



Séminaire juridique du 25 novembre 2008 sur la mise en œuvre de la législation de l'UE relative à l'égalité des chances et à l'antidiscrimination

DOCUMENT DE REFLEXION LA DISCRIMINATION INDIRECTE

Le contenu de ce document de réflexion a été rédigé par le Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination et ne reflète pas nécessairement l'opinion ou la position de la Commission européenne, Direction générale pour l'Emploi, les Affaires sociales et l'Egalité des chances

Egalité et discrimination

Dans les définitions de l'article 2 paragraphe 2 (a) (b) des directives 2000/43/CE (directive sur l'égalité raciale) et 2000/78/CE (directive sur l'égalité dans l'emploi) et de l'article 2 paragraphe 1 (b) de la directive 2006/54/CE (directive de refonte) et de l'article 2 (b) de la directive 2004/113/CE (directive Services), on trouve au moins deux concepts différents de l'égalité. Un concept d'égalité officielle, qui est enchâssé dans le concept de discrimination directe, et un concept d'égalité substantive, qui est partiellement enchâssé dans la discrimination indirecte, mais également dans les concepts d'aménagement raisonnable et de discrimination positive.

La discrimination est un phénomène complexe, à multiples facettes, profondément enraciné dans le comportement et difficile à mesurer ou à quantifier¹. Il y a discrimination lorsqu'une caractéristique particulière est utilisée pour tenter de restreindre l'accès de personnes aux possibilités d'avancement économiques, politiques, d'emploi et sociales. Les groupes de discrimination ciblés peuvent varier selon les lieux mais comprennent généralement: les femmes, les immigrés, les Roms, les personnes handicapées, les jeunes, les personnes âgées, les personnes d'une religion ou de convictions particulières, les gays et les lesbiennes, les bisexuels, les transgenres et les transsexuels².

Comme l'a soutenu la Cour de justice des Communautés européennes³, la discrimination peut survenir non seulement par l'application de règles différentes à des situations comparables mais également par l'application de la même règle à des situations différentes.

¹ Macpherson, D., McConnell, et Brue, S., *Contemporary Labour Economics*, (2006), McGraw – Hill.

² Selon une enquête d'Eurobaromètre basée sur le questionnaire couvert par le Programme d'action communautaire contre la discrimination (57.0, 2003) dans les 15 Etats membres, les formes plus souvent citées de discrimination attestée sont pour 22% la discrimination raciale ou ethnique, suivie des difficultés d'apprentissage ou des maladies mentales pour 12%, de l'incapacité physique pour 11%, de la religion ou des convictions pour 9%, de l'âge et de l'orientation sexuelle à 6% pour chaque (http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/ebs_168_exec.sum_en.pdf).

³ Affaire 342/93 Joan Gillespie et autres contre Northern Health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board et Southern Health and Social Services Board [1996], Affaire 279/93 Schumacker contre Finanzamt Köln-Altstadt [1995].



En adoptant une approche large de la discrimination, le droit communautaire contribue à la mise en œuvre de l'égalité aussi bien dans la loi que dans les faits réels.

Définition de la discrimination indirecte

Le concept de discrimination indirecte représente l'une des contributions les plus importantes apportées par le droit communautaire, que ce soit en termes de textes et de précédents⁴. Il propose une définition unique de la discrimination indirecte qui permet de détecter la discrimination dissimulée. La jurisprudence qui porte sur la discrimination indirecte dans le contexte de la loi sur l'égalité entre les hommes et les femmes offre un grand appui⁵. Ce sont habituellement les règles relatives à la discrimination indirecte qui servent de référence à l'examen de la plupart des contestations des règles, accords et pratiques de nature professionnelle. En outre, l'article 2 paragraphe 2(b) et l'article 3 des directives sur l'égalité ainsi que l'article 3 de la directive 2002/73/CE couvrent tous les aménagements de travail pour tous les motifs protégés, qu'il s'agisse de pratiques sur le lieu de travail, de critères utilisés pour promouvoir ou nommer des personnes ou pour donner accès aux avantages ou qu'il s'agisse des dispositions du contrat ou d'autres politiques, de protection sociale, d'avantages sociaux, d'éducation et d'accès aux biens et aux services pour le motif protégé d'origine ethnique ou raciale.

