

LE DROIT COMMUNAUTAIRE ET EUROPÉEN

&

LA PROHIBITION DES DISCRIMINATIONS

EN MATIÈRE D'EMPLOI ET DE TRAVAIL

février 2009

Observatoire du droit européen
Service des Etudes et de la Documentation
de la Cour de cassation

SOMMAIRE

DISCRIMINATIONS ET DROIT COMMUNAUTAIRE 1

Définitions communautaires relatives aux discriminations en droit du travail 2

| | |
|---|----|
| Discriminations directes et discriminations indirectes et notions assimilées : Harcèlement moral et harcèlement sexuel | 3 |
| Discrimination positive : une faculté légale encadrée | 7 |
| Egalité de rémunérations | 9 |
| Même travail ou "travail de valeur égale" | 12 |
| Preuve | 15 |
| Sanction d'une mesure discriminatoire | 20 |

L'approche communautaire initiale : La discrimination entre les hommes et les femmes dans les relations du travail 22

| | |
|--|----|
| Les textes de droit communautaire applicables à la discrimination entre les hommes et les femmes | 23 |
| Le principe général de l'interdiction de la discrimination entre les hommes et les femmes | 25 |
| L'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès à l'emploi et dans l'accès à la formation | 29 |
| L'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'exécution du contrat de travail | 32 |
| L'égalité de traitement entre hommes et femmes à l'occasion d'un licenciement | 34 |
| L'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les conditions d'un départ à la retraite | 41 |
| L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes et la rémunération | 44 |

Vers la création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail : La directive 2000/78/CEE du 27 novembre 2000 58

| | |
|---|----|
| Synthèse de la directive 2000/78/CE du conseil du 27 novembre 2000 : création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail | 59 |
| Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes interprétant la directive 2000/78/CE | 61 |

Transpositions en droit français des directives relatives à la discrimination en droit du travail 66

| | |
|---|----|
| Transposition en droit français de la directive 2000/78/CE | 67 |
| Transposition en droit français de la directive 2006/54/CE dite « refonte » | 70 |

| | |
|---|------------|
| LA MISE EN ŒUVRE DE LA DIRECTIVE 2000/78/CE - ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ | 72 |
| Autriche | 73 |
| Espagne | 76 |
| Italie | 80 |
| Royaume-Uni | 84 |
| La législation suédoise et la lutte contre les discriminations | 86 |
| | |
| APPROCHE DE L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME | 90 |
| Les dispositions conventionnelles en matière de discrimination | 91 |
| La jurisprudence européenne | 93 |
| | |
| BIBLIOGRAPHIE | 105 |

Cette veille est disponible en ligne sur le site intranet de la Cour de cassation, http://srv-cassation/Rpvjcc/AccueilRpvjcc_800.asp, sous la rubrique "Documentation".

Coordonnées de l'équipe de l'Observatoire du droit européen :
par mail : obs.europe.sde.courdecassation@justice.fr

ou par téléphone :

Françoise Calvez, auditeur
Anne-Claire Dubos, Greffier en chef
Aurélie Dressayre, assistante de justice
Héloïse Plaquin, assistante de justice
Elodie Salles, assistante de justice

Nous adressons des vifs remerciements pour leur collaboration à ce document à :
Hélène Gorkiewiez et Emilie Tourneau, assistantes de justice à l'Observatoire jusqu'en juin 2008 et
Alice Bonatti et Camille Bonnemort, stagiaires au sein de l'Observatoire

Préface

La lutte contre les discriminations et le renforcement de l'égalité de traitement au plan européen a touché dès 1957 le droit du travail. L'article 119 du Traité instituant les Communautés économiques européennes donnait dès l'origine aux Etats membres un objectif d'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes.

Un important arsenal législatif s'est mis en place sur ce fondement avec l'adoption de plusieurs directives en matière d'emploi en 1975 et 1976, puis en 1997 et en 2002, et enfin, avec l'intervention de la dernière directive de 2006. Cette dernière, venue refondre plusieurs textes antérieurs, vise à adapter leur rédaction à la très riche jurisprudence de la Cour de justice intervenue depuis leur entrée en vigueur. Le Traité d'Amsterdam, en 1997, a introduit un nouvel objectif de droit communautaire « combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion, les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle » (article 13 du Traité U.E). Fondée sur cette disposition, la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 met en œuvre cette ambition en matière d'emploi et de travail : créer un cadre général en faveur de l'égalité de traitement.

La présente veille est constituée de différentes fiches susceptibles d'être lues indépendamment les unes des autres et dont l'objectif est essentiellement pratique : permettre aux magistrats de disposer d'un panorama le plus complet possible des textes communautaires applicables et de leur interprétation par la Cour de justice s'agissant de la prohibition des discriminations en matière de droit du travail.

Une première partie est consacrée à la discrimination entre les hommes et les femmes. En effet, la question des discriminations en droit du travail a été abordée dans un premier temps sous le seul prisme du principe de l'égalité des rémunérations sans distinction de sexe. Dans ce chapitre, les textes et la jurisprudence communautaires y sont traités en suivant les différentes étapes ou aspects du contrat de travail : accès à l'emploi et à la formation, exécution du contrat de travail, rémunération, formation, licenciement, ou fin du contrat et retraite.

La deuxième partie s'attache à montrer l'orientation du droit communautaire depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam : favoriser un cadre général d'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail avec l'adoption de la directive 2000/78/CE.

Dans une troisième partie, différentes législations étrangères mettant en œuvre la directive 2000/78/CE sont également présentées.

Enfin, la dernière partie est consacrée à l'approche générale par la Cour européenne des droits de l'homme de la question de l'interdiction des discriminations prévue à l'article 14 de la Convention dans l'exercice des droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention. L'adoption récente du Protocole additionnel n° 12 posant le principe de l'interdiction générale des discriminations donne à cette étude une actualité particulière.

DISCRIMINATIONS

ET

DROIT COMMUNAUTAIRE

DÉFINITIONS COMMUNAUTAIRES

RELATIVES AUX DISCRIMINATIONS

EN DROIT DU TRAVAIL

DISCRIMINATIONS DIRECTES ET DISCRIMINATIONS INDIRECTES

ET NOTIONS ASSIMILÉES : HARCÈLEMENT MORAL ET HARCÈLEMENT SEXUEL

□ NOTIONS DE DISCRIMINATION ET DE HARCÈLEMENT :

- **LA DIRECTIVE 2002/73/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL DU 23 SEPTEMBRE 2002 MODIFIANT LA DIRECTIVE 76/207/CEE**, donne pour la première fois, dans le cadre de l'égalité professionnelle entre les sexes, une définition explicite de cette notion et l'élargit en même temps, par rapport à la notion jurisprudentielle, avec l'abandon de toute référence à une évaluation statistique ou du moins quantitative.

