



# Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte



Commission européenne



# Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte

Christa Tobler  
Réseau européen des experts juridiques  
en matière de non-discrimination

**Commission européenne**

Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances  
Unité G.2

Manuscrit achevé en septembre 2008

Ce rapport a été financé par la direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances de la Commission européenne pour ses besoins propres. Il ne représente pas nécessairement la position officielle de la Commission.

Le texte du présent rapport a été rédigé par Christa Tobler au nom du **réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination** (fondée sur la race ou l'origine ethnique, l'âge, le handicap, la religion ou les convictions et l'orientation sexuelle) géré par:

**human european consultancy**  
Hooghiemstraplein 155  
3514 AZ Utrecht  
NEDERLAND  
Tél. +31 306341422  
Fax +31 306352139  
office@humanconsultancy.com  
www.humanconsultancy.com

**The Migration Policy Group**  
Rue Belliard 205, Box 1  
1040 Bruxelles  
BELGIQUE  
Tél. +32 22305930  
Fax +32 22800925  
info@migpolgroup.com  
www.migpolgroup.com

Cette publication a été produite dans le cadre du programme communautaire pour l'emploi et la solidarité sociale — Progress (2007-2013). Ce programme est géré par la DG Emploi, affaires sociales et égalité des chances de la Commission européenne. Sa mission est de soutenir financièrement la mise en œuvre des objectifs de l'Union européenne dans le domaine de l'emploi et des affaires sociales, tels que stipulés dans l'Agenda social, et de contribuer ainsi à l'accomplissement des objectifs de la stratégie de Lisbonne dans ces domaines.

Informations complémentaires: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=327&langId=fr>

Pour plus d'informations sur les publications du réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, consultez: [http://ec.europa.eu/employment\\_social/fundamental\\_rights/legis/legln\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/legis/legln_fr.htm)

© Photographies et conception: Ruben Timman/www.nowords.nl

Pour les photos non protégées par les droits d'auteur de la Commission européenne, il convient de demander directement l'autorisation aux détenteurs desdits droits d'auteur pour toute utilisation ou reproduction.

***Europe Direct est un service destiné à vous aider à trouver des réponses  
aux questions que vous vous posez sur l'Union européenne.***

**Un numéro unique gratuit (\*):  
00 800 6 7 8 9 10 11**

(\*) Certains opérateurs de téléphonie mobile ne permettent pas l'accès aux numéros 00 800 ou peuvent facturer ces appels.

De nombreuses autres informations sur l'Union européenne sont disponibles sur l'internet via le serveur Europa (<http://europa.eu>).

© Communautés européennes, 2009

Reproduction autorisée, moyennant mention de la source

Une fiche bibliographique figure à la fin de l'ouvrage.

Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2009

ISBN 978-92-79-10151-9

doi: 10.2767/5705

*Printed in Luxembourg*

IMPRIMÉ SUR PAPIER BLANCHI SANS CHLORE

# Table des matières

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Résumé</b>  | <b>5</b>  |
| <b>Introduction</b>  | <b>9</b>  |
| <b>I. Le contexte plus large: la discrimination indirecte dans le droit international relatif aux droits de l'homme</b>                                      | <b>13</b> |
| 1. La discrimination indirecte au regard des conventions ONU spécifiques   | 14        |
| 1.1. La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale  | 14        |
| 1.2. La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes   | 14        |
| 1.3. La convention relative aux droits des personnes handicapées   | 15        |
| 2. La convention européenne des droits de l'homme  | 15        |
| 3. L'obligation d'ingénierie sociale dans le droit international relatif aux droits de l'homme   | 17        |
| <b>II. La discrimination indirecte dans le système du droit communautaire</b>  | <b>20</b> |
| 1. Les dispositions sur l'égalité et la non-discrimination dans le droit communautaire   | 21        |
| 2. Qu'entend-on par «discrimination» en général dans le droit communautaire?   | 23        |
| 3. Comment la discrimination indirecte s'insère-t-elle dans ce système?  | 24        |
| 4. Origines du concept de discrimination indirecte dans le droit communautaire   | 26        |
| 5. Fonctions du concept de discrimination indirecte dans le droit communautaire  | 28        |
| 6. La discrimination indirecte dans le traité de Lisbonne  | 28        |
| <b>III. La définition de la discrimination indirecte dans les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi</b>        | <b>31</b> |
| 1. Libellé et principaux éléments des définitions  | 32        |
| 2. Un concept basé sur les effets: l'effet préjudiciable   | 33        |
| 2.1. Une disposition, un critère ou une pratique formellement neutres  | 33        |
| 2.2. Neutralité seulement en apparence: effet préjudiciable ou effet disparate   | 34        |
| 2.3. Non-pertinence de l'intention de discrimination   | 36        |
| 3. Un concept fondé sur la «règle de raison»: justification objective  | 36        |
| 3.1. Un objectif légitime  | 36        |
| 3.2. Proportionnalité  | 39        |
| <b>IV. Défis liés à l'application pratique de l'interdiction de la discrimination indirecte dans le droit communautaire</b>                                  | <b>42</b> |
| 1. Trouver la loi applicable   | 43        |
| 2. Prouver la discrimination indirecte apparente   | 45        |
| 2.1. La comparabilité: une condition préalable   | 45        |
| 2.2. Montrer un désavantage particulier, notamment à l'appui de la preuve statistique  | 46        |
| 3. Prouver la justification (objective)  | 48        |
| 4. Traiter des situations particulièrement complexes: la discrimination indirecte  | 49        |
| <b>V. La relation du concept juridique de discrimination indirecte avec d'autres concepts du droit social communautaire en matière de non-discrimination</b> | <b>53</b> |
| 1. La relation avec la discrimination directe  | 54        |
| 2. La relation avec la discrimination par association  | 57        |
| 3. La relation avec l'action positive  | 58        |
| 4. La relation avec les obligations positives  | 59        |
| 5. La relation avec l'aménagement raisonnable  | 59        |
| <b>VI. Études de cas portant sur les législations nationales et la jurisprudence</b>   | <b>62</b> |
| 1. Mise en œuvre des directives dans la législation nationale  | 63        |
| 2. Jurisprudence nationale   | 65        |
| 2.1. Le champ d'application de la loi nationale: l'affaire du restaurant néerlandais   | 65        |
| 2.2. Motifs de discrimination couverts: le cas français de discrimination en matière de santé  | 66        |
| 2.3. Lien avec la discrimination fondée sur la nationalité: l'affaire chypriote concernant l'exigence de la connaissance de la langue grecque                | 67        |
| 2.4. Discrimination «fondée sur»: le cas du parti politique d'extrême droite au Royaume-Uni  | 67        |
| 2.5. Discrimination directe ou indirecte? L'affaire du parti politique d'extrême droite au Royaume-Uni et l'affaire de la police polonaise                   | 68        |
| 2.6. Utilisation de la preuve statistique: l'affaire tchèque Ostrava   | 70        |
| 2.7. Justification objective: l'affaire néerlandaise sur les hypothèques et l'affaire néerlandaise sur le fait de saluer en serrant la main                  | 71        |
| 2.8. L'aménagement raisonnable: l'affaire italienne sur le lieu de travail   | 73        |
| <b>Conclusion — Réaliser les enjeux du concept de discrimination indirecte</b>   | <b>75</b> |
| <b>Liste des affaires</b>  | <b>77</b> |
| <b>Bibliographie</b>   | <b>80</b> |
| <b>Annexe — Graphiques illustrant la discrimination indirecte</b>  | <b>87</b> |

Iwan | 1973



## Résumé

L'interdiction de la discrimination est une pierre angulaire du droit communautaire européen. C'est pourquoi il n'est pas surprenant que la distinction entre les différentes formes de discrimination ait une importance capitale dans l'application pratique du droit communautaire. La distinction la plus cruciale est celle qui existe entre la discrimination directe et la discrimination indirecte. Cependant, malgré son importance, cette distinction n'apparaît pas dans le libellé du traité instituant la Communauté européenne (traité CE), qui est le texte de base du droit communautaire. C'est plus exactement la Cour de justice qui l'a développée dans sa jurisprudence depuis les années 60 en vue de renforcer l'efficacité du droit communautaire en matière de non-discrimination.

Aujourd'hui, le concept de discrimination indirecte occupe une place importante à la fois dans le droit international relatif aux droits de l'homme et dans le droit communautaire européen. Dans le droit international relatif aux droits de l'homme, des textes juridiques tels que la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et la convention relative aux droits des personnes handicapées définissent de manière explicite la discrimination comme un concept basé sur les effets. Dans ces conventions, l'interdiction de discrimination comprend par conséquent des mesures qui ne sont pas discriminatoires en apparence, mais qui sont discriminatoires dans les faits et dans leurs effets, constituant ainsi une discrimination indirecte. De même, la pertinence du concept de discrimination indirecte a été reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme en rapport avec la convention européenne des droits de l'homme. En vertu de cette jurisprudence, une politique ou une mesure générale qui a des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes peut être considérée comme discriminatoire nonobstant le fait qu'elle ne vise pas ce groupe en particulier.

Dans le droit communautaire, l'interdiction de la discrimination indirecte intervient dès que la loi interdit la discrimination fondée sur un motif particulier, et ce également dans le contexte de la directive sur l'égalité raciale (directive 2000/43/CE) <sup>(1)</sup>, qui concerne la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique, et dans le contexte de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi (directive 2000/78/CE) <sup>(2)</sup>, qui concerne la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Évidemment, l'interdiction de ces types de discrimination ne peut intervenir que dans le champ d'application des deux directives, qui varie considérablement en termes d'étendue, la directive sur l'égalité raciale ayant un champ d'application beaucoup plus large que la directive sur l'égalité en matière d'emploi. Contrairement à la seconde, la première couvre des sujets liés non seulement à l'emploi, mais aussi à la protection sociale (y compris la sécurité sociale et les soins de santé), aux avantages sociaux, à l'éducation et à l'accès aux biens et services, ainsi qu'à la fourniture de biens et services à la disposition du public (y compris en matière de logement). En outre, la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi ne s'applique pas aux versements de toute nature effectués par les régimes publics ou assimilés, y compris les régimes publics de sécurité sociale ou de protection sociale. De plus, les États membres peuvent prévoir que cette directive ne s'applique pas aux forces armées pour ce qui concerne les discriminations fondées sur le handicap et l'âge. En conséquence, le champ d'application à l'intérieur duquel le terme «discrimination indirecte» est pertinent en tant que question de droit communautaire est plutôt différent pour chacune des deux directives. En juillet 2008, la Commission a proposé une nouvelle directive qui élargirait le champ d'application à l'intérieur duquel l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle s'appliquerait, y compris l'interdiction de la discrimination indirecte. Si elle est adoptée, cette nouvelle directive remédiera aux différences de champ d'application entre la directive sur l'égalité raciale et la directive sur

<sup>(1)</sup> Directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JO L 180 du 19.7.2000, p. 22.

<sup>(2)</sup> Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303 du 2.12.2000, p. 16.



l'égalité de traitement en matière d'emploi (elle ne remédiera toutefois pas aux différences entre ces directives et les directives sur l'égalité des sexes).

Appartenant à une nouvelle génération du droit communautaire en matière de non-discrimination, la directive sur l'égalité raciale et la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi ne mentionnent pas seulement explicitement différentes formes de discrimination, elles comportent aussi des définitions juridiques, dont des définitions juridiques de la discrimination indirecte. Conformément à ces définitions, «une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'[une caractéristique particulière] par rapport à d'autres personnes, 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 ne soient appropriés et nécessaires». Jusqu'à présent, la Cour de justice n'a pas encore rendu d'arrêt concernant des affaires de discrimination indirecte présumée dans le cadre des directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi. C'est pourquoi, pendant que nous nous efforçons de comprendre le sens de ces définitions, il est nécessaire d'examiner la jurisprudence de la Cour, tirée d'autres domaines, y compris, notamment, la jurisprudence sur la discrimination indirecte fondée sur le sexe. (Il ne faut toutefois pas oublier que la majeure partie de cette jurisprudence se rapporte à la loi sur l'égalité des sexes avant la révision de 2002 et qu'avant cette révision, une définition légèrement différente s'appliquait, notamment par rapport à la preuve de l'effet disparate.)

Le concept juridique de la discrimination indirecte a pour caractéristiques principales sa nature basée sur les effets et l'élément de la justification objective. Concernant la première, les définitions reprises dans les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi se réfèrent à un «désavantage particulier» qui est entraîné par une mesure sur un groupe de personnes par rapport à un autre groupe et dont l'existence doit être établie par la victime de la discrimination présumée. Les directives ne définissent pas ce que signifie précisément «un désavantage particulier», et la jurisprudence dans le domaine de l'égalité des sexes ne le définit pas non plus. La jurisprudence fait néanmoins la distinction entre deux situations différentes, l'une où «un pourcentage considérablement plus faible de femmes que d'hommes» est capable de satisfaire à la condition en question, et l'autre où il existe «une disparité moindre mais persistante et relativement constante sur une longue période entre les hommes et les femmes qui satisfont à cette condition». La jurisprudence semble en outre indiquer que le degré de disparité doit être relativement élevé. Ce qui importe, c'est que les directives n'exigent pas nécessairement la preuve statistique de l'effet disparate requis (cela constitue une différence importante par rapport à la loi sur l'égalité des sexes avant sa révision de 2002, puisqu'avant cette révision, la preuve statistique jouait un rôle très important). Tout de même, les préambules des deux directives stipulent que les États membres peuvent prévoir que la discrimination indirecte peut être établie par tous les moyens, y compris sur la base de données statistiques.

En ce qui concerne la justification objective, la jurisprudence de la Cour de justice montre qu'il existe un très grand nombre de motifs qui constituent potentiellement une justification acceptable. Cependant, des considérations purement budgétaires ne peuvent jamais servir de justification objective. De plus, l'objectif invoqué doit ne pas être lié à la discrimination et de simples généralisations ne suffisent pas dans ce contexte. Quant à la proportionnalité, les exigences sont effectivement très strictes. La proportionnalité requiert que la mesure concrète prise dans l'intérêt de l'objectif légitime soit à la fois appropriée (c'est-à-dire adaptée pour réaliser l'objectif en question) et nécessaire (c'est-à-dire une autre mesure avec un effet moindre, voire aucun effet disparate, ne serait pas efficace). C'est pourquoi il n'est pas suffisant qu'une mesure soit simplement commode ou souhaitable. La légitimité de l'objectif ainsi que le caractère opportun et nécessaire de la mesure doivent être prouvés par la personne, auteur présumé d'une discrimination indirecte. En fait, il apparaît que la jurisprudence récente de la Cour sur la proportionnalité est très stricte.

Lorsqu'elles appliqueront l'interdiction de discrimination indirecte, les autorités et les juridictions nationales devront mener une analyse en trois étapes sur le champ d'application de la loi, à la nature de la mesure en ce qu'elle



constitue une discrimination indirecte apparente et la justification objective. Dans le cadre de cette analyse, il conviendra de poser les questions suivantes et d'y répondre:

- i) l'affaire entre-t-elle dans le champ d'application de la loi sur la non-discrimination qui doit être appliquée dans l'État membre concerné?
- ii) si oui, la victime de la discrimination présumée peut-elle prouver qu'il existe une discrimination indirecte apparente fondée sur un motif particulier?
- iii) si oui, l'auteur peut-il prouver qu'il existe une justification objective (autrement dit un objectif légitime et des moyens proportionnés mis en œuvre pour atteindre cet objectif) qui empêchera la constatation d'une discrimination indirecte?

Dans la pratique, ces questions peuvent soulever des défis concernant par exemple les différents champs d'application du droit communautaire pour les différents types de discrimination, ce qui pose un problème particulier dans le contexte de la discrimination multiple. Néanmoins, les jurisprudences nationales des États membres montrent que l'interdiction de discrimination indirecte peut être rendue plus efficace si l'on élargit le champ d'application de la loi nationale pour y inclure davantage de situations que celles requises par le droit communautaire et si l'on y inclut davantage de motifs sur lesquels est fondée la discrimination. Par ailleurs, dans les affaires où la preuve statistique est requise ou possible, des difficultés peuvent se poser pour ce qui est de la collecte de données statistiques de nature à prouver la discrimination indirecte. En vertu des directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, une comparaison doit être établie entre l'effet de la mesure contestée sur deux groupes, à savoir le groupe auquel appartient la victime de discrimination présumée, d'une part, et un groupe de comparaison, d'autre part. Dans la pratique, il peut parfois s'avérer difficile de trouver des groupes de comparaison ou des données statistiques pertinentes et significatives. C'est pourquoi la preuve statistique ne devrait pas être rendue obligatoire en vertu de la loi nationale, même si on doit pouvoir s'en prévaloir, lorsque c'est utile pour les victimes de discrimination indirecte présumée. En outre, lorsque des données statistiques pertinentes et significatives sont disponibles, il se peut qu'il soit difficile de déterminer les chiffres à prendre en considération pour établir la disparité d'effet requise. Dans ce dernier contexte, la jurisprudence de la Cour concernant les affaires de discrimination fondée sur le sexe indique qu'il est nécessaire d'adopter une approche souple et pragmatique. En ce qui concerne la justification objective, les autorités et les juridictions des États membres devraient être très prudentes et veiller à ne pas accepter ladite justification trop facilement. Elles devraient en outre être particulièrement attentives eu égard à la condition requise de la proportionnalité.

Les autorités et les juridictions nationales qui examinent les affaires de discrimination devront veiller à établir une distinction entre la discrimination indirecte et d'autres concepts importants du droit communautaire en matière de non-discrimination. Il est tout particulièrement essentiel de distinguer la discrimination indirecte de la discrimination directe en raison des différences qui existent entre les deux concepts tant au niveau de la preuve qu'au niveau de la justification. D'après la jurisprudence récente de la Cour de justice, certaines affaires qui auraient été auparavant examinées dans le cadre de la discrimination indirecte sont désormais traitées en tant qu'affaires de discrimination directe. La jurisprudence indique que la Cour s'est écartée d'une approche où seules les mesures fondées explicitement sur le critère interdit ou celles qui, par nature, y étaient indissociablement liées, équivalaient à une discrimination directe. En revanche, la discrimination directe inclut à présent des cas où le fait de se fier à un critère officiellement neutre n'a des effets que sur un seul groupe, que ce soit par nature ou sur la base d'une règle qui a force de loi.

La discrimination indirecte est parfois liée à des concepts tels que la discrimination par association, l'action positive et l'aménagement raisonnable. Toutefois, ce n'est ni nécessaire ni approprié. En ce qui concerne l'action positive, en théorie, il est possible de distinguer l'action positive directe de l'action positive indirecte. Cependant, la Cour, dans sa jurisprudence, n'emploie pas cette terminologie. En outre, la discrimination par association fait intervenir un autre élément d'analyse de la discrimination que celui mis en valeur par la discrimination directe et la discrimination indirecte, à savoir la personne touchée par la discrimination plutôt que le motif de discrimination. Enfin,

l'aménagement raisonnable concerne un droit spécifique d'un travailleur handicapé plutôt qu'un droit non spécifié à un traitement comparativement égal. Le manquement à l'obligation de fournir un aménagement raisonnable est tout au plus conçu comme un type de discrimination *sui generis*, qui ne nécessite pas de distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte.

Enfin, les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme vont souvent au-delà de la simple interdiction de discrimination en obligeant les États signataires à s'engager activement dans la promotion de l'égalité et dans le changement de leurs sociétés. Cette obligation revêt un caractère primordial dans le contexte de la discrimination indirecte qui est souvent le résultat de problèmes structurels dans une société donnée et qui, en même temps, révèle et défie souvent ces causes structurelles sous-jacentes. En appliquant les interdictions de discrimination indirecte en vertu du droit communautaire européen, les États membres de l'UE devraient garder à l'esprit leurs obligations juridiques internationales. En conséquence, ils devront faire tout leur possible non seulement pour s'attaquer aux aspects qui sont indirectement discriminatoires dans leurs législations nationales, mais aussi pour tenir compte du contexte plus large et agir en conséquence.

L'auteur et le réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination espèrent que ce rapport permettra de contribuer au travail des autorités, des organisations et des praticiens du droit qui œuvrent pour lutter contre la discrimination partout dans l'Union européenne.

# Introduction

Qu'est-ce que la discrimination indirecte? Pour simplifier, la discrimination indirecte se rapporte à des mesures qui ne semblent pas poser de problèmes à première vue, mais qui, en raison des circonstances dans lesquelles elles s'appliquent, ont néanmoins un effet discriminatoire sur un groupe particulier de personnes. En d'autres termes, de telles mesures semblent acceptables à un niveau abstrait, mais sont problématiques à un niveau concret. Contrairement à la discrimination directe, la discrimination indirecte n'est pas immédiatement manifeste, elle est plutôt implicite. Voyons un exemple: une annonce d'emploi indique que la personne qui sera au poste en question doit être titulaire d'un permis de conduire. Cette restriction ne semble pas problématique à première vue. Cependant, les aveugles ne peuvent pas obtenir de permis de conduire, ce qui signifie que cette condition les exclut du poste. Elle est ainsi susceptible d'équivaloir à une discrimination indirecte fondée sur le handicap. Voyons un autre exemple: la législation d'un pays particulier prévoit une obligation générale d'effectuer le service militaire. Elle posera problème aux témoins de Jéhovah qui, pour des raisons religieuses, refusent d'effectuer le service militaire. Voici encore un autre exemple: pour être autorisés à immigrer dans un pays particulier, les demandeurs doivent réussir un test dit «d'intégration». La pratique montre que les ressortissants de certains pays (qui ont par conséquent certaines origines ethniques) sont beaucoup moins susceptibles de réussir le test que d'autres personnes. Dans des situations telles que celles-ci, il existera une discrimination indirecte (dans les exemples ci-dessus, en raison du handicap, de la religion, de la nationalité ou de l'origine raciale ou ethnique), à moins qu'une justification objective ne puisse être établie pour la mesure en question, par exemple si l'employeur qui exige un permis de conduire est en mesure de prouver que le travail ne peut être véritablement réalisé sans permis de conduire.

Comme l'indiquent ces exemples, la nature indirecte de la discrimination a un rapport avec la manière dont une mesure donnée est liée à un motif particulier de discrimination. La discrimination indirecte est un traitement moins avantageux pour une personne ou un groupe de personnes, ce traitement étant en substance (pourtant pas dans la forme) fondé sur un motif de discrimination interdit. Contrairement à la discrimination directe, la discrimination indirecte n'est fondée que de manière indirecte sur le motif interdit. Toutefois, il est important de noter que la nature indirecte de la discrimination ne signifie pas que les personnes qui en sont victimes soient moins affectées de quelque manière. En vérité, une personne victime de discrimination indirecte souffre juste tout autant qu'une personne victime de discrimination directe. Dans les deux cas, un préjudice est porté à l'exercice des droits et des chances et, dans les deux cas, la discrimination peut avoir des conséquences négatives considérables sur le statut économique et social, sur le bien-être et la santé (*Manuel européen sur les données relatives à l'égalité* 2007, p. 19). L'expérience a toutefois montré que le concept de discrimination indirecte est souvent incompris et que, parfois, il n'est même pas accepté ni reconnu. De plus, son application dans la pratique présente plusieurs défis.

Dans ce contexte, le présent rapport a pour but de mieux expliquer le concept de discrimination indirecte, en particulier dans le cadre de la directive sur l'égalité raciale (directive 2000/43/CE) <sup>(3)</sup> et de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi (directive 2000/78/CE) <sup>(4)</sup>. Avec les directives 2002/73/CE <sup>(5)</sup>, 2006/54/CE <sup>(6)</sup>

<sup>(3)</sup> Directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JO L 180 du 19.7.2000, p. 22.

<sup>(4)</sup> Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303 du 2.12.2000, p. 16.

<sup>(5)</sup> Directive 2002/73/CE modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil sur la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JO L 269 du 5.10.2002, p. 1.

<sup>(6)</sup> Directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JO L 204 du 26.7.2006, p. 23. Cette directive doit être transposée dans les législations nationales au plus tard le 15 août 2008. Elle remplacera, entre autres, la directive 2002/73/CE.

(directive de refonte) et 2004/113/CE (directive «biens et services») <sup>(7)</sup>, les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi constituent la génération la plus récente de la législation communautaire en matière de non-discrimination, qui fait la distinction entre quatre formes de discrimination, à savoir la discrimination directe, la discrimination indirecte, le harcèlement et l'injonction de pratiquer une discrimination (voir le graphique 4 en annexe du présent rapport). Parmi celles-ci, les concepts de discrimination directe et de discrimination indirecte sont étroitement liés. Comme les deux concepts sont pertinents non seulement dans le droit social communautaire, mais aussi dans le droit économique communautaire, ils sont particulièrement importants dans l'ensemble du système du droit communautaire. Aujourd'hui, la nouvelle génération des directives du droit social communautaire précédemment mentionnées contient des définitions juridiques. Ces définitions et leurs implications seront débattues dans le présent rapport.

Toutefois, au moment où nous avons remis ce rapport (en juillet 2008), il n'existait pas encore d'arrêts de la Cour de justice sur ces définitions. Jusqu'à présent, toutes les affaires sur l'interprétation des directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi concernaient soit la discrimination directe [à savoir la discrimination directe fondée sur l'âge dans *Mangold* <sup>(8)</sup>, *Palacios de la Villa* <sup>(9)</sup> et les affaires pendantes *Kücükdeveci* <sup>(10)</sup>, *Age Concern England* <sup>(11)</sup> et *Wolf* <sup>(12)</sup>]; la discrimination directe fondée sur le handicap dans *Chacón Navas* <sup>(13)</sup> et *Coleman* <sup>(14)</sup>; la discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle dans *Maruko* <sup>(15)</sup> — quoique dans cette affaire, la discrimination indirecte ait été plaidée <sup>(16)</sup> — et, sans doute aussi, dans l'affaire pendante *Römer* <sup>(17)</sup>; et la discrimination directe fondée sur la race dans *Feryn* <sup>(18)</sup> soit d'autres questions [à savoir les effets du principe général de l'égalité de traitement fondée sur l'âge dans *Bartsch* <sup>(19)</sup> et la date de référence pour une augmentation de salaire dans l'affaire pendante *Hütter* <sup>(20)</sup>].

Étant donné le manque de jurisprudence pertinente dans le cadre des directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, ce rapport a dû s'appuyer fortement sur la jurisprudence issue d'autres domaines, notamment la loi économique sur la discrimination fondée sur la nationalité et la loi sur l'égalité des sexes. Les différents types de discrimination s'inscrivent dans des contextes différents et posent par conséquent des problèmes différents (McCrudden 2005, p. 17). Néanmoins, certains concepts juridiques fondamentaux du droit communautaire sont de nature générale et peuvent être transposés d'un domaine à un autre, tout au moins pour ce qui concerne leurs aspects fondamentaux. C'est également vrai pour le concept de discrimination indirecte. C'est la

<sup>(7)</sup> Directive 2004/113/CE mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, JO L 373 du 21.12.2004, p. 37.

<sup>(8)</sup> Affaire C-144/04, Werner Mangold/Rüdiger Helm (2005), Recueil 9981.

<sup>(9)</sup> Affaire C-411/05, Félix Palacios de la Villa/Cortefiel Servicios SA, arrêt du 16 octobre 2007 (non encore publié au Recueil).

<sup>(10)</sup> Affaire C-555/07, Seda Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG, pendante.

<sup>(11)</sup> Affaire C-388/07, The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England)/Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, pendante (conclusions de l'avocat général Mazák du 23 septembre 2008).

<sup>(12)</sup> Affaire C-229/08, Colin Wolf/Stadt Frankfurt am Main, pendante.

<sup>(13)</sup> Affaire C-13/05, Sonia Chacón Navas/Eurest Colectividades SA (2006), Recueil I-6467.

<sup>(14)</sup> Affaire C-303/06, S. Coleman/Attridge Law et Steve Law, arrêt du 17 juillet 2008 (non encore publié au Recueil).

<sup>(15)</sup> Affaire C-267/06, Tadao Maruko/Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2008 (non encore publié au Recueil).

<sup>(16)</sup> Voir ci-après V.1.

<sup>(17)</sup> Affaire C-147/08, Jürgen Römer/Freie und Hansestadt Hamburg, pendante.

<sup>(18)</sup> Affaire C-54/07, Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding/Firma Feryn NV, arrêt du 10 juillet 2008 (non encore publié au Recueil).

<sup>(19)</sup> Affaire C-427/06, Brigit Bartsch/Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH, arrêt du 23 septembre 2008 (non encore publié au Recueil).

<sup>(20)</sup> Affaire C-88/08, David Hütter/Technische Universität Graz, pendante.

raison pour laquelle la jurisprudence tirée d'autres domaines du droit communautaire est certainement pertinente dans ce contexte.

Le rapport commence par donner une description succincte de la place qu'occupe la discrimination indirecte dans le droit international relatif aux droits de l'homme (voir le chapitre I ci-après). Il aborde ensuite la place du contexte dans le système du droit communautaire (voir le chapitre II ci-après). Puis, les définitions de la discrimination indirecte dans les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi sont débattues (voir le chapitre III ci-après), suivies par les défis les plus importants qu'elles présentent dans la pratique (voir le chapitre IV ci-après) et la relation du concept juridique de la discrimination indirecte avec d'autres concepts du droit communautaire en matière de non-discrimination (voir le chapitre V ci-après). Enfin, l'étude de quelques affaires nationales met l'accent sur certains aspects concernant la définition et l'application du concept de discrimination indirecte dans le contexte des législations nationales des États membres (voir le chapitre VI ci-après).

Marijke | 1953

## Chapitre I

# Le contexte plus large: la discrimination indirecte dans le droit international relatif aux droits de l'homme



Le concept de discrimination indirecte n'est pas une invention du droit communautaire européen; il avait des précurseurs, entre autres dans le droit international public initial (Tobler 2005a, p. 89). Cette partie du rapport expose brièvement le sens de la discrimination indirecte dans plusieurs instruments juridiques internationaux actuels relatifs aux droits de l'homme. Il convient de ne pas oublier que le droit communautaire européen est un droit régional. C'est pourquoi il devrait être considéré dans le contexte du droit international et d'autres droits régionaux plus larges et par rapport à ces deux ensembles. Les instruments présentés ci-dessous comprennent trois conventions spécifiques relatives aux droits de l'homme, adoptées par les Nations unies (à savoir la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et la convention relative aux droits des personnes handicapées; voir le point 1 ci-après), ainsi que la convention européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe (voir ci-après le point 2). Un dernier point traite de l'obligation d'ingénierie sociale et de sa signification dans le contexte de la discrimination indirecte (voir ci-après le point 3).

## 1. La discrimination indirecte au regard des conventions ONU spécifiques

### 1.1. La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

La plus ancienne des trois conventions ONU à mentionner dans le contexte actuel est la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD) <sup>(21)</sup> de 1965. Elle définit la discrimination raciale comme «toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but *ou pour effet* de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique» (article 1<sup>er</sup>, italiques ajoutés). Étant donné que la discrimination indirecte est un concept basé sur les effets, il s'ensuit que la définition ci-dessus prévoit une interdiction non seulement de la discrimination directe, mais aussi de la discrimination indirecte, ce qui est effectivement confirmé par le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD), qui décrit la discrimination indirecte comme étant liée à «des mesures qui ne sont pas discriminatoires à première vue, mais qui sont discriminatoires dans les faits et leurs effets» <sup>(22)</sup> (Schiek 2007, p. 340).

### 1.2. La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes

La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) <sup>(23)</sup> de 1979 présente une image similaire (Schiek 2007, p. 340). Cette convention définit la discrimination à l'égard des femmes comme «toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur le sexe, qui a pour *effet* ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine» (article 1<sup>er</sup>, italiques ajoutés). Ici aussi, la référence à l'effet d'une mesure donnée montre que la discrimination indirecte fait partie

<sup>(21)</sup> Voir [http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/d\\_icerd.htm](http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/d_icerd.htm).

<sup>(22)</sup> L. R. et consorts/Slovaquie; communication n° 31/2003, point 10.4, N.U. Doc. CERD/C/66/D/31/2003 (2005).

<sup>(23)</sup> Voir <http://www.un.org/womenwatch/daw/>.

de cette définition. D'après le Comité CEDAW <sup>(24)</sup>, il existe une discrimination indirecte à l'égard des femmes «quand une loi, une politique ou un programme fondés sur des critères apparemment neutres ont pour effet concret de désavantager les femmes». Dans ses explications qui suivent, le Comité signale les causes souvent structurelles de la discrimination indirecte: «Des lois, politiques et programmes présentant cette neutralité peuvent perpétuer involontairement les effets de discriminations passées. Elles peuvent être calquées par mégarde sur des modes de vie masculins et en conséquence ne pas tenir compte d'aspects de la vie des femmes qui ne correspondent pas à ceux des hommes. Ces différences peuvent découler d'attentes, d'attitudes et de comportements stéréotypés à l'égard des femmes fondés sur les différences biologiques entre les sexes. Elles peuvent aussi être dues au fait général de la soumission de fait des femmes aux hommes.»

### 1.3. La convention relative aux droits des personnes handicapées

La convention relative aux droits des personnes handicapées (CRPD) <sup>(25)</sup> de 2006 est la convention des Nations unies la plus récente qui porte spécifiquement sur les droits de l'homme. Elle est entrée en vigueur le 3 mai 2008. Pour l'instant (juillet 2008), seul un nombre restreint d'États européens l'a ratifiée <sup>(26)</sup>, mais ce nombre est appelé à augmenter avec le temps. La convention définit la discrimination à l'égard des personnes handicapées comme «toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le handicap qui a pour objet ou pour *effet* de compromettre ou réduire à néant la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel, civil ou autres» et précise que cela «comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable» (article 2, italiques ajoutés). Voilà qui ressemble vivement à la définition donnée dans le commentaire général n° 5 sur le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels <sup>(27)</sup>. Dans ce document, une référence expresse est faite à la fois «à la discrimination de jure ou de facto à l'égard des personnes handicapées». Ici aussi, nous devons conclure, parce qu'il est fait référence à l'effet d'une mesure, que la discrimination indirecte fait partie de l'interdiction.