La discrimination indirecte est définie dans les articles 2 des directives sur l'égalité de traitement. Le préambule de la directive de refonte rappelle que "l'égalité entre les hommes et les femmes est un principe fondamental du droit communautaire en vertu de l'article 2 et de l'article 3, paragraphe 2, du traité, et la jurisprudence de la Cour de justice. Selon lesdits articles du traité, l'égalité entre les hommes et les femmes constitue une "mission" et un objectif de la Communauté et elle a l'obligation positive de la promouvoir dans toutes ses actions" (paragraphe 2).

En outre, le préambule de la directive-cadre sur l'égalité dans l'emploi (paragraphe 2) déclare que "le principe de l'égalité de traitement entre homme et femme est bien établi dans un ensemble important de textes de droit communautaire".

⁴ Une définition législative de la discrimination indirecte, qui reprend sommairement une grande part de l'évolution dans la jurisprudence depuis la première distinction établie par la Cour est incluse dans l'article 2 (2) de la directive 97/80 sur la charge de la preuve dans les affaires de discrimination fondée sur le genre.

⁵ Affaire 170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH contre Weber vom Hartz [1986], Affaire 171/88 Ingrid Rinner-Kühn contre FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG. [1989], Affaire 196/02 Nikoloudi contre Organismos Tilepikinonion Ellados AE [2005], Affaire 243/95 Kathleen Hill et Ann Stapleton contre The Revenue Commissioners et Department of Finance [1998].



Et pour ce qui concerne le développement précoce du concept de la discrimination selon la directive sur l'égalité entre les genres (directive 76/207), les préambules des directives sur l'égalité (plus précisément considérants 2 et 4) et le préambule des directives 2002/73/CE et 2004/113/EC (plus précisément considérant 2) notent que le droit de toutes les personnes à l'égalité devant la loi et la protection contre la discrimination constitue un droit universel reconnu par la Déclaration universelle des droits de l'homme, par la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Directive 2000/43/CE mentionne également la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la directive 2000/78/CE rappelle que la Convention n° 111 de l'Organisation internationale du travail interdit la discrimination dans le domaine de l'emploi et du travail.

... "fondée sur" ...

L'utilisation de l'expression "... fondée sur ..." dans les deux directives (article 1 - Objet) signifie que les juges devront prendre en considération le rôle causatif qu'a joué le motif protégé dans le traitement du plaignant. Il est assez inhabituel de trouver une preuve directe de discrimination - peu d'employeurs seraient disposés à admettre une telle discrimination, même à eux-mêmes.

Il importe de noter que la discrimination ne doit pas être intentionnelle pour être illégale dans la mesure où une personne peut agir de façon discriminatoire à l'encontre d'une autre non intentionnellement ou la discrimination pourrait fréquemment se fonder sur de fausses suppositions, telles que celle qui voudrait que le plaignant n'aurait pu convenir au lieu de travail ou n'aurait pas été compétent pour répondre aux exigences essentielles d'une fonction ou aurait causé des dommages, en tant que locataire, à la maison du défendeur. En conséquence, il est essentiel que le juge qui examine si une discrimination s'est produite identifie le rôle que le motif protégé a joué et qu'il adopte une approche ferme lorsqu'il examine la justification avancée par les personnes ou les employeurs, en particulier lorsqu'il s'agit d'un comportement indirectement discriminatoire.

La discrimination indirecte implique une disposition, un critère ou une pratique qui n'est pas apparemment discriminatoire parce qu'elle est appliquée de la même façon à tout le monde mais qui, lorsque l'on évalue son effet ou son impact, s'avère être particulièrement désavantageuse pour les personnes qui appartiennent à un ou plusieurs groupes protégés. Dans cette large définition, la plupart des règles, des accords et pratiques de l'emploi, qu'ils soient contractuels ou non contractuels, écrits ou oraux, anciens ou nouveaux, seront couverts - et il y aura plus de circonstances dans lesquelles les plaintes pour discrimination indirecte pourront être déposées.

