

ERA VILNIUS

2 JUIN 2016

DÉFINITION DES CONCEPTS ESSENTIELS

Paul Epstein Q.C.

pje@cloisters.com

Discrimination directe

Définition

1. Directive 2006/54/CE, article 2 : « la situation dans laquelle 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 »
2. L'interprétation doit s'inspirer du sens donné à la définition de la discrimination directe dans des affaires fondées sur d'autres dispositions relatives à la discrimination, comme les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE.

Traitement moins favorable/désavantage

3. Lorsqu'une personne est soumise à un traitement moins favorable, elle subit généralement un désavantage.
4. Il appartient aux juridictions nationales de statuer sur l'existence d'un désavantage.
5. Il n'est toutefois pas indispensable que le désavantage soit grave : dans l'affaire C-83/14, *Chez Razpredelenie Bulgaria Ad contre Komisia Za Zashtita Ot Diskriminatsia* (« CHEZ RB »), la législation bulgare exigeant que le traitement défavorable porte directement ou indirectement atteinte « à des droits ou à des intérêts » a été jugée incompatible avec la directive 2000/43/CE.

6. Au Royaume-Uni, les tribunaux ont établi qu'il suffit qu'une personne raisonnable se trouvant dans la situation du plaignant puisse considérer que le traitement est désavantageux.

Discrimination « fondée sur le sexe »

7. Dans la plupart des versions linguistiques, la définition utilise une formulation de ce type, dans laquelle le terme « sexe » n'est pas qualifié par un adjectif possessif.
8. Sans distinction des termes précis choisis dans une quelconque langue, il ressort toutefois clairement de la jurisprudence de la CJE, notamment dans l'affaire *CHEZ RB* précitée, que la directive 2006/54/CE n'impose pas que le traitement soit appliqué en raison du sexe du plaignant. Le traitement en cause pourrait être appliqué au plaignant en raison du sexe d'une autre personne. Autrement dit, la discrimination directe par association, telle qu'elle a été constatée dans l'affaire C-303/06, *Coleman contre Attridge Law*, est interdite.
9. Le « sexe » inclut la conversion sexuelle - cf. considérant 3 de la directive 2006/54/CE - « *La Cour de justice a considéré que le champ d'application du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ne saurait être réduit aux seules discriminations fondées sur l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Eu égard à son objet et à la nature des droits qu'il tend à sauvegarder, ce principe s'applique également aux discriminations qui trouvent leur origine dans le changement de sexe d'une personne.* »
10. Égalité de rémunération - La directive interdit également la discrimination fondée sur le sexe en matière de rémunération. Son considérant 8 stipule ce qui suit : « *Le principe de l'égalité de rémunération pour un même travail ou un travail de même valeur, énoncé par l'article 141 du traité et confirmé par la jurisprudence constante de la Cour de justice, constitue un aspect important du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes et une partie essentielle et indispensable de l'acquis communautaire, y compris la jurisprudence de la Cour concernant la discrimination fondée sur le sexe. Il convient donc de prendre des dispositions supplémentaires pour sa mise en œuvre.* »

11. Grossesse - La directive 2006/54/CE couvre la grossesse. Son considérant 23 dispose ce qui suit : « *Il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour de justice qu'un traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé à une femme constitue une discrimination directe fondée sur le sexe. Un tel traitement devrait donc expressément être couvert par la présente directive.* »

Comparateur

12. Il s'agit d'examiner comment le plaignant a été traité par rapport à la manière dont un comparateur « l'est, l'a été ou le serait ».
13. Comparateur contemporain - Le comparateur peut être une personne qui fait l'objet d'un traitement donné au moment même où la situation est examinée. Les circonstances de ce comparateur potentiel et du plaignant doivent être identiques à tous les égards significatifs, excepté la caractéristique protégée.
14. Par exemple, si une femme agent de police dénonce une discrimination directe fondée sur le sexe parce qu'elle n'a pas été promue et se compare à un collègue masculin qui a été promu, le tribunal peut escompter des similitudes substantielles dans leurs qualifications, leur expérience et leurs aptitudes. Bien entendu, il peut s'avérer qu'il n'existe aucun comparateur effectif approprié.
15. Comparateur passé - Le comparateur peut aussi être une personne qui a fait l'objet d'un traitement donné dans le passé, comme dans l'affaire 129/79, *Macarthy Ltd contre Smith*. La CJE a statué qu'une plaignante peut intenter une action en égalité de rémunération lorsqu'elle perçoit une rémunération moindre qu'un homme qui était employé antérieurement et effectuait le même travail.
16. Comparateur théorique - Le comparateur peut également être théorique (« le serait »). Les parties confondent fréquemment ces notions, de même que les juges, lorsque le plaignant recourt à un comparateur théorique. Dans un tel cas, le procédé le plus efficace peut consister à simplement déterminer la raison pour laquelle le plaignant a fait l'objet d'un traitement donné.