## 2. La convention européenne des droits de l'homme

La convention européenne des droits de l'homme (CEDH) <sup>(28)</sup> de 1950 a une importance particulière pour l'Union européenne en raison de l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne (traité UE). Par cet article, les dispositions de la CEDH deviennent directement applicables dans le cadre du droit de l'UE et du droit communautaire <sup>(29)</sup>. Comme dans le droit communautaire <sup>(30)</sup>, la discrimination dans le cadre de la CEDH peut consister dans le traitement différent de personnes se trouvant dans des situations comparables ainsi que dans le traitement

<sup>(24)</sup> Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l'article 4, portant sur les mesures temporaires spéciales, p. 9, note 1. Le texte des recommandations générales du Comité CEDAW est disponible sur l'internet (<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/>).

<sup>(25)</sup> Voir <http://www.un.org/disabilities/default.asp?navid=12&pid=150>.

<sup>(26)</sup> Pour l'état de ratification, voir <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=257>.

<sup>(27)</sup> CESCR Observation générale 5, Personnes handicapées, texte disponible à l'adresse: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/4b0c449a9ab4ff72c12563ed0054f17d>. Sur la discrimination indirecte dans le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ainsi que dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques, voir Schiek (2007, p. 336 et suivantes). De manière plus générale, sur l'égalité et le droit international et régional relatif aux droits de l'homme, voir De Schutter (2005) et McCrudden/Kountouros (2007, p. 78). De manière générale, sur l'égalité et les droits de l'homme, voir par exemple Morawa (2003).

<sup>(28)</sup> Voir <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CL=ENG>.

<sup>(29)</sup> Voir ci-après le point II.1.

<sup>(30)</sup> Voir ci-après le point II.2.

identique de personnes se trouvant dans des situations non comparables (Thlimmenos)<sup>(31)</sup>. Cependant, contrairement aux conventions spécifiques des Nations unies sur les droits de l'homme mentionnées ci-dessus, la CEDH ne comprend pas de définition du concept de discrimination, mais seulement une interdiction de discrimination. L'article 14 de la convention dispose: «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.» Toutefois, cette disposition ne prévoit pas un droit à l'égalité, général et à part entière, en dehors du contexte de la convention. Seul le protocole n° 12 de la CEDH, pour les États qui l'ont ratifié, le garantit<sup>(32)</sup>.

D'après l'article 1<sup>er</sup> du protocole, «la jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination 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. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1».

À la différence des conventions spécifiques de l'ONU sur les droits de l'homme mentionnées ci-dessus et à la différence du droit communautaire, l'article 14 de la CEDH et l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 12 prévoient tous deux une liste ouverte de critères de discrimination pertinents. Ainsi, il n'apparaîtrait pas nécessaire d'invoquer le concept de discrimination indirecte pour que certaines affaires entrent dans le champ d'application de l'interdiction. Néanmoins, ce concept est pertinent parce que, dans la CEDH — à la différence du droit communautaire —, divers niveaux de surveillance s'appliquent par rapport aux différents motifs de discrimination. D'après la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme, «des raisons impérieuses» doivent exister pour justifier des traitements différents fondés sur le sexe, la naissance, la nationalité ou l'orientation sexuelle, mais pas dans d'autres cas (Gerards 2007, p. 33, Gerards 2005, p. 199, Gerards 2004, voir, également, Martin 2006, p. 270). Cela étant, il peut s'avérer essentiel de pouvoir introduire une affaire en invoquant une interdiction à laquelle s'applique un niveau élevé de surveillance, et le concept de discrimination indirecte peut être capital dans ce contexte.

Pendant longtemps, l'attitude de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard de la discrimination indirecte était plutôt hésitante, même si les références à une approche basée sur les effets au regard de la discrimination figuraient dans sa jurisprudence initiale [par exemple Marckx<sup>(33)</sup>, Hugh Jordan<sup>(34)</sup>]. Toutefois, ce n'est que dans sa jurisprudence beaucoup plus récente que, la Cour s'est explicitement référée à la discrimination indirecte. Dans Hoogendijk/Pays-Bas<sup>(35)</sup>, la Cour a affirmé que, «là où le requérant peut établir, sur la base des statistiques officielles qui ne prêtent pas à controverse, l'existence d'un commencement de preuve indiquant qu'une mesure — bien que formulée de manière neutre — touche en fait un pourcentage nettement plus élevé de femmes que d'hommes, il incombe au gouvernement défendeur de démontrer que cela est le résultat de facteurs objectifs qui ne sont pas liés à une discrimination fondée sur le sexe. Si la charge de prouver qu'une différence dans l'effet d'une mesure sur les femmes et les hommes n'est pas discriminatoire n'est pas transférée au gouvernement défendeur, il sera en pratique extrêmement difficile pour les requérants de prouver la discrimination indirecte». L'affaire concernait une allocation d'invalidité dans le cadre du droit néerlandais qui n'était accordée que si les revenus du demandeur ou

<sup>(31)</sup> Thlimmenos/Grèce, 6 avril 2000, Rep. 2000-IV. L'auteur partage le point de vue de Bell (2007, p. 189), d'après qui Thlimmenos n'est pas une affaire de discrimination indirecte, mais plutôt une affaire due à l'échec de n'avoir pas su traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes; voir aussi Henrard (2008, p. 245). Bell a réagi aux propos de De Schutter (2005, p. 16, 45 et 52) qui place Thlimmenos dans le contexte de la discrimination indirecte.

<sup>(32)</sup> Voir <http://www.humanrights.coe.int/Prot12/Protocol%2012%20and%20Exp%20Rep.htm>.

<sup>(33)</sup> Marckx/Belgique, 13 juin 1979, Publ. CEDH Series A Volume 31.

<sup>(34)</sup> Hugh Jordan/RU, 4 mai 2001, n° requête 24746/94.

<sup>(35)</sup> Hoogendijk/Pays-Bas, 6 janvier 2005, 40 EHRR SE 22. La législation nationale invoquée dans cette affaire était liée au contexte du droit communautaire.

d'un membre de sa famille tenu de contribuer à l'entretien de celui-ci restaient inférieurs à un certain niveau. La Cour a conclu à une discrimination indirecte fondée sur le sexe en se basant sur le fait que la seconde condition (revenus d'un membre de la famille) désavantageait les femmes par rapport aux hommes, les premières étant plus nombreuses à ne pas bénéficier de l'allocation <sup>(36)</sup>.

La discrimination indirecte était également au centre de l'affaire D. H. e.a./République tchèque (aussi appelée «affaire Ostrava»), dans laquelle la discrimination raciale au préjudice d'enfants roms a été débattue. À la suite d'un arrêt de la Chambre de décembre 2006 <sup>(37)</sup>, l'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre de la Cour, qui a rendu son arrêt en novembre 2007 <sup>(38)</sup>. Dans cet arrêt, la Grande Chambre a réitéré que «pouvait être considérée comme discriminatoire une politique ou une mesure générale qui avait des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, même si elle ne visait pas spécifiquement ce groupe» (point 175 de l'arrêt). La Grande Chambre a fait des références expresses à la recommandation de politique générale n° 7 de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (l'ECRI) du 13 décembre 2002 ainsi qu'au droit communautaire. Elle a expliqué qu'«une différence de traitement peut consister en l'effet préjudiciable disproportionné d'une politique ou d'une mesure qui, bien que formulée de manière neutre, a un effet discriminatoire sur un groupe [...]. Conformément, par exemple, aux directives 97/80/CE <sup>(39)</sup> et 2000/43/CE du Conseil [...] ainsi qu'à la définition donnée par l'ECRI [...] une telle situation s'analyse en une "discrimination indirecte", qui n'exige pas nécessairement qu'il y ait une intention discriminatoire» (point 184). La recommandation de l'ECRI <sup>(40)</sup> contient des définitions à la fois de la discrimination raciale directe et de la discrimination raciale indirecte, qui sont calquées sur le droit communautaire. D'après la recommandation, le terme «discrimination raciale indirecte» se réfère à des «cas où un facteur apparemment neutre tel qu'une disposition, un critère ou une pratique ne peut être respecté aussi facilement par des personnes appartenant à un groupe distingué par un motif tel que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique, ou désavantage ces personnes, sauf si ce facteur a une justification objective et raisonnable. Il en est ainsi s'il poursuit un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé». Dans D. H. e.a./République tchèque, la Grande Chambre de la Cour a conclu à la discrimination raciale indirecte en se basant sur le fait que le pourcentage d'enfants roms placés dans des écoles spéciales en République tchèque était nettement plus élevé que celui d'autres enfants.

### 3. L'obligation d'ingénierie sociale dans le droit international relatif aux droits de l'homme

Le droit international relatif aux droits de l'homme reconnaît que les causes de la discrimination sont souvent de nature structurelle. Ainsi, certaines conventions obligent explicitement les États parties à s'engager dans ce que l'on appelle «l'ingénierie sociale». Conformément à l'article 8, paragraphe 1, de la CRPD, les États parties s'engagent «à prendre des mesures immédiates, efficaces et appropriées en vue de: a) sensibiliser l'ensemble de la société, y compris au niveau de la famille, à la situation des personnes handicapées et promouvoir le respect des droits et de la dignité des personnes handicapées; b) combattre les stéréotypes, les préjugés et les pratiques dangereuses concernant les personnes handicapées, y compris ceux liés au sexe et à l'âge, dans tous les domaines; c) mieux faire connaître les capacités et les contributions des personnes handicapées». De la même manière, conformément à l'article 5, point a), de la CEDAW, les États parties sont tenus de prendre toutes les mesures appropriées «pour

<sup>(36)</sup> Dans la littérature universitaire, Hoogendijk est parfois considéré comme le premier véritable jugement de discrimination indirecte de la CEDH; Hendriks, 2005.

<sup>(37)</sup> D. H. e.a./République tchèque, 7 décembre 2006, requête n° 57325/00, voir également le point IV.2.2.6 ci-après.

<sup>(38)</sup> D. H. e.a./République tchèque, 13 novembre 2007, requête n° 57325/00.

<sup>(39)</sup> Directive 97/80/CE relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, JO L 14 du 20.1.1998, p. 6.

<sup>(40)</sup> ECRI Recommandation générale n° 7 sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale, adoptée le 13 décembre 2002; texte disponible à l'adresse [http://www.coe.int/t/e/human\\_rights/ecri/1-ECRI/3-General\\_themes/1-Policy\\_Recommendations/Recommendation\\_N7/3-Recommendation\\_7.asp](http://www.coe.int/t/e/human_rights/ecri/1-ECRI/3-General_themes/1-Policy_Recommendations/Recommendation_N7/3-Recommendation_7.asp).

modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes» (voir Holtmaat 2004). Enfin, l'article 7 CERD prévoit: «Les États parties s'engagent à prendre des mesures immédiates et efficaces, notamment dans les domaines de l'enseignement, de l'éducation, de la culture et de l'information, pour lutter contre les préjugés conduisant à la discrimination raciale et favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre nations et groupes raciaux ou ethniques [...]».

De telles dispositions ne sont rien de plus que la conséquence logique de l'interdiction de toutes les formes de discrimination, y compris, en particulier, la discrimination indirecte. Si la discrimination indirecte met en lumière des problèmes structurels dans une société donnée <sup>(41)</sup>, il ne suffit pas d'interdire ladite discrimination et d'attribuer des réparations dans des affaires individuelles. Il est plutôt impératif de s'attaquer aux causes sous-jacentes, et ce de manière exhaustive.

<sup>(41)</sup> Voir ci-après le point II.5.



Nikki | 2007

## Chapitre II

# La discrimination indirecte dans le système du droit communautaire



Le droit communautaire en matière de non-discrimination est un domaine complexe présentant différentes couches. Pour décrire la place occupée par la discrimination indirecte dans ce système, le rapport, dans la partie qui suit, commence par donner un aperçu des dispositions juridiques communautaires dans le cadre desquelles la discrimination indirecte peut être pertinente (voir le point 1 ci-après). Il explique ensuite ce que le terme «discrimination» signifie de manière générale dans le droit communautaire (voir le point 2 ci-après) et comment la discrimination indirecte s'insère dans ce système (voir le point 3 ci-après). Puis les origines du concept juridique de la discrimination indirecte dans le droit communautaire sont succinctement décrites (voir le point 4 ci-après) et les fonctions de ce concept sont expliquées (voir le point 5 ci-après). Enfin, le rapport contient quelques brefs commentaires sur la discrimination indirecte dans le droit communautaire à la suite du traité de Lisbonne (voir le point 6 ci-après).

## 1. Les dispositions sur l'égalité et la non-discrimination dans le droit communautaire

Le fait que la discrimination indirecte concerne le lien entre une mesure donnée et un motif interdit de discrimination signifie que le concept de discrimination indirecte est pertinent seulement dans le contexte des dispositions sur la non-discrimination qui se concentrent sur les motifs de discrimination, c'est-à-dire des dispositions qui interdisent la discrimination en rapport avec un élément particulier tel que l'âge, l'orientation sexuelle ou le handicap <sup>(42)</sup>. Tant le traité CE que le droit dérivé qui en découle comportent de nombreuses dispositions de ce type. Par conséquent, l'ensemble des dispositions et des matières pour lesquelles la discrimination indirecte peut être pertinente est extraordinairement vaste, comme le montre l'aperçu qui suit.

Seul un type de discrimination est interdit dans tous les domaines du droit CE, à savoir la discrimination fondée sur la nationalité d'un État membre de l'UE. Cette interdiction apparaît à la fois au niveau du traité (en particulier à l'article 12 du traité CE, qui s'applique à tous les domaines du droit communautaire où il n'existe pas de dispositions spécifiques relatives à la discrimination fondée sur la nationalité, et à l'article 39 du traité CE sur la libre circulation des travailleurs) et dans de nombreux règlements et directives développant les dispositions du traité [y compris par exemple le règlement (CEE) n° 1612/68 <sup>(43)</sup> et le règlement (CEE) n° 1408/71 <sup>(44)</sup>, les deux règlements se rapportant également à la libre circulation des personnes]. La directive 2003/109/CE <sup>(45)</sup> relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée étend l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité à certains ressortissants d'États non membres de l'UE dans des domaines particuliers.

En plus de la discrimination fondée sur la nationalité, le droit communautaire interdit plusieurs autres types de discrimination, quoique seulement dans des contextes spécifiques et limités <sup>(46)</sup>. Dans le droit social CE, les types de discrimination les plus importants sont la discrimination fondée sur le sexe (interdite en vertu de l'article 141,

<sup>(42)</sup> Toutes les dispositions du droit communautaire sur la non-discrimination ne l'interdisent pas. Par exemple, l'article 34 CE prévoit simplement que les organisations communes des marchés dans le droit communautaire agricole «doivent exclure toute discrimination entre producteurs et consommateurs de la Communauté», sans spécifier aucun motif relatif à cette discrimination.

<sup>(43)</sup> Règlement (CEE) n° 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JO L 257 du 19.10.1968, p. 2.

<sup>(44)</sup> Règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, JO L 149 du 5.7.1971, p. 2. Ce règlement sera remplacé par le règlement (CE) n° 883/2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO L 166 du 30.4.2004, p. 1.

<sup>(45)</sup> Article 11 de la directive 2003/109/CE relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JO L 16 du 23.1.2004, p. 44.

<sup>(46)</sup> Voir ci-après le point IV.1.

paragraphes 1 et 2, du traité CE et en vertu de diverses directives), la discrimination fondée sur l'origine raciale ou ethnique (interdite en vertu de la directive sur l'égalité raciale), la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle (interdite en vertu de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi) <sup>(47)</sup>, la discrimination fondée sur le travail à temps partiel (interdite en vertu de la directive sur le travail à temps partiel) <sup>(48)</sup>, et la discrimination fondée sur le travail à durée déterminée (interdite en vertu de la directive sur le travail à durée déterminée) <sup>(49)</sup>. Outre cette législation spécifique en matière de non-discrimination, il existe également des directives et des règlements qui portent sur d'autres questions, mais qui comportent des clauses de non-discrimination [par exemple l'article 3, paragraphe 1, point c), deuxième alinéa, de la directive «audiovisuel sans frontières» <sup>(50)</sup>, l'article 1<sup>er</sup>, point d), du statut de l'UE <sup>(51)</sup> et l'article 16 du règlement général sur les Fonds structurels <sup>(52)</sup>]. De plus, la non-discrimination joue un rôle dans le droit des relations extérieures de la CE dans le cadre duquel il existe un règlement sur la promotion de l'égalité des sexes <sup>(53)</sup> et dans le cadre duquel la discrimination fondée sur la nationalité est interdite dans divers accords conclus entre la CE et des pays tiers (par exemple dans l'accord multilatéral sur l'Espace économique européen et dans des accords bilatéraux avec des pays comme la Turquie, le Maroc, l'Algérie, la Tunisie, la Suisse et la Russie). La non-discrimination est également mentionnée dans les préambules de certaines directives récentes, où il est énoncé que les dispositions des directives doivent être appliquées sans discrimination fondée sur divers motifs [par exemple la directive sur la circulation et la résidence des citoyens de l'UE <sup>(54)</sup> et la directive sur les résidents de longue durée provenant de pays tiers <sup>(55)</sup>].

Des dispositions sur l'égalité et sur la non-discrimination figurent également au niveau global du droit de l'Union européenne en matière de droits de l'homme. D'après l'article 6, paragraphe 2, UE, les droits fondamentaux garantis par la convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales — qui inclut l'interdiction de la discrimination à l'article 14, comme mentionné plus haut <sup>(56)</sup> — doivent être respectés par

<sup>(47)</sup> Concernant le handicap, il existe aussi le règlement (CE) n° 1107/2006 concernant le droit des personnes handicapées et des personnes à mobilité réduite lorsqu'elles font des voyages aériens, JO L 204 du 26.7.2006, p. 1. Ce règlement en particulier comporte certaines dispositions sur l'interdiction du refus de transport (articles 3 et 4) et le droit à l'assistance dans les aéroports (articles 7 et suivants). D'après l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, le règlement vise à protéger les personnes handicapées et les personnes à mobilité réduite contre la discrimination.

<sup>(48)</sup> Directive 97/81/CE concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, JO L 14 du 20.1.1998, p. 9 (dans sa version modifiée).

<sup>(49)</sup> Directive 1999/70/CE concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, JO L 175 du 10.7.1999, p. 43 (dans sa version corrigée).

<sup>(50)</sup> Directive 89/552/CEE visant la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO L 298 du 17.10.1989, p. 23, dans sa version modifiée à plusieurs occasions, notamment en 2007 pour y inclure les services de médias audiovisuels.

<sup>(51)</sup> Règlement (CEE, Euratom, CECA) n° 259/68 fixant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ainsi que le régime applicable aux autres agents de ces Communautés, et instituant des mesures particulières temporairement applicables aux fonctionnaires de la Commission, JO L 56 du 4.3.1968, p. 1, édition spéciale 1968, 1<sup>er</sup> décembre 1972 (dans sa version modifiée; version consolidée: [http://www.europa.eu.int/comm/dgs/personnel\\_administration/statut/tocen100.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/dgs/personnel_administration/statut/tocen100.pdf)).

<sup>(52)</sup> Article 16 du règlement (CE) n° 1083/2006 portant dispositions générales sur le Fonds européen de développement régional, le Fonds social européen et le Fonds de cohésion, et abrogeant le règlement (CE) n° 1260/1999, JO L 210 du 31.7.2006, p. 25.

<sup>(53)</sup> Règlement (CE) n° 806/2004 relatif à la promotion de l'égalité des sexes dans la coopération au développement, JO L 143 du 30.4.2004, p. 40. Veuillez noter également que certains accords entre la Communauté européenne et certains pays tiers (comme la Turquie, le Maroc ou la Tunisie) comportent des clauses de non-discrimination dans le droit social, incluant les droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille qui sont des ressortissants de ces pays tiers.

<sup>(54)</sup> Considérant 31 dans le préambule de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JO L 158 du 30.4.2004, p. 77.

<sup>(55)</sup> Considérant 5 du préambule de la directive.

<sup>(56)</sup> Voir ci-dessus le point I.2.

l'Union européenne (et en conséquence aussi par la Communauté européenne en tant que sous-ensemble le plus important de l'UE) en tant que principes généraux du droit communautaire. Le respect des principes généraux est une condition de la légalité de toute loi communautaire et les États membres sont obligés de respecter les principes généraux chaque fois qu'ils légifèrent au sein du champ d'application du droit communautaire européen (Trimdimas 2006, p. 29, Schiek/Waddington/Bell 2007, p. 2). De plus, en 2000, l'Union européenne a adopté sa propre charte des droits fondamentaux <sup>(57)</sup> qui contient une disposition spécifique sur l'égalité entre hommes et femmes (article 23), une disposition générale sur l'égalité en droit (article 20) et une disposition générale se référant à la discrimination fondée sur la nationalité ainsi que sur «toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, l'âge ou l'orientation sexuelle» (article 21). Cependant, à l'heure actuelle, la charte des droits fondamentaux n'a pas force obligatoire pour les États membres (ce qui devrait changer avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne) <sup>(58)</sup>.

D'après la jurisprudence de la Cour, toutes les dispositions spécifiques du droit communautaire sur l'égalité et la non-discrimination ne sont que des expressions particulières des principes généraux qui régissent le droit communautaire [par exemple les principes généraux de l'égalité de traitement fondée sur le sexe, tel que reconnu dans l'arrêt Defrenne III <sup>(59)</sup>, et fondée sur l'âge, tel que reconnu dans Mangold]. Des dispositions spécifiques sont nécessaires pour que des personnes puissent se prévaloir de leurs droits vis-à-vis d'un État membre ou vis-à-vis d'autres personnes. L'existence à elle seule d'un principe général n'est pas suffisante à ces fins (Defrenne III). Cependant, il convient d'ajouter qu'à la suite de l'arrêt de la Cour dans l'affaire Mangold, qui a suscité de nombreux débats, il demeure une incertitude quant à l'effet précis des principes juridiques généraux du droit communautaire <sup>(60)</sup> (par exemple McCrudden/Kountouros 2007, p. 89; Tobler 2007a; Polloczek 2007, p. 119). Plus récemment, l'arrêt de la Cour dans l'affaire Bartsch a confirmé que les États membres, lorsqu'ils appliquent le droit communautaire, sont liés par ces principes généraux (par exemple lorsqu'ils appliquent une directive) <sup>(61)</sup>.

## 2. Qu'entend-on par «discrimination» en général dans le droit communautaire?

Avant l'adoption des directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, il n'existait aucune définition légale contraignante de ce que signifiait le terme «discrimination» dans le droit communautaire <sup>(62)</sup>. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de justice contenait au début certaines indications, qui y figurent

<sup>(57)</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO C 364 du 18.12.2000, p. 1, rééditée en 2007, JO C 303 du 14.12.2007, p. 1.

<sup>(58)</sup> Voir ci-après le point II.6.

<sup>(59)</sup> Affaire 149/77, Gabrielle Defrenne/SABENA (1978), Recueil 1365 (Defrenne III).

<sup>(60)</sup> Voir aussi l'affaire C-164/07, James Wood/Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions, arrêt du 5 juin 2008 (non encore publié au Recueil). Dans cette affaire, la Cour semble fonder sa réponse sur le principe général de non-discrimination en rapport avec la nationalité plutôt que sur l'article 12 CE auquel se rapportait la question de la juridiction nationale.

<sup>(61)</sup> Voir également les conclusions de l'avocat général Sharpston du 22 mai 2008. Bartsch concernait le règlement d'une société dans le cadre duquel il n'existait pas de droit à une pension de retraite de survie si le veuf ou la veuve était plus de 15 ans plus jeune que le travailleur défunt. La Cour a statué que l'article 13 CE (qui ne mentionne pas particulièrement les retraites) ne permet pas de créer un lien entre un tel traitement et le droit communautaire, et que la directive sur l'égalité en matière d'emploi ne le permettait pas non plus pendant la période prévue pour son application.

<sup>(62)</sup> Dans le domaine de la loi sur l'égalité des sexes, la directive sur la charge de la preuve (directive 97/80/CE sur la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, JO L 14 du 20.1.1998, p. 6) avait d'abord introduit une définition juridique de la discrimination indirecte, mais pas de la discrimination directe, ni d'ailleurs du harcèlement dont le concept a été introduit dans le droit communautaire sur l'égalité des sexes seulement avec la directive 2002/73/CE.

encore. En vertu de cette jurisprudence, «la discrimination consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou dans l'application de la même règle à des situations différentes» [par exemple *Rieser* <sup>(63)</sup>, point 39]. Cette large définition reflète le principe général de la non-discrimination ou de l'égalité de traitement [qui, d'après la Cour, «sont deux désignations d'un même principe du droit communautaire, lequel interdit, d'une part, de traiter différemment des situations similaires et, d'autre part, de traiter de la même manière des situations différentes, sauf si des raisons objectives justifient un tel traitement»; *Europe Chemi-Con* <sup>(64)</sup>, point 33]. Ce principe général, qui est parfois aussi appelé «principe général d'égalité», est à la base de l'ensemble du droit communautaire. En termes positifs, cela requiert que des situations semblables (comparables) soient traitées de manière égale et que des situations différentes soient traitées différemment en fonction du degré de différence, sauf s'il existe une justification objective [par exemple *Nuova Agricast* <sup>(65)</sup>, point 66].

### 3. Comment la discrimination indirecte s'insère-t-elle dans ce système?

La jurisprudence de la Cour de justice montre que, dans le droit économique communautaire, la discrimination peut effectivement prendre à la fois les formes mentionnées au point précédent, c'est-à-dire un traitement inégal de situations comparables et un traitement égal de situations différentes. La jurisprudence indique en outre que la discrimination par un même traitement peut s'avérer soit directe soit indirecte (bien que les cas véritablement concernés soient rares) <sup>(66)</sup>, comme peut l'être la discrimination par un traitement différent (pour lequel il existe de nombreux exemples). Inversement, dans la jurisprudence du droit social communautaire, les concepts de discrimination directe et indirecte ont, au moins jusqu'à présent, été invariablement liés à une inégalité de traitement de situations comparables. Cela peut s'expliquer par le fait que l'objectif fixé du droit social communautaire en matière de non-discrimination a traditionnellement été de réaliser une égalité de traitement comprise au sens du même traitement de personnes se trouvant dans des situations comparables. En conséquence, la discrimination a traditionnellement été comprise comme le traitement différent de ces personnes. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'un traitement différent est autorisé (par exemple sur la base des exigences de travail conformément à l'article 4 des directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi; voir également le graphique 6 à l'annexe du présent rapport).

Compte tenu de cet historique, il peut être conclu qu'aux fins des objectifs du droit social communautaire, le concept de la discrimination indirecte est avant tout lié au traitement différent de situations comparables. Il conviendrait peut-être d'ajouter que, dans la jurisprudence de la Cour, un traitement différent peut résulter de ce qui semble à première vue être un traitement identique, comme par l'application d'une condition unique requise qui est imposée sans distinction à différents groupes de personnes. Par exemple, dans l'affaire *Sotgiu*, qui est l'affaire de base sur la discrimination indirecte fondée sur la nationalité <sup>(67)</sup>, les travailleurs employés loin de leur lieu de résidence avaient droit à une indemnité plus élevée s'ils avaient vécu en Allemagne au moment d'accéder à leur emploi. Ainsi, la résidence en Allemagne au moment d'accéder à leur emploi était une exigence ou un critère unique, qui cependant distinguait en même temps ceux qui résidaient effectivement en Allemagne au moment en question et ceux qui n'y résidaient pas. La Cour, dans *Sotgiu*, s'est référée explicitement aux «critères de distinction» et a conclu que l'exigence de résidence aboutissait à une distinction en fonction de la nationalité. Dans *Schönheit*

<sup>(63)</sup> Affaire C-157/02, *Rieser Internationale Transporte GmbH/Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- AG (Asfinag)* (2004), Recueil I-1477.

<sup>(64)</sup> Affaire C-422/02 P, *Europe Chemi-Con (Deutschland) GmbH/Conseil et Commission* (2005), Recueil I-791.

<sup>(65)</sup> Affaire C-390/06, *Nuova Agricast Srl/Ministero delle Attività Produttive*, arrêt du 15 avril 2008 (non encore publié au Recueil).

<sup>(66)</sup> Pour un exemple récent de discrimination directe, voir l'affaire C-442/04, *Espagne/Commission*, arrêt du 15 mai 2008 (non encore publié au Recueil), concernant le droit agricole; pour une affaire qui, d'après l'avocat général Stix-Hackl, comporte une discrimination indirecte, voir l'affaire C-400/02, *Gerard Merida/Allemagne* (2004), Recueil I-8471, concernant la libre circulation des travailleurs; Tobler 2005a, p. 220.

<sup>(67)</sup> Affaire 152/73, *Giovanni Maria Sotgiu/Deutsche Bundespost* (1974), Recueil 153.

et Becker <sup>(68)</sup> (point 67), la Cour, de manière générale, a décrit la discrimination indirecte fondée sur le sexe comme «l'application de dispositions qui maintiennent un traitement *différent* entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins en application de critères non fondés sur le sexe» (italiques ajoutés).

Pour ce qui est du droit économique, il convient d'ajouter que l'article 39 du traité CE (libre circulation des travailleurs), l'article 49 et l'article 50 du traité CE (libre circulation des services) et l'article 56, paragraphe 1, du traité CE (libre circulation des capitaux) interdisent non seulement la discrimination fondée sur la nationalité, mais aussi les restrictions non discriminatoires, c'est-à-dire toute mesure qui, «même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, y compris ceux de l'État membre auteur de la mesure, des libertés fondamentales garanties par le traité» (Kraus, point 32) <sup>(69)</sup>. Dans ce contexte particulier et en raison de certaines similarités des deux concepts, l'interdiction de discrimination indirecte et l'interdiction de restrictions se font en concurrence (Tobler 2005a, p. 371). Mais tel n'est pas le sujet du présent rapport <sup>(70)</sup>.

Enfin, pour différencier les différents types de dispositions du droit social communautaire, il peut être utile de distinguer les dispositions qui interdisent la discrimination au sens traditionnel qui vient d'être mentionné (c'est-à-dire la discrimination comprise au sens d'un traitement comparativement inégal sans définition du niveau de traitement qui doit être accordé) et les dispositions qui prescrivent un résultat spécifique qui est indépendant de la comparabilité de situations (voir également les graphiques 1 et 6 en annexe du présent rapport). Des exemples de ces dernières sont le droit des femmes enceintes et des jeunes mères à un congé de maternité d'au moins 14 semaines (article 8 de la directive sur la maternité) <sup>(71)</sup> et le droit des personnes handicapées à un aménagement raisonnable sur le lieu de travail (article 5 de la directive sur l'égalité en matière d'emploi) <sup>(72)</sup>. Strictement parlant, les termes «discrimination directe» et «discrimination indirecte» ne sont ni nécessaires, ni utiles dans ce contexte. Le non-respect des obligations imposées par lesdites dispositions est simplement: le non-respect d'une obligation positive, ce qui ne nécessite pas une autre dénomination ou une dénomination plus spécifique. Parallèlement, il est irréfutable que lesdites obligations jouent un rôle important dans le système du droit en matière de non-discrimination et que leur violation entraîne des effets discriminatoires. Par conséquent, il peut être préférable de désigner ces violations par le terme «discrimination sui generis» et d'éviter de les appeler «discrimination directe» ou «discrimination indirecte». De même, la distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte semblerait être sans pertinence dans le contexte des deux autres formes de discrimination expressément désignées comme telles à l'article 2 des directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, à savoir le harcèlement et l'injonction de pratiquer une discrimination. Les deux directives ne sont pas fondées sur la comparabilité de situations (voir à nouveau le graphique 1 en annexe du présent rapport). La distinction ne semble pas non plus pertinente dans le contexte de la victimisation défini dans les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi comme «tout traitement ou toute conséquence défavorable en réaction à une plainte ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement» (articles 9 et 11, respectivement).

<sup>(68)</sup> Affaires jointes C-4/02 et C-5/02, Hilde Schönheit/Stadt Frankfurt am Main et Silvia Becker/Land Hessen (2003), Recueil I-12575.

<sup>(69)</sup> Affaire C-19/92, Dieter Kraus/Land Baden-Württemberg (1993), Recueil I-1663.

<sup>(70)</sup> Bien qu'on puisse trouver un certain parallèle dans le contexte particulier du travail à temps partiel où la directive pertinente non seulement interdit la discrimination fondée sur le travail à temps partiel (point 4 de l'annexe de la directive sur le travail à temps partiel), mais oblige aussi les États membres à «identifier et examiner les obstacles de nature juridique ou administrative qui peuvent limiter les possibilités de travail à temps partiel, le cas échéant, les éliminer» [point 5, paragraphe 1, point a), de l'annexe]; voir les affaires jointes C-55/07 et C-56/07, Othmar Michaeler, Subito GmbH et Ruth Volgger/Amt für sozialen Arbeitsschutz, Autonome Provinz Bozen, arrêt du 24 avril 2008 (non encore publié au Recueil).

<sup>(71)</sup> Directive 92/85/CEE concernant la mise œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive au sens de l'article 16, paragraphe 1, de la directive 89/391/CEE), JO L 348 du 28.11.1992, p. 1.

<sup>(72)</sup> Sur l'aménagement raisonnable, voir le point V.5 ci-après.