La disposition ou la pratique critiquée et apparemment neutre doit seulement désavantager particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à l'autre sexe.

- **LA DIRECTIVE 2006/54/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL, DU 5 JUILLET 2006, 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 :**

« Article 2 - Définitions

1. Aux fins de la présente directive, on entend par :

a) « **discrimination directe** » : la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ;

b) « **discrimination indirecte** » : la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires. »

- **L'ARTICLE 2 DE LA DIRECTIVE 76/207/CEE DU CONSEIL, DU 9 FÉVRIER 1976, ¹ relative à 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, modifiée en 2002, assimile déjà le harcèlement au travail à une discrimination.**

¹ La directive 76/207/CEE du Conseil ne sera abrogée que le 15 août 2009.

La nouvelle directive 2006/54/CE² (article 2 - définitions) reprend ces définitions dans les termes suivants :

« c) « **harcèlement** » : la situation dans laquelle un comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;

d) « **harcèlement sexuel** » : la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. »

□ **EXIGENCES JURISPRUDENTIELLES :**

- CRITÈRE PERMETTANT D'ÉTABLIR SI UNE MESURE PRISE AFFECTANT DIFFÉREMMENT LES HOMMES ET LES FEMMES CONSTITUE UNE DISCRIMINATION INDIRECTE AU SENS DU TRAITÉ CE :

- CJCE, **Seymour-Smith et Perez**, du 9 février 1999, C-167/97 (point 65) : *“(…) pour établir si une mesure adoptée par un État membre affecte différemment les hommes et les femmes dans une mesure telle qu'elle équivaut à une discrimination indirecte au sens de l'article 119 du traité, le juge national doit vérifier si les données statistiques disponibles indiquent qu'un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins est en mesure de remplir la condition imposée par ladite mesure. Si tel est le cas, il y a discrimination indirecte fondée sur le sexe, à moins que ladite mesure ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe”.*

- DISCRIMINATIONS DIRECTES :

La Cour a souligné à maintes reprises que le **“refus d'engagement pour cause de grossesse ne peut être opposé qu'aux femmes et constitue dès lors une discrimination directe fondée sur le sexe”** :

- CJCE, **Elisabeth Johanna Pacifica Dekker c/ Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus**, du 8 novembre 1990, C-177/88, point 12 : *“(…) Or, un refus d'engagement dû aux conséquences financières d'une absence pour cause de grossesse doit être regardé comme fondé essentiellement sur le fait de la grossesse. Une telle discrimination ne saurait être justifiée par des motifs tirés du préjudice financier subi par l'employeur en cas d'engagement d'une femme enceinte, pendant la durée de son congé de maternité”.*

- CJCE, **Carole Louise Webb c/ EMO Air Cargo (UK) Ltd**, du 14 juillet 1994, C-32/93, point 19 : *“Comme la Cour l'a dit pour droit dans un arrêt du 8 novembre 1990, **Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark** [agissant en tant que mandataire pour Birthe*

² Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006, 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.

Vibeke Hertz] (C-179/88, Rec. p. I-3979, point 13, ci -après « **arrêt Hertz** »), et réaffirmé dans un arrêt du 5 mai 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, non encore publié au Recueil, point 15), le licenciement d'un travailleur féminin en raison de sa grossesse constitue une discrimination directe fondée sur le sexe".

La Cour de justice rappelle que c'est "**en considération du risque qu'un éventuel licenciement fait peser sur la situation physique et psychique des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes, y compris du risque particulièrement grave d'inciter la travailleuse enceinte à interrompre volontairement sa grossesse, que le législateur communautaire a, en vertu de l'article 10 de la directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (JO L 348, p. 1), prévu ultérieurement une protection particulière pour la femme en édictant l'interdiction de licenciement pendant la période allant du début de la grossesse jusqu'au terme du congé de maternité**" (point 21). En l'espèce, elle précise "*que les dispositions combinées de l'article 2, paragraphe 1, et de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207 s'opposent au licenciement d'une employée qui a été engagée sans limitation de durée en vue de remplacer, dans un premier temps, une autre salariée pendant le congé de maternité de cette dernière et qui ne peut pas assurer ce remplacement, du fait qu'elle se trouve elle-même enceinte peu après son recrutement*" (point 29).

- DISCRIMINATIONS INDIRECTES :

o Démarche méthodologique de la Cour de justice

Il s'agit d'identifier une **mesure en apparence neutre** (ne faisant pas référence au sexe des salariés) **mais qui aboutit en réalité à défavoriser une proportion plus élevée de personnes d'un sexe**. Cette mesure sera réputée être une discrimination indirecte, sauf si l'employeur ou l'Etat peut justifier que le critère ou la pratique en question est nécessaire et proportionnel à des objectifs légitimes indépendamment du sexe des intéressés.

- La Cour **identifie des groupes de références comparables** c'est à dire "*des groupes comprenant chacun la totalité des travailleurs, qui compte tenu d'un ensemble de facteurs tels que la nature du travail, les conditions de formation, et les conditions de travail, peuvent être considérés comme se trouvant dans une situation comparable*".

- Elle va ensuite **comparer les proportions d'individus qui bénéficient ou ne bénéficient pas d'un avantage au sein d'un groupe avec celles établies au sein de l'autre groupe**.

Pour qu'il y ait présomption de discrimination, la différence doit être importante. Néanmoins, il résulte de l'arrêt **Seymour-Smith et Perez**, précité, que l'**existence d'un "écart moins important mais persistant et relativement constant au cours d'une longue période entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins qui remplissent la condition (...)"** litigieuse pourrait également révéler une discrimination indirecte fondée sur le sexe (point 61).

- La Cour considère **qu'il appartient alors à l'employeur de prouver** que le critère ou la pratique en cause est **nécessaire et proportionnel à l'objectif poursuivi**,

indépendamment du sexe des intéressés et que la différence de traitement subie s'explique par des raisons objectives et étrangères au sexe des personnes.

Selon la jurisprudence **Bilka - Kaufhaus GmbH c/ Karin Weber von Hartz**³, l'objectif poursuivi par l'employeur doit être **légitime et étranger à toute discrimination** : les moyens choisis par l'employeur doivent répondre "à un **besoin véritable de l'entreprise**", être "**aptes à atteindre cet objectif**" et "**nécessaires à cet effet**".