17. Comparateur - maternité/grossesse - Aucune comparaison ne peut être effectuée entre une femme enceinte et un homme qui est malade. Le principe élémentaire, en matière de discrimination directe, veut que les situations similaires reçoivent un traitement similaire et les situations différentes un traitement différent. La grossesse est une situation qui ne peut être comparée à aucune autre.

18. Dans l'affaire C-32/93, *Webb (demanderesse) contre EMO Air Cargo (UK) Ltd (défenderesse)*, la CJE a déclaré que le licenciement d'une femme en raison de sa grossesse constitue une discrimination directe fondée sur le sexe. Étant donné que l'état de grossesse n'est aucunement assimilable à un état pathologique, a fortiori à une indisponibilité d'origine non médicale, on ne saurait s'interroger sur la question de savoir si la situation d'une femme se trouvant dans l'incapacité d'accomplir la tâche pour laquelle elle a été recrutée, en raison d'une grossesse, peut être comparée à celle d'un homme se trouvant dans la même incapacité, pour raisons médicales ou autres.

Lien de causalité

19. Le sexe ne doit pas nécessairement être la cause exclusive ou principale du désavantage. Il ne peut jouer aucun rôle quel qu'il soit dans le traitement.

Raisons du traitement

20. Quel est le lien de causalité requis ?

21. Le libellé de la définition - « discrimination fondée sur » - indique sans équivoque que le lien de causalité est une question objective. Selon une analyse objective, quelle est la raison qui a motivé le traitement en cause ?

22. Dans l'arrêt *CHEZ RB*, la CJE a expliqué au point 91 que dans une affaire de discrimination directe, la juridiction nationale devait déterminer « *s'il s'avère que ladite mesure a été instituée et/ou maintenue pour des raisons liées à l'origine ethnique commune à la majeure partie des habitants du quartier concerné, ce qu'il appartient à la*

juridiction de renvoi d'apprécier en tenant compte de l'ensemble des circonstances pertinentes de l'affaire ».

23. La « raison » du traitement est différente de sa motivation ou de son intention. Une personne peut commettre une discrimination même avec la meilleure motivation possible.
24. Afin d'identifier la raison, il faut en quelque sorte pénétrer dans le fonctionnement psychologique (conscient ou inconscient) de l'auteur de la discrimination alléguée. La raison interdite a-t-elle influencé sa réflexion ? Un moyen d'aborder le problème peut consister à se demander si, en l'absence de la raison interdite, l'auteur de la discrimination alléguée aurait posé les mêmes actes. Cette analyse peut être complexe pour un tribunal.
25. Critère discriminatoire par essence - Si la raison du traitement est inhérente à l'acte lui-même, le tribunal n'a pas besoin d'analyser le fonctionnement psychologique de l'auteur de la discrimination alléguée et une analyse « en l'absence » ne doit pas être menée. Le traitement peut automatiquement être qualifié de discrimination directe.
26. Un exemple est la discrimination à l'égard d'une femme parce qu'elle est enceinte, comme dans l'affaire *Webb*.
27. Accessoirement, une difficulté peut survenir si le traitement dénoncé parce qu'il serait discriminatoire n'est pas manifestement discriminatoire. Si toutefois il est incontestablement discriminatoire, il n'est pas nécessaire dans ce cas non plus de s'intéresser au fonctionnement psychologique de l'auteur de la discrimination alléguée.
28. La jurisprudence de la CJE renferme plusieurs exemples :
 - i. les règles régissant le droit à une pension de vieillesse qui sont susceptibles de produire un effet *uniquement* au profit ou au détriment de personnes d'un certain âge représentent une

discrimination directe fondée sur l'âge (affaire C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark*, points 23 et 24) ;

- ii. il existe une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle lorsqu'une prestation octroyée aux couples est refusée aux couples homosexuels qui ont conclu un partenariat enregistré assimilé au mariage et n'ont pas accès à l'institution du mariage (affaires C-267/06, *Maruko*, point 72, et C-147/08, *Römer*, point 52).