#### 4. Origines du concept de discrimination indirecte dans le droit communautaire

Comment le concept de discrimination indirecte est-il entré dans l'ordre juridique de la Communauté européenne? Malgré leur importance manifeste, les termes «discrimination directe» et «discrimination indirecte» n'apparaissent pas dans le texte du traité CE (qui est le texte de base de la Communauté européenne) et n'apparaissent pas non plus dans le traité UE (qui est le texte de base de l'Union européenne et dont la partie CE constitue la sous-partie la plus importante). Plus exactement, la distinction entre ces concepts a été développée par la Cour de justice par le biais de son interprétation des dispositions juridiques communautaires, parmi lesquelles figurent en particulier l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité conformément à ce qui est aujourd'hui (c'est-à-dire après la renumérotation des dispositions du traité à la suite de la révision du traité d'Amsterdam) l'article 39 du traité CE, sur la libre circulation des travailleurs [Ugliola <sup>(73)</sup>, Sotgiu], et l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe en vertu du statut du personnel des Communautés (Sabbatini) <sup>(74)</sup> et conformément à ce qui est aujourd'hui l'article 141, paragraphe 1, du traité CE, sur l'égalité de rémunération entre hommes et femmes [Jenkins <sup>(75)</sup>, Bilka <sup>(76)</sup>]. Aujourd'hui, les définitions fondées sur la jurisprudence de la Cour concernant la discrimination directe et la discrimination indirecte restent essentielles dans des domaines dans lesquels il n'existe pas de définitions juridiques, c'est-à-dire surtout dans le droit économique communautaire.

Le concept de discrimination indirecte n'a pas été inventé par la Communauté européenne. Des cas précurseurs existaient déjà dans le droit international public et dans certains ordres juridiques nationaux (États-Unis, Royaume-Uni, Irlande). Ces ordres juridiques nationaux en particulier semblent avoir influencé le droit communautaire (Tobler 2005a, p. 94, 96, 144), ce qui a conduit Schiek (2008, p. 360) à appeler le concept de discrimination indirecte une transplantation de ce concept issu des systèmes de droit commun dans les systèmes de droit civil du continent européen. Parmi ces cas précurseurs, une première affaire très importante du droit américain constitue un très bon exemple, *Griggs/Duke Power Co.* <sup>(77)</sup>, jugée par la Cour suprême des États-Unis en 1971, concernait la discrimination raciale. Les requérants contestaient que soient exigés un diplôme de high school (diplôme de fin d'études secondaires) ou la réussite à un test d'intelligence pour pouvoir prétendre à un emploi ou à un transfert à des postes dans l'usine Duke Power Company. Comme ces exigences n'étaient pas directement destinées à mesurer la capacité d'apprendre à exécuter un travail, elles ont été considérées illégales en vertu du Civil Rights Act 1964 par la Cour suprême, bien que la règle contestée ait été officiellement neutre en termes de race. Au nom de la Cour, le président de la Cour suprême Burger a expliqué que le législateur n'entendait pas «prévoir l'égalité des chances simplement au sens de l'offre légendaire du lait à la cigogne et au renard», mais plutôt que «le récipient dans lequel le lait est offert par l'un est à la disposition de tous ceux qui le demandent. La loi n'interdit pas seulement la discrimination déclarée, mais aussi des pratiques qui sont justes dans la forme, mais discriminatoires dans leur fonctionnement». Dans ce passage, la référence à la cigogne et au renard se réfère à une fable d'Ésope (qui vivait au VI<sup>e</sup> siècle av. J.-C.) sur un renard qui invite une grue à dîner et lui sert une soupe dans un récipient peu profond, ce qui empêchait l'invité de manger. Lorsque la grue invite en retour le renard à dîner, celui-ci trouve la nourriture servie dans un haut récipient à forme étroite. La grue est devenue une cigogne — et ainsi un animal avec un bec encore plus long — dans les versions ultérieures de la fable. La fable saisit parfaitement le sens de la discrimination indirecte.

<sup>(73)</sup> Affaire 15/69, *Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG/Salvatore Ugliola* (1969), Recueil 363.

<sup>(74)</sup> Affaire 20/71, *Luisa Sabbatini, née Bertoni/Parlement européen* (1972), Recueil 345.

<sup>(75)</sup> Affaire 96/80, *J. P. Jenkins/Kinsgate (Clothing Productions) Ltd* (1981), Recueil 911.

<sup>(76)</sup> Affaire 170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH/Karin Weber von Hartz* (1986), Recueil 1607.

<sup>(77)</sup> *Griggs/Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).





Heinrich | 1969



## 5. Fonctions du concept de discrimination indirecte dans le droit communautaire

La fonction du concept de discrimination indirecte dans le droit communautaire peut être présentée comme étant à deux volets. D'une part, la Cour de justice a développé ce concept dans le but de mettre en évidence l'efficacité de l'interdiction de discrimination. Comme la Cour l'a expliqué dans une affaire de première importance sur la discrimination indirecte fondée sur la nationalité, l'inclusion de la discrimination indirecte (ou dissimulée) «est nécessaire pour garantir le fonctionnement efficace de l'un des principes fondamentaux de la Communauté», signifiant dans le cadre spécifique de cette affaire la libre circulation des travailleurs et l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité prévues dans ce qui est aujourd'hui l'article 39, paragraphe 2, du traité CE (Sotgiu, point 11). Dans ce contexte, la maxime selon laquelle «le fond prévaut sur la forme» exprime l'essence du concept de discrimination indirecte (Tobler 2005a, p. 114). Pour ce qui est de l'efficacité du droit en matière de non-discrimination, le concept de discrimination indirecte a une importance particulière dans les systèmes juridiques tels que le droit communautaire, qui sont fondés sur une liste exhaustive des types de discrimination interdits. Dans un tel système où la liste des types pertinents de discrimination est limitée, le concept de discrimination indirecte constitue un outil important pour introduire une affaire ayant un motif de différenciation qui n'est pas explicitement interdit dans le champ d'application du droit communautaire (Gerards 2005, p. 13, Tobler 2005a, p. 50). Le concept est un peu moins important dans des contextes juridiques ayant des dispositions ouvertes sur la non-discrimination, telles que les conventions internationales des droits de l'homme. Cela étant, et comme indiqué plus haut <sup>(78)</sup>, même ici, le concept a un rôle à jouer, notamment lorsqu'un système juridique prévoit différents niveaux de surveillance dans le contexte de différents types de discrimination.

D'autre part, le concept de discrimination indirecte peut être considéré comme un outil pour faire apparaître et contester les causes sous-jacentes de la discrimination, qui sont souvent de nature structurelle (c'est-à-dire discrimination causée par exemple par des préjugés, des pratiques fondées sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de groupes de personnes particuliers ou sur des rôles stéréotypés; Loenen 1999, p. 199). Par exemple, dans Jenkins (point 13), qui concernait les travailleurs à temps partiel, la Cour a expressément reconnu les difficultés de (certains) travailleurs féminins à travailler à temps plein. En conséquence, lorsqu'un traitement moins favorable des travailleurs à temps partiel entraîne des différences quant aux effets pour les femmes, le concept de discrimination indirecte fondée sur le sexe met en lumière la répartition inégale des rôles au sein de la famille entre les hommes et les femmes concernant les tâches domestiques et la garde des enfants. De cette manière, le concept nous aide à démanteler des structures de pouvoir sous-jacentes (Gijzen 2006, p. 82) et à identifier les domaines dans lesquels une action supplémentaire est nécessaire pour mettre en œuvre une véritable égalité, par exemple l'ingénierie sociale (Schiek 2007, p. 327) <sup>(79)</sup>.

## 6. La discrimination indirecte dans le traité de Lisbonne

Lorsque nous évoquons la place occupée par le concept de discrimination indirecte au sein du système juridique communautaire, certaines remarques s'imposent sur le droit de l'UE à la suite du traité de Lisbonne <sup>(80)</sup>. Le 13 décembre 2007, les États membres de l'UE ont signé à Lisbonne un traité destiné à réviser les actuels traités UE et CE (le «traité de Lisbonne») <sup>(81)</sup>. Ce traité ne pourra entrer en vigueur que lorsqu'il aura été ratifié par les 27 États membres.

<sup>(78)</sup> Voir le point I.2 ci-dessus.

<sup>(79)</sup> Voir le point I.3 ci-dessus.

<sup>(80)</sup> De manière générale, concernant cette révision, voir par exemple Craig 2008 et Dougan 2008.

<sup>(81)</sup> Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, JO C 306 du 17.12.2007 (versions consolidées des traités après la révision: JO C 115 du 9.5.2008).

Au moment de la rédaction du présent rapport, la ratification est en cours <sup>(82)</sup>, bien qu'il reste à déterminer dans quelle mesure le vote négatif des Irlandais, qui a eu lieu le 12 juin 2008, constituera une pierre d'achoppement.

S'il est ratifié par tous les États membres, le traité de Lisbonne modifiera en profondeur la structure de l'UE. Le plus important peut-être aux fins actuelles, c'est de savoir que la Communauté européenne n'existera plus. Elle sera incorporée à l'Union européenne qui lui succédera. C'est pourquoi il ne sera plus possible de parler de «droit communautaire en matière de non-discrimination», mais uniquement de «droit de l'UE en matière de non-discrimination». Ce qui est actuellement appelé le «traité CE» deviendra — après amendements — le «traité sur le fonctionnement de l'Union européenne» (traité FUE). Ce traité continuera à comporter toutes les dispositions sur la non-discrimination mentionnées précédemment, même si elles seront numérotées différemment. De plus, le traité FUE contiendra une disposition qui obligera l'Union, dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, à chercher à combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle (article 10 du traité FUE). En outre, ce qui est à présent (pour les États membres) une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne non contraignante aura, lorsqu'elle sera à nouveau édictée <sup>(83)</sup> et qu'elle sera accompagnée d'un protocole d'application <sup>(84)</sup>, le même effet juridique que le traité UE et le traité sur le fonctionnement de l'UE (article 6, paragraphe 1, du traité UE). De cette manière, les dispositions sur l'égalité et sur la non-discrimination dans la charte auront force obligatoire pour les États membres, bien qu'«uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union», c'est-à-dire uniquement à l'intérieur du champ d'application limité du droit de l'UE (article 51, paragraphe 1, de la charte). Cela aura pour conséquence majeure l'existence d'un droit de l'UE en matière de non-discrimination qui ne sera pas fondé sur une liste fermée de motifs de discrimination, mais qui sera plutôt libellé ouvertement («toute discrimination fondée notamment sur [...]», article 21 de la charte), similaire à l'article 14 de la CEDH. De plus, le traité révisé de l'UE prévoit que l'Union européenne adhérera à la CEDH et il prévoit la base juridique pour ladite adhésion (article 6, paragraphe 2, du traité UE) <sup>(85)</sup>. S'agissant du concept de discrimination indirecte, il continuera à être absent du texte des traités révisés. Comme à présent, il continuera, en fonction du domaine du droit, à être fondé sur des dispositions légales secondaires spécifiques ou sur la jurisprudence de la Cour de justice.

<sup>(82)</sup> Pour l'état de ratification, consulter [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/countries/index\\_fr.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/countries/index_fr.htm).

<sup>(83)</sup> JO C 303 du 14.12.2007, p. 1.

<sup>(84)</sup> JO C 306 du 17.12.2007, p. 156.

<sup>(85)</sup> Concernant l'effet de l'adhésion à la CEDH et l'acquis communautaire en matière d'égalité, voir McCrudden/Kountouros 2007, p. 107.

Maike | 1979



## Chapitre III

# La définition de la discrimination indirecte dans les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi

Le présent rapport va maintenant se pencher sur la signification particulière du concept de discrimination indirecte dans les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi. Dans ce chapitre, les éléments qui constituent la définition de la discrimination indirecte sont énumérés et expliqués. Les défis particuliers posés par l'application pratique du concept de discrimination indirecte seront débattus dans la partie suivante.

## 1. Libellé et principaux éléments des définitions

Pour commencer, il convient de rappeler les définitions juridiques de la discrimination indirecte dans les deux directives. Ces définitions ont été largement calquées sur la définition de la discrimination indirecte basée sur la jurisprudence qui a été développée par la Cour de justice dans le contexte du droit communautaire sur la libre circulation. Dans l'affaire O'Flynn <sup>(86)</sup> (point 20), qui a fait date et concernait la réglementation nationale entrant dans le champ d'application des règles communautaires sur la libre circulation des travailleurs, la Cour a déclaré que:

«à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi, une disposition de droit national doit être considérée comme indirectement discriminatoire dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers».

Les définitions juridiques de la discrimination indirecte dans les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi intègrent les éléments de cette définition basée sur la jurisprudence. D'après l'article 2, paragraphe 2, point b), de la directive sur l'égalité raciale:

«une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, 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 ne soient appropriés et nécessaires».

Le libellé de la définition correspondante dans la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi est un peu plus complexe, en raison, premièrement, de la pertinence de plusieurs critères différents de discrimination, et, deuxièmement, d'une partie supplémentaire concernant l'aménagement raisonnable <sup>(87)</sup>. L'article 2, paragraphe 2, point b), prévoit que:

«une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que:

- i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaire; ou que
- ii) dans le cas des personnes d'un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique».

<sup>(86)</sup> Affaire C-237/94, John O'Flynn/Adjudication Officer (1996), Recueil I-2617.

<sup>(87)</sup> Concernant l'aménagement raisonnable, voir le point V.5 ci-après.

L'emploi des mots «disposition, critère ou pratique» dans les définitions ci-dessus signifie que le concept juridique de la discrimination indirecte est lié à des mesures au sens le plus large du terme (Fredman 2002, p. 108, Connolly 2006, p. 134, Makkonen 2007, p. 33). Dans ce contexte, le concept se caractérise par deux éléments fondamentaux, l'un lié à la nature de la mesure interdite (c'est-à-dire la nature du concept basée sur les effets), et l'autre lié à la légitimité de toute justification (c'est-à-dire la justification objective ou ce qui est parfois appelé en droit communautaire la «règle de la raison»). Le sens de ces éléments peut être résumé comme suit (Tobler 2005a, p. 211; voir également le graphique 5 en annexe du présent rapport):

- i) nature indirecte de la discrimination:
  - a) l'existence d'une mesure formellement neutre, à savoir une mesure ou une pratique qui ne repose pas de manière directe et manifeste sur un motif discriminatoire interdit;
  - b) un effet disparate résultant de la mesure dans le sens d'un motif expressément interdit, autrement dit la mesure n'est neutre qu'en apparence, puisque, dans la pratique, elle entraîne un désavantage pour un groupe qui est protégé par une disposition particulière de non-discrimination;
- ii) absence de justification objective:
  - a) fait de se fonder sur un objectif légitime qui est indépendant du critère interdit, à savoir la mesure doit avoir un objectif légitime, non discriminatoire;
  - b) proportionnalité de la mesure dans ce contexte, à savoir:
    - aa) la mesure est appropriée (adéquante) dans le contexte de l'objectif légitime;
    - bb) la mesure est nécessaire (requis) dans ce contexte.

## 2. Un concept basé sur les effets: l'effet préjudiciable

Ce qui caractérise le plus le concept de discrimination indirecte, c'est qu'il porte essentiellement sur l'effet préjudiciable d'une mesure, et non pas sur l'apparence extérieure de celle-ci. Le concept tel que défini dans les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité en matière d'emploi requiert qu'une mesure neutre en apparence soit susceptible d'entraîner un désavantage particulier par rapport à d'autres personnes pour des personnes appartenant à un groupe protégé. Dans un cas concret, la charge de la preuve d'un tel effet incombe à la partie défenderesse (article 8, paragraphe 1, de la directive sur l'égalité raciale, article 10, paragraphe 1, de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi).

### 2.1. Une disposition, un critère ou une pratique formellement neutres

Le point de départ pour déceler une discrimination indirecte est la recherche d'une mesure — c'est-à-dire une «disposition, un critère ou une pratique» — dont le fondement est différent des critères de discrimination interdits. Par exemple <sup>(88)</sup>:

- dans un contexte où la discrimination fondée sur la nationalité est interdite, une condition liée à la résidence est appliquée, par exemple la condition qu'une personne réside habituellement dans l'État membre en question pour prétendre à une indemnité de demandeur d'emploi (comme dans l'affaire Collins) <sup>(89)</sup>;

<sup>(88)</sup> Dans ce qui suit, des exemples concrets issus de la jurisprudence de la Cour de justice sont cités lorsque ces exemples existent. À ce jour (juillet 2008), c'est seulement le cas pour la discrimination fondée sur la nationalité et pour la discrimination fondée sur le sexe.

<sup>(89)</sup> Affaire C-138/02, Brian Francis Collins/Secretary of State for Work and Pensions (2004), Recueil I-2703.

- dans un contexte où la discrimination fondée sur le sexe est interdite, une condition liée au temps de travail est appliquée, par exemple la condition que les salariés d'une société aient travaillé à temps plein pendant un certain nombre d'années pour prétendre à une prime salariale (comme dans l'affaire Bilka, qui a fait date);
- dans un contexte où la discrimination fondée sur la race est interdite, une condition liée au rasage est appliquée, par exemple les salariés de la société doivent être rasés de près;
- dans un contexte où la discrimination fondée sur la religion est interdite, une condition liée à la tenue vestimentaire est appliquée, par exemple la condition que les salariés d'une société aient la tête découverte;
- dans un contexte où la discrimination fondée sur le handicap est interdite, une condition liée au don du sang est appliquée, par exemple la condition que tous les salariés d'une société soient régulièrement donneurs de sang;
- dans un contexte où la discrimination fondée sur l'âge est interdite, une condition liée à l'ancienneté est appliquée, par exemple la condition que le candidat à un poste particulier ait au moins 20 ans d'expérience dans le domaine concerné;
- dans un contexte où la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est interdite, une condition liée au lieu d'un séminaire est appliquée, par exemple la condition que certains salariés d'une société participent à un séminaire qui est organisé dans un pays particulier.

Dans tous ces cas, le motif invoqué est formellement différent du motif mentionné dans la loi. Pourtant, en fonction des circonstances, des mesures telles que celles énumérées ci-dessus sont susceptibles d'entraîner une discrimination indirecte apparente. C'est le cas si la mesure a, réellement ou potentiellement, un effet préjudiciable sur des personnes appartenant à un groupe protégé (également appelé «effet disparate»). Dans un tel cas, la mesure en question n'est neutre qu'en apparence.

## 2.2. Neutralité seulement en apparence: effet préjudiciable ou effet disparate

Qu'une mesure soit neutre seulement en apparence dépend du contexte — à la fois juridique et factuel — dans lequel elle est appliquée. Ce n'est que si, malgré son apparence neutre, une mesure a un effet préjudiciable sur un groupe par rapport à l'effet qu'elle a sur un autre groupe qu'elle peut équivaloir à une discrimination indirecte. Cette situation peut être illustrée à l'appui, à nouveau, des exemples énumérés dans la partie précédente, bien qu'ici, ils apparaissent en ordre inverse:

- la condition que certains salariés participent à un séminaire organisé dans un pays particulier est problématique si dans ce pays l'homosexualité est illégale. Dans un tel contexte, la condition désavantage les membres homosexuels du personnel puisqu'ils sont exposés à un risque dans un tel pays. La condition par conséquent appelle la présomption de discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle;
- la condition qu'un candidat à un emploi particulier ait au moins 20 ans d'expérience dans le domaine concerné désavantage (entre autres) <sup>(90)</sup> les jeunes, puisqu'ils n'ont pas encore eu le temps de se constituer une expérience de cette durée. La condition appelle par conséquent la présomption de discrimination indirecte fondée sur l'âge;
- la condition que tous les salariés doivent régulièrement être donneurs de sang désavantage les gens ayant des handicaps résultant de maladies <sup>(91)</sup> telles que l'hépatite C chronique ou le sida. La condition appelle par conséquent la présomption de discrimination indirecte fondée sur le handicap <sup>(92)</sup>;

<sup>(90)</sup> Cette condition peut en même temps désavantager les femmes, puisque celles-ci sont susceptibles d'avoir interrompu leur travail par exemple pour avoir des enfants ou pour s'occuper de membres âgés de leur famille.

<sup>(91)</sup> Dans le droit communautaire, la maladie n'est pas identique au handicap, bien que la maladie puisse entraîner un handicap, voir Chacón Navas, points 39 et suivants.

<sup>(92)</sup> Cette condition désavantage également les témoins de Jéhovah qui s'opposent aux transfusions sanguines pour des raisons religieuses.

- la condition que les salariés ne portent pas de chapeau désavantage les personnes qui pratiquent certaines religions et estiment que ces religions exigent une tenue vestimentaire particulière, comme dans le cas de (certaines) femmes musulmanes et de (certains) hommes juifs <sup>(93)</sup>. La condition appelle par conséquent la présomption de discrimination indirecte fondée sur la religion;
- la condition que les salariés doivent être rasés de près désavantage les Sikhs en tant que groupe ethnique, puisque les hommes sikhs ne se rasent pas. La condition appelle par conséquent une présomption de discrimination indirecte fondée sur l'origine ethnique <sup>(94)</sup>;
- la condition qu'un travailleur ait travaillé à temps plein pendant un certain nombre d'années désavantage les femmes, dans la mesure où ce sont essentiellement elles qui effectuent du travail à temps partiel en raison de la répartition traditionnelle des rôles au sein de la famille, laquelle attribue (de manière prédominante ou entièrement) à la femme les tâches ménagères et la garde des enfants. La condition appelle par conséquent la présomption de discrimination indirecte fondée sur le sexe;
- la condition qu'une personne réside habituellement dans un État membre pour pouvoir prétendre à une indemnité de demandeur d'emploi désavantage les travailleurs migrants ayant la nationalité d'un État membre autre que celui de l'État en question, car, en commençant leur recherche d'un emploi, ils sont plus susceptibles de résider dans un autre pays que les propres ressortissants de ce pays. La condition par conséquent appelle la présomption de discrimination indirecte fondée sur la nationalité.

Dans tous ces cas, après une étude plus approfondie, le critère apparemment neutre se révèle en vérité ne pas être neutre et avoir au contraire un effet préjudiciable sur un groupe particulier de personnes. Pour être qualifié de discrimination indirecte apparente, l'effet préjudiciable doit atteindre un certain niveau. Les définitions dans les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité en matière d'emploi nécessitent qu'il y ait un «désavantage particulier». Ce que cela signifie n'est pas expliqué plus en détail dans les directives, et une limite précise ne peut pas non plus être identifiée sur la base de la jurisprudence tirée d'autres domaines du droit communautaire. Dans *Seymour-Smith* <sup>(95)</sup> (points 58 et 60), qui concernait la discrimination indirecte présumée fondée sur le sexe en matière d'emploi, la Cour a parlé de la nécessité «d'effets plus défavorables à l'égard des travailleurs féminins que ceux que la règle litigieuse comporte pour les travailleurs masculins» et d'un «pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins» en mesure de remplir la condition. La Cour a indiqué deux situations distinctes où ce sera le cas. La première apparaît lorsqu'un «pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins» est en mesure de satisfaire à la condition en question. En d'autres termes, dans ce cas, la disparité doit être considérable. Autrement, il peut exister «une disparité moindre mais persistante et relativement constante sur une longue période entre les hommes et les femmes qui remplissent la condition». Cependant, aucune de ces situations n'a fait l'objet d'une évaluation quantitative par la Cour de l'effet disparate requis. Des exemples issus de la jurisprudence semblent indiquer que le degré de disparité doit être relativement élevé. Par exemple, dans *Seymour-Smith* (point 63), la Cour a indiqué qu'une situation dans laquelle la condition en question était remplie pendant un an par 77,4 % de travailleurs masculins et par 68,9 % de travailleurs féminins n'entraînait pas un effet disparate suffisamment important.

Toutefois, dans la pratique, l'identification d'un niveau précis d'impact disparate ne sera pas nécessaire lorsque la preuve statistique d'un tel effet n'est pas requise. En vertu de la législation communautaire la plus récente concernant la non-discrimination, dont font partie les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité en matière d'emploi,

<sup>(93)</sup> Dans ces cas-là, la condition désavantage aussi les femmes (dans le cas du port du foulard ou du voile) et les hommes (dans le cas du port de la kippa), respectivement.

<sup>(94)</sup> Les Sikhs sont considérés à la fois comme un groupe ethnique et comme un groupe religieux. Les hommes sikhs refusent de se raser pour des raisons religieuses. Par conséquent, la condition d'être rasé de près peut également être considérée comme une discrimination fondée sur la religion; Pitt 2007, p. 229.

<sup>(95)</sup> Affaire C-167/97, *The Queen/Secretary of State for Employment*, ex parte Nicole Seymour-Smith et Laura Perez (1999), Recueil I-623.



une telle preuve n'est pas nécessaire, puisqu'il suffit, conformément aux définitions de la discrimination indirecte dans les directives, que la mesure en question «soit *susceptible* d'entraîner un désavantage particulier pour certaines personnes [...]» (italiques ajoutés). En d'autres termes, il suffit que la mesure risque de produire un tel effet. Néanmoins, les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité en matière d'emploi laissent un certain degré d'appréciation aux États membres, en stipulant qu'ils peuvent prévoir «que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens y compris sur la base de données statistiques» (considérant 15 dans les préambules des directives). Les problèmes pratiques qui apparaissent lors de l'utilisation de statistiques seront débattus ultérieurement dans le présent rapport <sup>(96)</sup>.

## 2.3. Non-pertinence de l'intention de discrimination

Un aspect particulièrement important de la nature basée sur les effets propres au concept de discrimination indirecte réside dans la non-pertinence de l'intention de la personne auteur d'une mesure qui a entraîné une discrimination de quelque manière. Comme l'avocat général Miguel Poiares Maduro l'a expliqué dans son avis sur l'affaire Coleman (point 19): «Dans la discrimination indirecte, en revanche, l'intention de l'employeur et les motifs qui l'animent dans sa décision d'agir ou de ne pas agir sont sans pertinence. En fait, c'est là la raison pour laquelle les actes de discrimination indirecte sont interdits: même des mesures neutres, innocentes ou prises de bonne foi, ainsi que des actions décidées sans la moindre intention discriminatoire, tomberont sous le coup de l'interdiction si elles affectent plus que d'autres des personnes présentant une caractéristique particulière. C'est cette "disparité quant aux incidences" desdites mesures sur les personnes que vise la réglementation contre la discrimination indirecte.» Cependant, cela ne signifie pas que, dans la pratique, il n'existe pas d'affaires où la discrimination indirecte est provoquée de manière intentionnelle (Quinn 2007, p. 260, Fitzpatrick 2007, p. 326), mais que l'intention de l'auteur de la discrimination n'est pas une condition préalable à la constatation d'une discrimination indirecte. Ce qui est décisif, c'est uniquement l'effet de la mesure en question (Tobler 2005a, p. 235, Loenen 1999, p. 201).

## 3. Un concept fondé sur la «règle de raison»: justification objective

Une mesure apparemment neutre avec une disparité quant aux effets équivaut à une discrimination indirecte seulement si elle n'est pas justifiée objectivement. Conformément à la définition de la discrimination indirecte dans les directives sur l'égalité raciale et en matière d'emploi, la justification objective signifie qu'une mesure entraînant une discrimination indirecte apparente a un objectif légitime et que les moyens choisis pour réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires (c'est-à-dire proportionnés). Dans un cas concret, la charge de la preuve d'un tel effet incombe à la partie défenderesse (article 8, paragraphe 1, de la directive sur l'égalité raciale, article 10, paragraphe 1, de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi).

### 3.1. Un objectif légitime

La justification objective requiert avant tout un objectif légitime, qui est un concept ouvert du fait de sa nature et non limité à une liste fermée de motifs. Dans le contexte spécifique du droit communautaire, la justification objective a été pendant longtemps un élément traditionnel du concept de discrimination indirecte <sup>(97)</sup>. En règle générale, cette justification ne concerne pas les cas de discrimination directe, à l'exception de quelques cas où une directive prescrit explicitement le contraire (voir le graphique 6 en annexe du présent rapport). Ces exceptions comprennent en particulier la discrimination fondée sur l'âge (article 6 de la directive sur l'égalité de traitement en matière

<sup>(96)</sup> Voir le point IV.2.2.2 ci-après.

<sup>(97)</sup> À l'origine, elle ne faisait pas partie du concept; voir Tobler 2005a, p. 184 et suivantes.

d'emploi, illustrée dans l'affaire Mangold, qui concernait la discrimination directe fondée sur l'âge), le travail à temps partiel (article 4, paragraphe 1, de la directive sur le travail à temps partiel) et le travail à durée déterminée (article 4, paragraphe 1, de la directive sur le travail à durée déterminée). Elles comprennent également la discrimination fondée sur le sexe, bien que seulement en rapport avec les biens et services (article 4, paragraphe 5, de la directive sur les biens et services). Dans tous les autres cas, la possibilité de justifier la discrimination directe est limitée aux motifs spécifiques de justification énumérés dans la loi, et la justification objective est une question qui doit être examinée dans le contexte de la discrimination indirecte seulement.

Qu'est-ce qu'un objectif légitime aux fins de la justification objective? La jurisprudence de la Cour de justice renferme quelques indications générales sur la discrimination indirecte fondée sur le sexe. Par conséquent, la Cour a retenu que dans le cas d'actions des employeurs entraînant une discrimination apparente fondée sur le sexe, pour être objectivement justifiée, une mesure doit correspondre à une réelle nécessité de la part de l'entreprise et la différence de traitement doit être basée sur des facteurs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe [Bilka, point 30; Nikoloudi <sup>(98)</sup>, point 47]. Inversement, dans le cas de la législation d'un État membre dans le domaine social, la règle contestée doit refléter un objectif légitime de politique sociale de l'État membre, qui ne soit pas lié à une discrimination fondée sur le sexe (Seymour-Smith, point 71) <sup>(99)</sup>. Il est important de noter que ce type d'objectif légitime est réservé aux États membres en rapport avec leur législation sociale; les employeurs ne peuvent pas invoquer des objectifs relatifs à la politique sociale ou en matière d'emploi [Krüger <sup>(100)</sup>, point 29].

Le fait que la justification objective soit un concept signifie qu'il existe une gamme très large de motifs de justification potentiellement acceptables. En fait, dans la jurisprudence de la Cour sur la législation communautaire en matière d'égalité fondée sur le sexe, ils peuvent même inclure des considérations économiques [Jenkins, point 12; Enderby <sup>(101)</sup>, point 25; Kachelmann <sup>(102)</sup>, point 35]. Cependant, il existe d'importantes limites qui sont résumées dans l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire Nikoloudi (points 49 et suivants). Premièrement, des considérations purement budgétaires ne peuvent jamais servir de justification objective. Bien que des considérations budgétaires soient susceptibles d'être à la base du choix de politique sociale d'un État membre et d'influencer la nature ou le champ d'application des mesures de protection sociale qu'il souhaite adopter, elles ne constituent pas en elles-mêmes un objectif poursuivi par cette politique et ne peuvent pas par conséquent justifier une discrimination. Deuxièmement, l'objectif en question ne doit pas être lié à la discrimination. Dans Nikoloudi, qui concernait la discrimination indirecte fondée sur le sexe, la Cour a expliqué que, lorsqu'un pourcentage nettement plus élevé de femmes que d'hommes se voit refuser la possibilité de devenir un membre permanent du personnel, l'argument selon lequel le facteur travail à temps partiel constitue une raison suffisante, non liée au sexe, pour expliquer la différence de traitement ne peut pas être maintenu. En d'autres termes, il n'est pas possible d'invoquer le fait précis qui cause l'effet disparate. Par contre, la justification objective doit être liée à un différent facteur ou objectif. De même, la Cour n'acceptera pas une raison objective présumée, s'il ne s'agit que d'une simple affirmation ne suffisant pas à prouver que l'objectif des mesures en question n'est en vérité aucunement lié à une discrimination. Comme la Cour l'a expliqué dans Seymour-Smith (point 72), elle doit toujours «vérifier, au vu de tous les éléments pertinents et en tenant compte de la possibilité d'atteindre l'objectif de politique sociale en cause par d'autres moyens, si un tel objectif (c'est-à-dire un objectif qui, en principe, peut être considéré légitime) apparaît comme étranger à toute discrimination fondée sur le sexe». Il convient peut-être d'ajouter que, dans les définitions juridiques de la discrimination indirecte des directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité en matière d'emploi, la condition qu'une justification

<sup>(98)</sup> Affaire C-196/02, Vasiliki Nikoloudi/Organismos Tilepikoinonion Ellados AE (2005), Recueil I-1789.

<sup>(99)</sup> La jurisprudence antérieure avait été plus stricte, en parlant d'un «objectif nécessaire de sa politique sociale»; affaire 171/88, Ingrid Rinner-Kühn/FWW Spezial Gebäudereinigung GmbH & Co. KG (1989), Recueil 2743, point 14.

<sup>(100)</sup> Affaire C-281/97, Andrea Krüger/Kreiskrankenhaus Ebersberg (1999), Recueil I-5127.

<sup>(101)</sup> Affaire C-127/92, D<sup>r</sup> Pamela Mary Enderby/Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health (1993), Recueil I-5535.

<sup>(102)</sup> Affaire C-322/98, Bärbel Kachelmann/Bankhaus Hermann Lampe KG (2000), Recueil I-7505.

objective doit être étrangère à toute discrimination n'est pas explicitement énoncée. Toutefois, il semblerait logique que la Cour de justice, en expliquant le sens de ces définitions, l'y introduise (Schiek 2007, p. 444 et 475).