Dans cette affaire, qui concernait la politique salariale d'un grand magasin en Allemagne, la société soutenait que sa politique salariale visait à développer les emplois à temps plein en les rendant plus attractifs que le travail à temps partiel en vue d'assurer des périodes d'ouverture du magasin les plus larges possibles.

La Cour de justice indique : "*une société de grands magasins peut justifier l'adoption d'une politique comportant l'exclusion des travailleurs à temps partiel du régime de pensions d'entreprise, indépendamment de leur sexe, en faisant valoir qu'elle vise à employer le moins possible de travailleurs de ce type, lorsqu'il est constaté que les moyens choisis pour atteindre cet objectif répondent à un véritable besoin de l'entreprise, sont aptes à atteindre l'objectif en question et sont nécessaires à cet effet*" (point 37).

- La Cour de Luxembourg confie au juge national le contrôle de la justification avancée par l'employeur.

o **Illustrations jurisprudentielles :**

- CJCE, **Maria Kowalska c/ Freie und Hansestadt Hamburg**, du 27 juin 1990, C-33/89 (extrait du dispositif, point 1) : "*L'article 119 du traité CEE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à l'application d'une disposition d'une convention collective, conclue pour les services publics nationaux, qui permet aux employeurs d'exclure du bénéfice d'une indemnité temporaire en cas de cessation de la relation de travail des travailleurs à temps partiel, lorsqu'il s'avère qu'en fait un pourcentage considérablement plus faible d'hommes que de femmes travaille à temps partiel, à moins que l'employeur n'établisse que ladite disposition est justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.*"

- CJCE, **Krüger**, du 9 septembre 1999, C-281/97, dispositif : "*L'article 119 du traité CE (les articles 117 à 120 du traité CE ont été remplacés par les articles 136 CE à 143 CE) doit être interprété en ce sens que l'exclusion par une convention collective des personnes exerçant des activités salariées comportant un horaire normal inférieur à quinze heures par semaine et une rémunération normale ne dépassant pas une fraction de la base mensuelle de référence et, à ce titre, exonérées de l'assurance sociale obligatoire du bénéfice d'une prime spéciale annuelle prévue par ladite convention collective qui s'applique indépendamment du sexe du travailleur, mais qui frappe en fait un pourcentage considérablement plus élevé de femmes que d'hommes, constitue une discrimination indirecte fondée sur le sexe.*"

³ CJCE, **Bilka - Kaufhaus GmbH c/ Karin Weber von Hartz**, ci-dessous, affaire « **Bilka** », du 13 mai 1986, aff. 170/84 (extrait du dispositif, point 2).

Discrimination positive : une faculté légale encadrée

▣ **TEXTES APPLICABLES :**

- UNE FACULTÉ LÉGALE :

L'article 2 § 4 de la directive 76/207/CEE prévoit que la directive « ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes ».

- UNE FACULTÉ RENFORCÉE AVEC LE TRAITÉ D'AMSTERDAM EN VIGUEUR DEPUIS LE 1^{ER} MAI 1999 : LE NOUVEL ARTICLE 141 TCE :

Nouveau paragraphe 4 :

« Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle. »

Libellé en termes très larges, le texte ne vise plus expressément les femmes mais « le sexe sous-représenté », **avec un objectif large d'égalité de traitement.**

▣ **EXIGENCES JURISPRUDENTIELLES :**

AVANT LE TRAITÉ D'AMSTERDAM :

- CJCE, **Kalanke**, du 17 octobre 1995, C-450/93 : la Cour estime que cette disposition (article 2 § 4 de la directive 76/207/CEE) ne saurait autoriser une réglementation nationale garantissant la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes, lors de nominations ou d'avancements.

- En revanche, dès lors que la législation en cause en matière de promotion, réservant, à aptitude égale, la priorité aux femmes, comporte une clause dérogatoire permettant, pour des motifs tenant à la personne du candidat, de promouvoir un homme, cette législation est compatible avec la directive 76/207/CEE : CJCE, **Marschall**, du 11 novembre 1997, C-409/95.

☞ CJCE, **Badeck**, arrêt du 28 mars 2000, affaire C- 158/97.

DEPUIS LE TRAITÉ D'AMSTERDAM :

- CJCE, **Abrahamsson et Anderson** du 6 juillet 2000, C- 407/98 : Etait en cause la législation suédoise visant à instaurer la parité dans la fonction publique en accordant de manière

automatique la priorité aux candidats appartenant au sexe sous-représenté, dès que ceux-ci étaient suffisamment qualifiés, à la seule condition que la différence entre les mérites des candidats de chacun des sexes n'ait pas été d'une importance telle qu'il en aurait résulté un manquement à l'exigence d'objectivité lors de l'engagement.

La Cour critique le caractère flou de cette dernière condition et le fait que *“la sélection d'un candidat, parmi ceux ayant les qualifications suffisantes, repose, en dernier lieu, sur sa seule appartenance au sexe sous-représenté, et ce même si les mérites du candidat ainsi choisi sont inférieurs à ceux d'un candidat du sexe opposé. De surcroît, les candidatures ne sont pas soumises à une appréciation objective tenant compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats. Il s'ensuit qu'une telle méthode de sélection n'est pas de nature à être légitimée par l'article 2, paragraphe 4, de la directive”*. (Point 53). Au regard de l'article 141TCE, la Cour de justice estime que cette méthode de sélection *“s'avère, en toute hypothèse, disproportionnée par rapport au but poursuivi”*.

☞ CJCE, **Briheche** du 30 septembre 2004, affaire C-319/03, à propos de dispositions législatives françaises réservant aux veuves non remariées le bénéfice de l'inopposabilité des limites d'âge pour l'accès aux emplois publics.

Egalité de rémunérations

▣ **UN PRINCIPE INSCRIT DANS LES TEXTES DE DROIT COMMUNAUTAIRE :**

- L'ARTICLE 141 DU TRAITÉ CE (DEPUIS LE TRAITÉ D'AMSTERDAM, ANCIENNEMENT ARTICLE 119 CEE) :

Il établit le principe d'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins effectuant un même travail ou un travail de même valeur.

○ **L'article 141 TCE définit la notion de « rémunération » en son paragraphe 2 :**

« Aux fins du présent article, on entend par rémunération le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier ».