29. Stéréotypes - Bien que les stéréotypes puissent donner une description exacte de certains membres d'un groupe partageant une caractéristique donnée (p. ex. la race ou la nationalité), si une partie défenderesse applique une approche empreinte de stéréotypes à un plaignant sans tenir compte de ses caractéristiques personnelles, un traitement défavorable équivaut à une discrimination directe.

Personnes

30. Une « personne » désigne une personne physique.
31. La définition peut également être étendue aux personnes morales. Dans la directive 2000/43/CE, le considérant 16 fait la remarque suivante : « *Il importe de protéger toutes les personnes physiques contre la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique. Les États membres doivent aussi assurer, en tant que de besoin et conformément aux traditions et pratiques nationales, la protection des personnes morales lorsqu'elles sont victimes de discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique de leurs membres.* »
32. On peut également songer aux conclusions de l'Avocat général Kokott dans l'affaire *CHEZ RB*, ayant trait à la race, qui fait référence à ce considérant et affirme au point 65 : « *Même les personnes morales peuvent, le cas échéant, être protégées des discriminations.* »

Justification

33. Selon le postulat fondamental, il ne peut y avoir aucune justification à une discrimination directe - voir l'affaire C-177/88, *Dekker (requérante) contre Stichting Vormingscentrum Voor Jonge Volwassen (VJV-Centrum) Plus (défenderesse)*, points 24 et 25.
34. Dans des circonstances très limitées, une exigence professionnelle véritable peut toutefois être invoquée à titre de défense aussi bien pour une discrimination directe qu'indirecte.
35. La définition figure à l'article 14, paragraphe 2, de la directive : « *Les États membres peuvent prévoir, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la formation qui y donne accès, qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée au sexe ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du cadre dans lequel elles se déroulent, une telle caractéristique constitue une exigence professionnelle véritable et déterminante, pour autant que son objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée.* »

Discrimination indirecte

Définition

36. Directive 2006/54/CE, article 2 : « la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement 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 but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires »

37. Alors que la discrimination directe concerne l'égalité dans la forme, la discrimination indirecte porte sur l'égalité dans l'effet.

Disposition, critère ou pratique (« DCP »)

38. Ces trois éléments ont une valeur alternative et non cumulative. Si l'un d'entre eux est présent, un DCP est établi. Un DCP peut inclure un règlement de travail ou une disposition d'une convention collective.
39. Le traitement peut relever d'un DCP même s'il ne s'agit pas d'une obligation ou d'une condition.
40. La discrimination indirecte implique en principe un désavantage pour un groupe, mais un DCP peut être reconnu même si le traitement n'est appliqué qu'à une seule personne.
41. Si le plaignant peut désigner un DCP, il est sans incidence que la partie défenderesse puisse invoquer un autre DCP qui n'engendre pas de discrimination indirecte.

Apparemment neutre

42. L'essence d'une plainte pour discrimination indirecte tient à ce que le DCP est neutre au premier abord. En d'autres termes, il n'est pas directement discriminatoire.
43. Un exemple peut être une exigence de taille ou de force pour les agents de police, un horaire tournant de travail en équipes ou une ancienneté spécifique pour l'octroi d'une augmentation de salaire.

Sélection de l'échantillon

44. Dans la discrimination indirecte, il s'agit d'examiner si le DCP désavantage une personne ou un groupe. Il faut donc choisir correctement l'échantillon de personnes à inclure dans l'analyse. Cette tâche incombe à la juridiction

nationale. Les tribunaux britanniques ont affirmé qu'il n'existe en général qu'un seul échantillon approprié et que sa sélection est un exercice de logique.