La jurisprudence de la Cour de justice contient des exemples d'objectifs légitimes, notamment dans le contexte d'affaires traitant de discrimination indirecte fondée sur le sexe. Si cette jurisprudence permettait l'identification d'une liste bien déterminée d'objectifs acceptables, cela nous aiderait. Mais il n'en est pas ainsi. La raison principale est que la Cour, dans ses questions préjudicielles sur la législation sociale communautaire, préfère souvent s'abstenir de donner des conseils concrets et laisser le soin à la juridiction nationale concernée de déterminer la légitimité de la justification invoquée <sup>(103)</sup>. Lorsque la Cour statue sur le sujet, les choses sont souvent compliquées par le fait qu'elle examine, pour justification, des questions liées à la comparabilité des situations à portée de main (Havelková 2008, p. 339). Dans le cadre de l'emploi, cela concerne en particulier des éléments liés à l'emploi tels que le temps de travail [une rémunération plus élevée pour des horaires de travail peu recherchés; Jämställdhetsombudsmannen <sup>(104)</sup>, point 61], la condition de force pour un type particulier de travail [une rémunération plus élevée pour un travail plus exigeant; Rummler <sup>(105)</sup>, point 22], une formation professionnelle pertinente pour la qualité du travail [une rémunération plus élevée en cas de formation supplémentaire; Danfoss <sup>(106)</sup>, point 23; Wiener Gebietskrankenkasse <sup>(107)</sup>, point 19] et l'ancienneté ou le temps de service qui améliore la performance du travail [une rémunération plus élevée en fonction de l'ancienneté; Cadman <sup>(108)</sup>, point 35]. Dans le contexte de l'accès à la formation, la Cour a accepté comme légitime l'objectif de prendre en considération le retard pris dans le déroulement de leurs études par les candidats soumis à l'obligation de service militaire [un traitement préférentiel en relation avec l'accès à des places d'études pour les personnes ayant des retards de ce type; Schnorbus <sup>(109)</sup>, points 43 et 44]. Strictement parlant, de telles questions ne concernent pas la justification d'un traitement différent de situations comparables, mais davantage la comparabilité elle-même (un traitement différent de situations qui ne sont pas comparables). Cependant, il faut admettre que, dans des cas pratiques, il n'est pas toujours possible de distinguer les questions de comparabilité et de justification objective au sens véritable du terme.

C'est pourquoi la jurisprudence de la Cour de justice fournit seulement quelques exemples clairs d'objectifs légitimes. Les exemples suivants issus du domaine de la législation fondée sur l'égalité des sexes concernent la légitimité d'actions menées par des employeurs, relevant de la législation d'États membres et de la législation secondaire adoptée par la Communauté européenne elle-même. La Cour de justice a accepté pour légitimes les objectifs suivants:

- l'objectif d'un employeur qui s'engage dans des restructurations pour protéger les travailleurs en cas de licenciements tout en tenant compte des impératifs fonctionnels et économiques de l'entreprise (Kachelmann, points 31 et suivants);
- l'objectif d'un employeur de trouver de la main-d'œuvre qualifiée dans une profession essentiellement masculine présentant une pénurie de main-d'œuvre (Enderby, point 26);

<sup>(103)</sup> Par exemple dans l'affaire Bilka (point 35), affaire historique, et dans de nombreuses affaires ultérieures.

<sup>(104)</sup> Affaire C-236/98, Jämställdhetsombudsmannen/Örebro läns landsting (2000), Recueil I-2189.

<sup>(105)</sup> Affaire 237/85, Gisela Rummler/Dato-Druck GmbH (1986), Recueil 2101.

<sup>(106)</sup> Affaire 109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening (pour Danfoss) (1989), Recueil 3199.

<sup>(107)</sup> Affaire C-309/97, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse/Wiener Gebietskrankenkasse (1999), Recueil I-2865.

<sup>(108)</sup> Affaire C-17/05, B. F. Cadman/Health & Safety Executive (2006), Recueil I-9583. Cadman intervient à la suite de plusieurs affaires précédentes sur l'ancienneté. Comme la Cour l'a expliqué dans Nikoloudi, point 55, l'objectivité d'un tel critère dépend de toutes les circonstances dans chaque cas individuel. Dans Cadman, la Cour a conclu en faveur d'une présomption d'objectivité, mais cette présomption peut être réfutée.

<sup>(109)</sup> Affaire C-79/99, Julia Schnorbus/Land Hessen (2000), Recueil I-10997.

- l'objectif d'un État membre d'assurer une bonne gestion des dépenses publiques consacrées aux soins médicaux spécialisés et de garantir l'accès de la population à ces soins [Jørgensen <sup>(110)</sup>, point 40];
- l'objectif des États membres d'encourager la promotion de l'emploi et de l'embauche [Steinicke <sup>(111)</sup>, point 62, et les références qui y sont citées];
- l'objectif de l'État membre de garantir l'indépendance des comités du personnel qui ont la tâche de promouvoir des relations de travail harmonieuses au sein des entreprises [Freers et Speckmann <sup>(112)</sup>, point 23, et les références y citées];
- l'objectif de l'État membre d'alléger les charges pesant sur les petites entreprises [lesquelles jouent un rôle essentiel dans le développement économique et la création d'emplois au sein de la Communauté; Kirsammer-Hack <sup>(113)</sup>, point 33];
- l'objectif des États membres de garantir un revenu minimal de remplacement [Commission/Belgique <sup>(114)</sup>, points 19 et suivants; Molenbroek <sup>(115)</sup>, points 17 et suivants];
- l'objectif de l'État membre de réaliser, dans un régime de sécurité sociale, l'équivalence entre les cotisations et le versement des prestations [Megner <sup>(116)</sup>, points 24 et suivants; Nolte <sup>(117)</sup>, points 30 et suivants];
- l'objectif de l'État membre de répondre à la demande d'emploi mineur et de lutter contre l'emploi illégal (Megner, points 27 et suivants; Nolte, points 31 et 32);
- l'objectif du législateur communautaire est de légiférer sur la formation spécifique pour le médecin généraliste en vue de le préparer à mieux remplir une fonction qui lui est propre [Rinke <sup>(118)</sup>, points 37 et suivants — cette affaire un peu particulière concernait la compatibilité de la législation secondaire communautaire sur la libre circulation des médecins docteurs avec la législation communautaire en matière d'égalité fondée sur le sexe. Conformément à la législation sur la libre circulation, la formation à temps partiel à la pratique médicale générale doit comprendre un certain nombre de périodes de formation à temps plein].

La justification objective ne limite pas nécessairement la protection contre la discrimination indirecte. C'est pourquoi il n'est pas surprenant que la Cour de justice soit critiquée pour avoir accepté certains objectifs comme légitimes. Enderby, mentionné ci-dessus, est un exemple primordial. Il avait été invoqué dans la littérature universitaire que cette décision autorise les employeurs à exploiter la position structurellement plus faible des femmes sur le marché du travail (par exemple Havelková 2008, p. 343, et les références y citées).

### 3.2. Proportionnalité

D'après les définitions de la discrimination indirecte dans les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité en matière d'emploi, les mesures prises en vue d'objectifs légitimes sont objectivement justifiées seulement si elles sont «appropriées et nécessaires». Comme la Cour l'a déclaré dans Mangold (point 65), «le respect du principe de la proportionnalité implique en effet que chaque dérogation à un droit individuel concilie, dans toute la mesure du possible, les exigences du principe de l'égalité de traitement et celles du but recherché». Le libellé des directives montre que la norme de proportionnalité requise par le droit communautaire est élevée: il n'est pas suffisant qu'une mesure soit simplement commode ou souhaitable. Au contraire, la mesure doit être appropriée, autrement dit, elle

<sup>(110)</sup> Affaire C-226/98, Brigitte Jørgensen/Foreningen af Speciallæger et Sygesikringens Forhandlingsudvalg (2000), Recueil I-2447.

<sup>(111)</sup> Affaire C-77/02, Erika Steinicke/Bundesanstalt für Arbeit (2003), Recueil I-9027.

<sup>(112)</sup> Affaire C-278/93, Edith Freers et Hannelore Speckmann/Deutsche Bundespost (1996), Recueil I-1165.

<sup>(113)</sup> Affaire C-189/91, Petra Kirsammer-Hack/Nurhan Sidal (1993), Recueil I-6185.

<sup>(114)</sup> Affaire C-229/89, Commission/Belgique (1991), Recueil I-2205.

<sup>(115)</sup> Affaire C-226/91, Jan Molenbroek/Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank (1992), Recueil I-5943.

<sup>(116)</sup> Affaire C-444/93, Ursula Megner et Hildegard Scheffel/Innungskrankenkasse Vorderpfalz, devenue Innungskrankenkasse Rheinhessen-Pfalz (1995), Recueil I-4741.

<sup>(117)</sup> Affaire C-317/93, Inge Nolte/Landesversicherungsanstalt Hannover (1995), Recueil I-4625.

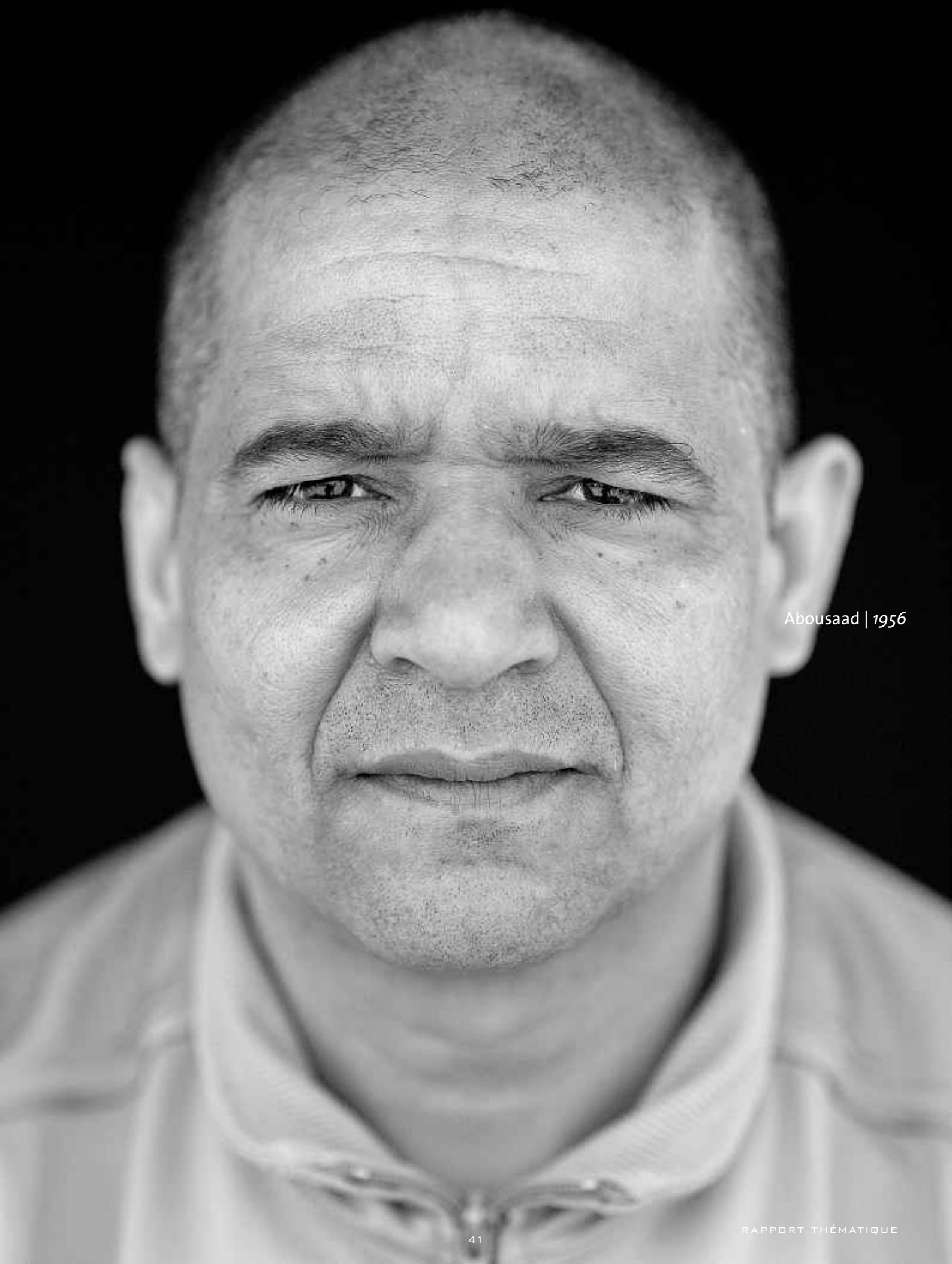
<sup>(118)</sup> Affaire C-25/02, Katharina Rinke/Ärztchamber Hamburg (2003), Recueil I-8349.

doit convenir pour réaliser l'objectif en question (à nouveau, les simples affirmations ne suffisent pas à cette fin; Seymour-Smith, point 76), et elle doit être nécessaire pour cet objectif, autrement dit, une autre mesure avec un effet moindre ou aucun effet disparate ne conviendrait pas (Hervey 2002, p. 121 et suivantes).

À nouveau, la jurisprudence dans le domaine de la législation sociale montre que la Cour de justice laisse souvent la proportionnalité à la discrétion des juridictions nationales, surtout lorsqu'il est question d'actions des employeurs (Tobler 2005a, p. 243). Lorsque la Cour donne des conseils spécifiques et lorsque l'affaire concerne le droit social des États membres, la Cour prend généralement en compte le fait que, conformément à l'article 137 du traité CE, la Communauté européenne dispose seulement d'une compétence à titre complémentaire et de soutien dans le domaine social. Sur la base de ce point de départ, la Cour accepte que les États membres jouissent d'une large marge d'appréciation lorsqu'ils légifèrent dans le domaine social, une déclaration qui a été répétée dans le contexte de la justification objective pour une discrimination fondée sur l'âge dans *Palacios de la Villa* (point 68) et dans *Mangold* (point 63). L'acceptation de cette large marge est reflétée par l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Palacios de la Villa*. Cependant, la Cour souligne que l'utilisation de cette marge «ne saurait avoir pour effet de vider de sa substance la mise en œuvre d'un principe fondamental du droit communautaire tel que celui de l'égalité de traitement» (Seymour-Smith, point 75). En fait, l'impression générale laissée par la jurisprudence de la Cour de justice — également dans des domaines autres que celui du droit communautaire — est que la Cour est devenue de plus en plus stricte sur la proportionnalité. L'arrêt de la Cour dans l'affaire *Mangold* fournit un exemple qui illustre ce fait.

*Mangold* concernait la législation allemande qui autorisait les employeurs à conclure sans restriction des contrats à durée déterminée avec des travailleurs de plus de 52 ans. L'objectif déclaré de cette législation était de promouvoir l'intégration professionnelle des travailleurs plus âgés au chômage, dans la mesure où ils rencontraient des difficultés considérables pour trouver du travail. À la question de savoir si le droit communautaire autorisait ladite législation, la Cour a conclu que la règle concernait la discrimination indirecte fondée sur l'âge. En vertu de l'article 6 de la directive sur l'égalité en matière d'emploi, ladite discrimination — bien qu'elle soit directe plutôt qu'indirecte — peut être objectivement justifiée <sup>(119)</sup>. Tel est le cas lorsque la mesure en question est «objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime, incluant une politique en matière d'emploi, un marché du travail et des objectifs de formation professionnelle qui soient légitimes, et si les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires». Dans *Mangold* (point 65), la Cour a conclu que l'objectif invoqué par l'Allemagne était légitime, mais que les moyens retenus pour le réaliser n'étaient pas proportionnés. D'après la Cour, la législation allemande couvrait de façon trop générale un certain groupe d'âge, risquant ainsi d'exclure des travailleurs du bénéfice d'un emploi stable, qui constitue un élément majeur de la protection des travailleurs. Ladite exclusion générale n'était pas objectivement nécessaire. Quelques commentateurs ont critiqué la Cour pour cette approche (par exemple Hailbronner 2006, p. 813, d'après qui la Cour dans cette affaire ne laissait en fait aucune place à l'appréciation des États membres). Toutefois, du point de vue de l'effet utile de l'interdiction de discrimination, une approche stricte concernant la proportionnalité est très souhaitable.

<sup>(119)</sup> Voir le point II.3.3.1 ci-dessus.



Abousaad | 1956

## Chapitre IV

### Défis liés à l'application pratique de l'interdiction de la discrimination indirecte dans le droit communautaire



Dès que le concept juridique de la discrimination indirecte est appliqué en pratique, l'examen de l'affaire en question devra comprendre une analyse en trois étapes qui sera liée au champ d'application de la loi, à la nature de la mesure en ce qu'elle constitue une discrimination indirecte apparente et à la justification objective. Dans le cadre de cette analyse, il convient de poser les questions suivantes et d'y répondre (voir le graphique 2 en annexe du présent rapport):

- i) L'affaire entre-t-elle dans le champ d'application de la loi sur la non-discrimination qui doit être appliquée dans l'État membre de la CE concerné (c'est-à-dire la loi nationale considérée compte tenu du contexte du droit communautaire)? (voir le point 1 ci-après)
- ii) Si oui, la victime de la discrimination présumée peut-elle prouver qu'il existe une discrimination indirecte apparente fondée sur un motif particulier? (voir le point 2 ci-après)
- iii) Si oui, l'auteur peut-il prouver qu'il existe une justification objective qui empêchera de conclure à une discrimination indirecte? (voir le point 3 ci-après)

Plusieurs problèmes pratiques susceptibles d'apparaître dans le cadre de ces questions sont discutés ci-après.

## 1. Trouver la loi applicable

Dans les cas pratiques, le premier défi sera toujours de trouver la loi applicable sur la non-discrimination <sup>(120)</sup>. Les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi contiennent toutes deux des dispositions spécifiques sur le champ d'application avec des éléments positifs et des éléments négatifs définissant ce champ. Lorsqu'elles seront appelées à statuer sur l'applicabilité de la loi sur la non-discrimination, les juridictions nationales devront prendre en compte ces éléments. En vertu de la jurisprudence de la Cour de justice, les éléments qui décrivent le champ d'application de façon positive doivent être interprétés de manière large, et les éléments qui limitent le champ d'application du droit communautaire doivent être interprétés de manière étroite [comparez par exemple les différentes interprétations du terme «paie» dans l'affaire Allonby <sup>(121)</sup>, point 66, et dans l'affaire Del Cerro Alonso <sup>(122)</sup>, point 39]. Lorsqu'un terme n'est pas défini dans le droit communautaire, ce qui est souvent le cas, et lorsqu'il soulève des questions, l'interprétation qui fait foi doit être recherchée et trouvée dans la jurisprudence de la Cour de justice <sup>(123)</sup>.

Le champ d'application du droit communautaire en matière de non-discrimination varie considérablement en fonction du type de discrimination (Waddington/Bell 2001, p. 589, aussi Bell/Waddington 2003; voir le graphique 3 en annexe du présent rapport). Comme cela a été mentionné précédemment <sup>(124)</sup>, il n'existe qu'un seul type de discrimination qui soit interdit dans tous les domaines du droit communautaire, à savoir la discrimination fondée sur la nationalité d'un État membre de l'UE (article 12 du traité CE et autres, dispositions connexes). Dans tous les autres cas, les dispositions de la réglementation communautaire ont un champ d'application limité. Au sein du droit social communautaire, une politique antiracisme a été appelée «the leader of the pack» (Bell 2007a, p. 78). Conformément à l'article 3, paragraphe 1, de la directive sur l'égalité raciale, cette directive couvre les conditions d'accès à l'emploi

<sup>(120)</sup> Un exemple concret très controversé au moment de la rédaction de ce rapport consiste en les mesures adoptées par le gouvernement italien en mai et juillet 2008, qui prévoient le relevé d'empreintes digitales pour identifier les personnes qui vivent dans des «camps nomades» dans des villes italiennes, si ces personnes ne peuvent pas être identifiées autrement. Ces mesures visent clairement les Roms en tant que groupe ethnique. Toutefois, la question de savoir si oui ou non ils entrent dans le champ matériel d'application de la directive sur l'égalité raciale reste ouverte à la discussion.

<sup>(121)</sup> Affaire C-256/01, Debra Allonby/Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional and Secretary of State for Education and Employment (2004), Recueil I-873.

<sup>(122)</sup> Affaire C-307/05, Yolanda Del Cerro Alonso/Osakidetza-Servicio Vasco de Salud (2007), Recueil I-7109.

<sup>(123)</sup> Voir également ci-après dans les conclusions.

<sup>(124)</sup> Voir le point II.1 ci-dessus.



aux activités non salariées ou au travail, l'accès à l'orientation professionnelle et à la formation professionnelle, les conditions d'emploi et de travail, l'affiliation à et l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou à toute organisation dont les membres exercent une profession donnée, la protection sociale, les avantages sociaux, et l'éducation, ainsi que l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, à la disposition du public. L'article 3, paragraphe 2, exclut les différences de traitement fondées sur la nationalité, les dispositions et conditions relatives à l'admission et au séjour des ressortissants de pays tiers et des personnes apatrides sur le territoire des États membres ainsi que le traitement lié au statut juridique des ressortissants de pays tiers et de personnes apatrides concernées.

En comparaison, le champ d'application de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi est nettement plus limité. D'après l'article 1<sup>er</sup>, cette directive vise à interdire la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle uniquement en ce qui concerne l'emploi et la profession. En conséquence, l'énumération à l'article 3, paragraphe 1, ne correspond que partiellement à celle qui figure dans la directive sur l'égalité raciale; elle s'arrête après les organisations professionnelles. L'article 3, paragraphe 2, contient les mêmes exclusions que la directive sur l'égalité raciale. De plus, l'article 3, paragraphe 3, exclut du champ d'application de la directive sur l'égalité en matière d'emploi les versements de toute nature effectués par les régimes publics ou assimilés, y compris les régimes publics de sécurité sociale ou de protection sociale. En outre, conformément à l'article 3, paragraphe 4, les États membres peuvent prévoir que la directive, pour ce qui concerne les discriminations fondées sur le handicap et l'âge, ne s'applique pas aux forces armées. Enfin, la loi sur l'égalité des sexes CE se situe entre la directive sur l'égalité raciale et la directive sur l'égalité en matière d'emploi. Elle porte sur l'emploi et la profession, la sécurité sociale, les biens et les services.

Concrètement, ces différences signifient que le fait qu'une affaire donnée soit couverte ou non par le droit communautaire peut dépendre du type de discrimination. Par exemple, des affaires concernant l'accès à un service (comme à une assurance ou le fait de se rendre dans un restaurant) seront couvertes si la discrimination présumée est fondée sur la race ou le sexe, mais pas si elle est fondée sur le handicap ou l'âge. Voyons un autre exemple: si l'affaire concerne l'éducation, dans ce cas, seule la discrimination fondée sur la race est couverte. De plus, un problème particulier se pose lorsqu'une affaire concerne une combinaison de motifs (discrimination multiple), et lorsque le droit communautaire ne couvre pas toutes les questions auxquelles la discrimination présumée est liée. Dans de tels cas, seul(s) le(s) type(s) de discrimination qui est (sont) en fait couvert(s) par la législation peut (peuvent) être pris en considération <sup>(125)</sup>. Ces exemples montrent que les affaires concernant une discrimination présumée peuvent facilement rester à l'extérieur du champ d'application de la loi CE sur la non-discrimination, soit entièrement, soit partiellement. Aussi flagrante que soit la discrimination présumée, si la loi nationale ne dispose pas d'un champ d'application plus large que la loi CE, ces affaires ne seront pas considérées comme une discrimination d'un point de vue juridique et les victimes ne pourront pas obtenir de réparation légale. Tout au plus, ces affaires concernent ce qui peut être appelé une «discrimination factuelle», c'est-à-dire des mesures qui, bien qu'elles ne soient pas légalement interdites, apparaissent comme discriminatoires sur la base d'autres normes extrajuridiques.

Cette situation changerait à certains égards si les États membres adoptaient la directive proposée par la Commission en juillet 2008, qui vise à élargir la protection contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle <sup>(126)</sup>. Cette adoption rapprocherait les champs d'application des directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi. Néanmoins, la loi sur l'égalité des sexes garderait le champ d'application le plus réduit, ce qui est très problématique compte tenu de la fonction du sexe en tant que catégorie clé dans nos sociétés.

<sup>(125)</sup> Voir également ci-après le point IV.4.

<sup>(126)</sup> Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, COM(2008) 426; voir [http://ec.europa.eu/prelex/detail\\_dossier\\_real.cfm?CL=en&DosId=197196](http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=en&DosId=197196).

## 2. Prouver la discrimination indirecte apparente

### 2.1. La comparabilité: une condition préalable

Comme cela a déjà été indiqué <sup>(127)</sup>, lorsqu'une plainte de discrimination concerne une inégalité de traitement, la plainte concernant l'inégalité de traitement sera maintenue seulement lorsque les situations des personnes en question sont comparables. La jurisprudence dans le domaine de l'égalité des sexes montre que, dans les affaires de discrimination indirecte, la comparabilité des situations peut s'avérer problématique (Tobler 2005a, p. 265). Par exemple, dans l'affaire *Österreichischer Gewerkschaftsbund* <sup>(128)</sup>, qui concernait des périodes de congé dont la durée était prise en compte pour le calcul de l'indemnité de licenciement, la Cour de justice a comparé le congé dû à un congé parental volontaire (essentiellement pris par les femmes) au congé dû au service militaire (essentiellement effectué par les hommes) et a conclu qu'ils n'étaient pas comparables. D'après la Cour, l'élément décisif dans ce contexte était la nature volontaire du congé parental, lequel, d'après la Cour, est pris dans l'intérêt individuel, par opposition à l'obligation civique du service national, qui n'est pas régie par l'intérêt individuel du travailleur. Cependant, si la Cour avait examiné les activités pour l'exercice desquelles les deux types de congé avaient été demandés, à la lumière de leur utilité dans la société dans son ensemble, elle aurait très bien pu arriver à une conclusion différente.

C'est au vu d'affaires de ce type que le fait de se fonder sur la comparabilité dans le contexte de la discrimination indirecte (plutôt qu'uniquement dans le contexte de la discrimination directe) a été critiqué comme étant dogmatiquement mal fondé (Schiek 2007, p. 468 et suivantes). Cependant, le fait est que, dans l'état actuel du droit communautaire, la jurisprudence de la Cour ne permet pas de prendre en considération la comparabilité. Dans cette situation et afin d'éviter le danger de saper l'efficacité de l'interdiction de la discrimination indirecte, il est particulièrement important que les autorités et les juridictions nationales qui sont appelées à statuer pour des affaires de discrimination indirecte soient très prudentes vis-à-vis de la question de la comparabilité. Premièrement, elles devraient se rappeler que la comparaison devrait toujours être effectuée entre les groupes de personnes pertinents dans le contexte du type de discrimination en question. Pour revenir à l'exemple de l'affaire *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, qui concernait l'égalité fondée sur le sexe, cela signifie que la comparaison ne devrait pas exister entre deux types de congé à un niveau abstrait, mais plutôt entre les travailleurs féminins et les travailleurs masculins prenant différents types de congé, c'est-à-dire entre les femmes prenant un congé parental et les hommes effectuant le service militaire. Dans le contexte de cette comparaison, les objectifs généraux des différents types de congé devraient être pris en compte. En d'autres termes, les juridictions ne devraient pas oublier le contexte des affaires devant elles. Deuxièmement, les juridictions et les autorités nationales devraient veiller à ne pas présumer trop facilement de la non-comparabilité. Comme MacKinnon (2001, p. 247) l'a observé dans le contexte du droit américain, le fait de ne pas se trouver dans des situations comparables «peut être créé par le Congrès tout comme par Dieu, la biologie et le marché» — en d'autres termes, toutes sortes de raisonnement sont possibles dans ce contexte. Les juridictions et les autorités nationales devraient par conséquent se concentrer sur les éléments qui sont véritablement pertinents pour l'affaire devant elles.

<sup>(127)</sup> Voir le point II.2 ci-dessus. Dans la jurisprudence de la Cour de justice, cette question est souvent traitée dans le cadre de la justification objective. Cependant, d'un point de vue conceptuel, elle précède l'analyse de la discrimination.

<sup>(128)</sup> Affaire C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, *Gewerkschaft der Privatangestellten/Wirtschaftskammer Österreich* (2004), Recueil I-5907.

## 2.2. Montrer un désavantage particulier, notamment à l'appui de la preuve statistique

Lorsqu'une victime présumée de discrimination indirecte introduit une affaire devant une juridiction, il ou elle doit prouver qu'il ou elle a subi un désavantage particulier par rapport à d'autres personnes. La difficulté que cela suppose dans la pratique dépend largement du niveau de preuve requis. Comme cela a été indiqué précédemment <sup>(129)</sup>, les définitions de la discrimination indirecte dans les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi permettent une large approche dans ce contexte. Conformément à cette approche, l'effet disparate n'a pas véritablement à être prouvé. En revanche, il suffit que la mesure en question soit «susceptible» de désavantager certaines personnes, c'est-à-dire s'il est probable que cette mesure entraîne un effet disparate («une approche de probabilité» ainsi dénommée). Selon les circonstances, ce test peut s'avérer plus facile que celui basé sur les statistiques, puisque la Cour sera en mesure d'effectuer ce qui a été appelé une évaluation de sens commun (Doyle 2007, p. 540; Makkonen 2007, p. 34) en reposant sur des connaissances communes (par exemple Kachelmann, dans le contexte de l'égalité des sexes), sur des faits manifestes (par exemple Schnorbus, également dans le contexte de l'égalité des sexes) ou sur sa conviction (par exemple O'Flynn, concernant la discrimination fondée sur la nationalité). Toutefois, cela ne signifie pas que la preuve statistique d'un désavantage particulier soit sans pertinence. Les préambules des directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité en matière d'emploi disposent explicitement que les règles de droit national ou les pratiques «peuvent prévoir que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens y compris sur la base de données statistiques» (considérant 15 dans les préambules des directives).

Obtenir la preuve statistique peut poser un certain nombre de difficultés. Au centre de ce problème se trouve la comparaison à établir. Premièrement, les définitions dans les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi montrent que la comparaison doit être établie entre l'effet de la mesure contestée sur deux groupes, à savoir le groupe auquel appartient la victime de la discrimination présumée d'une part et un groupe comparatif d'autre part. En conséquence, ce groupe comparatif doit être identifié. Cependant, dans certaines affaires, il peut être difficile de trouver des groupes comparatifs, par exemple dans le cas d'une discrimination fondée sur l'âge (Fredman 2003, p. 56 et suivantes; Hepple 2003, p. 83; O'Cinneide 2005, p. 26). Comme Ellis (2005, p. 95) l'a noté à juste titre, définir le groupe comparatif est un point sur lequel les juridictions nationales jouissent d'une large marge d'appréciation, et la manière dont ils adoptent une approche sensible à cet égard a trait à la capacité du concept de discrimination à être utilisé en vue de produire une égalité effective.

Deuxièmement, il convient d'identifier le moment ou la période approprié(e) pour la comparaison. Comme la Cour l'a expliqué dans l'affaire Seymour-Smith qui portait sur la loi sur l'égalité des sexes (points 42 et suivants), cela peut dépendre de la nature de la violation du droit communautaire en question. La Cour mentionne deux exemples liés à la législation des États membres. Premièrement, l'effet de l'application correspondante d'une loi nationale à des personnes devrait être prouvé pendant une certaine période. Il semblerait logique d'appliquer la même approche lorsque la discrimination présumée est fondée sur une série d'actions prises par des personnes privées telles que les employeurs ou prestataires de services, plutôt que par l'État. Deuxièmement, lorsqu'il est question de la légalité de l'adoption d'une loi nationale en tant que telle, la situation à la date de l'adoption de l'acte est pertinente. À nouveau, il semblerait logique que la même chose s'applique lorsqu'il est question d'un acte unique réalisé par une personne privée.

Troisièmement, des données statistiques concernant les groupes pertinents doivent être trouvées, ce qui peut être difficile dans la pratique. Ainsi, il a été relevé que, dans le contexte de la discrimination fondée sur le handicap, des données statistiques sont rarement disponibles (Whittle 2002, p. 309). Il en va de même pour l'orientation sexuelle (Schiek 2007, p. 398, Fitzpatrick 2007, p. 33, Waaldijk/Bonini-Baraldi 2006, p. 35). Dans de tels cas, les statistiques

<sup>(129)</sup> Voir le point II.2.2.1 ci-dessus.



Jesse | 1992

peuvent par conséquent ne pas constituer un moyen utile, ni même réalisable, pour prouver la discrimination indirecte apparente.

Quatrièmement, les données statistiques invoquées dans une affaire de discrimination doivent être pertinentes ou significatives. Cela signifie qu'elles doivent porter sur un nombre suffisant d'individus et que, dans les affaires qui ne concernent pas une action unique, elles ne doivent pas être l'expression d'un phénomène purement fortuit ou conjoncturel. À nouveau, il s'agit là de facteurs qui doivent être appréciés par les juridictions nationales (Seymour-Smith, point 62).