○ **La notion de « rémunération » vient d'être redéfinie par la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 :**

L'article 2, 1-e) de la directive 2006/54/CE relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail définit la rémunération :

« Article 2 - Définitions

1. Aux fins de la présente directive, on entend par : (...)

e) « **Rémunération** »: le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimal et tout autre avantage, payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier ».

L'article 4 de la directive concernant l'égalité de rémunération, et intitulé « Interdiction de toute discrimination », prévoit⁴ :

« **Pour un même travail ou pour un travail auquel est attribuée une valeur égale, la discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe est éliminée dans l'ensemble des éléments et conditions de rémunération (...)** ».

⁴ Une fiche de ce document est consacrée à la notion de « même travail » ou de « travail de valeur égale », p. 12 de ce document.

- L'ARTICLE 1^{ER}, PREMIER ALINÉA, DE LA DIRECTIVE 75/117 DU 10 FÉVRIER 1975 :

Cet article pose la règle générale sur l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins en ces termes :

« Le principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, qui figure à l'article 119 du traité et qui est ci-après dénommé « principe de l'égalité des rémunérations », implique, **pour un même travail ou pour un travail auquel est attribuée une valeur égale, l'élimination**, dans l'ensemble des éléments et conditions de rémunération, **de toute discrimination fondée sur le sexe**.

En particulier, lorsqu'un système de classification professionnelle est utilisé pour la détermination des rémunérations, ce système doit être basé sur des critères communs aux travailleurs masculins et féminins et établi de manière à exclure les discriminations fondées sur le sexe. »

- La directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006 ⁵ :

La directive 2006/54/CE rappelle que :

« **Le principe de l'égalité de rémunération** (...) énoncé par l'article 141 du traité et confirmé par la jurisprudence constante de la Cour de justice, **constitue un aspect important du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes et une partie essentielle de l'acquis communautaire, y compris la jurisprudence de la Cour concernant la discrimination fondée sur le sexe** » .

□ **UN PRINCIPE CONSACRÉ PAR LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE :**

Le principe général d'égalité interdisant de traiter de manière différente des situations comparables, à moins que la différenciation ne soit objectivement justifiée, fait partie des fondements de la Communauté.

- LES AFFAIRES *GABRIELLE DEFRENNE*⁶ : PREMIÈRES JURISPRUDENCES COMMUNAUTAIRES RENDUES EN MATIÈRE DE DISCRIMINATION SEXUELLE SE RAPPORTANT À LA RÉMUNÉRATION DES SALARIÉS :

- CJCE, 8 avril 1976, affaire *Defrenne II*, 43/75, point 12 : "(...) de cette double finalité, économique et sociale, il résulte que le **principe d'égalité de rémunération fait partie des fondements de la Communauté** (...)".

⁵ Considérant n° 8 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, 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.

⁶ Affaires « Defrenne » : CJCE, *Gabrielle Defrenne c/ État belge*, du 25 mai 1971, aff. 80/70 ; CJCE, *Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, du 8 avril 1976, aff. 43/75, ci-après « *Defrenne II* » et CJCE, *Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, du 15 juin 1978, aff. 149/77.

- L'EFFET DIRECT RECONNU À L'ARTICLE 119 CEE DEVENU L'ARTICLE 141 DU TRAITÉ :

Le principe d'égalité des rémunérations entre hommes et femmes, inscrit dans le Traité de Rome, a été jugé d'effet direct :

- CJCE, **Defrenne II**, précité, du 8 avril 1976, extrait du dispositif (point n° 1) : *“Le principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins fixé par l'article 119 est susceptible d'être invoqué devant les juridictions nationales.*
- CJCE, **P. Jenkins c/ Kingsgate (Clothing Productions) Ltd**, du 31 mars 1981, aff. 96/80, extrait du dispositif (point n° 2). La Cour dit pour droit : *“Pour autant que le juge national peut établir, à l'aide des critères d'identité de travail et d'égalité de rémunération, sans l'intervention de mesures communautaires ou nationales, que le fait d'accorder pour le travail à temps partiel une rémunération par heure de travail inférieure à celle accordée pour le travail à temps plein comporte une discrimination selon la différence de sexe, les dispositions de l'article 119 du traité s'appliquent directement à une telle situation.”*
- CJCE, **Brunnhofner**, du 26 juin 2001, C- 381/99, point 80 : *“l'égalité des rémunérations doit être assurée non seulement en fonction d'une appréciation globale des avantages consentis aux travailleurs, mais également au regard de chaque élément de la rémunération pris isolément”.*

MÊME TRAVAIL” OU “TRAVAIL DE VALEUR EGALE” :

□ **UN TRAVAIL DE VALEUR ÉGALE POUR UNE ÉGALITÉ DES RÉMUNÉRATIONS :**

Dès 1986, dans un arrêt **Gisela Rummler c. Dato-Druck GmbH**⁷, la Cour a dit pour droit : “La règle, posée à l’article 1^{er}, premier alinéa, de la directive 75/117 du 10 février 1975, (...) prescrit l’élimination, dans l’ensemble des éléments et conditions de rémunération, de toute discrimination fondée sur le sexe **pour un même travail ou pour un travail auquel est attribuée une valeur égale.**

Cette règle générale est mise en oeuvre par l’alinéa 2 du même article, qui prévoit qu’un système de classification professionnel « doit être **basé sur des critères communs aux travailleurs masculins et féminins et établi de manière à exclure les discriminations fondées sur le sexe** ».

Il s’ensuit que le principe de l’égalité des rémunérations exige essentiellement la prise en considération objective de la nature du travail à accomplir. **En conséquence, un même travail ou un travail auquel est attribuée une valeur égale doit être rémunéré de la même façon, qu’il soit accompli par un homme ou par une femme.**”

En 2006, l’article 4 de la directive **2006/5/CE** relative à la mise en oeuvre du principe de l’égalité des chances et de l’égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d’emploi et de travail concernant l’égalité de rémunération, et intitulé « Interdiction de toute discrimination », prévoit :

« **Pour un même travail ou pour un travail auquel est attribuée une valeur égale, la discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe est éliminée dans l’ensemble des éléments et conditions de rémunération.**

En particulier, lorsqu’un système de classification professionnelle est utilisé pour la détermination des rémunérations, ce système est fondé sur des critères communs aux travailleurs masculins et féminins et est établi de manière à exclure les discriminations fondées sur le sexe ».

