte contre les discriminations : Définition des concepts clés

Prof. Dr. Christa Tobler, LL.M.

Europa Institutes des Universités de Bâle (Suisse) et de Leiden (Pays-Bas)

Séminaire de l'ERA sur la législation européenne en matière de lutte contre les discriminations
17 mai 2021



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

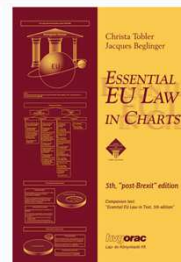
— Christa TOBLER, LL.M. Universités de Bâle (Suisse) et de Leiden (Pays-Bas)
christa.tobler@unibas.ch r.c.tobler@law.leidenuniv.nl <http://www.europainstitutleidenuniv.nl>

ERA_2021.ppt

Introduction : matériel de référence

Jurisprudence de la CJUE ; graphiques sur le droit européen

- La jurisprudence de la CJUE :
 - La présentation fait référence à la jurisprudence sur la discrimination fondée sur le sexe (ou le genre) et sur d'autres types de discrimination.
 - Raison : il s'agit essentiellement des mêmes concepts dans des domaines différents.
- Graphiques :
 - La présentation comprend des références à des graphiques (voir les documents du séminaire).
 - Source :
Christa Tobler et Jacques Beglinger,
Essential EU Law in Charts, 5th, édition post-Brexit,
Budapest : HVG-ORAC 2020 (il existe également un texte d'accompagnement) ; www.eur-charts.eu.



Christa TOBLER, LL.M., Universités de Bâle (Suisse) et de Leiden (Pays-Bas).

2

ERA_2021.ppt

Introduction : comment procéder en pratique

Analyse des cas de discrimination

- Première étape dans tous les cas : Déterminer la **loi pertinente** (motif de discrimination, champ d'application) - voir fiche suivante.
- Puis analyse étape par étape de :
 - **Forme de discrimination : directe, indirecte, harcèlement (sexuel)**. Instruction de discriminer.
 - Justification possible d'un traitement différent :
 - Diffère selon les motifs de discrimination et la forme de discrimination.
 - Y compris, entre autres, la **discrimination positive**.
 - En cas de constatation d'une discrimination : sanctions (non couvert pas la présente présentation).

Droit applicable au niveau de l'UE

La législation anti-discrimination de l'UE

- **Plusieurs niveaux** dans le droit de l'Union :
 - Charte des droits fondamentaux ("**CFRUE**") / principes généraux.
 - TFUE : Art. 157(1) et (2) du TFUE.
 - Diverses directives avec différents champs d'application matériels ; voir le **graphique 10/8** (voir aussi le **graphique 10/9**, discrimination multiple).
- **Pertinence et relation** :
 - *Bauer et Broßonn* (2018) : directive pour les cas verticaux et CFRUE/principe général pour les cas horizontaux.
 - *Egenberger* (2018) : L'art. 21 CFRUE a un effet direct horizontal.
 - *Popławski* (2019) : La primauté du droit de l'Union européenne n'est pas à elle seule suffisante pour les particuliers.

Types de discrimination (1)

Développement : discrimination directe et indirecte

- A l'origine :
 - La CJUE a interprété les dispositions de non-discrimination du traité CEE dans un seul sens : l'interdiction d'une inégalité de traitement fondée explicitement sur le critère mentionné dans la loi.
 - Cela correspond (partiellement) au concept actuel de discrimination directe.
- Par la suite, la CJUE a également développé le concept de discrimination indirecte, qui est formellement lié à un critère différent.

Pour plus d'informations, voir le **graphique 10/10**

Les types de discrimination dans le droit communautaire moderne (2)

Droit secondaire de l'UE

- Par la suite, le droit dérivé a commencé à **mentionner la discrimination directe et indirecte** ; la première **définition juridique** de la discrimination indirecte figure dans la directive sur la charge de la preuve (1980).
- A partir de 2000, une nouvelle génération de directives, mentionnant 4 types de discrimination, 3 définitions :
 - La discrimination directe ;
 - La discrimination indirecte ;
 - Le harcèlement (alors un nouveau concept dans le droit européen) ;
 - Instruction de discriminer (pas de définition légale).