Enfin, lorsque des données statistiques pertinentes sont disponibles, il doit être déterminé précisément si ces chiffres doivent être pris en considération pour établir l'effet de disparité requis. Dans le contexte de la loi sur l'égalité des sexes, la Cour a expliqué dans Seymour-Smith (point 59) et Voss <sup>(130)</sup> (point 41) que «la meilleure méthode de comparaison de statistiques consiste à comparer, d'une part, les proportions respectives de travailleurs qui remplissent et qui ne remplissent pas la condition [...], et, d'autre part, les mêmes proportions au sein de la main-d'œuvre féminine». Conformément à cette approche relative, la situation de ceux qui peuvent être qualifiés (les «qualifiés») doit être comparée avec celle de ceux qui ne peuvent pas remplir la condition (les «non-qualifiés»). Cependant, il convient de noter que, dans la pratique, la Cour elle-même n'adopte pas très souvent cette approche dans les affaires sur l'égalité des sexes. En fait, dans l'affaire Seymour-Smith (point 63), où elle avait énoncé le test ci-dessus, la Cour a considéré uniquement le pool de ceux qui remplissaient la condition (c'est-à-dire les «qualifiés»). Il peut par conséquent être conclu dans la pratique que le test n'a pas nécessairement besoin d'être un test relais, mais qu'il peut être souple et pragmatique (Makkonen 2007, p. 36). De plus, il peut être soutenu que, conformément aux définitions des directives sur l'égalité raciale et en matière d'emploi, une comparaison limitée n'est pas suffisante dans ces cas, en raison de la référence à «un désavantage particulier», qui semblerait indiquer une concentration uniquement sur les non-qualifiés (Fredman 2002, p. 111, Gijzen 2007, p. 114, Senden 2008, p. 374). La même référence à un «désavantage particulier» figure également à présent dans la législation sur l'égalité des sexes révisée et de refonte (directive 76/207/CEE, modifiée par la directive 2002/73/CE, et par la directive de refonte). Cependant, il n'existe pas encore de jurisprudence de la Cour de justice susceptible d'expliquer la différence d'approche par rapport à la législation antérieure sur l'égalité des sexes.

Comme l'avocat général Léger l'a noté dans son avis sur l'affaire Nolte (point 53), la condition de la preuve statistique peut conduire à une véritable bataille de chiffres. Les juridictions nationales devraient, par conséquent, chaque fois que cela est possible conformément au droit national, appliquer le test de probabilité, qui est plus facile à réaliser, sans toutefois exclure la possibilité de la preuve statistique lorsqu'elle peut aider les victimes de discrimination présumée à prouver l'existence de l'effet disparate. Il est recommandé que les législateurs de l'État membre ne rendent pas obligatoire la preuve statistique. En même temps, lorsque les statistiques sont disponibles, elles peuvent constituer un moyen facile de prouver l'effet disparate. En conséquence, l'efficacité de l'interdiction de discrimination indirecte dans le droit communautaire exige que la preuve statistique soit recevable.

### 3. Prouver la justification (objective)

Au niveau de la justification, la jurisprudence de la Cour montre qu'il est nettement moins difficile de trouver un objectif qui est considéré comme légitime aux fins de la justification objective que de prouver que les moyens choisis pour réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. Néanmoins, les juridictions nationales devraient toujours se rappeler que l'objectif doit être étranger à toute discrimination et que la partie défenderesse doit véritablement le prouver, comme cela a déjà été noté <sup>(131)</sup>. De la même façon, en ce qui concerne la proportionnalité, la Cour

<sup>(130)</sup> Affaire C-300/06, Ursula Voss/Land Berlin, arrêt du 6 décembre 2007 (non encore publié au Recueil).

<sup>(131)</sup> Voir le point III.3.3.2 ci-dessus.

a expliqué dans le contexte de la discrimination indirecte en vertu de l'article 12 du traité CE que «les raisons justificatives susceptibles d'être invoquées par un État membre doivent être accompagnées d'une analyse de l'aptitude et de la proportionnalité de la mesure restrictive adoptée par l'État, ainsi que des éléments précis permettant d'étayer son argumentation» [Commission/Autriche <sup>(132)</sup>, point 63]. C'est également vrai dans le contexte actuel. En conséquence, les juridictions nationales font bien de respecter de très près ces exigences strictes et de ne pas accepter de justifications objectives trop facilement.

Un défi particulier se pose lorsque la justification objective invoquée par l'auteur de la discrimination présumée est liée à un droit de l'homme qui est en conflit avec le droit de l'homme se trouvant à la base de la discrimination dont on se plaint, par exemple lorsque l'auteur de la discrimination invoque la liberté de religion comme étant la base d'une mesure concernant une discrimination indirecte apparente fondée sur le sexe (Vickers 2006, p. 37). La directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi comporte certaines dispositions liées à ce problème. Tout d'abord, l'article 2, paragraphe 5, dispose que la directive ne porte pas atteinte aux «mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la *protection de la santé et à la protection des droits et des libertés d'autrui*» (italiques ajoutés). En outre, l'article 4, paragraphe 2, concerne les exigences professionnelles en rapport avec des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions. La directive sur l'égalité raciale ne comporte pas de règles comparables. Dans ce contexte, un parallèle peut sans doute être établi avec la jurisprudence de la Cour de justice dans le domaine de la libre circulation, selon laquelle la protection des droits fondamentaux est susceptible de justifier des restrictions en matière de libre circulation [Schmidberger <sup>(133)</sup>, Omega <sup>(134)</sup>, Viking <sup>(135)</sup>]. En étant conforme à cette jurisprudence, la juridiction nationale, lorsqu'elle examine une affaire dans laquelle différents droits de l'homme sont en concurrence, doit mener une analyse très approfondie de la proportionnalité de l'action restrictive.

Enfin, il convient de rappeler qu'outre la justification objective considérée comme un élément inhérent à la définition de la discrimination indirecte, les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi prévoient plusieurs motifs de justification qui sont généralement disponibles, c'est-à-dire également dans les cas de discrimination directe. Ces justifications incluent notamment les exigences professionnelles (article 4 des directives) et, dans le cas de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, l'article 2, paragraphe 5, mentionné ci-dessus (voir également le graphique 6 en annexe du présent rapport). Il reste à voir jusqu'où ces dérogations joueront un rôle dans la jurisprudence de la Cour de justice en matière de discrimination indirecte.

#### 4. Traiter des situations particulièrement complexes: la discrimination indirecte

Le fait que des personnes aient des identités multiples signifie que les cas de discrimination sont susceptibles de comporter plusieurs motifs de discrimination à la fois. Cet aspect est reconnu dans les deux directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité en matière d'emploi, en se référant au fait que les femmes sont souvent victimes de discrimination multiple (considérant 14 et considérant 3 des préambules des directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité en matière d'emploi respectivement). Un rapport publié par la Commission européenne a conclu que les femmes

<sup>(132)</sup> Affaire C-147/03, Commission/Autriche (2005), Recueil I-5969.

<sup>(133)</sup> Affaire C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge et Republik Österreich (2003), Recueil I-5659, dans le contexte de la libre circulation des biens.

<sup>(134)</sup> Affaire C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn (2004), Recueil I-9609, dans le contexte de la libre circulation des biens et services.

<sup>(135)</sup> Affaire C-438/05, International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union/Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti, arrêt du 11 décembre 2007 (non encore publié au Recueil), dans le contexte de la libre circulation des services.



issues des minorités semblent être fort à la merci de la discrimination multiple <sup>(136)</sup>. D'autres combinaisons communes particulières de motifs de discrimination sont l'âge et le sexe et/ou le handicap, mais il existe beaucoup plus de possibilités (Schiek 2002, p. 311; Fredman 2003, p. 29; Meenan 2007, p. 287; Tobler 2007c, p. 294) <sup>(137)</sup>.

Les cas de discrimination multiple soulèvent des problèmes compliqués, notamment du fait des raisons sous-jacentes aux différents motifs de discrimination (Schiek 2005, p. 443 et suivantes). Au niveau pratique, ils posent souvent des défis au regard des différences de champ d'application des lois applicables et des différences relatives aux reports d'application qu'elles permettent (Gerards 2007, p. 172, Fredman 2005b). Au niveau du champ d'application, il est possible qu'une affaire donnée soit couverte par la législation communautaire (ou par une loi nationale qui applique cette législation) uniquement en rapport avec un motif de discrimination, mais pas en rapport avec un autre, par exemple lorsque la discrimination présumée concerne l'accès aux services (par exemple l'entrée dans un restaurant) et qu'elle est basée sur une combinaison de discrimination fondée sur le sexe et de discrimination fondée sur la religion: la directive «biens et services» (qui concerne la discrimination fondée sur le sexe) couvre l'accès aux services, mais la directive sur l'égalité en matière d'emploi (qui concerne, entre autres, la discrimination fondée sur la religion) ne le fait pas. D'autres exemples concrets de discrimination multiple existent dans la jurisprudence de la Cour de justice, la plupart remontant à une date antérieure à la date où les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi étaient devenues applicables. Par conséquent, avant l'existence d'une législation communautaire en matière de discrimination fondée sur l'âge, les affaires de discrimination multiple dans lesquelles intervenait une combinaison de discrimination fondée sur l'âge et de discrimination fondée sur le sexe ne pouvaient être traitées que dans le cadre de la législation relative à la discrimination fondée sur le sexe [par exemple Beets-Propert <sup>(138)</sup>, Barber <sup>(139)</sup>; Tobler 2007, p. 285]. De manière similaire, l'affaire Nikoloudi, qui concernait le traitement préjudiciable de travailleurs à temps partiel, a été traitée uniquement comme une affaire de discrimination fondée sur le sexe, parce que le délai d'application de la directive sur le travail à temps partiel n'avait pas encore expiré à la date en question. Cependant, même si cette directive avait été applicable, cela n'aurait pas pu être exploité parce que la clause 4 à l'annexe de la directive nécessite une comparaison du travailleur à temps partiel avec un travailleur à temps plein. Cet élément de comparaison n'existait pas dans les circonstances de l'affaire de M<sup>me</sup> Nikoloudi (Veldman 2005, p. 192), ni d'ailleurs dans l'affaire Wippel <sup>(140)</sup> (points 57 et suivants).

En outre, un défi d'un genre particulier peut apparaître dans le contexte de la discrimination fondée sur la nationalité. Comme le Parlement européen <sup>(141)</sup> l'a noté, la discrimination fondée sur l'origine ethnique est souvent liée à la discrimination fondée sur la nationalité. Néanmoins, la directive sur l'égalité raciale ne s'applique pas aux différences de traitement fondées sur la nationalité. En revanche, la loi CE sur la libre circulation (articles 39 et suivants du traité CE) est susceptible d'être pertinente. Relevant de la loi sur le marché intérieur, ces dispositions ne s'appliqueront qu'à des situations faisant apparaître un élément transfrontalier, ce qui n'est pas une condition requise en vertu

<sup>(136)</sup> Commission européenne, *Lutte contre la discrimination multiple: pratiques, politiques et lois*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes 2007, p. 5. De même, l'OCDE en 2008 a attiré l'attention sur les femmes et les minorités en particulier dans le contexte des discriminations sur le marché du travail; voir «la discrimination sur le marché du travail demeure un problème très préoccupant dans les pays de l'OCDE», consulter: [http://www.oecd.org/document/41/0,3343,en\\_2649\\_34487\\_40939753\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/41/0,3343,en_2649_34487_40939753_1_1_1_1,00.html).

<sup>(137)</sup> Au sens strict du terme, l'expression «discrimination multiple» se réfère uniquement à des situations où les différents motifs opèrent séparément. La terminologie stricte distingue la discrimination multiple de la discrimination combinée (qui apparaît lorsqu'une personne subit une discrimination sur la base de deux motifs ou plus au même moment et lorsqu'un motif s'ajoute à la discrimination fondée sur un autre motif) et de la discrimination intersectionnelle (qui apparaît lorsque plusieurs motifs opèrent et interagissent les uns avec les autres en même temps de telle sorte qu'ils sont inséparables).

<sup>(138)</sup> Affaire 262/84, Vera Mia Beets-Propert/F. Van Lanschot Bankiers NV (1986), Recueil 773.

<sup>(139)</sup> Affaire C-262/88, Douglas Harvey Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group (1990), Recueil I-1889.

<sup>(140)</sup> Affaire C-313/02, Nicole Wippel/Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG (2004), Recueil I-9483.

<sup>(141)</sup> Rapport du Parlement européen sur les progrès réalisés en matière d'égalité des chances et de non-discrimination dans l'UE du 17 avril 2008, A6-0159/2008, point 39.

de la loi sociale CE. (Ce n'est pas non plus une condition requise en vertu de la directive 2003/109/CE sur les ressortissants de pays tiers détenant le statut de résident à long terme.)

Pour ce qui est de la justification, différentes formes de justification peuvent s'appliquer en relation aux divers types de discrimination dont il est question dans une affaire de discrimination multiple. Par exemple, dans une affaire combinant la discrimination directe fondée sur la religion et la discrimination indirecte fondée sur le sexe, il est largement possible de faire valoir la justification objective dans le cadre de la dernière, mais pas dans le cadre de la première. Dans les affaires où les deux types de discrimination sont indissociablement liés, il est suggéré que les tribunaux nationaux se concentrent sur le plus haut niveau de protection contre la discrimination.

Les paragraphes qui précèdent illustrent qu'il peut s'avérer difficile de déterminer la nature d'une discrimination multiple dans une affaire donnée. Une solution que l'on pourrait envisager serait que la loi nationale des États membres fournisse un champ d'application plus large et un éventail de motifs de discrimination plus grand que celui requis par le droit CE. De manière générale, dès que cela est possible dans le cadre juridique applicable, les tribunaux nationaux devraient évaluer la complexité des affaires de discrimination multiple. En particulier, ils devraient prendre en compte la nature aggravante de la discrimination multiple lorsqu'ils déterminent les sanctions pour une telle discrimination <sup>(142)</sup>.

<sup>(142)</sup> Comme cela est prévu dans le droit roumain; Commission européenne, *Lutte contre la discrimination multiple: pratiques, politiques et lois*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007, p. 20. De manière générale, sur les voies de recours et les sanctions dans le droit en matière de non-discrimination, voir Tobler 2005b.



Henk | 1982

## Chapitre V

La relation du concept juridique  
de discrimination indirecte  
avec d'autres concepts  
du droit social communautaire  
en matière de non-discrimination

Il convient d'établir une distinction entre la discrimination indirecte qui a été débattue dans les parties précédentes du présent rapport et d'autres concepts juridiques qui sont applicables dans le cadre des directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi. Celles-ci comprennent en particulier la discrimination directe (voir le point 1 ci-après), la discrimination par association (voir le point 2 ci-après), l'action positive (voir le point 3 ci-après), les obligations positives (voir le point 4 ci-après), et, en relation avec la discrimination fondée sur le handicap, l'aménagement raisonnable (voir le point 5 ci-après).

## 1. La relation avec la discrimination directe

Comme indiqué plus haut <sup>(143)</sup>, la discrimination directe et la discrimination indirecte sont des contreparties logiques. Les distinguer l'une de l'autre est important pour des raisons pratiques: premièrement, dans la plupart des affaires, il existe moins de motifs pour justifier la discrimination directe que pour justifier la discrimination indirecte, puisque la discrimination directe ne peut être justifiée que sur la base des motifs de justification prévus dans la loi <sup>(144)</sup>. Deuxièmement, la discrimination indirecte peut être moins facile à prouver, en particulier lorsque la loi requiert une preuve sur la base de statistiques <sup>(145)</sup>.

Conformément aux définitions figurant dans les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, la discrimination directe est décrite comme un traitement moins favorable d'une personne par rapport à une autre fondé sur un type de discrimination interdit [article 2, paragraphe 2, point a), des directives]. Dans ce cas, le lien avec le motif de discrimination est solide à la fois dans la forme et en substance. Concernant la forme, le lien est direct dans la mesure où le motif interdit est explicitement et manifestement invoqué. Par exemple, des personnes de couleur se voient refuser l'accès à un night-club alors que d'autres personnes sont acceptées. Dans ce cas, le groupe entier des personnes désavantagées se compose de personnes de couleur, tandis que le groupe entier de personnes avantagées se compose d'autres personnes. Cette situation est typique de la discrimination directe. Pour ce qui concerne le groupe désavantagé, une situation comparable se présente dans le cas de traitement désavantageux fondé sur la grossesse. Par nature, seules les femmes peuvent devenir enceintes, ce qui a conduit la Cour à conclure qu'un traitement désavantageux fondé sur la grossesse est une discrimination directe fondée sur le sexe [Dekker <sup>(146)</sup>, point 12]. Cette situation est à présent explicitement indiquée à l'article 2, paragraphe 2, point c), de la directive de refonte.

En revanche, la discrimination indirecte concerne des cas où «une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes protégées par la disposition pertinente par rapport à d'autres personnes» [article 2, paragraphe 2, point b), des directives]. Ici, le lien avec le critère de discrimination est faible à la fois dans la forme et en substance. Au niveau de la forme, il existe une dépendance envers un critère apparemment neutre. Au niveau de la substance, il est caractéristique pour la discrimination indirecte que la division entre les groupes qui sont différemment affectés (c'est-à-dire ceux qui sont avantagés et ceux qui sont désavantagés par la mesure en question) n'est pas exactement la même dans le cas de la discrimination directe. Typiquement, le groupe des personnes désavantagées ne consiste pas exclusivement, mais seulement de manière prédominante, en personnes qui sont protégées par le motif de discrimination en question. En conséquence, ces personnes sont «simplement» représentées de manière disproportionnée dans le groupe désavantagé. Cette distinction peut être illustrée en utilisant l'exemple classique du travail à temps partiel dans le contexte de la discrimination fondée sur le sexe. Lorsque les travailleurs à temps partiel sont traités moins favora-

<sup>(143)</sup> Voir le point II.4 ci-dessus.

<sup>(144)</sup> Voir le point III.3.3.1 ci-dessus.

<sup>(145)</sup> Voir le point III.2.2.2 ci-dessus.

<sup>(146)</sup> Affaire C-177/88, Johanna Pacifica Dekker/Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV Centrum) Plus (1990), Recueil I-3941.

blement que les travailleurs à temps plein, les femmes en seront affectées de manière disproportionnée. Cette situation est due au fait que, dans beaucoup de pays de l'UE, une répartition traditionnelle des rôles au sein de la famille s'applique, selon laquelle ce sont surtout les femmes qui s'occupent des tâches ménagères et de la garde des enfants, ce qui ne leur permet pas facilement de s'engager dans un travail à temps plein à l'extérieur du foyer. Parallèlement, rien n'empêche les hommes de travailler à temps partiel, et quelques hommes (quoique nettement moins d'hommes que de femmes) le font effectivement. En conséquence, tout traitement plus défavorable de travailleurs à temps partiel par rapport aux travailleurs à temps plein affectera non seulement les femmes, mais aussi ces hommes.

Ce n'est que récemment que la Cour de justice, dans sa jurisprudence, a mis l'accent sur l'aspect formel. Ainsi, toute mesure ne se fondant pas formellement sur le critère interdit serait appréciée dans le contexte du cadre de la discrimination indirecte, même si son effet était (pratiquement) le même que dans le cas de la discrimination directe. Schnorbus, une affaire sur l'égalité des sexes dont l'arrêt a été rendu en 2000, en est un exemple. Cette affaire concerne l'admission à une formation juridique pratique en Allemagne. Comme il existait plus de candidatures que de places, la loi prévoyait le report des candidatures, avec certaines dérogations en cas de force majeure. Entre autres, ces dernières incluaient des personnes qui avaient effectué le service militaire ou le service civil obligatoire. En vertu de la loi allemande, ces services s'appliquaient exclusivement aux hommes. En conséquence, seuls les hommes pouvaient bénéficier de cette clause particulière de force majeure, et les femmes ne pouvaient jamais en bénéficier. À la question de savoir si cette distinction équivalait à une discrimination directe ou à une discrimination indirecte, la Cour a déclaré que «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» (Schnorbus, point 33) <sup>(147)</sup>. La Cour a par conséquent analysé la clause de force majeure à la lumière du concept de discrimination indirecte fondée sur le sexe, ce qui a été critiqué dans des manuscrits académiques où il était suggéré qu'au vu de leurs effets, de telles affaires soient examinées dans le contexte de la discrimination directe (Tobler 2005a, p. 312 et suivantes, et les références qui y sont citées; également Bell 2007b, p. 218).

En fait, il semblerait que les conclusions de la Cour dans les affaires plus récentes de Nikoloudi (arrêt rendu en 2005) et Maruko (arrêt rendu en 2008) indiquent un changement d'approche. Nikoloudi était une affaire plutôt complexe qui concernait des règles en vertu d'une convention collective sur la promotion du personnel temporaire à la qualité de personnel permanent (appelé «personnel établi» dans l'affaire). D'après ces règles, seul le personnel temporaire qui avait travaillé à plein temps pendant au moins deux ans pouvait demander une titularisation. L'affaire concernait une travailleuse temporaire qui, après avoir été embauchée comme technicienne de surface à temps partiel, avait travaillé à plein temps pendant un peu moins de deux ans et qui, pour cette raison, ne remplissait pas les conditions pour être titularisée. La juridiction nationale saisie de l'affaire a demandé à la Cour de justice si cette affaire concernait une discrimination indirecte fondée sur le sexe, même si les règles en question acceptaient exclusivement les travailleuses à ce poste. La raison à l'origine de cette situation était une disposition dans le statut général du personnel qui avait force de loi et qui prévoyait que seules les femmes pouvaient être engagées comme techniciennes de surface. M<sup>me</sup> Nikoloudi, la Commission et l'avocat général Stix-Hackl ont tous invoqué que ladite affaire concernait une discrimination indirecte fondée sur le sexe. Inversement, la Cour a conclu que «[...] le critère d'emploi à plein temps, en tant que condition préalable à la titularisation, tout en étant apparemment neutre quant au sexe du travailleur, revient à exclure une catégorie de travailleurs qui, en vertu des règles nationales ayant force de loi, ne peut être composée autrement que de femmes. Dès lors qu'un tel critère [...], il constitue une discrimination directe fondée sur le sexe» (Nikoloudi, point 36). La Cour a ajouté que lorsqu'en dépit du statut du personnel, le personnel temporaire n'incluait pas en fait quelques hommes, l'analyse devait être celle d'une discrimination indirecte (Nikoloudi, points 44 et suivants). Il a été indiqué que, par cet arrêt, la Cour de justice a introduit un élément subjec-

<sup>(147)</sup> La Cour a déjà déclaré dans l'affaire Dekker (point 10), que l'existence d'une discrimination directe ou indirecte «dépend du point de savoir si la raison essentielle du refus d'engagement est une raison qui s'applique indistinctement aux travailleurs des deux sexes ou, au contraire, si elle s'applique exclusivement à l'un des deux sexes».

tif dans l'analyse de la discrimination (Veldman 2005, p. 192). Cependant, aux fins actuelles, la question décisive est que la Cour s'est concentrée sur l'effet de la mesure en question, et par conséquent sur la substance plutôt que sur la forme.

De la même manière, dans *Maruko*, la Cour a considéré que le fait de réserver le droit à une pension de survie à des partenaires mariés survivants, dans une situation où le mariage n'est accessible qu'à des couples hétérosexuels, peut constituer une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle. L'affaire concernait l'Allemagne, qui est un pays où les couples de même sexe ne peuvent pas se marier, mais peuvent faire enregistrer légalement leur vie commune. Une pension de survie a été refusée à M. Maruko sur la base du libellé de la convention collective qui s'appliquait au partenaire masculin décédé. En vertu de la règle applicable «l'époux de la femme assurée ou de la femme retraitée, si le mariage subsiste le jour du décès de cette dernière, a droit une pension de veuf.» Il est important de relever que dans la langue allemande d'origine le mot «spouse» en anglais («époux/épouse» en français) dans cette règle indique une personne de sexe masculin («der Ehemann einer Versicherten oder Ruhgeldempfängerin»). Inversement, il indique une personne de sexe féminin dans la règle parallèle sur les pensions de veuve («die Ehefrau eines Versicherten oder Ruhgeldempfängers»). Par conséquent, il ressort clairement de la langue de la règle précisément énoncée que la personne ayant droit à une pension de veuve doit être une femme qui était mariée à un homme. En sont exclus les partenaires de sexe masculin de deux manières: premièrement, tout simplement parce ce qu'ils ne sont pas des femmes, deuxièmement, parce qu'en vertu de la législation allemande, ils ne peuvent pas épouser un partenaire de même sexe. Dans l'affaire *Maruko*, le requérant, la Commission européenne et l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer ont tous invoqué que le critère décisif était l'exigence du mariage, et que, vu que les couples homosexuels ne peuvent pas se marier en Allemagne, l'affaire concernait une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle. Cependant, la Cour a adopté une approche différente. En reconnaissant que, conformément aux dispositions en question, les partenaires de vie survivants étaient traités moins favorablement que les épouses survivantes, la Cour en a déduit que «si la juridiction de renvoi décide que les époux survivants et les partenaires de vie survivants sont dans une situation comparable pour ce qui concerne cette même prestation de survie, une réglementation telle que celle en cause au principal doit en conséquence être considérée comme constitutive d'une discrimination *directe* fondée sur l'orientation sexuelle» (*Maruko*, point 72, mise en évidence ajoutée).

À la lumière des déclarations de la Cour dans l'affaire *Schnorbus* mentionnée ci-dessus, la conclusion de la Cour qui a reconnu une discrimination directe dans ces affaires est surprenante. Il semblerait que la Cour ait déplacé son appréciation auparavant centrée sur la forme pour se concentrer sur la substance. On s'éloigne de l'approche en vertu de laquelle seules les mesures qui sont explicitement fondées sur un critère interdit ou qui, par nature, y sont indissociablement liées (telles que la grossesse dans le cas du sexe puisque seules les femmes peuvent être enceintes; *Decker*, point 12) constituaient une discrimination directe. Au contraire, la discrimination directe inclut à présent des mesures qui sont formellement neutres, mais qui, en raison des dispositions législatives de l'État membre en question ou des règles de l'employeur qui ont force de loi, entraîneraient le même effet que celui d'un fondement direct sur le critère interdit. Cela signifie que la discrimination directe inclut à présent des cas où le fondement sur un critère officiellement neutre n'a des effets que sur un seul groupe, que ce soit par nature ou sur la base d'une règle qui a force de loi (Waldijk/Tobler 2008). En revanche, la discrimination indirecte se rapporte à des affaires où un critère apparemment neutre entraîne un effet de moindre portée, mais qui atteint cependant un certain niveau <sup>(148)</sup> (voir également le graphique 7 en annexe du présent rapport).

<sup>(148)</sup> Voir le point III.2.2.2 ci-dessus.

## 2. La relation avec la discrimination par association

La discrimination par association était en question dans l'affaire Coleman, lorsque la juridiction nationale avait demandé à la Cour de justice si l'expression «discrimination fondée sur le handicap» signifiait que le handicap qui est supposément à la base de la discrimination faisant l'objet d'une plainte doit se rapporter au travailleur lui-même (l'affaire Coleman était une affaire relative à l'emploi concernant un travailleur féminin), en d'autres termes, si la travailleuse elle-même devait être handicapée ou s'il était suffisant qu'elle subisse un désavantage à la suite du handicap de son fils dont elle s'occupait, c'est-à-dire parce qu'elle est associée à une personne handicapée <sup>(149)</sup>. La Cour (point 51) a conclu, au vu de l'effet utile de la directive, que la dernière proposition devait être retenue.

Avant que l'arrêt ne soit rendu, il a été affirmé qu'un arrêt positif entraînerait un accroissement considérable des plaintes de discrimination indirecte sur le lieu de travail <sup>(150)</sup>, ce qui soulève la question de la relation de la discrimination par association avec la discrimination indirecte. Il est suggéré que les deux concepts se rapportent à deux éléments différents d'une analyse de la discrimination et que la discrimination par association n'est pas liée à la discrimination indirecte au sens du présent rapport. Tandis que la discrimination indirecte concerne le lien d'une action particulière avec un motif particulier de discrimination, la discrimination par association concerne le lien avec la personne qui se plaint de discrimination. Les dispositions relatives à la discrimination contiennent typiquement certains éléments parmi lesquels figurent, entre autres, le motif de l'égalité de traitement ou de non-discrimination, les personnes protégées par la disposition et les personnes tenues par la disposition (Tobler 2005a, p. 83). S'il est employé dans un sens très large (qui ne correspond pas à l'usage commun actuel dans le droit communautaire), le terme «indirecte» peut être appliqué dans divers contextes. Par conséquent, en ce qui concerne les personnes protégées par une interdiction de discrimination, il est possible que le désavantage se produise de manière indirecte <sup>(151)</sup>. C'est le cas pour la discrimination par association. Toutefois, il devrait être clair que la discrimination par association envers une personne ayant une caractéristique particulière (par exemple l'orientation sexuelle, l'origine ethnique, le handicap) concerne une question différente de celle de la discrimination indirecte quant au motif de discrimination. En fait, comme l'avocat général Poiares Maduro l'indique dans son avis sur l'affaire Coleman (point 20), la question pour la Cour dans cette affaire est de déterminer «si la discrimination directe par association est interdite par la directive». De même, la Cour (point 33) décrit la question de la juridiction nationale comme demandant «si, en substance, la directive 2000/78 et notamment ses articles 1<sup>er</sup> et 2 [...] doivent être interprétés en ce sens qu'ils interdisent une discrimination directe fondée sur le handicap uniquement à l'encontre d'un employé qui est lui-même handicapé ou si le principe de l'égalité de traitement et l'interdiction de discrimination directe s'appliquent également à un employé qui n'est pas lui-même handicapé mais qui, comme dans l'affaire au principal, est victime d'un traitement défavorable en raison du handicap dont est atteint son enfant, auquel il prodigue

<sup>(149)</sup> La seule affaire pour laquelle un arrêt a été rendu par la Cour et qui a soulevé une question semblable, bien que ce ne soit pas au niveau du motif de discrimination, mais au niveau du champ d'application, est l'affaire 150/85, Jacqueline Drake/Chief Adjudication Officer (1986), Recueil 1995. Dans cette affaire, la Cour de justice a conclu qu'une prestation versée à une personne qui prodigue des soins à une personne invalide entre dans le régime légal de protection contre le risque d'invalidité en vertu de l'article 3, paragraphe 1, point a), de la directive 79/7/CEE relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, JO L 6 du 10.1.1979, p. 24. Dans l'affaire Coleman, la Cour ne s'est pas référée à cet arrêt.

<sup>(150)</sup> «EU court gives boost to indirect disability right» («la Cour de l'UE relance les droits indirects relatifs au handicap»), EUobserver du 1<sup>er</sup> février 2008 ([www.euobserver.com/9/25579](http://www.euobserver.com/9/25579)).

<sup>(151)</sup> Un exemple un peu particulier apparaît dans une première affaire dans le domaine du charbon et de l'acier Geitling [affaire 2/56 Mining undertakings of the Ruhr Basin being members of the Geitling selling agency for Ruhr coal, and the Geitling selling agency for Ruhr coal/Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (1957/1958), Recueil 3], où un traitement différent des consommateurs entraînait un traitement différent des producteurs; Tobler 2005a p. 96 et suivantes.

lui-même l'essentiel des soins que nécessite son état». Cela indique clairement que la nature directe de la discrimination présumée est une caractéristique différente de la nature de la discrimination par association <sup>(152)</sup>.

### 3. La relation avec l'action positive

La directive sur l'égalité raciale et la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi contiennent toutes deux certaines dispositions relatives à l'action positive. Les articles 5 et 7, respectivement, disposent que, pour assurer la 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 destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs de discrimination mentionnés dans les directives <sup>(153)</sup>. Les concepts de l'action positive et de la discrimination indirecte se concentrent tous deux sur la substance plutôt que sur la forme, bien qu'ils le fassent dans des contextes différents. Dans le cas de la discrimination indirecte, l'élément de la substance réside au centre de l'effet d'une mesure, plutôt que dans son apparence extérieure. De façon similaire, l'action positive est fondée sur la reconnaissance qu'une égalité de traitement (c'est-à-dire appliquant la même règle à tous) est susceptible d'aboutir à un résultat inégal et que, par conséquent, un traitement préférentiel est nécessaire. Il existe également d'autres liens entre les concepts. Par conséquent, des mesures d'action positive peuvent être basées sur des conditions qui sont formulées de manière neutre, mais qui en fait ne sont pas neutres. Par exemple, la condition que chaque sexe soit représenté dans la main-d'œuvre à un niveau d'au moins 40 % est une condition qui avantage le sexe qui, au moment où la mesure a été prise, était en fait sous-représenté, et cette condition désavantage le sexe qui était sur-représenté. Par conséquent, l'on peut dire que ladite condition constitue une action positive indirecte. Toutefois, cette terminologie n'est pas employée dans le droit communautaire. De façon similaire, des mesures d'action positive peuvent mettre un accent particulier sur les qualifications qui sont plus aisément présentes dans le groupe désavantagé [par exemple les compétences et l'expérience qui ont été acquises en accomplissant les tâches ménagères; Badeck <sup>(154)</sup>, point 32]. Lorsqu'une mesure de ce type ne remplit pas les conditions légales en vue d'une action positive (qui inclut notamment la proportionnalité), la mesure visée comme action positive en faveur d'un groupe constituera au contraire une discrimination indirecte envers l'autre groupe (ou: un autre groupe) (Colgan 2005, p. 140). De plus, une mesure initialement prévue en vue d'une action positive peut être construite de telle manière qu'elle constitue une discrimination (directe ou indirecte) envers le groupe qui était supposé être promu. L'affaire Nikoloudi fournit un exemple.

Enfin, une différence importante entre l'action positive et la discrimination indirecte devrait être mentionnée: le droit communautaire oblige les États membres à interdire la discrimination indirecte et à examiner les affaires dans lesquelles ladite discrimination est présumée, mais il n'oblige pas les États membres à adopter une action positive. C'est plutôt en vertu du droit communautaire actuel une simple possibilité (Holtmaat/Tobler 2005, p. 414; Tobler 2007b). En conséquence, les États membres ne sont pas tenus d'adopter une action positive pour éviter l'effet disproportionné de mesures apparemment neutres (De Vos 2007, p. 14).

<sup>(152)</sup> De la même manière, on peut dire que l'ordre de pratiquer une discrimination signifie que la personne ainsi contrainte pratique indirectement une discrimination à l'encontre d'une autre personne. C'est explicitement appelé une forme de discrimination dans le droit communautaire, bien que ce soit fait à juste titre sans employer le terme «indirect», ce qui ne créerait que de la confusion.