□ **LE CRITÈRE DE LA NATURE DES PRESTATIONS DE TRAVAIL EFFECTIVEMENT ACCOMPLIES :**

- CJCE, **Specialarbejderforbundet i Danmark c/ Dansk Industri**, du 31 mai 1995, C-400/93 (points 40 et 42) : La Cour souligne qu’il “**ne saurait y avoir discrimination fondée sur le sexe entre deux groupes de travailleurs que si les deux groupes effectuent, sinon le**

⁷ CJCE, **Gisela Rummler c. Dato-Druck GmbH**, du 1^{er} juillet 1986, aff. 237/85, points 11, 12 et extrait du point 13.

même travail, du moins un travail auquel est attribuée une valeur égale”.

S'agissant du rôle des juridictions internes, elle précise : *“La juridiction nationale, seule compétente pour apprécier les faits, doit en conséquence déterminer si, compte tenu d'éléments factuels relatifs à la nature des travaux effectués et aux conditions dans lesquelles ils sont effectués, une valeur égale peut leur être attribuée ou si ces éléments peuvent être considérés comme constituant des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe susceptibles de justifier d'éventuelles différences de rémunération.”*

- CJCE, **Brunnhofers**, du 26 juin 2001, C-381/99, points 42 et 48 : La Cour rappelle que *“la portée des notions de « même travail », « même poste de travail » et « travail de valeur égale » visées aux articles 119 du traité et 1^{er} de la directive [75/117/CEE], revêt un caractère purement qualitatif, en ce qu'elle s'attache exclusivement à la nature des prestations de travail effectivement accomplies par les intéressés (voir arrêts **Macarthy**,⁸ précité, point 11, et du 1^{er} juillet 1986, **Rummler**, 237/85, Rec. p. 2101, points 13 et 23)”*. (point 42).

Partant, la classification des deux travailleurs dans une même catégorie professionnelle prévue par la convention collective ne suffit pas à conclure qu'ils exercent le même travail.

La Cour considère donc qu'il incombe à la juridiction nationale de déterminer si les deux intéressés accomplissent un travail de valeur égale grâce à un faisceau d'indices, *“tels que la nature des activités effectivement confiées à chacun des travailleurs en cause au principal, les conditions de formation exigées pour leur exercice et les conditions de travail dans lesquelles ces activités sont en réalité effectuées”* (point 48).

Ces notions de caractère purement qualitatif, ne portent que sur **la nature des prestations de travail effectivement accomplies** par les intéressés.

□ **LE CLASSEMENT DE DEUX SALARIÉS DANS LA MÊME CATÉGORIE PROFESSIONNELLE PRÉVUE PAR LA CONVENTION COLLECTIVE APPLICABLE NE SUFFIT PAS À ÉTABLIR QU'ILS FONT LE « MÊME TRAVAIL » AU SENS DU DROIT COMMUNAUTAIRE :**

- CJCE, **Brunnhofers**, du 26 juin 2001, C-381/99, point 80 : *“le fait que le travailleur féminin qui prétend être victime d'une discrimination fondée sur le sexe et le travailleur masculin de référence sont classés dans la même catégorie professionnelle prévue par la convention collective régissant leur emploi n'est pas, à lui seul, suffisant pour conclure que les deux travailleurs concernés exercent un même travail ou un travail auquel est attribuée une valeur égale au sens des articles 119 du traité et 1^{er} de la directive 75/117, cette circonstance ne constituant qu'un indice parmi d'autres que ce critère est rempli.”*

- CJCE, **Specialarbejderforbundet i Danmark c/ Dansk Industri**, du 31 mai 1995, C-400/93, précité, point 3 et CJCE, **Brunnhofers**, C-381/99, précité, point 43 : *“Pour apprécier si des travailleurs exercent un même travail ou un travail auquel une valeur égale peut être attribuée, il convient de rechercher si ces travailleurs, compte tenu d'un ensemble de facteurs, tels que la nature du travail, les conditions de formation et les conditions de*

⁸ CJCE, **Macarthy Ltd contre Wendy Smith**, du 27 mars 1980, aff. 129/79.

travail, peuvent être considérés comme se trouvant dans une situation comparable.”

□ **LA FORMATION PROFESSIONNELLE COMME CRITÈRE À PRENDRE EN COMPTE :**

La formation professionnelle figure au nombre des critères permettant de vérifier si les travailleurs effectuent ou non un même travail.

Ainsi, deux catégories de salariés exerçant la même activité n'effectuent pas nécessairement le « même travail », dans le cas où cette activité est exercée sur la base d'un titre professionnel différent, résultant d'une formation professionnelle différente, et où l'une des catégories de travailleurs concernées est habilitée, en vertu du titre professionnel requis, à exercer aussi d'autres activités relevant d'un domaine plus large.

CJCE, **Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse**, du 11 mai 1999, C-309/97 (point 19) : (...) **“la formation professionnelle ne constitue donc pas seulement l'un des facteurs susceptibles de justifier objectivement une différence dans les rémunérations attribuées à des travailleurs effectuant un même travail (voir, en ce sens, arrêt du 17 octobre 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, dit « Danfoss », 109/88, Rec. p. 3199, point 23). Elle figure également au nombre des critères permettant de vérifier si les travailleurs effectuent ou non un même travail.”**

La Cour précise (point 21) que *“ne peuvent être considérés comme se trouvant dans une situation comparable deux groupes de travailleurs qui ont reçu une formation professionnelle différente et qui, en raison de l'inégale étendue de l'habilitation qui résulte de cette formation et sur la base de laquelle ils ont été recrutés, sont appelés à exercer des tâches ou des fonctions différentes”*.

La Cour considère en l'espèce que des psychologues et des médecins employés en qualité de psychothérapeutes par un même employeur n'exercent pas un « même travail » : **extrait du dispositif** : *“On ne se trouve pas en présence d'un même travail au sens de l'article 119 du traité CE (devenu, après modification, article 141 CE) ou de la directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, lorsqu'une même activité est exercée sur une longue période par des travailleurs qui ont une habilitation différente pour exercer leur profession.”*

P REUVE

▣ TEXTES APPLICABLES :

- DIRECTIVE 97/80/CE DU CONSEIL DU 15 DÉCEMBRE 1997 RELATIVE À LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES CAS DE DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE SEXE :

- Article 4 - Charge de la preuve :

« 1. Les États membres, conformément à leur système judiciaire, prennent les mesures nécessaires afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.