Bases des définitions

Législation

- **Définitions juridiques** dans la plupart des directives, mais pas de distinction/définition expresse dans :
 - Directive 79/7 (sécurité sociale obligatoire, discrimination sexuelle) ;
 - Art. 157 DU TFUE.
 - Arts. 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux.
- La Cour a tendance à utiliser les mêmes définitions partout ; *MB* (2018) en relation avec la directive 79/7 ; *Praxair* (2019) en relation avec l'art. 157 DU TFUE.
- (A titre de comparaison : aucune définition juridique dans les dispositions fondamentales du droit du marché intérieur).

Discrimination directe (1)

Un concept facile à première vue ...

- **Définition par la jurisprudence** dans *Dekker* (1990) sur la question de savoir si un refus d'embauche peut être considéré comme une discrimination directe fondée sur le sexe :

" La réponse dépend de la question de savoir si le motif fondamental du refus d'embauche s'applique sans distinction aux travailleurs de l'un ou l'autre sexe ou, à l'inverse, s'il s'applique exclusivement à un sexe. "
- Dans l'affaire *Dekker* :
 - Refus d'engager la candidate en raison de sa grossesse.
 - CJUE : discrimination directe puisque seules les femmes peuvent tomber enceintes.

Discrimination directe (2)

Définition légale

- Par exemple, l'art. 2 (a) de la directive 2004/113 :
"lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable" - mais seulement en l'absence de justification ; voir **graphique 10/13**).
- Cela semble encore simple - se concentrer sur l'utilisation du critère interdit. Mais : la jurisprudence plus récente est beaucoup moins claire (voir ci-après).

Discrimination directe (3)

Quelques exemples (1)

- Un exemple historique - Elizabeth von Arnim (d'après son roman "Elizabeth et son jardin allemand", 1875) :
 - A propos du salaire des employés de la ferme du mari de l'auteur.
 - "Les hommes reçoivent un mark et demi à deux marks par jour et autant de pommes de terre qu'ils peuvent en manger. Les femmes reçoivent moins, non pas parce qu'elles travaillent moins, mais parce qu'elles sont des femmes et qu'il ne faut pas les encourager. "
- De plus en plus rare dans la jurisprudence de la CJUE :
 - Discrimination sur la base de l'ethnicité : cas particuliers tels que *Feryn* (2008) et *ACCEPT* (2013), concernant le discours/la communication.
 - Fréquent dans les cas de discrimination fondée sur l'âge : par exemple, *Mangold* (2005), *Kücükdeveci* (2010), *Prigge* (2011).

Discrimination directe (4)

Quelques exemples (2) : *Feryn*

- Le directeur d'une société belge d'installations de sécurité déclare publiquement qu'il n'emploiera pas d'immigrés/Marocains (*discours/communication*). Une association intente une action en justice.
- CJUE :
 - Il s'agit d'un cas de discrimination directe (un "acte de langage"), "ces déclarations étant de nature à dissuader fortement certains candidats de présenter leur candidature et, partant, à entraver leur accès au marché du travail."
 - "L'existence d'une telle discrimination directe ne dépend pas de l'identification d'un requérant qui dit en avoir été la victime".

Discrimination directe (5)

Quelques exemples (3) : *Prigge (2011)*

- La compagnie aérienne allemande Lufthansa licencie leurs pilotes à 60 ans (mécanisme automatique prévu par une convention collective). Trois pilotes intendent une action en justice.
- CJUE :
 - L'inégalité de traitement directement liée à l'âge :

"Un tel pilote se trouve dans une situation comparable à celle d'un pilote plus jeune exerçant la même activité au profit de la même compagnie aérienne et/ou relevant de la même convention collective. Le premier pilote dont le contrat de travail prend fin automatiquement lorsqu'il atteint l'âge de 60 ans est traité de manière moins favorable, en raison de son âge, que le second. "
 - La CJEU a estimé que rien ne le justifiait (voir diapositive suivante).

Discrimination directe (6)

Quelques exemples (4) : *Prigge* (2011) - justification

- En théorie, trois motifs de justification sont possibles.
- Mais aucun d'entre eux ne s'applique dans le cas présent :
 - Ni l'Art. 2(5) sur la sécurité publique (ici : dans l'aviation) : une interdiction de l'activité n'est pas nécessaire.
 - Ni l'art. 4(1) sur une caractéristique liée à l'un des motifs de discrimination visés à l'art. 1 de la directive 2000/78 et constituant une exigence professionnelle "réelle et déterminante" : limite d'âge disproportionnée.
 - Ni l'art. 6(1) sur un objectif légitime, y compris les objectifs légitimes de la politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, ainsi que les moyens appropriés et nécessaires : uniquement des objectifs de politique sociale, ce qui n'est pas en cause dans la présente affaire.