<sup>(153)</sup> De manière générale, sur l'action positive dans les directives sur l'égalité raciale et en matière d'emploi, De Vos 2007. Voir également Commission européenne, *Mettre l'égalité en pratique — Quel rôle pour l'action positive?*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007.

<sup>(154)</sup> Affaire C-158/97, Georg Badeck e.a. (2000), Recueil I-1875.



## 4. La relation avec les obligations positives

Le fait que les États membres ne soient pas tenus d'adopter des mesures d'action positive nous mène à la question des obligations positives dans un sens plus général (Fredman 2005a). Il a été affirmé que les devoirs positifs (par exemple l'obligation de créer une main-d'œuvre flexible et motivée comme faisant partie de la politique du personnel d'une société) représentaient le meilleur moyen de faire progresser l'égalité et de lutter contre la discrimination, y compris la discrimination indirecte (Fredman 2003, p. 63). Depuis le traité d'Amsterdam, des obligations positives pour promouvoir l'égalité ont acquis une certaine importance dans le droit communautaire, en particulier dans le contexte de l'égalité des sexes (voir le considérant 2 du préambule de la directive de refonte et l'article 23 de la charte des droits fondamentaux). Dans les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, les préambules mentionnent l'effort visant à «éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes, en particulier du fait que les femmes sont souvent victimes de discriminations multiples» (considérents 14 et 3, respectivement). Dans la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, le devoir de fournir un aménagement raisonnable aux personnes handicapées (article 5) est une obligation positive spécifique des employeurs. Toutefois, les directives se concentrent aussi sur l'obligation de s'abstenir de pratiquer une discrimination, plutôt que sur le fait d'obliger les États membres à promouvoir activement l'égalité. Néanmoins, il ne faut pas oublier que les États membres ne sont pas seulement liés par le droit communautaire, mais aussi par les conventions internationales des droits de l'homme desquelles ils sont signataires. Comme mentionné précédemment <sup>(155)</sup>, certaines de ces conventions obligent les États parties à prendre activement des mesures en vue de changer la société (ingénierie sociale). C'est dans ce contexte que le concept de discrimination indirecte a un rôle à jouer: en révélant les causes sous-jacentes de la discrimination indirecte, il peut aider les États à identifier les domaines dans lesquels l'ingénierie sociale est nécessaire.

## 5. La relation avec l'aménagement raisonnable

Dans le droit communautaire dans sa forme actuelle, l'aménagement raisonnable apparaît exclusivement dans le contexte de personnes handicapées. L'article 5 de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi prévoit qu'afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, «l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée». Cette formation peut être considérée comme une expression spécifique du principe général de l'égalité, d'après lequel des personnes dans des situations non comparables doivent être traitées différemment (Gijzen 2007, p. 396). Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que le refus d'aménagement raisonnable soit souvent considéré comme une forme de discrimination, voire, par certains, comme une discrimination indirecte (comparer Schiek 2007, p. 740 et suivantes). En fait, comme cela a été noté auparavant <sup>(156)</sup>, la définition de la discrimination en vertu de l'article 2 de la convention relative aux droits des personnes handicapées de l'ONU (CRPD) <sup>(157)</sup> inclut spécifiquement «le refus d'aménagement raisonnable» (comparer Quinn 2007, p. 257 et suivantes). Malgré cela, la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi ne qualifie pas expressément le refus d'aménagement raisonnable comme une forme de discrimination. Elle le considère plutôt comme une obligation spécifique de l'employeur, qui correspond à un droit spécifique de l'employé handicapé. Dans ce contexte et comme cela a déjà été mentionné <sup>(158)</sup>, il n'apparaît ni nécessaire ni recom-

<sup>(155)</sup> Voir le point I.3 ci-dessus.

<sup>(156)</sup> Voir le point I.1.1.1 ci-dessus.

<sup>(157)</sup> Voir <http://www.un.org/disabilities/default.asp?navid=12&pid=150>.

<sup>(158)</sup> Voir le point II.3 ci-dessus.



mandé de qualifier le refus d'aménagement raisonnable de «discrimination indirecte», notamment parce qu'il n'existe aucun lien indirect avec le critère de discrimination <sup>(159)</sup>.

Dans la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, la discrimination indirecte est expressément liée à l'aménagement raisonnable à l'article 2, paragraphe 2, point b), deuxième alinéa. D'après cette disposition, une présomption de discrimination indirecte peut être réfutée non seulement en prouvant qu'il existe une justification objective, mais aussi en se référant à l'obligation en vertu de la loi nationale à laquelle est tenu «l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive [...] de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique». Il n'existe pas encore de jurisprudence sur le sens de cette disposition, mais la littérature universitaire en propose différentes interprétations (Tobler 2005a, p. 292 et suivantes, et les références qui y sont citées). Une interprétation envisageable est que l'article 2, paragraphe 2, point b), deuxième alinéa, vise à renforcer le devoir de fournir un aménagement raisonnable dans le sens où l'auteur de la discrimination présumée peut réfuter une présomption de discrimination indirecte en se référant à l'aménagement raisonnable. L'idée sous-jacente est qu'il est possible, en invoquant l'aménagement raisonnable, de supprimer de nombreux obstacles qui apparaissent via la discrimination indirecte fondée sur le handicap (Quinn 2007, p. 261). Vu dans ce sens, l'article 2, paragraphe 2, point b), deuxième alinéa, a pour conséquence qu'il aide les victimes de la discrimination indirecte présumée à obtenir un aménagement raisonnable, tout en donnant à l'employeur un certain degré de flexibilité. C'est pour cette raison qu'il a été dit qu'il créait une situation de gagnant-gagnant (Whittle 2002, p. 311).

Enfin, il a été affirmé que l'interdiction de discrimination indirecte «correspondait à l'obligation des employeurs de fournir un aménagement à ces groupes (signification: les groupes protégés par une disposition particulière relative à la discrimination) par l'adoption de mesures et l'élaboration de politiques susceptibles de ne pas leur imposer une charge qui serait excessive par rapport à celle imposée à d'autres personnes. Alors que l'interdiction de la discrimination directe et du harcèlement fonctionne comme un mécanisme d'exclusion (la possibilité étant exclue pour l'employeur de se laisser guider par certains motifs), l'interdiction de la discrimination indirecte fonctionne, vue sous cet angle, comme un mécanisme d'inclusion (en ce qu'elle oblige les employeurs à prendre en considération et à satisfaire les besoins d'individus présentant certaines caractéristiques) (avocat Poiars Maduro dans l'affaire Coleman, point 19). Cependant, cela n'est vrai que dans une certaine mesure, par exemple lorsqu'une affaire de discrimination indirecte porte sur des horaires ou des conditions de travail pour lesquels il n'existe pas de justification objective et qui, par conséquent, doivent être modifiés pour le bien du salarié. Dans d'autres cas, cet effet n'existe pas. Par exemple, lorsque des travailleurs à temps partiel ont un salaire horaire inférieur à celui des travailleurs à plein temps qui effectuent le même travail, la conséquence d'une conclusion de discrimination indirecte fondée sur le sexe est simplement le droit au même salaire. Il n'existe pas de question d'aménagement dans un tel cas. De même, une conclusion de discrimination indirecte ne permet pas de s'attaquer à la cause qui est souvent à l'origine du phénomène de travail à temps partiel des femmes, à savoir une répartition inégale du travail au sein de la famille. Dans de tels cas, par conséquent, l'interdiction de discrimination indirecte n'oblige pas l'employeur à prendre en considération et à satisfaire les besoins d'individus présentant certaines caractéristiques.

<sup>(159)</sup> Toutefois, il peut être ajouté que la nouvelle directive proposée par la Commission en juillet 2008 (voir le point IV.1 ci-dessus) visant à élargir la protection contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, l'âge et l'orientation sexuelle indique explicitement, à l'article 2, paragraphe 5, que le refus de réaliser des aménagements raisonnables «est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1». L'article 2, paragraphe 1, définit le principe de l'égalité de traitement en ce qu'il «n'existe pas de discrimination directe ou indirecte fondée sur aucun des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>».



Dilara | 2006

## Chapitre VI

### Études de cas portant sur les législations nationales et la jurisprudence

Dans le système juridique communautaire, les directives doivent être transposées dans les lois nationales des États membres (article 249 du traité CE). Comme la Cour l'a expliqué dans une première affaire sur l'égalité fondée sur le sexe et en rapport avec l'emploi, cela signifie que tandis que les États membres sont libres de choisir la forme et la méthode d'application, au niveau de la substance, ils ont l'obligation d'assurer, «par des mesures législatives, réglementaires ou administratives appropriées, que tous les travailleurs de la Communauté puissent bénéficier de la protection prévue par la directive dans toute son étendue» [Commission/Danemark <sup>(160)</sup>, point 8]. La partie suivante du rapport aborde l'application, par les États membres, des directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi au regard de la discrimination indirecte (voir le point 1 ci-après), ainsi que la jurisprudence nationale relative aux affaires de discrimination indirecte (voir le point 2 ci-après).

## 1. Mise en œuvre des directives dans la législation nationale

Un rapport comparatif sur la mise en œuvre des directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi par les États membres de l'UE publié en 2007 <sup>(161)</sup> a relevé qu'il existe des différences considérables dans les textes législatifs nationaux. Un pays, à savoir la France, n'avait, à cette date, pas encore inclus de définition détaillée ni de la discrimination directe ni de la discrimination indirecte dans sa législation nationale. En 2008, la loi française a été modifiée en vue d'introduire lesdites définitions. Les définitions dans les législations nationales peuvent varier (en République tchèque, il existe apparemment des définitions différentes au sein même de la législation nationale), notamment en ce qui concerne les exigences relatives à l'effet disparate qui caractérise la discrimination indirecte, la comparaison qui doit être effectuée dans ce contexte et la justification.

À des fins d'illustration, trois exemples de définitions juridiques de la discrimination indirecte dans les législations nationales des États membres seront présentés ci-après. Ces exemples sont fondés sur les informations fournies dans les rapports par pays rédigés par des experts juridiques indépendants, dans le cadre du réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination. Ce qui ressort particulièrement, c'est la différence de formulation par rapport à l'exigence «d'un désavantage particulier».

Le premier exemple est tiré de la législation lituanienne. Ici, le législateur a choisi un libellé qui apparaît comme étant plutôt différent de celui des directives. En fait, il semblerait que toute référence à un «désavantage particulier» fait défaut. La traduction anglaise donnée dans le rapport national de l'article 2, paragraphe 4, de la loi lituanienne sur l'égalité de traitement se présente comme suit:

«la discrimination indirecte se produit lorsqu'une action ou l'absence d'action, une norme juridique ou un critère de valeur, une disposition ou une pratique neutres en apparence sont formellement égaux, mais lorsque, lors de leur application ou de leur adoption, il apparaît ou peut apparaître une véritable restriction de la jouissance des droits ou l'apparition de privilèges, de priorité ou d'avantage pour des personnes en fonction de leur âge, de leur orientation sexuelle, de leur handicap, de leur origine raciale ou ethnique, de leur religion ou de leurs convictions».

Le deuxième exemple est celui de l'article 2, paragraphe 3, de l'ordonnance du gouvernement roumain 137/2000. L'expert national note que, bien que le terme «discrimination indirecte» ne soit pas employé, c'est néanmoins ce

<sup>(160)</sup> Affaire 143/83, Commission/Danemark (1985), Recueil 427.

<sup>(161)</sup> Mark Bell/Isabelle Chopin/Fiona Palmer, «Le développement de la législation contre les discriminations en Europe. Une comparaison entre les 25 États membres de l'UE», Le réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007.

terme que les dispositions visent. D'après la traduction anglaise donnée dans le rapport du pays, l'article 2, paragraphe 3, interdit :

«toutes dispositions, critères ou pratiques apparemment neutres qui désavantagent certaines personnes sur la base de l'un des motifs protégés au paragraphe 1, à moins que ces pratiques, critères ou dispositions ne soient objectivement justifiés par un objectif légitime et que les méthodes utilisées pour réaliser cet objectif ne soient appropriées et nécessaires».

Tandis que cette définition emploie le mot «désavantage», elle le fait sans donner de plus amples précisions. Quant aux motifs protégés visés dans cette définition, ils dépassent la liste limitée de motifs énoncés dans les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi. L'article 2, paragraphe 1, de l'ordonnance du gouvernement roumain 137/2000 mentionne «la race, la nationalité, l'origine ethnique, la langue, la religion, le statut social, les convictions, le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap, la maladie chronique, l'état HIV positif, l'appartenance à un groupe désavantagé ou tout autre critère».

Le troisième exemple est l'article 6(2) de la loi finlandaise sur la non-discrimination, qui se rapporte à :

«une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence qui entraîne un désavantage particulier pour une personne par rapport à d'autres personnes, à moins que la disposition, le critère ou la pratique en question n'aient un objectif acceptable et que les moyens mis en œuvre ne soient appropriés et nécessaires pour réaliser cet objectif (discrimination indirecte)».

D'après l'expert finlandais, cette traduction anglaise, qui est fournie par le ministère finlandais de l'emploi, est quelque peu imprécise. Une traduction plus précise serait une disposition, un critère, une pratique neutre en apparence qui entraîne un désavantage particulier pour une personne par rapport aux personnes dans une situation comparable, voire plus littérale «par rapport à ceux qui sont les sujets de comparaison». Bien que cela semble différent de la version en langue anglaise de la définition de la discrimination indirecte conformément aux directives sur l'égalité raciale et en matière d'emploi, l'expert note que cela correspond en fait à la version en langue finnoise de ces directives.

En ce qui concerne les règles nationales relatives à la preuve, elles revêtent une importance particulière dans la pratique. Comme cela a été indiqué auparavant <sup>(162)</sup>, le droit communautaire ne prescrit pas l'exigence d'une preuve statistique, mais ladite preuve doit être recevable, lorsque c'est utile pour le plaignant. Citons à présent deux exemples de bonne réglementation au niveau national. Premièrement, les décrets italiens transposant dans la législation nationale les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi indiquent de manière explicite que la preuve statistique est recevable. En vertu de cette loi, pour prouver l'existence d'une conduite discriminatoire, un plaignant peut invoquer des éléments de fait, «également sur la base de données statistiques» (article 4, paragraphe 3, du décret législatif italien du 9 juillet 2003, p. 215) (decreto legislativo 9 luglio 2003, n° 215) et article 4, paragraphe 4, du décret italien du 9 juillet 2003, p. 216 (decreto legislativo 9 luglio 2003, n° 216). Le second exemple est tiré de la législation fédérale belge. L'article 19, paragraphe 3, de la loi sur la non-discrimination dispose que le plaignant peut se fonder sur des faits, «comprenant en particulier les données statistiques et les tests de pratique». Le dernier terme («tests de pratique») concerne ce qui est souvent désigné par «une situation de test», c'est-à-dire l'établissement de situations de test pour prouver l'existence d'une discrimination. Une situation de test impliquerait typiquement deux personnes se trouvant dans des situations comparables, à l'exception du critère discriminatoire, et qui sollicitent par exemple le même service ou le même emploi (Makkonen 2007, p. 30).

<sup>(162)</sup> Voir le point III.2.2.2 ci-dessus.

En 2006, Waaldijk/Bonini-Baraldi (2006, p. 101) a conclu que parmi les États membres avant l'élargissement de 2004 et sur la base du texte de la législation pertinente, la France, les Pays-Bas, la Belgique et le Royaume-Uni n'avaient pas entièrement transposé les dispositions des directives, alors que, parmi les pays candidats à l'élargissement, la République tchèque, l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, la Pologne et la Roumanie l'avaient fait. Cependant, il convient de noter que le libellé de la législation nationale à lui seul n'est pas toujours décisif. D'après la jurisprudence de la Cour de justice, la transposition d'une directive dans la législation nationale n'exige pas nécessairement une reprise formelle et textuelle des dispositions de celle-ci dans une disposition légale expresse et spécifique de la loi nationale, dès lors que le contexte juridique général assure effectivement la pleine application de la directive [Commission/Espagne <sup>(163)</sup>, point 26]. Néanmoins, lorsqu'une directive vise à créer des droits pour des particuliers, comme c'est le cas pour les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, les États membres doivent garantir que «la situation juridique est suffisamment précise et claire pour permettre aux particuliers concernés de connaître l'étendue de leurs droits et obligations et, le cas échéant, de pouvoir les invoquer devant les juridictions nationales» [Commission/France <sup>(164)</sup>, point 55]. C'est compte tenu de ces exigences que les États membres, y compris leurs juridictions nationales et autres autorités qui assurent l'application de la loi, doivent examiner attentivement si la loi nationale est conforme à cette norme.

## 2. Jurisprudence nationale

La partie suivante présente certaines affaires nationales concernant la question de la discrimination indirecte. À nouveau, ces cas ont été identifiés sur la base de rapports élaborés par des experts juridiques indépendants des pays concernés, dans le cadre du réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination. Ces cas sélectionnés aux fins actuelles ont pour objet de mettre en lumière quelques-unes des questions mentionnées dans le présent rapport.

### 2.1. Le champ d'application de la loi nationale: l'affaire du restaurant néerlandais

Comme cela a déjà été mentionné auparavant <sup>(165)</sup>, les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi sont applicables à l'intérieur d'un champ d'application clairement défini, qui est moins limité dans le cas de la directive sur l'égalité raciale et nettement plus limité dans le cas de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi. Par exemple, la directive sur l'égalité raciale contient des dispositions relatives à l'accès aux services, mais ce n'est pas le cas de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi. En d'autres termes, le droit communautaire n'exige pas que la législation nationale des États membres interdise la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, dans le domaine des services. Cependant, vu le caractère minimum de la directive, cela n'empêche pas les États membres de prévoir une protection dans un champ plus large que celui défini par les directives. La législation des Pays-Bas fournit un exemple à cet égard. La loi néerlandaise sur l'égalité de traitement interdit entre autres la discrimination directe et indirecte en rapport avec l'accès aux services, lorsque des actes discriminatoires présumés sont commis au cours de l'exercice d'activités commerciales ou professionnelles. Une affaire jugée par l'instance néerlandaise quasi judiciaire en matière d'égalité, la commission pour l'égalité de traitement, peut illustrer l'importance pratique de l'élargissement du champ d'application de la loi nationale par rapport à la législation communautaire.

<sup>(163)</sup> Affaire C-58/02, Commission/Espagne (2004), Recueil I-621.

<sup>(164)</sup> Affaire C-296/01, Commission/France (2003), Recueil I-13909.

<sup>(165)</sup> Voir le point IV.1 ci-dessus.

«L'affaire du restaurant néerlandais» <sup>(166)</sup> concerne l'accès à un restaurant qui a une réglementation spécifique concernant la tenue vestimentaire afin d'attirer une clientèle sophistiquée, plus âgée et habillée avec élégance. Les lignes directrices du règlement incluent le passage suivant: «une tenue correcte est obligatoire». Les chaussures de sport et les casquettes qui, associées aux autres vêtements, ne correspondent pas au code vestimentaire du restaurant sont interdites. La dernière appréciation de cette règle demeure la décision de l'hôte. Sur la base de ce règlement, le restaurant a demandé à quatre jeunes femmes qui portaient un foulard d'après leur interprétation de la foi musulmane d'enlever le foulard. Comme elles refusaient de répondre à cette demande, l'entrée dans le restaurant leur a été interdite. L'affaire a été introduite devant la commission néerlandaise pour l'égalité de traitement, qui a disposé que le règlement concernant la tenue vestimentaire constituait une discrimination indirecte fondée sur la religion parce qu'il affectait de manière disproportionnée les femmes musulmanes. La commission a conclu que, tandis que l'objectif du règlement du restaurant était légitime, les moyens de le réaliser n'étaient ni appropriés ni nécessaires. D'après la commission, le règlement n'était pas approprié parce qu'il excluait des personnes bien habillées, comme l'étaient les requérantes. De plus, le règlement n'était pas nécessaire parce que des moyens alternatifs et de moindre portée auraient pu être utilisés, par exemple une définition du type de tenue vestimentaire que le restaurant aurait considéré comme étant inapproprié, par exemple des casquettes de base-ball et des vêtements de sport.

Si cette affaire avait été jugée sur la base de la législation communautaire à elle seule, une telle conclusion n'aurait pas été possible en raison du fait que, comme mentionné précédemment, la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi n'inclut pas l'accès aux services dans son champ d'application. La loi néerlandaise sur l'égalité de traitement constitue par conséquent un exemple de législation qui, au niveau du champ d'application, offre plus de protection contre la discrimination que ne l'exige la législation communautaire.

## 2.2. Motifs de discrimination couverts: le cas français de discrimination en matière de santé

Des considérations semblables s'appliquent au second exemple qui est celui d'une affaire nationale de discrimination indirecte, bien qu'ici, il ne s'agisse pas d'un rapport avec le champ d'application de la loi nationale, mais plutôt d'un rapport avec les motifs de discrimination mentionnés dans cette loi. La réglementation communautaire en matière de non-discrimination est, en l'état, fondée sur une liste fermée de motifs de discrimination. En particulier, la directive sur l'égalité raciale couvre exclusivement la discrimination fondée sur l'origine raciale ou ethnique, et la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi couvre seulement la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. En outre, l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Chacón Navas a clairement établi qu'en vertu de la législation communautaire, le handicap devait être distingué de la maladie. Par conséquent, il est clair que dans la législation communautaire, la discrimination qui est interdite n'est tout simplement pas une discrimination fondée sur la santé. En revanche, le code du travail français interdit la discrimination fondée sur la maladie.

L'affaire française d'une discrimination en matière de santé <sup>(167)</sup> concernait le calcul d'un ajustement de salaire basé sur le temps de travail factuel d'un employé dans une situation où le temps de travail hebdomadaire variait entre 44 heures («périodes de forte activité») et 21 heures («périodes de faible activité»), pour une moyenne annuelle de 35 heures. La convention collective applicable prévoyait qu'une absence pour raison de santé devait être considérée comme temps de travail aux fins du calcul du temps de travail annuel, sans, toutefois, définir à quel niveau (niveau élevé, niveau bas, ou moyenne) le calcul devait être effectué. Dans cette affaire, l'employé avait été absent pour congé de maladie pendant les «périodes de travail élevé» pendant une période de deux ans. En calculant

<sup>(166)</sup> Commissie Gelijke Behandeling, affaire 2004-112, avis du 8 septembre 2004.

<sup>(167)</sup> Cour de cassation, affaire 05-43962, Berthus e.a./Sté Sporfabric, arrêt du 9 janvier 2007.



l'ajustement de salaire, l'employeur a interprété la convention collective comme exigeant la prise en compte du temps d'absence, sur la base de la moyenne du temps de travail qui est de 35 heures. La Cour de cassation a conclu que cette méthode de calcul était neutre en apparence, mais qu'elle constituait une mesure entraînant un effet négatif indirect en raison de la santé de l'employé.

À nouveau, si cette affaire avait été jugée seulement sur la base de la législation communautaire, une telle conclusion n'aurait pas été possible en raison du fait que la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi n'interdit pas la discrimination fondée sur la santé. Comme dans l'affaire néerlandaise débattue dans le chapitre précédent, le code du travail français constitue par conséquent un exemple positif de législation qui offre plus de protection contre la discrimination que ne l'exige la législation communautaire.

### 2.3. Lien avec la discrimination fondée sur la nationalité: l'affaire chypriote concernant l'exigence de la connaissance de la langue grecque

Comme cela a été mentionné auparavant <sup>(168)</sup>, la discrimination fondée sur la nationalité ne relève pas des directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, même s'il peut exister des liens factuels en rapport avec la discrimination couverte par ces directives. L'affaire chypriote concernant l'exigence de la connaissance de la langue grecque <sup>(169)</sup> fournit un exemple illustratif. L'affaire concernait un règlement de l'agence de tourisme chypriote quasi gouvernementale, selon lequel le directeur de tout office de tourisme à Chypre devait maîtriser la langue grecque. L'organe chypriote pour l'égalité a reçu une plainte d'un office de tourisme auquel une licence d'exploitation avait été refusée parce qu'il n'employait pas un directeur parlant la langue grecque. L'organe pour l'égalité a conclu que l'exigence en question constituait une discrimination fondée sur la langue, tandis qu'elle constituait en même temps une discrimination indirecte fondée sur l'origine raciale ou ethnique. Dans ses considérations, l'organe pour l'égalité s'est référé non seulement à la loi chypriote sur l'égalité de traitement et en matière d'emploi, mais aussi au règlement (CEE) n° 1612/68 <sup>(170)</sup>, qui interdit la discrimination fondée sur la nationalité et qui fait partie de la législation communautaire sur la libre circulation des personnes. De cette manière, l'organe pour l'égalité reconnaissait le lien entre l'origine raciale/ethnique et la nationalité. Cependant, comme cela a déjà été mentionné précédemment, la législation communautaire sur la libre circulation ne peut être applicable que s'il existe un cas donné faisant intervenir un élément transfrontalier, et c'est précisément ce qui n'est pas exigé dans le contexte du droit social communautaire. Nul ne sait si cette exigence était remplie, c'est-à-dire si le directeur ne connaissant pas la langue grecque était en fait un ressortissant non chypriote d'un autre État membre de l'UE.

### 2.4. Discrimination «fondée sur»: le cas du parti politique d'extrême droite au Royaume-Uni

Certaines affaires soulèvent la question de la signification précise de l'expression «discrimination "fondée sur"». Plus spécifiquement, la question est de savoir à qui le motif de discrimination doit se rapporter. Une affaire de ce type est l'affaire Coleman sur la discrimination par association <sup>(171)</sup>. Dans un contexte différent, le parti politique d'extrême droite au Royaume-Uni <sup>(172)</sup> fournit un exemple particulièrement intéressant des questions qui apparaissent

<sup>(168)</sup> Voir ci-dessus le point IV.1.

<sup>(169)</sup> Organe pour l'égalité, plainte contre l'organisation de tourisme chypriote concernant l'exigence de la connaissance de la langue grecque pour les directeurs d'offices de tourisme, réf. A.K.I. 12/06, rapport du 1<sup>er</sup> août 2006.

<sup>(170)</sup> Règlement (CEE) n° 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JO L 257 du 19.10.1968, p. 2.

<sup>(171)</sup> Voir ci-dessus le point V.2.

<sup>(172)</sup> Cour d'appel, Serco Ltd/Arthur Redfearn (2006) EWCA Civ 659, arrêt du 25 mai 2006.

dans ce contexte. C'est pourquoi cette affaire est traitée de manière un peu plus détaillée que les autres affaires nationales. L'affaire concernait M. Redfearn, un chauffeur blanc employé par une société de bus Serco. Après avoir été élu comme conseiller local dans un parti d'extrême droite à idéologie raciste (le BNP), M. Redfearn a été licencié. L'employeur a invoqué que les points de vue politiques de l'employé étaient de nature à bouleverser les passagers de la société de bus dont la majorité (70-80 %) était d'origine ethnique asiatique et à créer des tensions parmi ses employés dont 35 % étaient également d'origine asiatique. (À la fois chauffeur du bus et les passagers étaient handicapés, mais il semble que cet élément n'ait pas joué un rôle en rapport avec les questions de discrimination soulevées par l'affaire.) Vu que, dans la législation du Royaume-Uni, il n'existe pas de discrimination fondée sur l'opinion politique, et vu, de plus, que la loi nationale sur le licenciement abusif ne s'appliquait pas à cette affaire spécifique, M. Redfearn a introduit un recours pour licenciement discriminatoire racial. À l'origine, il a prétendu qu'il existait à son encontre une discrimination directe fondée sur la race étant donné l'origine raciale et ethnique des passagers de la société de bus. Puis, il a également invoqué qu'il existait une discrimination étant donné l'origine ethnique des membres de son parti, et même plus tard, il a invoqué que cela constituait en fait une discrimination directe. Aux fins actuelles, il convient de noter que seul l'argument lié à la race des membres du parti était directement lié à l'employé lui-même. L'autre argument concernait la race d'autres personnes (ici, les passagers du bus). En d'autres termes, M. Redfearn a invoqué que l'expression «fondée sur la race» incluait non seulement sa propre race, mais aussi la race d'autres personnes, qui l'affectait d'une certaine manière.

Concernant la plainte de discrimination directe liée à l'origine ethnique des passagers du bus, la Cour d'appel a rappelé qu'en vertu de la loi au Royaume-Uni, la discrimination «fondée sur la race» ne se limite pas à un traitement moins favorable fondé sur la couleur ou la race du plaignant lui-même ou de la plaignante elle-même. Cependant, «il est accepté que A puisse être responsable d'une discrimination envers B fondée sur la couleur ou la race de C»<sup>(173)</sup>. Cependant, la Cour a estimé que cela ne pouvait pas aller jusqu'au point de considérer que «constituait un acte de discrimination directe raciale pour un employeur, qui essayait d'améliorer les relations raciales sur le lieu de travail, le fait de licencier un employé, dont il avait découvert que ce dernier avait commis un acte de discrimination raciale, tel que l'abus raciste à l'encontre d'un collègue employé ou d'un client de l'employeur. L'accepter reviendrait autrement à considérer que tout traitement moins favorable faisant l'objet d'un recours du fait d'une inquiétude quant aux opinions ou conduites racistes d'une personne sur un lieu de travail pluriethnique constituerait une discrimination «fondée sur la race». La Cour n'a pas non plus accepté l'argument lié à la discrimination directe fondée sur l'origine ethnique des membres du parti. Cet aspect de l'affaire ainsi que l'argument de discrimination indirecte seront débattus au chapitre suivant.

## 2.5. Discrimination directe ou indirecte? L'affaire du parti politique d'extrême droite au Royaume-Uni et l'affaire de la police polonaise

Concernant la discrimination sur la base de la race des membres du parti, l'affaire du parti politique d'extrême droite du Royaume-Uni a soulevé des questions concernant la distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte. Comme cela a été noté au chapitre précédent, M. Redfearn a d'abord prétendu qu'il existait une discrimination fondée sur la race. Par la suite, il a invoqué que l'affaire constituait une discrimination directe étant donné que son parti n'acceptait que des membres blancs, ce qui signifiait que les personnes licenciées en raison de leur appartenance à ce parti étaient nécessairement et seulement des blancs. La Cour d'appel a examiné les deux arguments. Concernant la discrimination directe, la Cour a conclu que M. Redfearn subissait un traitement moins favorable, non pas au motif qu'il était blanc, mais au motif d'une caractéristique particulière non raciale partagée par lui et par une infime proportion de la population blanche, qui est l'appartenance à un parti politique particulier et le fait de se présenter à des élections au sein de ce parti. D'après la Cour, l'employeur aurait agi de la même façon

<sup>(173)</sup> Cette citation et les citations suivantes sont de Lord Justice Mummery (juge de la Chambre des Lords), écrivant pour the Court of Appeal (Cour d'appel); voir le texte de l'arrêt disponible: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/659.html>.

vis-à-vis d'un membre d'un parti politique semblable dont l'appartenance aurait été limitée aux personnes noires. La Cour a conclu que la ligne qui sépare la couleur ou la race n'était pas fixée par l'employeur mais plutôt par le parti qui définit sa propre composition en fonction de la couleur ou de la race. En d'autres termes, la Cour dans ce contexte a considéré la politique d'ensemble de l'employeur en ce qu'elle était appliquée à un cas concret, plutôt que de concevoir le licenciement comme un acte unique dirigé contre un parti particulier. La Cour a expliqué que «M. Redfearn ne peut pas introduire de façon crédible une plainte contre Serco pour discrimination raciale directe à son encontre au motif qu'il est blanc en invoquant la décision, prise par son parti politique qu'il a choisi, de limiter à des personnes blanches l'appartenance à ce parti. Le BNP ne peut pas faire d'un critère non racial (appartenance à un parti) un critère racial par les conditions de sa constitution qui limitent aux personnes blanches l'adhésion à ce parti. Dûment analysée, la plainte de M. Redfearn est celle d'une discrimination fondée sur des motifs politiques, et ne relève pas des lois antidiscrimination».

Concernant la plainte pour discrimination indirecte, le Tribunal de première instance a accepté qu'il existait une discrimination indirecte apparente, mais il a ensuite retenu qu'il n'existait pas de justification objective sur la base de l'objectif visant à assurer la santé et la sécurité des passagers du bus. À l'inverse, la Cour d'appel a conclu que les indications nécessaires à la plainte portant sur une discrimination indirecte apparente n'avaient pas été établies (par exemple un règlement, un critère ou une pratique invoquée, le pool pertinent invoqué, une disparité pertinente quant aux effets). D'après la Cour d'appel, il n'était pas correct d'envisager comme critère pertinent «l'appartenance au parti BNP», dans la mesure où ce critère ne pouvait pas être appliqué à une personne n'étant pas de la même couleur que M. Redfearn, étant donné que seules les personnes de la même couleur que lui (blanche) étaient éligibles pour devenir membres du BNP. En d'autres termes, d'après la Cour, ce critère n'était pas neutre en apparence. D'après la Cour, une disposition plus générale et plus sensée aurait été une disposition qui s'applique à «l'appartenance à une organisation politique dont l'objet est de promouvoir des opinions hostiles à des membres qui ont une couleur différente de celle des membres de cette organisation». Cependant, une telle disposition n'entraînerait pas un désavantage particulier pour des personnes de la même race que M. Redfearn par rapport à d'autres personnes, dans la mesure où tous les activistes politiques de ce type subiraient le même désavantage, quelle que soit leur couleur. Dans son analyse finale, par conséquent, la Cour d'appel a conclu à l'absence de discrimination indirecte, même apparente.