45. Dans l'affaire *CHEZ RB*, par exemple, un échantillon possible pour le tribunal national aux fins de l'appréciation d'une discrimination indirecte pourrait en théorie inclure tous les habitants du quartier bulgare concerné. Cet échantillon ne serait toutefois pas approprié, car si seul ce quartier était analysé, 100 % des Roms et 100 % des habitants d'une autre origine ethnique seraient jugés désavantagés. Si par contre tous les autres quartiers desservis par *CHEZ RB* étaient pris en considération, le tableau des désavantages serait très probablement différent : dans l'ensemble de la Bulgarie, une proportion substantielle de Roms pourraient être désavantagés par rapport à une proportion beaucoup plus faible de personnes non roms.

Désavantager particulièrement

46. Le concept de désavantage a la même signification que pour la discrimination directe.
47. Il ne faut pas obligatoirement de statistiques. Le critère est l'existence d'un « désavantage particulier » pour les personnes auxquelles le DCP est appliqué.
48. Dans l'affaire C-167/97, *Seymour-Smith*, dans laquelle il lui était demandé de déterminer si l'exigence d'une période de deux ans pour l'éligibilité à un droit prévu par la loi constituait une discrimination fondée sur le sexe, la Cour a désigné au point 60 le critère de savoir « *si les données statistiques disponibles indiquent qu'un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins est en mesure de remplir la condition de deux années d'emploi requise par la règle litigieuse* ». Avec un tel critère fondé sur des données statistiques, il était plus difficile pour les plaignants de triompher qu'avec le critère actuel.
49. Le plaignant doit par ailleurs subir un désavantage, même si la définition ne le mentionne pas expressément.

50. Dans l'affaire CHEZ RB, la CJE a déclaré que la discrimination indirecte par association entre dans le champ d'application de la législation.
51. Mais la définition de la discrimination indirecte exige-t-elle qu'un lien de causalité soit établi entre le désavantage subi et la caractéristique partagée du groupe ?
52. Prenons un exemple théorique : imaginons qu'au Royaume-Uni, les femmes fonctionnaires atteignent des résultats nettement inférieurs à leurs collègues de sexe masculin aux examens écrits de promotion (avec un taux d'échec de 60 % contre 30 %). Supposons ensuite qu'une candidate déçue, qui a raté son examen de promotion, dépose une plainte pour discrimination indirecte. Le DCP conditionnant la promotion est la réussite de l'examen. Pour que la plaignante ait gain de cause, est-il indispensable qu'un lien de causalité soit constaté entre le fait d'être une femme et la probabilité d'échec ? Ou les seules données statistiques font-elles peser sur l'employeur la charge de fournir une justification ?
53. La CJE n'a encore traité aucune affaire de cette nature à ce jour et la formulation de la définition ne requiert apparemment pas de lien de causalité, mais il ne serait pas surprenant que la question suscite une controverse.

Une victime est-elle indispensable ?

54. Dans l'affaire C-54/07, *Centrum Voor Gelijkheid Van Kansen En Voor Racismebestrijding (requérant) contre FIRMA FERYN NV (défendeur)*, le directeur d'une société d'installation de portes de garage a tenu des propos discriminatoires à caractère racial en public sur son choix de ne pas employer de personnes dites « allochtones ». L'organisme chargé de l'égalité en Belgique a intenté une action alors qu'aucun plaignant ne l'avait fait.
55. La CJE a affirmé aux points 21 à 28 de son arrêt que même en l'absence de victime concrète, les déclarations publiques constituaient une discrimination directe en matière d'embauche.

56. Il ne faut donc aucune victime dans un cas de discrimination directe et, à mes yeux, il n'existe aucune raison que ce soit différent dans un cas de discrimination indirecte.

Justification

57. Une justification désigne l'existence d'un but légitime et le fait que les moyens mis en œuvre pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires.
58. Dans l'affaire *CHEZ RB*, la CJE a déclaré que « *la notion de justification objective doit être interprétée de manière stricte* ».
59. L'un des arrêts de doctrine a été rendu dans l'affaire C-170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH contre Weber von Hartz*, une affaire de discrimination fondée sur le sexe impliquant l'exclusion des travailleurs à temps partiel d'un régime de pensions d'entreprise. Aux termes de la CJE, si la juridiction nationale constate que les moyens choisis par l'employeur répondent à un besoin véritable de l'entreprise, sont aptes à atteindre l'objectif poursuivi par celle-ci et sont nécessaires à cet effet, la circonstance que les mesures en question frappent un nombre beaucoup plus élevé de travailleurs féminins que de travailleurs masculins n'est pas suffisante pour conclure qu'elles constituent une discrimination.