2. La présente directive n'empêche pas les États membres d'imposer un régime probatoire plus favorable à la partie demanderesse. »

- Article 3 - Champ d'application :

La directive s'applique aux situations couvertes par l'article 119 CEE devenu article 141 TCE, ainsi que par les directives 75/117/CEE et 76/207/CEE précitées. Elle ne s'applique pas aux procédures pénales sauf si les États membres en disposent autrement.

Cette directive a ainsi codifié et expressément étendu au principe de l'égalité de traitement au sens de la directive 76/207/CEE une jurisprudence ancienne⁹ selon laquelle *“la charge de la preuve, [incombant en principe au travailleur] peut être déplacée lorsque cela s'avère nécessaire pour ne pas priver les travailleurs victimes de discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations. Ainsi, lorsqu'une mesure qui distingue les employés selon leur temps de travail frappe défavorablement en fait un pourcentage beaucoup plus élevé de personnes de l'un ou de l'autre sexe, il incombe à l'employeur de démontrer qu'il existe des raisons objectives qui justifient la différence de traitement constatée”*.

- DIRECTIVE 2006/54/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL DU 5 JUILLET 2006 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 :

- Considérant n° 30 :

« L'adoption de règles relatives à la charge de la preuve joue un rôle important en ce qui concerne la possibilité de mettre effectivement en œuvre le principe de l'égalité de traitement.

⁹ CJCE, *Enderby*, du 27 octobre 1993, C-127/92, point 14.

Comme la Cour de justice l'a affirmé, il convient donc de prendre des dispositions de telle sorte que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse dès qu'il existe une apparence de discrimination, sauf pour les procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance nationale compétente. Il y a toutefois lieu de préciser que l'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte demeure de la compétence de l'instance nationale concernée, conformément au droit national et/ou aux pratiques nationales. En outre, il revient aux États membres de prévoir, quel que soit le stade de la procédure, un régime probatoire plus favorable à la partie demanderesse. »

- article 19 : Charge de la preuve

- « 1. Les États membres, conformément à leur système judiciaire, prennent les mesures nécessaires afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.
2. Le paragraphe 1 n'empêche pas les États membres d'imposer un régime probatoire plus favorable à la partie demanderesse.
3. Les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente.
4. Les paragraphes 1, 2 et 3 s'appliquent également :
- a) aux situations couvertes par l'article 141 du traité et, dans la mesure où il y a discrimination fondée sur le sexe, par les directives 92/85/CEE et 96/34/CE ;
 - b) dans le cadre de toute procédure civile ou administrative concernant le secteur public ou le secteur privé qui prévoit les recours selon le droit national en application des dispositions visées au point a), à l'exception des procédures gracieuses de nature volontaire ou prévues par le droit national.
5. Le présent article ne s'applique pas aux procédures pénales, sauf si les États membres en disposent autrement. »

□ **EXIGENCES JURISPRUDENTIELLES :**

- ÉTABLISSEMENT PAR LE TRAVAILLEUR D'ÉLÉMENTS DE FAITS FAISANT PRÉSUMER L'EXISTENCE D'UNE DISCRIMINATION INDIRECTE : - PRÉSUMPTION RÉFRAGABLE DE DISCRIMINATION -

- En matière de rémunération, le salarié doit apporter la preuve, que sur un nombre relativement important de salariés, la rémunération moyenne des travailleurs féminins est inférieure à celle des travailleurs masculins. Cette situation étant établie, il revient alors à l'employeur de prouver que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire :

- CJCE, 17 octobre 1989, affaire **Danfoss**,¹⁰ (point 16) : « (...) lorsqu'une entreprise applique un système de rémunération consistant dans un mécanisme de majorations individuelles appliquées aux salaires de base, qui est caractérisé par un manque total de transparence, l'employeur a la charge de prouver que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire, **dès lors que le travailleur féminin établit, par rapport à un nombre relativement important de salariés, que la rémunération moyenne des travailleurs féminins est inférieure à celle des**

¹⁰ Arrêt CJCE, *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark c/Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss*, dit « affaire **Danfoss** », du 17 octobre 1989, aff. 109/88, précité p. 14 du document.

travailleurs masculins”

En effet, selon la Cour, *“dans une situation où est en cause un mécanisme de majorations de salaire individuelles caractérisé par un manque total de transparence, les travailleurs féminins ne peuvent établir de différence qu’entre des rémunérations moyennes. Ils seraient privés de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l’égalité des rémunérations devant la juridiction nationale si le fait d’apporter cette preuve n’avait pas pour effet d’imposer à l’employeur la charge de démontrer que sa pratique salariale n’est, en réalité, pas discriminatoire”* (point 13).

- CHARGE DE LA PREUVE EN CAS DE DISCRIMINATION DIRECTE :

Le salarié isolé doit prouver l’existence d’une apparence de discrimination en établissant qu’il perçoit une rémunération inférieure à un collègue de l’autre sexe tout en exerçant un même travail ou un travail de valeur égale comparable à celui de son collègue.

C’est le cas par exemple, lorsqu’il est question d’une inégalité, d’ailleurs non contestée, d’un élément précis de la rémunération globale allouée par l’employeur à deux travailleurs isolés de sexe différent : - CJCE, **Brunnhofer**, du 26 juin 2001, C-381/99, (extrait du dispositif) : *“en règle générale, il incombe au travailleur qui s’estime victime d’une discrimination de prouver qu’il perçoit une rémunération inférieure à celle versée par l’employeur à son collègue de l’autre sexe et qu’il exerce en réalité un même travail ou un travail de valeur égale, comparable à celui effectué par son collègue de référence ; l’employeur a alors la possibilité non seulement de contester que les conditions d’application du principe de l’égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins sont réunies en l’espèce, mais également de faire valoir des motifs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe en vue de justifier la différence de rémunération constatée.”*

- RENVERSEMENT DE LA CHARGE DE LA PREUVE : NÉCESSITÉ POUR L’EMPLOYEUR DE PROUVER QUE SA POLITIQUE SALARIALE N’EST PAS DISCRIMINATOIRE

- CJCE, **Nikoloudi**, du 10 mars 2005, C-196/02 (extrait du dispositif, point n° 4) : *“Lorsqu’un employé fait valoir que le principe de l’égalité de traitement a été violé à son détriment et que celui-ci établit des faits qui permettent de présumer l’existence d’une discrimination directe ou indirecte, le droit communautaire, notamment la directive 97/80/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, doit être interprété en ce sens qu’il incombe à la partie défenderesse de prouver qu’il n’y a pas eu violation dudit principe.”*