Un second exemple concernant la distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte peut servir à illustrer que parfois la frontière dans l'argumentation est infime. L'affaire de la police polonaise <sup>(174)</sup> concernait un agent informatique ayant un niveau de handicap modéré reconnu officiellement qui travaillait à la division de la police régionale et qui participait à un processus de recrutement à un poste de premier employé dans la même division. Il avait été informé que sa candidature avait été refusée au second stade du processus de recrutement parce que la candidature d'une personne handicapée ne pouvait pas être étudiée. Le candidat a fait appel et demandé des dommages et intérêts pour discrimination fondée sur le handicap. Cependant, au cours de la procédure, l'employeur a changé de raisonnement. Il a ensuite invoqué que conformément à la loi sur les handicapés, une personne avec un niveau modéré de handicap ne pouvait pas travailler à temps plein, ni être sollicitée pour travailler de nuit et effectuer des heures supplémentaires. En conséquence, ladite personne n'était pas un «travailleur disponible» au sens de la loi sur les handicapés. La Cour a convenu, en partageant l'avis de l'employeur, qu'à la date en question, le requérant n'était pas un employé disponible, étant donné qu'à cette date, il n'avait pas produit la preuve qu'il était en mesure de travailler à plein temps. (À un stade ultérieur, un médecin a confirmé que le requérant pouvait travailler à temps plein, mais ce certificat médical ne pouvait plus être joint à la candidature au poste.) En conséquence, la Cour s'est trouvée dans l'incapacité de trouver la preuve d'une discrimination ni directe ni indirecte fondée sur le handicap. Le jugement a été infirmé en deuxième instance, où la Cour a conclu à une discrimination indirecte <sup>(175)</sup>.

<sup>(174)</sup> District Court of Głogów, Zbigniew Maciejewski/Komenda Powiatowa Policji Głogów, arrêt du 8 février 2006.

<sup>(175)</sup> Tribunal régional de Legnica, Zbigniew Maciejewski/Komenda Powiatowa Policji Głogów, arrêt du 20 juin 2006.

L'expert national note que, dans cette affaire, le raisonnement d'abord invoqué par l'employeur («les candidatures de personnes handicapées ne sont pas prises en compte») concernait une discrimination directe présumée fondée sur le handicap. Toutefois, le deuxième raisonnement («disponibilité pour un travail à temps plein, travail de nuit et heures supplémentaires») a déplacé l'affaire vers une discrimination indirecte présumée fondée sur le handicap. Dans un contexte général, cela soulève des questions quant à la facilité avec laquelle une personne qui a présumément pratiqué une discrimination peut éviter une conclusion à la discrimination directe et, par ce moyen, limiter la protection contre la discrimination dans des cas concrets. Il devrait être clair que de tels déplacements qui reposent sur le simple raisonnement de l'auteur présumé de discrimination ne devraient pas être autorisés. En même temps, il est possible que dans le cas spécifique en question, le deuxième raisonnement expliquait simplement ce qui avait effectivement été pensé au cours du premier raisonnement, à savoir que les candidatures de personnes handicapées ne seraient pas prises en compte parce que ces personnes n'étaient pas considérées comme des employés disponibles. De manière ironique, dans cette affaire, les dispositions légales qui devaient servir à protéger les personnes handicapées (à savoir la disposition qui limite le temps de travail aux personnes ayant un niveau de handicap modéré) ont été utilisées contre le requérant. L'expert national fait observer que cela semble ne pas avoir été pris en considération par la Cour. En revanche, la Cour s'est simplement fondée sur le concept de «travailleur disponible», apparemment sans considérer la question de l'aménagement raisonnable (voir considérant 17 de la directive sur l'égalité en matière d'emploi). Dans ce cas, ce serait un point faible dans le jugement.

Les deux cas illustrent le fait que les arguments de discrimination directe et indirecte ne doivent pas être examinés par des juridictions nationales de manière mécanique, mais qu'ils doivent toujours être vus dans le contexte du sens et de l'objectif de l'interdiction de discrimination.

## 2.6. Utilisation de la preuve statistique: l'affaire tchèque Ostrava

L'affaire tchèque D. H. e.a./République tchèque (Ostrava), déjà précédemment mentionnée dans le contexte du droit international relatif aux droits de l'homme <sup>(176)</sup>, illustre non seulement comment l'utilisation des statistiques peut être pertinente pour prouver l'existence d'une discrimination indirecte apparente, mais cette affaire illustre également que l'attitude des juridictions vis-à-vis de ladite preuve est importante. Dans cette affaire, 18 enfants roms scolarisés de la ville d'Ostrava se sont plaints du fait que le pourcentage d'enfants roms placés dans des écoles spéciales pour enfants ayant des difficultés d'apprentissage en République tchèque était nettement plus élevé que celui d'autres enfants. Les enfants avaient été placés dans des écoles spéciales sur la base de leurs résultats à un test de capacité intellectuelle organisé par un centre d'évaluation et de conseil psychopédagogique. Les plaignants dans l'affaire Ostrava ont invoqué que les autorités abusaient du système scolaire pour placer, de manière disproportionnée, des enfants roms dans des écoles spéciales dans lesquelles ils recevraient un enseignement de moins bonne qualité. En effet, le niveau de ces écoles spéciales était nettement moins élevé que celui des écoles habituelles.

L'affaire a soulevé un certain nombre de questions juridiques dont la preuve de la discrimination indirecte apparente basée sur les statistiques qui revêt un intérêt particulier eu égard à notre sujet actuel. L'affaire se caractérise par la forte utilisation de données statistiques qui comparent le nombre d'enfants roms et d'enfants non roms dans les écoles spéciales et les écoles habituelles à Ostrava en particulier, et dans la République tchèque en général. Les statistiques invoquées avaient été collectées par les organisations «European Roma Rights Centre», «Interights» et «Migration Policy Group» et reposaient sur une recherche de longue durée et détaillée menée par ces trois organi-

<sup>(176)</sup> Voir ci-dessus le point I.2.

sations<sup>(177)</sup>. Les données ont montré que pour les enfants roms à Ostrava, la probabilité qu'ils soient placés dans des écoles spéciales était 27 fois (!) plus élevée que pour les autres enfants. Cela a conduit à l'argument selon lequel il existerait un système scolaire ségrégatif pratiquant une discrimination indirecte fondée sur l'origine raciale. Néanmoins, le recours a été rejeté devant les juridictions tchèques. En particulier, la Cour constitutionnelle a retenu qu'elle n'avait pas la compétence pour examiner la preuve statistique. Comme cela a déjà été noté auparavant, le recours a également été rejeté par la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg en 2006, mais il a abouti devant la Grande Chambre de la même juridiction en 2007, qui a considéré que «si une politique ou une mesure générale ont des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, l'on ne saurait exclure qu'elles soient considérées comme discriminatoires, nonobstant le fait qu'elles ne visent pas ce groupe en particulier. Toutefois les statistiques ne sont pas en elles-mêmes suffisantes pour dévoiler une pratique qui puisse être qualifiée de discriminatoire» (paragraphe 46). Dans les écrits universitaires, l'arrêt de la Chambre a été sévèrement critiqué en raison de son approche défectueuse vis-à-vis de la discrimination indirecte et de la preuve statistique en particulier (par exemple Goodwin 2006, p. 426). En revanche, la Grande Chambre, après s'être référée à la pratique des autres juridictions et organes de défense des droits de l'homme, y compris notamment à la Cour européenne de justice, a conclu que «lorsqu'il s'agit d'évaluer l'incidence de mesures ou de pratiques sur un individu ou sur un groupe, les statistiques qui, après avoir été soumises à un examen critique de la Cour, paraissent fiables et significatives suffisent pour constituer le commencement de preuve à apporter par le requérant». La Cour a ajouté que «cela ne veut toutefois pas dire que la production des statistiques est indispensable pour prouver la discrimination indirecte» (paragraphe 188).

Dans l'ensemble, l'affaire Ostrava illustre non seulement l'importance de la recevabilité de la preuve statistique dans le contexte de la discrimination indirecte présumée, mais aussi l'importance de son évaluation de manière adéquate.

## 2.7. Justification objective: l'affaire néerlandaise sur les hypothèques et l'affaire néerlandaise sur le fait de saluer en serrant la main

Deux affaires néerlandaises peuvent illustrer la manière dont les organes pour l'égalité et les juridictions peuvent répondre à des arguments liés à la justification objective. L'affaire néerlandaise sur les hypothèques<sup>(178)</sup> concernait un règlement mis en place par des organismes financiers aux Pays-Bas concernant l'accord de prêts immobiliers, et plus précisément les critères retenus pour sélectionner les clients qui bénéficieraient de ces prêts. En rapport avec la valeur de la propriété qui servirait de garantie pour le prêt, les organismes se sont basés sur le code postal de la résidence<sup>(179)</sup>. Avertie de ce règlement, la commission néerlandaise pour l'égalité de traitement a décidé de mener une enquête de sa propre initiative. Après avoir trouvé que le sujet de l'affaire (l'accès à un service financier) était couvert par la loi néerlandaise sur l'égalité de traitement, la commission néerlandaise pour l'égalité de traitement a retenu que le fait de se fonder sur les codes postaux constituait une discrimination indirecte fondée sur l'origine raciale ou ethnique. Cette conclusion résulte du fait que certaines parties des villes néerlandaises comme Amsterdam, Rotterdam, La Haye et Utrecht sont principalement habitées par des immigrants non occidentaux et que les

<sup>(177)</sup> Voir European Roma Rights Centre (ERRC)/Interights/Migration Policy Group (MPG), *Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice*, Budapest: ERRC/London: Interights/Brussels: MPG, 2004, p. 80; voir <http://www.migpolgroup.com/documents/2181.html>.

<sup>(178)</sup> Commission pour l'égalité de traitement, *Risicoselectie op grond van postcode en verblijfsstatus — Een onderzoek uit eigen beweging naar onderscheid door hypotheekfinanciers*, décembre 2006.

<sup>(179)</sup> En relation avec la solvabilité du demandeur, lorsque le demandeur n'est ni un ressortissant d'un État membre de l'UE, ni un ressortissant de l'Espace économique européen, ni un ressortissant suisse, les organismes financiers se sont fondés sur le statut potentiel de résidence du client, c'est-à-dire si la personne possédait un permis de séjour pour une période indéterminée. La Commission a conclu que cela constituait une discrimination indirecte fondée sur la nationalité. Comme cela n'est pas lié à la discrimination raciale créée par les critères des codes postaux, cette question n'est pas davantage discutée dans le présent rapport.

codes postaux néerlandais indiquent assez précisément la partie de la ville où est situé un immeuble. L'objectif du règlement des organismes financiers était de limiter le risque financier à la fois des organismes eux-mêmes et des demandeurs (aux Pays-Bas, des prêts de ce type sont généralement accordés pour une période de 30 ans).

En examinant cette affaire, la Commission pour l'égalité de traitement a expliqué que les justifications économiques et financières ne constituaient pas des objectifs légitimes dans le contexte de la justification objective relative à la discrimination indirecte, à moins que, dans un cas concret, une égalité de traitement n'entraîne une augmentation disproportionnée des coûts, ou que les coûts, pour d'autres raisons, ne deviennent disproportionnés. L'objectif de cette approche est d'éviter que la justification objective ne soit basée que sur des considérations de profit d'une société. Dans cette affaire, la commission néerlandaise pour l'égalité de traitement a conclu que l'objectif mentionné ci-dessus était acceptable en particulier parce que la loi néerlandaise oblige les prestataires de services financiers à s'efforcer de se protéger contre les risques financiers. Cependant, elle a retenu que la large formulation des critères allait plus loin que nécessaire (c'est-à-dire qu'elle était disproportionnée). Au cours de son enquête, la commission néerlandaise pour l'égalité de traitement a noté que quelques organismes financiers utilisaient des critères alternatifs qui n'entraînaient pas de discrimination. La Commission a par conséquent conclu qu'il n'existait pas de justification objective. Elle a ensuite adressé des recommandations aux organismes financiers leur demandant d'améliorer la situation (qui ont été apparemment bien accueillies par l'industrie). Dans cette affaire, la commission pour l'égalité de traitement a adopté une approche stricte vis-à-vis de la justification objective eu égard à la discrimination indirecte, ce qui doit être applaudi.

Il semble en avoir été autrement dans l'affaire néerlandaise sur le fait de saluer en se serrant la main <sup>(180)</sup>, qui a également été jugée par la commission pour l'égalité de traitement, et qui concernait un conflit entre divers droits de l'homme. L'affaire concernait le rejet d'une candidature au poste de directeur de clientèle d'un homme musulman qui avait indiqué ne pas être disposé à serrer les mains à une femme. L'employeur potentiel a expliqué son refus de nommer le candidat à ce poste en indiquant que le refus de serrer la main à une femme constituerait un obstacle dans les relations du candidat avec les clients. La commission pour l'égalité de traitement a estimé que refuser de serrer la main à une femme pouvait être l'expression d'une conviction religieuse, et que demander à des employés de serrer la main à tous les clients affectait essentiellement les musulmans et constituait par conséquent une discrimination indirecte fondée sur la religion. Au niveau de la justification objective, la commission a estimé que les objectifs du défendeur, à savoir l'amabilité envers la clientèle et la prévention de la discrimination fondée sur le sexe, étaient légitimes, mais que les moyens mis en œuvre pour réaliser ces objectifs n'étaient ni nécessaires ni appropriés. La commission s'est fondée sur le fait qu'il n'existait pas de preuve que les clients se fussent opposés à ce qu'on ne leur serrât pas la main, et que l'employeur n'avait pas établi de règlement spécifique eu égard au traitement des clients et n'avait pas envisagé de moyens alternatifs pour saluer ces derniers. De même, l'employeur ne pouvait pas répondre à la question de savoir si la candidature eût été rejetée si le candidat avait refusé de serrer la main à la fois aux hommes et aux femmes. Dans une affaire précédente <sup>(181)</sup>, la commission pour l'égalité de traitement avait estimé que l'égalité entre hommes et femmes pouvait être maintenue en exigeant du candidat qu'il ne serrât la main ni aux hommes ni aux femmes. Toutefois, comme l'observe l'expert national, cela ne tient pas compte du fait que d'après (une certaine interprétation de) la religion musulmane, serrer la main est interdit uniquement entre les sexes opposés et non pas comme une question générale. Cela est par conséquent clairement lié au sexe. Lorsque l'affaire fut examinée par la juridiction ordinaire, celle-ci a estimé qu'il existait une justification objective et, par conséquent, qu'il n'y avait pas de discrimination fondée sur la religion <sup>(182)</sup>.

Cette affaire de non-discrimination et d'autres affaires semblables concernant des éléments de ségrégation relatifs aux communautés musulmanes ont été à l'origine de vifs débats aux Pays-Bas. Le problème principal réside dans le

<sup>(180)</sup> Commission pour l'égalité de traitement, affaire 2006-202, avis du 5 octobre 2006.

<sup>(181)</sup> Commission pour l'égalité de traitement, affaire 2006-51, avis du 27 mars 2006.

<sup>(182)</sup> Cour de Rotterdam, arrêt du 6 août 2008, LJN: BD9643.

conflit entre la discrimination fondée sur la religion et la discrimination fondée sur le sexe. La commission pour l'égalité de traitement tend à favoriser la discrimination fondée sur la religion, même dans des cas contestés tels que le droit des femmes musulmanes à porter entièrement le voile. Dans cette considération de l'auteur, le résultat d'affaires de ce type a été critiqué à juste titre (tout dernièrement par Loenen 2008).

## 2.8. L'aménagement raisonnable: l'affaire italienne sur le lieu de travail

Un dernier exemple de la jurisprudence nationale prend en compte la question de la relation entre la discrimination indirecte et l'aménagement raisonnable qui a déjà été abordé dans l'affaire de la police polonaise <sup>(183)</sup>. L'affaire italienne sur le lieu de travail <sup>(184)</sup> concernait une employée du ministère de la justice qui avait été reconnue handicapée, et qui, pour cette raison, avait besoin de travailler aussi près que possible de son lieu de résidence. L'affaire est apparue parce que l'employée, après avoir été mutée à un poste sur un lieu de travail plus proche de sa résidence, et après y avoir travaillé pendant une certaine période, a de nouveau été mutée à un poste précédent sur le premier lieu de travail qui était plus éloigné de sa résidence. Le tribunal du travail saisi de l'affaire a conclu que cette décision constituait une discrimination indirecte fondée sur le handicap. Pour cela, le tribunal s'est référé non seulement à la définition de la discrimination indirecte énoncée dans la loi italienne relative à la mise en œuvre de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, mais aussi aux considérants 6, 9 et 20 du préambule de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi ainsi que sur l'article 5 sur l'aménagement raisonnable. L'expert national explique que l'application de la loi italienne ne mentionne pas l'exigence de l'aménagement raisonnable et que, pour qualifier la décision du ministère de discriminatoire au sens de la directive, la Cour devait y inclure des considérations par rapport à l'aménagement raisonnable. On peut peut-être conclure qu'autoriser l'employée à travailler sur le lieu de travail le plus proche de sa résidence eût été une décision répondant à l'exigence de l'aménagement raisonnable. De manière intéressante, la Cour ne s'est pas concentrée sur le refus d'un aménagement en tant que tel. Mais elle s'est concentrée sur la demande requise d'exercer ses fonctions sur un lieu de travail particulier, ce qui est considéré comme apparemment neutre, mais très désavantageux eu égard aux personnes dans la condition de la requérante.

Comme le ministère de la justice n'est pas comparu devant la Cour, il n'y avait pas d'arguments de la défense, ni d'argument se rapportant en particulier à l'article 2, point 2 ii), de la directive où l'aménagement raisonnable est expressément lié à la discrimination indirecte. En conséquence, la Cour a conclu que l'employé n'avait pas prouvé l'existence d'une justification objective.

<sup>(183)</sup> Voir ci-dessus IV.2.2.5.

<sup>(184)</sup> Cour de Pistoia, Laura Neri/Ministère de la justice, arrêt du 30 septembre 2005.



Stella | 1955

## Conclusion

Réaliser les enjeux du concept  
de discrimination indirecte

L'enjeu particulier du concept juridique de la discrimination indirecte réside dans le fait que ce concept dépasse les simples apparences pour se concentrer sur le fond. Cependant, le succès de la réalisation de cet enjeu dépend largement de la manière dont il est mis en œuvre et aussi, par conséquent, de la législation et de la pratique dans les différents États membres de l'UE. Dans son importante contribution au concept de discrimination indirecte, Schiek (2007, p. 472) a noté que le droit en matière de discrimination indirecte est un domaine complexe loin d'être consolidé et qu'il est difficile de déterminer si le droit en matière de discrimination indirecte sera ancré dans tous les systèmes juridiques nationaux au sein de l'Union européenne. Cependant, il convient de garder à l'esprit que l'interdiction de discrimination indirecte, en tant qu'élément important du droit communautaire, est une partie du célèbre acquis communautaire que les États membres sont tenus de respecter au regard de la primauté du droit communautaire (Costa) <sup>(185)</sup>. Les États membres sont par conséquent obligés de rendre efficaces, dans leurs systèmes juridiques nationaux, les diverses interdictions de discrimination indirecte.

Dans ce contexte, les juridictions nationales jouent un rôle très important. En assurant la conformité des lois nationales avec les normes du droit communautaire, ces juridictions peuvent être guidées par la jurisprudence de la Cour de justice, comme cela a été discuté dans le présent rapport. Lorsqu'une juridiction a des doutes sur le sens du droit communautaire et ne parvient pas à trouver de réponse dans la jurisprudence de la Cour de justice, elle devrait envisager un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice en vertu de l'article 234 du traité CE <sup>(186)</sup>. Comme Senden (2008, p. 384) l'a récemment montré en relation avec la législation sur l'égalité des sexes, l'enjeu que présente ce mécanisme d'unification est utilisé de manière plutôt inégale dans les différents États membres de l'UE et nécessite des améliorations.

En outre, il importe de rappeler que les directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité en matière d'emploi prévoient seulement un cadre minimum de protection contre la discrimination. Les États membres «peuvent adopter ou maintenir des dispositions plus favorables à la protection du principe de l'égalité de traitement» que celles prévues dans les directives (article 6 de la directive sur l'égalité raciale et article 8 de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi). Dans ce cadre, les États membres jouissent d'une appréciation qui devrait être utilisée pour poursuivre la mise en œuvre de l'enjeu du concept de discrimination indirecte, par exemple, en accordant aux législations nationales un champ d'application plus large que ceux des directives et en prévoyant moins d'exceptions que ne le prévoit le droit communautaire. De même, le test de proportionnalité peut être rendu plus strict dans les législations nationales par l'ajout d'une troisième condition, qui est souvent considérée comme faisant partie du principe de proportionnalité, à savoir la proportionnalité entre la gravité de l'intervention et la gravité des raisons qui la justifient, c'est-à-dire une condition selon laquelle les désavantages causés ne doivent pas être disproportionnés par rapport aux objectifs poursuivis (Tobler 2005a, p. 242).

Enfin, l'interdiction de la discrimination indirecte peut et devrait être soutenue dans les États membres à l'aide d'actions législatives et non législatives supplémentaires, par exemple des mesures visant à accroître la prise de conscience vis-à-vis du problème de la discrimination indirecte, ou des mesures visant à s'attaquer aux problèmes structurels qui sont en lumière dans les conclusions de discrimination indirecte. Ici aussi, les obligations qu'ont les États membres en vertu du droit international public de se lancer dans l'ingénierie sociale pour lutter contre la discrimination prennent une signification particulière dans ce contexte.

<sup>(185)</sup> Affaire 6/64, Flaminio Costa/ENEL (1964), Recueil 585.

<sup>(186)</sup> Pour obtenir des conseils de la Cour de justice sur la manière d'introduire ladite procédure, veuillez consulter la note informative de la Cour sur l'introduction des procédures préjudicielles: <http://curia.europa.eu/en/instit/txtdocfr/index.htm>.

# Liste des affaires

## Cour européenne de justice

- Affaire 2/56, Sociétés minières du bassin de la Ruhr groupées au sein du comptoir de vente du charbon de la Ruhr Geitling et comptoir de vente du charbon de la Ruhr Geitling/Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier.
- Affaire 6/64, Flaminio Costa/ENEL (1964), Recueil 585.
- Affaire 15/69, Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG/Salvatore Ugliola (1969), Recueil 363.
- Affaire 20/71, Luisa Sabbatini, née Bertoni/Parlement européen (1972), Recueil 345.
- Affaire 152/73, Giovanni Maria Sotgiu/Deutsche Bundespost (1974), Recueil 153.
- Affaire 149/77, Gabrielle Defrenne/SABENA (1978), Recueil 1365 (Defrenne III).
- Affaire 96/80, J. P. Jenkins/Kinsgate (Clothing Productions) Ltd (1981), Recueil 911.
- Affaire 143/83, Commission/Denmark (1985), Recueil 427.
- Affaire 170/84, Bilka-Kaufhaus GmbH/Karin Weber von Hartz (1986), Recueil 1607.
- Affaire 262/84, Vera Mia Beets-Proper/F. Van Lanschot Bankiers NV (1986), Recueil 773.
- Affaire 150/85, Jacqueline Drake/Chief Adjudication Officer (1986), Recueil 1995.
- Affaire 237/85, Gisela Rummler/Dato-Druck GmbH (1986), Recueil 2101.
- Affaire 109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening (agissant pour Danfoss) (1989), Recueil 3199.
- Affaire 171/88, Ingrid Rinner-Kühn/FWW Spezial Gebäudereinigung GmbH & Co. KG (1989), Recueil 2743.
- Affaire C-177/88, Johanna Pacifica Dekker/Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV Centrum) Plus (1990), Recueil I-3941.
- Affaire C-262/88, Douglas Harvey Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group (1990), Recueil I-1889.
- Affaire C-229/89, Commission/Belgique (1991), Recueil I-2205.
- Affaire C-189/91, Petra Kirsammer-Hack/Nurhan Sidal (1993), Recueil I-6185.
- Affaire C-226/91, Jan Molenbroek/Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank (1992), Recueil I-5943.
- Affaire C-19/92, Dieter Kraus/Land Baden-Württemberg (1993), Recueil I-1663.
- Affaire C-127/92, Dr. Pamela Mary Enderby/Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health (1993), Recueil I-5535.
- Affaire C-278/93, Edith Freers et Hannelore Speckmann/Deutsche Bundespost (1996), Recueil I-1165.
- Affaire C-317/93, Inge Nolte/Landesversicherungsanstalt Hannover (1995), Recueil I-4625.
- Affaire C-444/93, Ursula Megner et Hildegard Scheffel/Innungskrankenkasse Vorderpfalz, devenue Innungskrankenkasse Rheinhessen-Pfalz (1995), Recueil I-4741.
- Affaire C-237/94, John O'Flynn/Adjudication Officer (1996), Recueil I-2617.
- Affaire C-158/97, Georg Badeck e.a. (2000), Recueil I-1875.
- Affaire C-167/97, The Queen/Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith et Laura Perez (1999), Recueil I-623.
- Affaire C-281/97, Andrea Krüger/Kreiskrankenhaus Ebersberg (1999), Recueil I-5127.
- Affaire C-309/97, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse/Wiener Gebietskrankenkasse (1999), Recueil I-2865.
- Affaire C-226/98, Brigitte Jørgensen/Foreningen af Speciallæger et Sygesikringens Forhandlingsudvalg (2000), Recueil I-2447.
- Affaire C-236/98, Jämställdhetsombudsmannen/Örebro läns landsting (2000), Recueil I-2189.
- Affaire C-322/98, Bärbel Kachelmann/Bankhaus Hermann Lampe KG (2000), Recueil I-7505.
- Affaire C-79/99, Julia Schnorbus/Land Hessen (2000), Recueil I-10997.
- Affaire C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge et Republik Österreich (2003), Recueil I-5659.
- Affaire C-256/01, Debra Allonby/Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional et Secretary of State for Education and Employment (2004), Recueil I-873.
- Affaire C-296/01, Commission/France (2003), Recueil I-13909.

- Affaires jointes C-4/02 et C-5/02, Hilde Schönheit/Stadt Frankfurt am Main et Silvia Becker/Land Hessen (2003), Recueil I-12575.
- Affaire C-25/02, Katharina Rinke/Ärztchamber Hamburg (2003), Recueil I-8349.
- Affaire C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn (2004), Recueil I-9609.
- Affaire C-58/02, Commission/Spain (2004), Recueil I-621.
- Affaire C-77/02, Erika Steinicke/Bundesanstalt für Arbeit (2003), Recueil I-9027.
- Affaire C-138/02, Brian Francis Collins/Secretary of State for Work and Pensions (2004), Recueil I-2703.
- Affaire C-157/02, Rieser Internationale Transporte GmbH/Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- AG (Asfinag) (2004), Recueil I-1477.
- Affaire C-196/02, Vasiliki Nikoloudi/Organismos Tilepikoinonion Ellados AE (2005), Recueil I-1789.
- Affaire C-220/02, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten/Wirtschaftskammer Österreich (2004), Recueil I-5907.
- Affaire C-313/02, Nicole Wippel/Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG (2004), Recueil I-9483.
- Affaire C-422/02 P, Europe Chemi-Con (Deutschland) GmbH/Conseil et Commission (2005), Recueil I-791.
- Affaire C-147/03, Commission/Autriche (2005), Recueil I-5969.
- Affaire C-144/04, Werner Mangold/Rüdiger Helm (2005), Recueil 9981.
- Affaire C-17/05, B. F. Cadman/Health & Safety Executive (2006), Recueil I-9583.
- Affaire C-13/05, Sonia Chacón Navas/Eurest Colectividades SA (2006), Recueil I-6467.
- Affaire C-307/05, Yolanda Del Cerro Alonso/Osakidetza-Servicio Vasco de Salud (2007), Recueil I-7109.
- Affaire C-411/05, Félix Palacios de la Villa/Cortefiel Servicios SA, arrêt du 16 octobre 2007 (non encore publié).
- Affaire C-438/05, International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union/Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti, arrêt du 11 décembre 2007 (non encore publié).
- Affaire C-267/06, Tadao Maruko/Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2008 (non encore publié).
- Affaire C-300/06, Ursula Voss/Land Berlin, arrêt du 6 décembre 2007 (non encore publié).
- Affaire C-303/06, S. Coleman/Attridge Law and Steve Law, arrêt du 17 juillet 2008 (non encore publié).
- Affaire C-390/06, Nuova Agricast Srl/Ministero delle Attività Produttive, arrêt du 15 avril 2008 (non encore publié).
- Affaire C-427/06, Brigit Bartsch/Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH, arrêt du 23 septembre 2008 (non encore publié).
- Affaire C-54/07, Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding/Firma Feryn NV, arrêt du 10 juillet 2008 (non encore publié).
- Affaires jointes C-55/07 et C-56/07, Othmar Michaeler, Subito GmbH and Ruth Volgger/Amt für sozialen Arbeitsschutz, Autonome Provinz Bozen, arrêt du 24 avril 2008 (non encore publié).
- Affaire C-164/07, James Wood/Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions, arrêt du 5 juin 2008 (non encore publié).
- Affaire C-555/07, Seda Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG, pendante.
- Affaire C-88/08, David Hütter/Technische Universität Graz, pendante.

## Cour européenne des droits de l'homme

- Marckx/Belgique, 13 juin 1979, publ. ECHR, Recueil A, Vol. 31.
- Thlimmenos/Grèce, 6 avril 2000, Rep. 2000-IV.
- Hugh Jordan/Royaume-Uni, 4 mai 2001, requête n° 24746/94.
- Hoogendijk/Pays-Bas, 6 janvier 2005, 40 EHRR SE 22.
- D. H. e.a./République tchèque, 13 novembre 2007, requête n° 57325/00.

## Cour suprême des États-Unis

Griggs/Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971).



Dylan | 1999

## Bibliographie

Mark Bell/Lisa Waddington, «Reflecting on inequalities in European equality law» («Réfléter les inégalités dans la législation européenne relative à l'égalité»), *European Law Review* (Revue sur la législation européenne), 2003, p. 349-369.

Mark Bell, «EU anti-racism policy: the leader of the pack?» («La politique de l'UE en matière d'antiracisme: une politique chef de file») dans: Helen Meenan (ed.), *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives* (La législation relative à l'égalité dans une Union européenne élargie. Comprendre l'article 13 des directives), Cambridge, Cambridge University Press 2007, p. 178-201 (cité «Bell 2007a»).

Mark Bell, «Direct Discrimination» («La discrimination directe»), dans: Dagmar Schiek/Lisa Waddington/Mark Bell (eds), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Affaires, documents et textes relatifs à la législation nationale, supranationale et internationale), Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing 2007, p. 185-322 (cité «Bell 2007b»).

Mark Bell/Isabelle Chopin/Fiona Palmer, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe. The 25 EU Member States compared* (Développer la législation relative à l'antidiscrimination en Europe. Comparaison des 25 États membres de l'UE) (Le réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination), Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007.

Aileen Colgan, *Discrimination Law* (Le droit en matière de discrimination), 2<sup>e</sup> édition, Oxford, Hart Publishing, 2005.

Commission européenne, *Mettre l'égalité en pratique. Quel rôle pour l'action positive?*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007.

Commission européenne, *Manuel européen sur les données relatives à l'égalité*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007.

Michael Connolly, *Discrimination Law* (Le droit en matière de discrimination), London, Sweet & Maxwell, 2006.

Paul Craig, «The Treaty of Lisbon: Process, architecture and substance» («Le traité de Lisbonne: processus, architecture et substance»), *European Law Review* (Revue sur la législation européenne), 2008, p. 137-166.

Olivier De Schutter, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law. Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives* (L'interdiction de la discrimination dans le droit européen relatif aux droits de l'homme. Pertinence des directives de l'UE sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi) (Le réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination), Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2005.

Marc De Vos, «Beyond Formal Equality. Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC» («Au-delà de l'égalité formelle. L'action positive en vertu des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE») (Le réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination), Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007.

Michael Dougan, «The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts» («Le traité de Lisbonne 2007: convaincre au lieu de séduire»), *Common Market Law Review* (Revue sur la législation du marché commun), 2008, p. 617-703.



Oran Doyle, «Direct Discrimination, Indirect Discrimination and Autonomy» («La discrimination directe, la discrimination indirecte et l'autonomie»), *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, p. 537-553.

Lilla Farkas, Segregation of Roma Children in Education. Addressing Structural Discrimination through the Race Equality Directive (Ségrégation des enfants roms dans l'enseignement. Lutter contre la discrimination structurelle par le biais de la directive sur l'égalité raciale) (Le réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination), Luxembourg, Office des publications officielles des communautés européennes, 2007.

Barry Fitzpatrick, «The “mainstreaming” of sexual orientation into European equality law» («L'intégration des questions relatives à l'orientation sexuelle dans le droit européen en matière d'égalité»), dans: Helen Meenan (ed.), *Equality law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives* (La législation européenne relative à l'égalité dans une Union européenne élargie. Comprendre l'article 13 des directives), Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 313-341.

Sandra Fredman, *Discrimination Law* (Le droit sur la discrimination), Oxford, Oxford University Press, 2002.

Sandra Fredman, «The Age of Equality» («L'âge de l'égalité»), dans: Sandra Fredman/Sarah Spencer (eds), *Age as an Equality Issue* (L'âge et l'égalité), Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2003, p. 21-69.

Sandra Fredman, «Changing the Norm: Positive Duties in Equal Treatment Legislation» («Changer la norme: les devoirs positifs dans la législation relative à l'égalité de traitement»), *Journal of European and Comparative Law* (Revue sur le droit européen et le droit comparatif) 2005, special issue: Thirty Years of EU Sex Equality Law (compiled and guest-edited by Tamara Hervey) [édition spéciale: trente années de droit de l'UE sur l'égalité des sexes (élaboré sous la direction de Tamara Hervey)], p. 369-398 (cité «Fredman 2005a»).