Ce concept est novateur. Il offre la possibilité d'engager une action pendant les phases initiales d'un effet discriminatoire afin de contester effectivement une disposition, un critère ou une pratique avant même leur application; et de porter remède à des pratiques ou normes discriminatoires de façon anticipée et préventive.



La disposition peut être appliquée même en l'absence de la preuve attestant que la disposition, le critère ou la pratique aurait réellement placé une personne en situation défavorable. Il suffit que la disposition, le critère ou la pratique aurait eu cet effet pour des motifs de discrimination interdits si il/elle avait été appliqué(e).

... "un désavantage particulier"...

L'inclusion de l'expression "un désavantage particulier" à la définition de la discrimination indirecte dans l'Article 2 des directives sur l'égalité de traitement montre qu'il n'est pas nécessaire d'utiliser des comparaisons/preuves statistiques pour prouver qu'un groupe protégé est dans son ensemble touché d'une façon disproportionnée. Au lieu de cela, il est nécessaire de démontrer qu'un désavantage est vécu par des membres individuels d'un groupe protégé en raison de caractéristiques attribuables à une telle appartenance. Cette définition peut permettre de contester la discrimination indirecte liée aux critères d'emploi, même lorsque les données quantitatives relatives à son impact sur un groupe protégé ne sont pas encore disponibles (par exemple, l'incapacité intellectuelle ou l'orientation sexuelle).

Le simple fait qu'un employeur puisse appliquer la même règle (apparemment neutre) à tous les membres du personnel n'exclut pas la subsistance d'inégalités. Les caractéristiques du groupe auquel appartient la personne peuvent donner lieu à un désavantage de sorte qu'une pratique apparemment neutre désavantagera les membres de ce groupe.

... "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."

S'il existe un objectif légitime et des moyens proportionnés pour l'atteindre, la différence de traitement est justifiée lorsqu'il y a discrimination indirecte.

Il s'agit d'une exemption à l'interdiction de la discrimination indirecte décrite par les directives sur l'égalité de traitement. Selon la loi, si une disposition, un critère ou une pratique est justifié par un objectif légitime (qui, par définition, exclut toute forme de discrimination intentionnelle) et que les moyens employés pour y parvenir sont appropriés et nécessaires, alors la discrimination indirecte n'est pas illégale. Par exemple, un employeur peut être en mesure de prouver de façon convaincante que ses objectifs sont justifiés et que les moyens choisis pour y parvenir sont appropriés et nécessaires; l'employeur doit toutefois apporter une preuve réelle qui permette d'étayer toute prétention de justification objective. Si tel est le cas, une action fondée sur la discrimination indirecte ne peut aboutir. L'échec d'une action dépendra des méthodes choisies par l'employeur qui devraient correspondre à "un véritable besoin de l'entreprise". De plus, les méthodes choisies doivent être proportionnées à l'obtention de l'objectif légitime en question; selon ce principe, l'effet discriminatoire est sensiblement compensé par l'importance et les avantages de l'objectif légitime et par le fait que l'employeur n'a pas d'autre alternative que de recourir à l'action qu'il entreprend.



Questions :

- *Si un employeur exige une candidature écrite à un emploi ou impose une épreuve écrite lorsque les aptitudes d'écriture et de lecture ne sont pas particulièrement nécessaires, cette exigence constitue-t-elle une discrimination indirecte contre des personnes qui présentent des incapacités intellectuelles et sont peut-être illettrées ?*
- *Si un employeur refuse de prévoir des facilités de flexibilité des heures de travail pour les personnes qui s'occupent d'un proche dépendant, ce refus équivaut-il à une discrimination indirecte fondée sur le genre?*
- *Si le mariage ou le partenariat entre personnes du même sexe n'est pas légalement reconnu dans votre pays, ou, au cas où il le serait, si les partenaires du même sexe ne sont pas placés dans la même position que les partenaires de sexe différent, pensez-vous que ceci pourrait constituer une discrimination indirecte en termes de prestations sociales?⁶*
- *Des différences basées sur la nationalité ou les langues constituent-elles une discrimination indirecte? Si oui, existe-t-il des exemples l'illustrant dans vos pays?*

⁶ Affaire 267/06 Tadao Maruko contre Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen [2008].