La salariée doit, dans un premier temps, établir l’existence d’un travail comparable et d’une différence de rémunération pour ce travail entre elle-même et un travailleur de l’autre sexe, et au vu de cette apparence de discrimination, la charge de la preuve pèse dans un second temps sur l’employeur : - CJCE, **Brunnhofer**, du 26 juin 2001, précité (point 60) : *“Au cas où la requérante au principal rapporterait la preuve que les critères relatifs à l’existence d’une différence de rémunération entre un travailleur féminin et un travailleur masculin ainsi que d’un travail comparable sont remplis en l’espèce, il existerait une apparence de discrimination et il incomberait alors à l’employeur de prouver qu’il n’y a pas eu violation du principe de l’égalité des rémunérations.”*

- APPRÉCIATION DES PREUVES : APPLICATION PAR LE JUGE NATIONAL DES RÈGLES DE PROCÉDURE NATIONALES PERTINENTES SOUS RÉSERVE DU RESPECT DE DEUX PRINCIPES DE DROIT COMMUNAUTAIRE : LE PRINCIPE D'ÉQUIVALENCE ET LE PRINCIPE D'EFFECTIVITÉ :

- **Conclusions de l'avocat général** Poiares Maduro présentées le 12 mars 2008, dans l'affaire **Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, dite « Feryn »**,¹¹ (point 24) : *“S’agissant de l’appréciation, par la juridiction nationale, des preuves produites par l’employeur pour renverser ladite présomption, il y lieu de considérer que la juridiction nationale doit appliquer les règles de procédure nationales pertinentes pourvu que, en premier lieu, ces modalités ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe d’équivalence) et, en deuxième lieu, qu’elles ne rendent pas en pratique impossible ou excessivement difficile l’exercice des droits conférés par l’ordre juridique communautaire (principe d’effectivité) (18)”.*

- AUTRE ILLUSTRATION : EXISTENCE DE DÉCLARATIONS PUBLIQUES D’UN EMPLOYEUR SUR SA POLITIQUE D’EMBAUCHE - CHARGE DE LA PREUVE PESANT SUR CET EMPLOYEUR - :

- CJCE, arrêt **Feryn**, du 10 juillet 2008, C-54/07 (extrait du dispositif point n° 2) : *“Des déclarations publiques par lesquelles un employeur fait savoir que, dans le cadre de sa politique de recrutement, il n’embauchera pas de salariés ayant une certaine origine ethnique ou raciale suffisent à présumer, au sens de l’article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43, l’existence d’une politique d’embauche directement discriminatoire.*

Il incombe alors à cet employeur de prouver qu’il n’y a pas eu de violation du principe de l’égalité de traitement. Il peut le faire en démontrant que la pratique réelle d’embauche de l’entreprise ne correspond pas à ces déclarations. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier que les faits reprochés sont établis et d’apprécier si les éléments apportés au soutien des affirmations dudit employeur selon lesquelles il n’a pas violé le principe de l’égalité de traitement sont suffisants”.

- CHARGE DE LA PREUVE PESANT SUR L’ÉTAT MEMBRE EN CAS DE LÉGISLATION NATIONALE POTENTIELLEMENT DISCRIMINATOIRE :

- CJCE, **Seymour-Smith et Perez**, du 9 février 1999, C-167/97 (extrait du dispositif, points n° 4 et 5) : *“Pour établir si une mesure adoptée par un État membre affecte différemment les hommes et les femmes dans une mesure telle qu’elle équivaut à une discrimination indirecte au sens de l’article 119 du traité, le juge national doit vérifier si les données statistiques disponibles indiquent qu’un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins est en mesure de remplir la condition imposée par ladite mesure. Si tel est le cas, il y a discrimination indirecte fondée sur le sexe, à moins que ladite mesure ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe”.*

“Dans l’hypothèse où un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins serait en mesure de remplir la condition de deux années d’emploi imposée par la règle décrite au point 3 du dispositif, il incombe à l’État membre, en sa qualité

¹¹ CJCE **Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, dit « Feryn »**, C-54/07, ayant donné lieu à un arrêt du 10 juillet 2008, ci-après abordé.

d'auteur de la règle présumée discriminatoire, de faire apparaître que ladite règle répond à un objectif légitime de sa politique sociale, que ledit objectif est étranger à toute discrimination fondée sur le sexe et qu'il pouvait raisonnablement estimer que les moyens choisis étaient aptes à la réalisation de cet objectif".

- PREUVE ET DONNÉES STATISTIQUES : OFFICE DU JUGE NATIONAL

- Considérant 13 de la directive 97/80/CE :

« Considérant que l'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale ou à une autre instance compétente, conformément au droit national et/ou aux pratiques nationales ; »

- CJCE, **Seymour-Smith et Perez**, du 9 février 1999, C-167/97, points 60 et 61 : *"Il y a donc lieu de déterminer, (...) si les données statistiques disponibles indiquent qu'un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins est en mesure de remplir la condition de deux années d'emploi requise par la règle litigieuse. Une telle situation révélerait une apparence de discrimination fondée sur le sexe, à moins que la règle litigieuse ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.*

Il pourrait en être de même si les données statistiques révélaient un écart moins important mais persistant et relativement constant au cours d'une longue période entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins qui remplissent la condition de deux années d'emploi. Il appartiendrait toutefois au juge national d'apprécier les conclusions à tirer de telles données statistiques".

(...) "il convient d'abord de rappeler qu'il appartient en dernier lieu au juge national, qui est seul compétent pour apprécier les faits et pour interpréter la législation nationale, de déterminer si et dans quelle mesure une disposition législative qui s'applique indépendamment du sexe du travailleur, mais qui frappe en fait un pourcentage considérablement plus élevé de femmes que d'hommes, est justifiée par des raisons objectives et étrangères à toute discrimination fondée sur le sexe (voir arrêt du 13 juillet 1989, Rinner-Kühn, 171/88, Rec. p. 2743, point 15)" (point 67 de l'arrêt).