Sandra Fredman, «Double Trouble: multiple discrimination and EU law» («Un double problème: la discrimination multiple et le droit de l'UE»), *European Anti-Discrimination Law Review* 2/2005, 13-19 (Revue sur la législation européenne relative à l'antidiscrimination) (cité «Fredman 2005b»).

Janneke H. Gerards, *Judicial review in equal treatment cases* (Revue judiciaire relative à des affaires liées à l'égalité de traitement), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2005.

Janneke H. Gerards, «Discrimination grounds» («Les motifs de discrimination»), dans: Dagmar Schiek/Lisa Waddington/Mark Bell (eds), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Affaires, documents et textes relatifs à la législation nationale, supranationale et internationale en matière de non-discrimination), Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, p. 33-184.

Janneke H. Gerards, «Intensity of judicial review in equal treatment cases» («Intensité de la révision judiciaire dans les affaires relatives à l'égalité de traitement»), *Netherlands International Law Review* (Revue sur la législation internationale aux Pays-Bas), 2004, p. 135-183.

M. H. S. Gijzen, *Selected Issues in Equal Treatment Law: A multi-layered comparison of European, English and Dutch law* (Questions sélectionnées dans la législation sur l'égalité de traitement: une comparaison à plusieurs niveaux du droit européen, anglais et néerlandais), Antwerp/Oxford, Intersentia, 2006.

Morag Goodwin, «D. H. and Others v. Czech Republic: a major set-back for the development of non-discrimination norms in Europe» («D. H. e.a./République tchèque: un revers considérable pour le développement des normes de non-discrimination en Europe»), *German Law Journal* (Revue de droit allemand), 2006, p. 421-432.

Kay Hailbronner, «Hat der EuGH eine Normverwerfungskompetenz?», *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2006, 811-816.

Barbara Havelková, «Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips durch den EuGH bei der Feststellung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts», *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2008, 305-357 (à venir).

Aart Hendriks, «EHRM neemt discriminatiejurisprudentie HvJ EG indirect over», *NJCM Bulletin* 2005, 444-454.

Kristin Henrad, «Een zoektocht naar een beter begrip van een adequaat toetsingsmodel voor indirecte discriminatie», *NJCM-Bulletin* 2008, 234-250.

Bob Hepple, «Age Discrimination in Employment: Implementing the Employment Equality Directive 2000/78/EC» («La discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi: la mise en œuvre de la directive 2000/78/CE sur l'égalité de traitement en matière d'emploi»), dans: Sandra Fredman/Sarah Spencer (eds), *Age as an Equality Issue* («L'âge et l'égalité»), Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2003, 71-96.

Tamara K. Hervey, «EC Law on Justifications for Sex Discrimination in Working Life» («La législation communautaire relative aux justifications pour la discrimination fondée sur le sexe dans la vie au travail»), document de conférence de 2002, p. 103-147, texte disponible: <http://unjobs.org/authors/tamara-k.-hervey>.

Rikki Holtmaat, *Towards Different Law and Policy. The significance of Article 5a CEDAW for the elimination of structural gender discrimination, research undertaken for the Ministry of Social Affairs and Employment in the Netherlands* (Vers une politique et une législation différentes. La signification de l'article 5a de la convention CEDAW pour l'élimination de la discrimination structurelle fondée sur le genre, recherche menée pour le ministère des affaires sociales et de l'emploi aux Pays-Bas) texte disponible: [http://www.rikkiholtmaat.nl/e\\_index1.html](http://www.rikkiholtmaat.nl/e_index1.html) sous «English publications» (publications en anglais).

Rikki Holtmaat/Christa Tobler, «CEDAW and the European Union's Policy in the Field of Combating Gender Discrimination» («La CEDAW et la politique de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre la discrimination des genres»), *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (Revue de Maastricht du droit européen et du droit comparatif) 2005, Special issue: Thirty Years of EU Sex Equality Law (édition spéciale: trente années de droit de l'UE sur l'égalité des sexes) (élaboré sous la direction de Tamara Hervey), p. 399-425.

Titia Loenen, «Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution» («La discrimination indirecte: osciller entre l'endiguement et la révolution») dans: Titia Loenen & Peter R. Rodrigues (eds), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives* (Le droit en matière de non-discrimination: perspectives comparatives), La Haye/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 195-211.

Titia Loenen, «Kopftuch ja, Burka nein? Gedanken zur Beschränkung der Glaubensfreiheit in Bezug auf gesichtsbedeckende Schleier», dans: Kathrin Arioli/Michelle Cottier/Patricia Farahmand/Zita Küng (eds), *Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?*, Zurich/St. Gallen, Dike und Baden-Baden, Nomos, 2008, 321-322.

Catharine A. MacKinnon, *Sex Equality* (L'égalité des sexes), University Casebook Series, New York, Foundation Press, 2001.

Timo Makkonen, *Measuring Discrimination. Data Collection and EU Equality Law* (Mesurer la discrimination, collecte des données et droit de l'UE en matière d'égalité) (Le réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination), Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007.

Christopher McCrudden, «Thinking about the discrimination directives» («Une réflexion sur les directives relatives à la discrimination»), *European Anti-Discrimination Law Review* (Revue sur la législation européenne relative à l'anti-discrimination), 2005, p. 17-21.

Christopher McCrudden/Haris Kountouros, «Human rights and European equality law», dans: Helen Meenan (ed), *Equality law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives* (Le droit en matière d'égalité dans une Union européenne élargie. Comprendre l'article 13 des directives), Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 73-116.

Denis Martin, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

Helen Meenan, «Age discrimination — of Cinderella and the golden bough» («La discrimination fondée sur l'âge, sur Cendrillon et le Rameau d'or»), dans: Helen Meenan (ed), *Equality law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives* (La législation relative à l'égalité dans une Union européenne élargie. Comprendre l'article 13 des directives), Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 278-312.

Alexander H. E. Morawa, «The Evolving Human Right to Equality» («L'évolution des droits de l'homme vers l'égalité»), dans: *European Centre for Minority Issues/The European Academy* (Le centre européen sur les questions des minorités/l'académie européenne) Bozen/Bolzano (ed), *European Yearbook of Minority Issues* (Manuel européen sur les données relatives aux minorités) 2001/2, vol. 1, La Haye/Londres/New York, Kluwer Law International, 2003, p. 157-205.

Colm O'Cinneide, «Age discrimination and European Law» («La discrimination fondée sur l'âge et le droit européen») (Le réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination), Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2005.

Gwyneth Pitt, «Religion or belief: aiming at the right target?» («Religion ou convictions: viser la bonne cible?», dans: Helen Meenan (ed), *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives* (La législation relative à l'égalité dans une Union européenne élargie. Comprendre l'article 13 des directives), Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 202-230.

Tobias Polloczek, *Altersdiskriminierung im Licht des Europarechts*, Baden-Baden, Nomos, 2007.

Gerard Quinn, «Disability discrimination in the European Union» («La discrimination fondée sur le handicap dans l'Union européenne»), dans: Helen Meenan (ed), *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives* (La législation relative à l'égalité dans une Union européenne élargie. Comprendre l'article 13 des directives), Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 231-277.

Dagmar Schiek, «A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/???/EC amending Directive 76/207/EEC in context», («Un nouveau cadre sur l'égalité de traitement des personnes dans le droit communautaire? Les directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2002/.../CE modifiant la directive 76/207/CEE en contexte»), *European Law Journal* (Revue de droit européen), 2002, p. 290-314.

Dagmar Schiek, «Broadening the scope and the norms of EU gender equality law: towards a multidimensional conception of equality law» («Élargir le champ d'application et les normes de la législation sur l'égalité des sexes»), dans: *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005 (Revue de Maastricht du droit européen et du droit comparatif), Special issue: Thirty Years of EU Sex Equality Law (édition spéciale: trente années de droit de l'UE sur l'égalité des sexes) (élaboré sous la direction de Tamara Hervey), p. 427-466.

Dagmar Schiek, «Indirect Discrimination» («La discrimination indirecte»), dans: Dagmar Schiek/Lisa Waddington/Mark Bell (ed.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Affaires, documents et textes relatifs à la législation nationale, supranationale et internationale en matière de non-discrimination), Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, p. 323-475.

Dagmar Schiek/Lisa Waddington/Mark Bell, «A comparative perspective on non-discrimination law» («une perspective comparative du droit en matière de non-discrimination»), dans: Dagmar Schiek/Lisa Waddington/Mark Bell (ed.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Affaires, documents et textes relatifs à la législation nationale, supranationale et internationale en matière de non-discrimination), Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, p. 1-32.

Linda Senden, «Conceptual Convergence and Judicial Cooperation in Sex Equality Law» («La convergence des concepts et la coopération judiciaire dans la législation sur l'égalité des sexes»), dans: Sacha Prechal/Bert van Roermond, *The Coherence of EU Law. The Search for Unity in Divergent Concepts* (La cohérence du droit de l'UE. Rechercher l'unité dans des concepts divergents), Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 363-396.

Christa Tobler, *Indirect Discrimination* (La discrimination indirecte). Une étude de cas relative au développement du concept juridique de la discrimination indirecte dans le droit communautaire, Antwerp/Oxford, Intersentia, 2005 (cité «Tobler 2005a»).

Christa Tobler, *Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law* (Voies de recours et sanctions dans le droit communautaire en matière de non-discrimination) (Le réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination), Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2005 (cité «Tobler 2005b»).

Christa Tobler, «Putting Mangold in perspective: in response to Editorial comments, Horizontal direct effect — A law of diminishing coherence?» («Les perspectives de l'affaire Mangold: en réponse aux commentaires éditoriaux, l'effet direct horizontal — Vers une diminution de cohérence de la législation?»), *Common Market Law Review* (Revue sur la législation du marché commun), 2007, p. 1177-1183 (cité «Tobler 2007a»).

Christa Tobler, «Substantive Equality and Positive Action in EC Sex Equality Law: Can the EC oblige the Member States to Provide for Positive Action Measures?» («L'égalité de substance et l'action positive dans le droit communautaire sur l'égalité des sexes: la CE peut-elle contraindre les États membres à prévoir des mesures d'action positive?», IISL sous format électronique: Judy Fudge (ed), *Equality as a social Right: Towards a Concept of Substantive Equality in Comparative and International Law*, (L'égalité comme un droit social: vers un concept de l'égalité de substance dans le droit comparatif et le droit international), disponible sur: <http://www.iisj.net/antBuspre.asp?cod=3640&nombre=3640&ppt=1&session=1347>, affiché en mars 2007 (cité «Tobler 2007b»).

Christa Tobler, «Altersdiskriminierung im EG-Recht», dans: Astrid Epiney/Markus Wyssling (eds), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007* (Annuaire suisse de droit européen 2006/2007), Berne, Stämpfli/Zürich, Schulthess, 2007, p. 283-303 (cité «Tobler 2007c»).

Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law*, second edition (Les principes généraux du droit de l'Union européenne, 2<sup>e</sup> édition) Oxford, Oxford University Press, 2006.

A. G. Veldman, «Neutraal onderscheid in arbeidsvoorwaarden kan direct discriminatie zijn», *Sociaal recht* 2005, 190-193.

Lucy Vickers, «Religion and Belief Discrimination in Employment — the EU Law» («Discrimination fondée sur la religion et les convictions dans le domaine de l'emploi — le droit communautaire») (Le réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination), Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2006.

Kees Waaldijk/Matteo Bonini-Baraldi, *Sexual Orientation Discrimination in the European Union: National Laws and the Employment Equality Directive* (La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans l'Union européenne), La Haye, TMC Asser Press, 2006.

Kees Waaldijk/Christa Tobler, Case note on Maruko (Dossier sur l'affaire Maruko), *Common Market Law Review* (Revue sur la législation du marché commun), 2008 (à venir).

Lisa Waddington/Mark Bell, «More equal than others: distinguishing European Union Equality Directives» («Plus égaux que d'autres: distinguer les directives de l'Union européenne relatives à l'égalité»), *Common Market Law Review* (Revue sur la législation du marché commun), 2001, p. 587-611.

Lisa Waddington, «Reasonable Accommodation» («L'aménagement raisonnable»), dans: Dagmar Schiek/Lisa Waddington/Mark Bell (eds), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Affaires, documents et textes relatifs à la législation nationale, supranationale et internationale en matière de non-discrimination), Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, p. 629-756.

Richard Whittle, «The Framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis from a disability rights perspective» («La directive-cadre en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi: une analyse du point de vue des droits du handicap»), *European Law Review* (Revue sur la législation européenne), 2002, p. 303-326.

Bert | 1952

## Annexe

# Graphiques illustrant la discrimination indirecte



Cette annexe présente plusieurs graphiques, à savoir des représentations qui illustrent graphiquement divers aspects sélectionnés qui ont été débattus dans le présent rapport. Le premier graphique présente un arbre de décision, c'est-à-dire un graphique qui montre au lecteur le chemin approprié pour traiter des cas de discrimination relevant du champ de la législation sociale communautaire débattue dans le présent rapport. Les autres graphiques sont des graphiques par sujet: ils traitent de questions particulières:

#### **Graphique 1 — Arbre de décision: cas de discrimination**

#### **Graphique 2 — Analyse juridique d'un cas de discrimination**

Lorsqu'elles analysent s'il existe une discrimination dans un cas donné, l'autorité, la Cour, la personne ou l'entité chargée de traiter le sujet devront suivre une approche composée de trois étapes, qui comprend les questions relatives au champ d'application, à la discrimination et aux dérogations.

#### **Graphique 3 — Champs d'application de la législation en matière de non-discrimination**

Les différentes parties du droit communautaire en matière de non-discrimination qui sont pertinentes dans le domaine du droit social ont différents champs d'application.

#### **Graphique 4 — Formes de discrimination**

À l'origine, le terme «discrimination» n'avait qu'une signification. Désormais, la génération la plus récente de la législation sociale en matière de non-discrimination distingue quatre formes de discrimination, dont trois sont définies dans la législation.

#### **Graphique 5 — La discrimination indirecte: aperçu**

La discrimination indirecte est un concept basé sur les effets et un concept basé sur la règle de raison.

#### **Graphique 6 — Traitement identique et traitement différent**

Le droit social européen en matière d'égalité et en matière de non-discrimination peuvent parfois signifier un traitement identique ou un traitement différent, selon la situation.

#### **Graphique 7 — Distinguer la discrimination directe de la discrimination indirecte**

La discrimination indirecte doit être distinguée de la discrimination directe. Cela peut être effectué à la fois au niveau de la nature de la mesure discriminatoire présumée et au niveau de la justification.

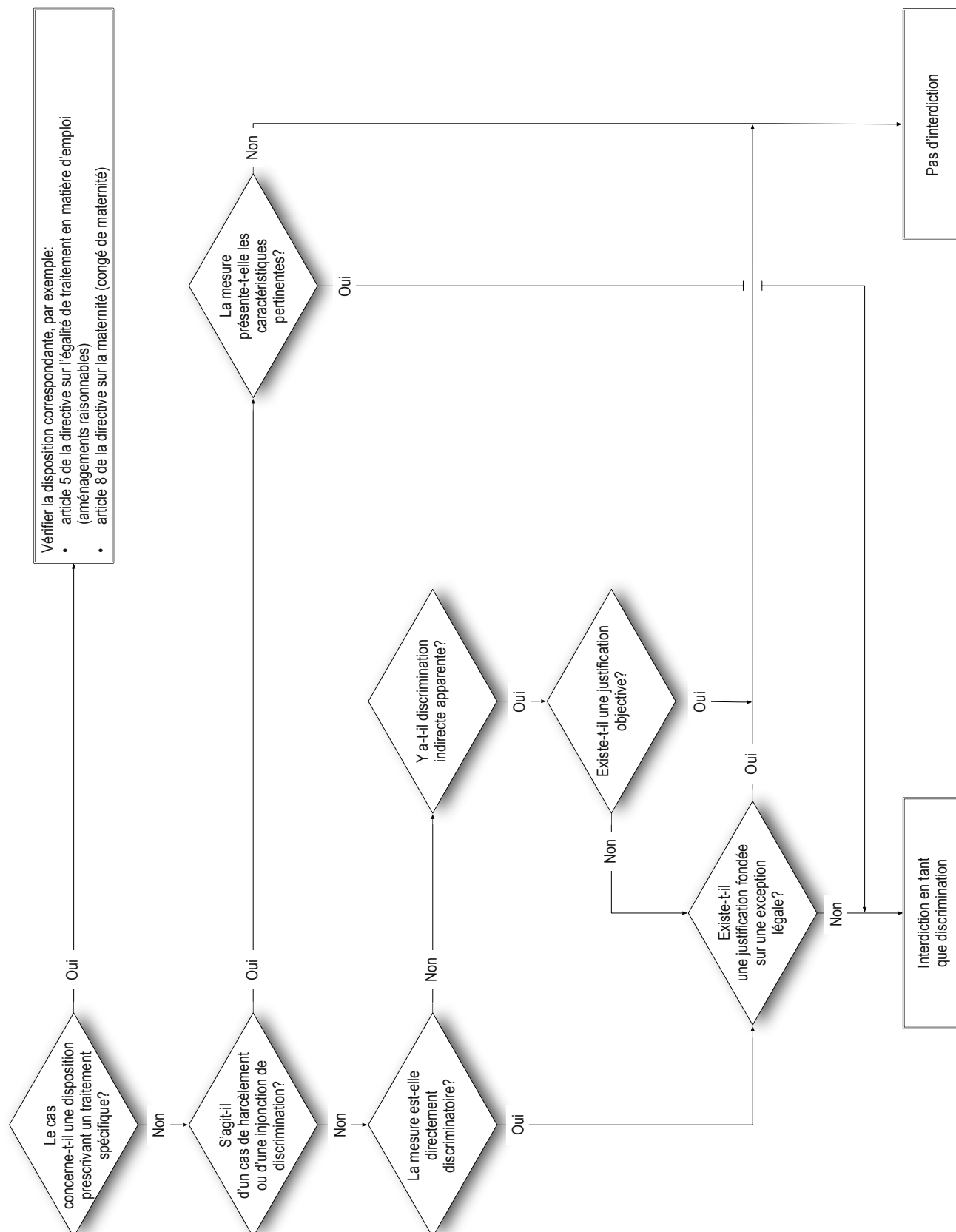
Les graphiques contenus dans la présente annexe sont basés sur des modèles qui peuvent être consultés dans:

Christa Tobler/Jacques Beglinger, *Essential EC Law in Charts* (L'essentiel du droit communautaire en graphiques), Budapest, HVG-Orac 2007.

«Essential EC Law in Charts» («L'essentiel du droit communautaire en graphiques») est issu de «EC Law in Charts Project» («Projet "le droit communautaire en graphiques"»). Pour plus d'informations sur le projet et sur le livre, veuillez consulter: <http://www.eur-charts.eu>

## Arbre de décision: cas de discrimination

Graphique 1



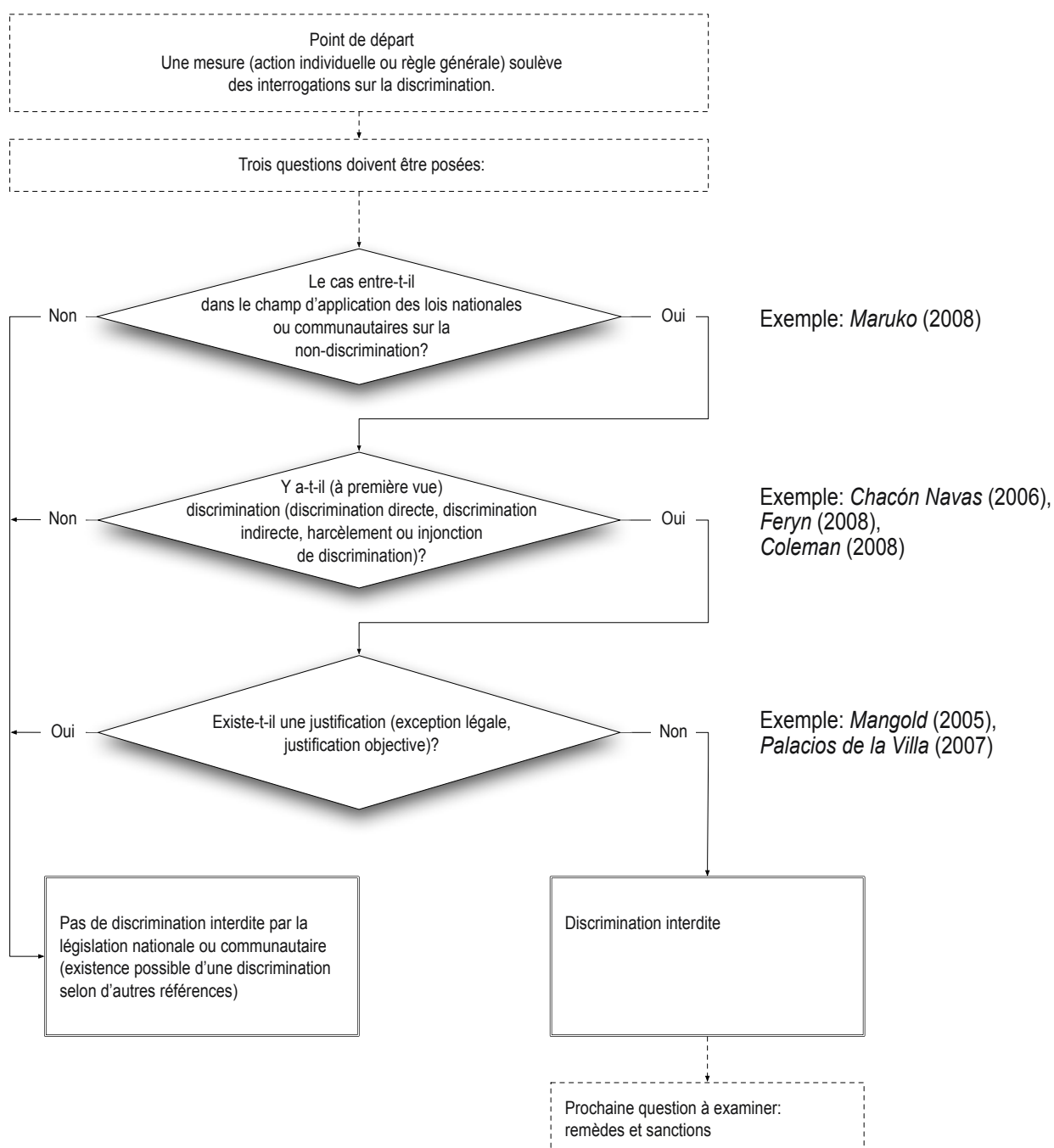
## Analyse juridique d'un cas de discrimination

Graphique 2

### Sujet

Lors d'une enquête sur l'existence d'une discrimination dans un cas donné, l'autorité, la Cour, la personne ou l'entité responsable du dossier doit suivre une procédure en trois étapes visant à déterminer le champ d'application, l'existence d'une discrimination et les dérogations.

### Analyse en trois étapes d'un cas de discrimination



## Champs d'application de la législation en matière de non-discrimination

Graphique 3

### Sujet

Les différents éléments du droit communautaire en matière de non-discrimination, pertinents pour la loi sociale, ont des champs d'application très différents.

### Champs d'application de la loi antidiscrimination

#### Application globale: article 12, paragraphe 1, du traité CE et dispositions sur la libre circulation

Dans tous les domaines du droit communautaire, interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité.  
Cela comprend des questions sociales; par exemple les avantages sociaux de l'article 7, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1612/68.

#### Application large (mais pas globale): directive 2000/43/CE

Interdiction de la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique.

La directive relative à l'égalité raciale couvre:

- l'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris en matière de promotion;
- l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation professionnelle;
- les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération;
- l'affiliation et l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou dans toute organisation dont les membres exercent une profession donnée;
- la protection sociale, y compris la sécurité sociale;
- les avantages sociaux;
- l'éducation;
- l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et de services, à la disposition du public, y compris en matière de logement.

#### Relativement étroite: loi sur l'égalité des sexes

Interdiction de la discrimination fondée sur le sexe:

- article 141 du traité CE: égalité salariale et action positive;
- directive 2006/54/CE (refonte): emploi et travail, y compris régime professionnel de sécurité sociale;
- directive 79/7/CEE (troisième directive sur l'égalité de traitement): régime légal de sécurité sociale;
- directive 86/613/CEE (cinquième directive sur l'égalité de traitement): travail indépendant, y compris dans l'agriculture;
- directive 2004/113/CE (directive relative aux biens et services): accès aux biens et services et fourniture de biens et de services, à la disposition du public.

#### Très étroite: directive 2000/78/CE

Interdiction de la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle:

- la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi couvre exclusivement l'emploi, les activités non salariées et le travail;
- il existe en outre des exceptions spécifiques en matière de discrimination fondée sur l'âge et le handicap dans les forces armées, article 3, paragraphe 4.

## Formes de discrimination

## Graphique 4

### Sujet

Au départ, le terme «discrimination» n'avait qu'une signification. Aujourd'hui, les lois les plus récentes sur la non-discrimination sociale distinguent quatre formes de discrimination, dont trois sont définies par la loi.

### Différentes formes de discrimination

#### Une seule forme de discrimination

Au départ, le terme «discrimination» signifiait «traitement inégal de situations comparables fondé explicitement sur un critère interdit».

D'après la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes:  
discrimination directe et discrimination indirecte

Ensuite, la Cour a établi une distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte; voir par exemple les arrêts *Ugliola* (1969), *Sabbatini* (1972), *Sotgiu* (1974), *Bilka* (1986) et *O'Flynn* (1996).

#### Dernière génération de directives: quatre formes de discrimination

- Directive 2000/43/CE (directive relative à l'égalité raciale)
- Directive 2000/78/CE (directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi)
- Directive 2002/73/CE (amendement de la directive 76/207/CEE sur l'égalité des sexes)
- Directive 2004/113/CE (directive relative à l'égalité des sexes dans l'accès aux biens et services)
- Directive 2006/54/CE (refonte de la directive sur l'égalité des sexes)

#### Discrimination directe

Exemple: article 2, paragraphe 2, point a), de la directive 2000/43/CE: «lorsque, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable».

#### Discrimination indirecte

Exemple: article 2, paragraphe 2, point b), de la directive 2000/43/CE: «lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, 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 ne soient appropriés et nécessaires».

#### Harcèlement

Exemple: article 2, paragraphe 3, point a), de la directive 2000/43/CE: «lorsqu'un comportement indésirable lié à la race ou aux origines ethniques se manifeste, qui a 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».

*NB:* La loi sur l'égalité des sexes fait la distinction entre le harcèlement et le harcèlement sexuel.

#### Injonction de discrimination

Mentionnée par exemple à l'article 2, paragraphe 4, de la directive 2000/43/CE, mais sans définition: «situation dans laquelle une personne enjoint une autre de pratiquer une discrimination directe ou indirecte ou un harcèlement sur une tierce personne».

#### Définition juridique

#### Pas de définition juridique

## La discrimination indirecte: aperçu

Graphique 5

### Sujet

La discrimination indirecte est un concept fondé sur les effets et sur la règle de raison.

### Concept juridique de la discrimination indirecte

#### Deux caractéristiques fondamentales

#### Un concept fondé sur les effets

Le plaignant doit démontrer l'existence:

d'une mesure (disposition, critère ou pratique) formellement neutre...

La mesure n'est pas fondée formellement sur le critère de discrimination invoqué, mais sur un autre motif.

... mais ayant néanmoins un effet préjudiciable.

- Étant donné le contexte dans lequel elle s'applique, la mesure n'est en fait pas neutre.
- Elle place plutôt le groupe auquel appartient le plaignant en position de désavantage.

*NB:* Aucune intention de discrimination n'est requise.

#### Preuve

Une preuve statistique doit pouvoir être apportée, même si elle n'est pas nécessaire au regard des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, mais il se peut qu'elle ne soit pas exigée par la législation nationale.

#### Un concept fondé sur la règle de raison

Il revient ensuite au défendeur de démontrer que la mesure est objectivement justifiée, c'est-à-dire qu'elle est:

fondée sur un objectif légitime...

Concept ouvert, pas de liste limitée d'objectifs acceptables.

#### Limites:

- Pas de considérations purement budgétaires.
- Pas de lien avec la discrimination en question.

... et proportionné.

- Elle est appropriée, c'est-à-dire adéquate pour atteindre l'objectif légitime.
- Elle est nécessaire, c'est-à-dire qu'une autre mesure dont l'effet discriminatoire serait moindre ou inexistant serait insuffisante.

#### Preuve

De simples généralisations ne suffisent pas. Il doit y avoir une analyse et une preuve spécifique.

## Traitement identique et traitement différent

## Graphique 6

### Sujet

Dans le droit social communautaire, égalité et non-discrimination signifient tantôt «même traitement», tantôt «traitement différent», en fonction de la situation.

### Même traitement et traitement différent dans la directive sur l'égalité raciale et dans la directive sur l'égalité en matière d'emploi

Le point de départ: un même traitement

À l'origine, dans le droit social communautaire, égalité et non-discrimination signifient «même traitement» (traitement égal). Les domaines dans lesquels un traitement différent est acceptable, voire nécessaire, sont spécifiés par la loi.

### Traitement différent

#### Possibilité de traiter différemment

#### Devoir de traiter différemment

Aménagements raisonnables pour les personnes handicapées, article 5 de la directive 2000/78/CE

#### Exigences professionnelles

Exemple  
Article 4 des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE

#### Action positive

Exemple  
article 141, paragraphe 4, du traité CE, article 3 de la directive 2006/54/CE, article 5 de la directive 2000/43/CE, article 7 de la directive 2000/78/CE

#### Sécurité publique, ordre public, santé et protection des droits des autres individus

Article 2, paragraphe 5, de la directive 2000/78/CE

*NB:* Cette possibilité ne vaut que pour cette directive particulière

#### Justification objective

- Partie de la définition de la discrimination indirecte; voir graphique 5
- Discrimination directe: uniquement fondée sur l'âge, article 6 de la directive 2000/78/CE, *Mangold* (2005)

*NB:* La loi sur l'égalité des sexes prévoit également un motif de dérogation: la protection de la femme; article 28, paragraphe 1, de la directive 2006/54/CE. Cela peut aussi être le cas dans différents cas de discrimination.



## Distinguer la discrimination directe de la discrimination indirecte

Graphique 7

### Sujet

La discrimination indirecte doit être distinguée de la discrimination directe. Cela est possible aussi bien au niveau de la nature de la mesure présumée discriminatoire qu'au niveau de la justification.

### Nécessité de la distinction

Si elles sont étroitement liées, la discrimination directe et la discrimination indirecte sont deux concepts juridiques différents, ce qui génère des conséquences dans leur application pratique (preuve, justification).

### Distinction au niveau de la nature de la mesure discriminatoire

La discrimination directe et la discrimination indirecte peuvent être distinguées au niveau de la forme et de la substance de la mesure en question.

#### Forme

Apparence externe de la mesure, qui peut être:

- soit explicitement discriminatoire;
- soit apparemment neutre.

#### Substance

Effet de la mesure, qui peut:

- soit désavantager uniquement les membres d'un groupe, y compris lorsque cela est le fruit de la nature ou le résultat d'un règlement ayant force de loi;
- soit désavantager les personnes des deux groupes, mais place celles de l'un des groupes dans une position particulièrement désavantageuse.

### Système

|   | Mesure explicitement discriminatoire                                | Mesure apparemment neutre  |
|---|---|--|
| Désavantage uniquement un groupe  | Discrimination directe; exemple: <i>Palacios de la Villa</i> (2007) | Discrimination directe; exemple: <i>Nikoloudi</i> (2005), <i>Maruko</i> (2008) |
| Désavantage les personnes des deux groupes, mais place celles de l'un des groupes dans une position particulièrement désavantageuse | (non applicable)  | Discrimination indirecte; exemple: <i>Bilka</i> (1986), <i>O'Flynn</i> (1996)  |

### Distinction au niveau de la justification

La justification objective n'est généralement pas possible en cas de discrimination indirecte, voir le graphique 6.

Commission européenne

**Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte**

Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes

2008 — 95 p. — 21 × 29,7 cm

ISBN 978-92-79-10151-9

doi: 10.2767/5705

Cette publication est disponible en version imprimée en allemand, en anglais et en français.

## **Comment vous procurer les publications de l'Union européenne?**

### **Publications payantes:**

- sur le site de l'EU Bookshop: <http://bookshop.europa.eu>;
- chez votre libraire, en lui donnant le titre, le nom de l'éditeur et/ou le numéro ISBN;
- en contactant directement un de nos agents de vente.  
Vous obtiendrez leurs coordonnées en consultant le site:  
<http://bookshop.europa.eu> ou par télécopie  
au numéro suivant: +352 2929-42758.

### **Publications gratuites:**

- sur le site de l'EU Bookshop: <http://bookshop.europa.eu>;
- auprès des représentations ou délégations de la Commission européenne.  
Vous obtiendrez leurs coordonnées en consultant le site:  
<http://ec.europa.eu> ou par télécopie au numéro suivant: +352 2929-42758.

Les **publications** de la direction générale de l'emploi,  
des affaires sociales et de l'égalité des chances vous intéressent?

Vous pouvez les télécharger:

**<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=316&langId=fr>**

ou vous abonner gratuitement en ligne:

**[http://ec.europa.eu/employment\\_social/publications/register/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/employment_social/publications/register/index_fr.htm)**

**ESmail** est la lettre d'information électronique  
de la direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances.

Vous pouvez vous abonner en ligne:

**[http://ec.europa.eu/employment\\_social/emplweb/news/esmail\\_fr.cfm](http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/news/esmail_fr.cfm)**

**<http://ec.europa.eu/social>**