But légitime

60. Un but légitime est distinct des moyens mis en œuvre pour y parvenir. Il désigne un objectif que le tribunal reconnaît comme légitime. Ainsi que cela a été exprimé dans l'arrêt *Bilka*, l'objectif doit « répondre à un besoin véritable ».
61. Certains buts ne sont pas légitimes. La législation de l'UE ne définit pas ce qui serait un objectif légitime, mais la question a été abordée dans la jurisprudence.

62. La CJE a statué que le coût ne peut en aucun cas constituer à lui seul un objectif légitime lorsqu'un État membre légifère. Il ne serait donc pas légitime qu'un État membre essaie d'alléger ses obligations de sécurité sociale en diminuant les prestations allouées aux femmes.
63. Au Royaume-Uni, les tribunaux ont jugé que l'objectif du coût est légitime lorsqu'il s'accompagne d'un certain autre objectif (méthode dite « cost plus »). Il n'est pas certain qu'un tel objectif serait reconnu comme légitime dans les autres États membres.
64. But légitime a posteriori - À la lumière de la jurisprudence de la CJE, il ne semble pas que l'objectif poursuivi doive être celui auquel les auteurs de la mesure en cause pensaient initialement.
65. En effet, la juridiction nationale a précisément posé cette question dans l'affaire C-341/08, *Petersen contre Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe et autres*. Il lui a été répondu, au point 42 de l'arrêt, qu'il appartient au juge national « de rechercher la raison du *maintien* de la mesure concernée et d'identifier ainsi l'objectif qu'elle poursuit ».
66. Une rationalisation peut ainsi être opérée a posteriori.
67. Le tribunal a toutefois le droit d'examiner avec une attention particulière les objectifs allégués qui n'étaient pas, ou peut-être pas, dans les intentions des décideurs au moment de la décision.

Caractère approprié et nécessaire

68. Ces deux critères doivent être examinés séparément, même s'ils sont parfois désignés conjointement sous le terme « proportionnalité ».
69. Un DCP peut être « approprié » s'il est propre à réaliser l'objectif.

70. En complément, pour que la partie défenderesse puisse l'emporter, le DCP doit être « nécessaire ». Il est question à cet égard d'une nécessité raisonnable, et non absolue, mais le DCP ne peut aller plus loin que ce qui est nécessaire.
71. Pour apprécier la nécessité d'une mesure spécifique adoptée, la gravité de l'effet sur les travailleurs victimes de la discrimination doit être mise en balance avec l'importance des objectifs légitimes - cf. les affaires jointes C-159/10 et C-160/10, *Fuchs et Köhler contre Land Hessen*.
72. De nombreux arrêts de la CJE illustrent cette analyse, par exemple, dans l'affaire C-555/07, *Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co KG* :
- i. cette affaire de discrimination fondée sur l'âge portait sur une réglementation qui prévoyait que le délai de préavis auquel les travailleurs avaient droit était calculé sur la base de leur ancienneté, mais sans prendre en considération les périodes d'emploi effectuées avant l'âge de 25 ans ;
 - ii. l'objectif de faciliter l'embauche de jeunes travailleurs, aptes à réagir plus aisément à la perte de leur emploi, en accroissant la flexibilité de la gestion du personnel était légitime ;
 - iii. la réglementation n'était toutefois pas « appropriée » à la réalisation de cet objectif car elle s'appliquait à tous les salariés entrés dans l'entreprise avant l'âge de 25 ans, quel que soit leur âge au moment de leur licenciement ;
 - iv. elle n'était pas non plus « appropriée » à la réalisation de l'objectif de renforcer la protection des travailleurs en fonction du temps passé dans l'entreprise.