Voir le **graphique 10/13**

Discrimination indirecte (1)

Pour les cas moins évidents

- Principaux cas *Sotgiu* (1974), *Bilka* (1986), *O'Flynn* (1996).
- Définition juridique, par exemple l'art. 2(b) de la directive 2004/113 : "lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires".

Voir **graphique 10/10, graphique 10/11**

Discrimination indirecte (2)

Quelques exemples

- Jurisprudence de la CJUE, arrêt de principe *O'Flynn* (1996) :
 - Règlement britannique en vertu duquel les personnes dans le besoin peuvent demander à l'État une participation financière aux frais d'obsèques d'un proche.
 - Condition : les funérailles doivent avoir lieu au Royaume-Uni ; désavantage les travailleurs migrants.
 - Aucune justification.
- Travail à temps partiel, par exemple *Bilka* (1986), *Villar Láz* (2019) :
 - Souvent principalement des femmes ; peut fonctionner de manière discriminatoire.
 - Remarque : il existe désormais une directive spécifique 97/81, qui interdit la discrimination directe fondée sur le travail à temps partiel.

Discrimination indirecte (3)

Quelques exemples

- Durée de travail, par exemple *Cadman* (2006) :
 - Peut entraîner un désavantage particulier pour les femmes.
" Dès lors que, en règle générale, le recours au critère de l'ancienneté est approprié pour atteindre l'objectif légitime de récompenser l'expérience acquise qui permet au travailleur de mieux remplir ses fonctions, l'employeur n'est pas tenu d'établir spécifiquement que le recours à ce critère est approprié pour atteindre cet objectif en ce qui concerne un emploi déterminé, à moins que le travailleur n'apporte des éléments de nature à soulever des doutes sérieux à cet égard. "
- Un exemple vécu par votre interlocuteur :
 - Conférence de la Commission européenne sur la discrimination à Lisbonne en 2005.
 - Visite du célèbre château de Saõ Jorge, où les résidents de Lisbonne ne doivent pas payer de droit d'entrée.

Délimitation (1)

Elargissement du périmètre en pratique

- *Nikoloudi* (2005) :
 - Les travailleurs à temps partiel ne pouvaient devenir des employés permanents que s'ils avaient auparavant travaillé à temps plein pendant deux ans.
 - En vertu du statut général du personnel, le recrutement en tant que nettoyeurs à temps partiel était réservé aux femmes.
- Discrimination sexuelle, directe ou indirecte ? CJUE :
 - L'exclusion du personnel titulaire par une référence apparemment non sexiste à un groupe d'employés qui était composé uniquement de femmes sur la base d'une réglementation nationale constitue une discrimination directe fondée sur le sexe.
 - Si les hommes étaient également employés : discrimination indirecte.

Délimitation (2)

Elargissement du périmètre en pratique (suite)

- Par exemple, *Maruko* (2008) :
 - Le partenaire survivant d'un partenariat entre personnes de même sexe conclu en Allemagne n'a pas reçu de pension de veuf parce qu'il n'était pas marié à son partenaire.
 - En Allemagne, seuls les couples de sexe différent peuvent se marier.
 - Discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle ?
 - CJUE : discrimination *directe* - raison précise non expliquée.
- Par la suite, la même approche dans *Römer* (2011).
- Clarification dans *Hay* (2013) - voir ci-dessous.

Délimitation (3)

Explication dans l'affaire précurseur de *Hay* (2013)

- Les faits :
 - En France, un employeur refuse les avantages liés au mariage à un partenaire enregistré de même sexe parce qu'il n'est pas marié.
 - En France, un "PACS" (partenariat civil) est accessible aux couples _de même sexe et aux couples hétérosexuels.
 - À l'époque, les couples de même sexe ne pouvaient pas se marier.
- Discrimination directe ou indirecte fondée sur l'orientation sexuelle ? Argument selon lequel lorsqu'une forme de partenariat est ouverte aux deux sexes, il ne peut y avoir de discrimination directe.
- CJUE : discrimination *directe* (qui, pour cette raison, ne peut être justifiée que sur la base de motifs légaux).

