

Discrimination positive dans et au-delà de l'acquis en matière de genre



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

CJUE et discrimination

*"l'application de règles différentes à des situations comparables
ou l'application d'une même règle à des situations différentes".*

Discrimination Positive = Exception



- Art. 157(4) TFUE & directive modifiée et refondue sur l'égalité de traitement :
 - « Pour assurer **concrètement une pleine égalité** entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, **le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas** un État membre de maintenir ou d'adopter des **mesures** prévoyant des **avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle** par le sexe sous-représenté ou à **prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle** ».
- L'Art. 5 D2000/43 et Art. 7.1 D2000/78 :
 - « Pour assurer une **pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas** un État membre de maintenir ou d'adopter des **mesures spécifiques pour prévenir ou compenser des désavantages** liés à l'un des motifs. »



Acquis en matière de genre

Acquis en matière de genre



- L'égalité formelle est la **règle**, la discrimination positive l'**exception**.
- Aborder objectivement les difficultés professionnelles du groupe favorisé
- Des critères clairs et sans ambiguïté
- Déséquilibre avéré et réel du groupe
- Approprié et nécessaire - proportionnalité & donc intrinsèquement temporaire
- Pas de quotas automatiques - "clause de sauvegarde".
- Dans l'ensemble, l'UE/CJUE met l'accent sur la neutralité formelle MAIS il y a beaucoup d'actions de discrimination positive qui ne vont pas à l'encontre de la neutralité : l'exigence du comparateur.

La discrimination positive, une exception



Objectif légitime :

- Peut varier selon le motif, mais est codifié pour le genre.
- Contenu des objectifs
- La diversité en soi est suspecte

Efficace :

- Déséquilibre avéré et réel - Combien ? Où ? Réduction progressive ou seulement temporaire ?
- Quelle efficacité ? Effets pervers ?

Nécessaire :

- Alternatives ? Coût/bénéfice ? Étroitement adapté ?

Voie alternative 1

Non-discrimination effective = Substantielle



Sotgiu (152-73) 1974 - Concept de discrimination indirecte

- Les règles relatives à l'égalité de traitement, (...) interdisent non seulement les discriminations manifestes en raison de la nationalité mais aussi toutes les formes dissimulées de discrimination qui, par l'application d'autres critères de différenciation, aboutissent **en fait au même résultat**.
- Cette interprétation, nécessaire pour assurer le fonctionnement effectif de l'un des principes fondamentaux de la Communauté, est explicitement reconnue par le cinquième considérant du règlement n° 1612/68 qui exige que l'égalité de traitement des travailleurs soit assurée "en fait et en droit".
- Il se peut donc que des critères tels que le lieu d'origine ou de résidence d'un travailleur puissent, selon les circonstances, être **assimilés, quant à leur effet pratique, à une discrimination en raison de la nationalité**, telle qu'elle est interdite par le traité et le règlement.

Voie alternative 2

Droits à l'égalité effectifs = substantiels



Ursula Sass (C-284/02) 2004 - Droits liés à la grossesse

- **Compte** tenu du principe de l'égalité de traitement, (...) la directive **autorise les dispositions nationales qui garantissent aux femmes des droits spécifiques en raison de la grossesse et de la maternité**. (...)
- L'exercice des droits reconnus à une femme en vertu de cet article ne saurait être subordonné à un traitement défavorable quant aux conditions à remplir pour accéder à un grade supérieur dans la hiérarchie professionnelle. **De ce point de vue, (la directive) vise à instaurer une égalité de fond plutôt que de forme**.

Voie alternative 3

Obligation implicite d'aménagement



La **discrimination indirecte** est justifiée si elle :

- "est objectivement justifiée par un objectif légitime et les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires".

Voie alternative 3

Obligation implicite d'aménagement



G4S (C-157/15) 2017 - Discrimination religieuse indirecte

- En l'espèce, en ce qui concerne le refus d'une travailleuse telle que Mme Achbita de renoncer au port d'un voile islamique dans l'exercice de ses fonctions professionnelles auprès des clients de G4S, il appartient à la **juridiction de renvoi de vérifier si, compte tenu des contraintes inhérentes à l'entreprise et sans que G4S doive assumer une charge supplémentaire, il aurait été possible pour G4S, face à un tel refus, de lui proposer un poste n'impliquant aucun contact visuel avec ces clients, au lieu de la licencier.** Il appartient à la juridiction de renvoi, compte tenu de l'ensemble des éléments du dossier, de prendre en considération les intérêts en présence et de limiter les restrictions aux libertés concernées au strict nécessaire.