Discrimination indirecte du type *Enderby*

73. Dans l'affaire C-127/92, *Pamela Mary Enderby contre Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*, la CJE a élargi le concept de la discrimination indirecte.
74. M^{me} Enderby était une orthophoniste employée au sein du National Health Service, où les orthophonistes étaient majoritairement des femmes. Elle a fait valoir qu'elle était moins bien rémunérée que les psychologues cliniciens et les pharmaciens, qui à des degrés divers, étaient pour la plupart des hommes. Il était considéré que le travail accompli était de valeur égale.
75. M^{me} Enderby ne prétendait pas qu'une discrimination directe fondée sur le sexe était pratiquée. Elle ne prétendait pas davantage qu'un quelconque obstacle spécifique (à savoir un DCP) l'empêchait d'accéder à l'une des autres professions. Les structures de rémunération des différentes professions étaient le fruit de processus distincts de négociations collectives.
76. La CJE a émis au point 16 cette conclusion : *« En réalité, cependant, si la rémunération afférente aux emplois d'orthophoniste est sensiblement inférieure à celle afférente aux emplois de pharmacien et si les premiers sont presque exclusivement tenus par des femmes alors que les seconds sont principalement occupés par des hommes, une telle situation révèle une apparence de discrimination fondée sur le sexe dès lors, du moins, que les deux fonctions en cause ont une valeur égale et que les données statistiques caractérisant cette situation sont valables. »*
77. Elle a ensuite poursuivi au point 17 : *« Il appartient alors à la juridiction nationale de déterminer si elle peut s'appuyer sur ces statistiques, ou en d'autres termes, si elles incluent suffisamment de personnes, si elles illustrent des phénomènes purement fortuits ou temporaires et si elles semblent significatives d'une manière générale. »*
78. Par conséquent, l'arrêt *Enderby* établit manifestement que dans un dossier suffisamment solide, les données statistiques permettent à elles seules de créer une présomption apparemment irréfragable de discrimination indirecte fondée sur le sexe. La possibilité de réfuter cette présomption soulève une question épineuse.

79. Si la présomption est irréfragable, une fois que des preuves valables sur le plan statistique démontrent qu'un groupe est défavorisé pour une raison liée au sexe, l'employeur est tenu de justifier le traitement appliqué. Il ne peut se contenter de démontrer que le système en place a été élaboré sans qu'une quelconque discrimination directe fondée sur le sexe n'intervienne. En pratique, le tribunal postule qu'un élément de discrimination indirecte fondée sur le sexe a forcément joué un rôle quelque part.

Discrimination directe/indirecte - autres aspects

80. La discrimination est soit directe, soit indirecte, mais ne peut être les deux à la fois.
81. Cette classification importe parce que différents éléments juridiques entourent les deux types de discrimination. En particulier, aucune justification ne peut être admise pour une discrimination directe, alors qu'une discrimination indirecte peut être justifiée.
82. On peut parfois éprouver une réelle difficulté à comprendre si une plainte relève d'une discrimination directe ou indirecte, ainsi que le fait apparaître l'historique judiciaire de l'affaire *CHEZ RB* :
- i. l'organisme national pour l'égalité, la KZD, a statué en avril 2010 que la pratique litigieuse constituait une discrimination indirecte fondée sur la nationalité ;
 - ii. après l'annulation de cette décision, la KZD a statué en mai 2012 que *CHEZ RB* avait exercé à l'encontre de la plaignante, M^{me} Nikolova, qui n'était pas rom, une discrimination directe fondée sur la « situation personnelle » de celle-ci, faisant référence au lieu où était implanté son établissement ;
 - iii. la juridiction de renvoi a considéré - à mon avis, étrangement - que du fait que M^{me} Nikolova se serait, par son recours, assimilée à la population d'origine rom habitant le quartier concerné aux

côtés de laquelle elle subit les inconvénients découlant de la pratique litigieuse, elle pouvait être regardée comme s'étant elle-même autodéfinie comme Rom (cf. point 48 de l'arrêt) ;

iv. l'Avocat général Kokott a conclu au point 87 qu'« il n'y a pas, nous semble-t-il, en l'espèce suffisamment d'éléments pour retenir la discrimination directe » ;

v. à l'inverse, en donnant des éléments d'interprétation à la juridiction nationale, aux points 80 à 91, la CJE a largement laissé entendre que la politique d'installation des compteurs constituait selon elle une discrimination directe.