Délimitation (4)

Explication dans *Hay* (2013) - suite

- CJUE :
 - "La circonstance que le PACS [...] ne soit pas réservé aux seuls couples homosexuels est sans incidence et, en particulier, ne change pas la nature de la discrimination à l'égard des couples homosexuels qui, à la différence des couples hétérosexuels, ne pouvaient pas, à la date des faits, contracter légalement un mariage."
 - "La différence de traitement fondée sur l'état civil des salariés et non expressément sur leur orientation sexuelle constitue encore une discrimination directe car seules des personnes de sexe différent peuvent se marier et les salariés homosexuels ne peuvent donc pas remplir la condition requise pour obtenir l'avantage revendiqué."
- Effet : clairement, le périmètre s'est élargi !

Délimitation (5)

Plus tard également *Nikolova* (2015)

- Faits :
Installation de compteurs d'électricité trop hauts pour être lisibles dans des zones urbaines peuplées majoritairement de membres de l'ethnie rom. Le demandeur n'était pas rom mais dirigeait une entreprise dans un quartier rom.
- Discrimination fondée sur l'origine ethnique ? CJUE :
 - Discrimination *directe* si le motif de la différence de traitement est l'origine ethnique. A noter ici : les stéréotypes et les préjugés.
 - Sinon, une discrimination *indirecte*, auquel cas une justification objective ne peut pas stigmatiser.

Voir le **graphique 10/12**

Comparabilité

Approche aristotélicienne dans les deux cas ?

- Contexte - la définition générale donnée par la CJUE, par exemple dans l'affaire C-253/09 *Commission/Hongrie*, paragraphe 50 :
"[...] il est de jurisprudence constante que la discrimination ne peut résulter que de l'application de règles différentes à des situations comparables ou de l'application d'une même règle à des situations différentes [...]."
- Définitions juridiques de la discrimination directe et indirecte :
 - Discrimination directe : ce qui précède s'applique clairement, voir la formulation de la définition.
 - Également pour la discrimination indirecte ? Cette question est contestée par les universitaires, car elle n'est pas mentionnée dans la définition. A mon avis est également pertinent ici, voir par exemple *Wippel* (2004), *Kenny* (2013).

Harcèlement (1)

Un nouvel élément

- Par exemple, l'art. 2(c) de la directive 2004/113 :
"lorsqu'un comportement indésirable lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant".
- Note :
 - Ici, il ne s'agit clairement pas d'une approche aristotélicienne.
 - Contexte : travail de Catherine MacKinnon aux Etats-Unis à partir des années 1970.

Voir encore le **graphique 10/10**

Harcèlement (2)

Aussi : harcèlement sexuel

- Par exemple, l'art. 2(d) de la Directive 2004/113 :
" lorsque survient toute forme de comportement physique, verbal, non verbal ou non désiré à connotation sexuelle, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne, notamment lorsqu'il crée un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. "
- L'accent est mis ici sur le "comportement de nature sexuelle".

Voir à nouveau le **graphique 10/10**

Harcèlement (3)

Exemples (1) : *Coleman* (2008)

- La question se pose pour la première fois dans *Coleman* (2008), sur le handicap.
- Faits et conclusions :
 - Licenciement "d'un commun accord" d'une travailleuse en raison du grave handicap de son fils.
 - Il s'agit d'une discrimination par association, dont un aspect particulier est le harcèlement (remarques offensantes adressées à l'employé).
 - CJUE : " Lorsqu'il est établi que les agissements indésirables constitutifs de harcèlement dont est victime un salarié qui n'est pas lui-même handicapé sont liés au handicap de son enfant, dont la garde est assurée à titre principal par ce salarié, ces agissements sont contraires à l'interdiction du harcèlement [...]"

Harcèlement (4)

Exemples (2)

- Comparaison avec le droit du personnel de l'UE, où le harcèlement psychologique (dans la version allemande : "*mobbing*") est également interdit ; art. 12a(3) dans le Statut du personnel :

"Par harcèlement psychologique, on entend toute conduite inappropriée qui se manifeste sur une période donnée, qui est répétitive ou systématique et qui implique un comportement physique, un langage parlé ou écrit, des gestes ou d'autres actes qui sont intentionnels et qui peuvent porter atteinte à la personnalité, à la dignité ou à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne."
- *Par exemple, l'affaire F-52/05 Q contre Commission* :
 - Allégation d'isolement des autres bureaux, évitement des discussions, absence de tâches, rumeurs négatives.
 - CJUE : Ne nécessite pas de mauvaise intention.

Et enfin...

... merci de votre attention !

Contact :

r.c.tobler@law.leidenuniv.nl ou
christa.tobler@law.leidenuniv.nl