Voie alternative 4

Substantif = Généreux



Art. 6 D2000/78 – Discrimination positive fondée sur l'âge

- "Nonobstant (...) les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination, si, dans le contexte du droit national, elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, y compris des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de formation professionnelle, et si les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires."

Rosenbladt (C-45/09) 2010

- (...) il ne paraît pas déraisonnable que les autorités d'un État membre considèrent qu'une mesure telle que l'autorisation de clauses de résiliation automatique des contrats de travail au motif qu'un salarié a atteint l'âge auquel il peut bénéficier d'une pension de retraite peut être appropriée et nécessaire pour atteindre des objectifs légitimes dans le cadre de la politique nationale de l'emploi.

Voie alternative 4

Substantif = Généreux



Art. 4.2 D2000/43 - Religion

- La religion peut être utilisée comme exigence professionnelle "(...) dans le cas d'activités professionnelles au sein d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, (...) lorsque, en raison de la nature de ces activités ou du contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions d'une personne constituent une exigence professionnelle réelle, légitime et justifiée (...)".

Egenberger (C-414/16) 2018

- un équilibre entre le droit à l'autonomie des églises et autres organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, (...) et, (...) le droit des travailleurs (...) à ne pas subir de discrimination fondée sur la religion ou les convictions (...). Par conséquent, la législation européenne en matière de non-discrimination doit, sauf dans des cas très exceptionnels, s'abstenir d'évaluer si l'éthique réelle de l'église ou de l'organisation en question est légitime.




Les femmes dans les conseils d'administration

Mouvement fragile, mais pas (encore) mort, et existe dans les Etats membres



Les États membres veillent à ce que **les sociétés cotées** dans lesquelles les membres **des conseils** appartenant au sexe sous-représenté occupent **moins de 40 % des postes d'administrateurs non exécutifs** pourvoient ces postes sur la base d'une analyse comparative des qualifications de chaque candidat à *l'aune de critères préétablis, clairs, univoques et formulés en termes neutres*, afin qu'elles **atteignent ledit pourcentage** le [...], ou le [...] s'il s'agit de sociétés cotées constituées en entreprises publiques.

14

Directive sur l'équilibre entre les sexes au sein du conseil d'administration



- La priorité est donnée au candidat du sexe sous-représenté s'il est **aussi qualifié qu'un candidat de l'autre sexe en termes d'aptitude, de compétence et de performance professionnelle**, à moins qu'une évaluation objective tenant compte de tous les critères spécifiques du candidat ne fasse pencher la balance en faveur du candidat de l'autre sexe.
- Sur demande, obligation de divulguer les critères de qualification
- Présomption de violation du but recherché si présomption d'égalité de qualification

15

Légalité



- Contenu objectif de la prise en charge des difficultés professionnelles : prophétie auto-réalisatrice ou plus ?
- Viser ?
 - META : Fonctionnement du marché intérieur
 - MACRO : Perte du potentiel de croissance économique
 - MICRO : Gouvernance d'entreprise et performance financière de l'entreprise
 - RÉSULTAT : atteindre une égalité effective entre les sexes
- *Efficace ? Proportionné ? / Nécessaire ?*

16

En conclusion



- Le droit européen mélange l'égalité formelle et l'égalité matérielle dans ses sources et ses concepts
- L'interprétation de l'égalité formelle par le droit communautaire intègre de manière organique les objectifs d'égalité réelle.
- ☛ Pas de division binaire entre l'égalité formelle des chances et l'égalité réelle des résultats.
- ☛ La non-discrimination formelle comporte plus d'actions de discrimination positive de fond qu'il n'y paraît.
- ☛ L'acquis en matière de quotas de femmes pourrait bien être dépassé, tant sur le fond que sur la forme.



Merci.

marc.devos@mq.edu.au

www.mq.edu.au