83. Discrimination intersectionnelle - Ce terme désigne couramment une situation dans laquelle deux formes de discrimination prohibée ou davantage s'entremêlent de telle sorte que l'influence d'une raison individuelle ne peut être isolée (cf. définition dans « Multiple Discrimination in EU Law » sur http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/multiplerediscriminationfinal7september2009_en.pdf, p. 3)

84. Par exemple, une plaignante peut affirmer qu'elle a subi un traitement particulièrement défavorable parce qu'elle est à la fois une femme et noire.

85. Plusieurs affaires de ce type sont actuellement pendantes devant la CJE.

Harcèlement

86. Deux types de harcèlement interdit se distinguent.

87. Premièrement, le harcèlement lié au sexe est défini dans les termes suivants à l'article 2 de la directive 2006/54/CE : « la situation dans laquelle un comportement non désiré 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 ».

88. Cette définition comprend trois composantes essentielles : (1) un comportement non désiré, (2) qui a l'objet ou l'effet indiqué et (3) qui est lié au sexe.
89. Un comportement non désiré désigne un comportement qui n'est pas le bienvenu. Ainsi que le précisent les orientations rédigées au Royaume-Uni, cela ne signifie pas que la plaignante doit toujours faire savoir clairement qu'elle estime certains actes ou certains propos inacceptables. Dans de nombreux cas, par exemple, il est possible qu'il ne fasse pas le moindre doute que les paroles offensantes n'étaient pas désirées par leurs destinataires (remarques explicatives du DTI sur la réglementation en matière de religion et de conviction).
90. Un acte unique peut constituer un harcèlement s'il est suffisamment grave.
91. Le comportement doit être « lié » au sexe d'une personne, ce qui dénote un critère plus large qu'une discrimination « fondée » sur le sexe. La directive 2006/54/CE n'interdit toutefois pas les comportements non désirés non liés au sexe, aussi offensants soient-ils, car sa portée se limite à l'égalité entre les sexes.
92. L'acte en cause peut être commis par un homme à l'égard d'un homme, par une femme à l'égard d'une femme ou par une femme à l'égard d'un homme et inversement.
93. Conversion sexuelle - Étant donné que la conversion sexuelle tombe dans le champ d'application de la directive 2006/54/CE (cf. ci-dessus), le harcèlement lié au changement de sexe est interdit.
94. Atteinte à la dignité - Cette question de fait est du ressort des juridictions nationales, qui pourront s'appuyer pour y répondre sur des considérations objectives et subjectives : (1) La plaignante a-t-elle eu l'impression qu'une atteinte était portée à sa dignité ? (2) Objectivement, le comportement était-il tel que toute personne raisonnable, dans la situation de la plaignante, aurait considéré qu'une atteinte était portée à sa dignité ?

95. Un tribunal national peut juger qu'un propos tenu ou un acte réalisé, s'il est futile ou ponctuel, ne porte pas atteinte à la dignité, spécialement s'il aurait dû être clair qu'un éventuel effet offensant n'était pas intentionnel.
96. Environnement intimidant etc. - À nouveau, la question doit être tranchée par les juridictions nationales. Il est toutefois probable qu'un environnement corresponde à un état des choses.
97. Objet ou effet - Un « objet » requiert un examen du fonctionnement psychologique du harceleur présumé.
98. Un « effet » requiert un examen de l'effet réel, et non du fonctionnement psychologique ou de l'intention du harceleur présumé. Il peut toutefois être admis que le tribunal étudie le contexte du comportement en cause et que, ce faisant, il s'intéresse à la finalité poursuivie par le harceleur présumé.
99. Comparateur - Il peut être noté qu'un comparateur n'est pas nécessaire. Tout ce qu'il faut est que le comportement soit « lié » au sexe.
100. Justification - Aucune justification ne peut être donnée à un harcèlement.

Harcèlement sexuel

101. Le deuxième type de harcèlement interdit, le harcèlement sexuel, est défini comme suit à l'article 2 de la directive 2006/54/CE : « la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».
102. Cette notion implique un comportement non désiré à connotation sexuelle.

103. Pour le reste, ses éléments sont les mêmes que pour le harcèlement lié au sexe.

Paul Epstein QC, 2 juin 2016