SANCTION D'UNE MESURE DISCRIMINATOIRE

❑ **TEXTES APPLICABLES :**

- L'ARTICLE 6 DE LA DIRECTIVE 76/207CEE :

Cet article prévoit l'obligation pour les Etats de mettre en place des voies juridictionnelles effectives et des sanctions :

« Les États membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par la non-application à son égard du principe de l'égalité de traitement au sens des articles 3, 4 et 5 de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle après, éventuellement, le recours à d'autres instances compétentes. »

- EFFET DIRECT RECONNU À L'ARTICLE 6 DE LA DIRECTIVE, SOUS CERTAINES CONDITIONS :

La Cour de Luxembourg a estimé que l'article 6 pouvait être invoqué par une personne lésée du fait d'un licenciement discriminatoire à l'encontre d'une autorité de l'Etat agissant en qualité d'employeur pour écarter une disposition nationale qui impose des limites au montant du dédommagement pouvant être obtenu à titre de réparation contrairement aux dispositions de la directive telles qu'interprétées par la Cour de justice : - CJCE, **Helen Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority**, du 2 août 1993, ¹² point 37 : *“En effet, la faculté, pour l'État, de choisir parmi les différents moyens aptes à atteindre les objectifs d'une directive n'exclut pas la possibilité, pour les particuliers, de faire valoir devant les juridictions nationales les droits dont le contenu peut être déterminé avec une précision suffisante sur la base des seules dispositions de la directive”.*

❑ **EXIGENCES JURISPRUDENTIELLES :**

- LES EXIGENCES DU DROIT COMMUNAUTAIRE EN MATIÈRE DE RÉPARATION D'UN LICENCIEMENT DISCRIMINATOIRE :

- Dans l'affaire **Marshall**, précitée, dispositif (1), la Cour de justice juge que l'article 6 s'oppose *“à ce que la réparation du préjudice subi par une personne lésée du fait d'un licenciement discriminatoire soit limitée à un plafond maximal fixé a priori ainsi que par l'absence d'intérêts destinés à compenser la perte subie par le bénéficiaire de la réparation, du fait de l'écoulement du temps jusqu'au paiement effectif du capital accordé”.*

¹² CJCE, **Helen Marshall c/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority**, du 2 août 1993, C-271/91, ci-après, « affaire **Marshall** »

- CHOIX LAISSÉ AUX ETATS MEMBRES DES MESURES DE RÉPARATION EN CAS DE VIOLATION DE L'INTERDICTION DE DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE SEXE :

- CJCE, **Sabine von Colson et Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen**, 10 avril 1984, aff. 14/83, point 18 : *“Les Etats membres sont tenus de prendre des mesures qui soient suffisamment efficaces pour atteindre l’objet de la directive et de faire en sorte que ces mesures puissent être effectivement invoquées devant les tribunaux nationaux par les personnes concernées. (...) Il convient, cependant, de constater que **la directive n’impose pas une sanction déterminée mais laisse aux Etats membres la liberté de choisir parmi les différentes solutions propres à réaliser son objectif**”.*

L'APPROCHE COMMUNAUTAIRE INITIALE :

LA DISCRIMINATION ENTRE LES HOMMES

ET LES FEMMES

DANS LES RELATIONS DU TRAVAIL

LES TEXTES DE DROIT COMMUNAUTAIRE APPLICABLES A LA DISCRIMINATION ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES

□ **L'ARTICLE 141 DU TRAITÉ CE (ANCIEN ARTICLE 119 CEE):**

« 1. Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur.
2. Aux fins du présent article, on entend par rémunération le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimal, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique :

a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure ;

b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail.

3. Le Conseil, statuant selon la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité économique et social, adopte des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, y compris le principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur.

4. Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ».

□ **SUR LA BASE DE L'ARTICLE 141 TCE (ANCIEN ARTICLE 119 CEE) ONT ÉTÉ ARRÊTÉS LES TEXTES SUIVANTS :**

- **LA DIRECTIVE 75/117/CEE DU CONSEIL DU 10 FÉVRIER 1975**, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins.

- **LA DIRECTIVE 76/207/CEE DU CONSEIL DU 9 FÉVRIER 1976**, relative à la mise en oeuvre du principe d'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, et **modifiée par la directive 2002/73/CE**.

- **LA DIRECTIVE 86/613/CEE DU CONSEIL DU 11 DÉCEMBRE 1986**, sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité.

- **LA DIRECTIVE 86/378/CEE DU CONSEIL DU 24 JUILLET 1986**, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale, **modifiée par la directive 96/97/CE** qui a étendu le texte au Royaume-Uni.

- **LA DIRECTIVE 97/80/CE DU CONSEIL, DU 15 DÉCEMBRE 1997**, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, **modifiée par la directive 98/52/CE**.

- **LA DIRECTIVE 2006/54/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL DU 5 JUILLET 2006**,¹³ 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 juillet 2006, p. 23-36.

Ce dernier texte opère la refonte de plusieurs directives actuelles en un seul, et entraînera l'abrogation avec effet au 15 août 2009 des directives 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE et 97/80/CE, citées ci-dessus.

Intégrant tous les apports de la jurisprudence communautaire, la nouvelle directive codifie les textes antérieurs sans modification du droit applicable mais en unifiant certaines définitions, celle de la rémunération notamment, ainsi que celle de la discrimination indirecte et en détaillant le champ matériel et personnel du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes.

¹³ Voir pour explications concernant la transposition de la directive 2006/54/CE, p. 69 de ce document.

LE PRINCIPE GÉNÉRAL DE L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES

En vertu de **l'article 2, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE**, le principe de l'égalité de traitement au sens des dispositions de la directive implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement, par référence notamment à l'état matrimonial ou familial.

Le texte accorde néanmoins aux Etats membres « la faculté (...) d'exclure de son champ d'application les activités professionnelles et, le cas échéant, les formations y conduisant, pour lesquelles, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante. » (paragraphe 2 de l'article 2 de la directive).

La formulation de **l'article 1^{er} de la nouvelle directive 2006/54/CE** est plus large que les textes antérieurs : elle inclue la notion « d'égalité des chances » et insiste sur la nécessité de doter ce principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes d'une effectivité procédurale.

Les termes de cet article 1^{er} sont les suivants :

« La présente directive vise à garantir 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.

À cette fin, elle contient des dispositions destinées à mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne :

- a) l'accès à l'emploi, y compris la promotion, et à la formation professionnelle ;
- b) les conditions de travail, y compris les rémunérations ;
- c) les régimes professionnels de sécurité sociale.

Elle comprend également des dispositions visant à faire en sorte que la mise en œuvre de ce principe soit rendue plus effective par l'établissement de procédures appropriées. »

□ **PRÉCISIONS SUR LE CHAMP D'APPLICATION DE LA DIRECTIVE 76/207/CEE :**

- CJCE, **P c/ S et Cornwall County Council**, du 30 avril 1996, C-13-94, points 20 et 21 : (...) *“le champ d'application de la directive ne saurait être réduit aux seules discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Compte tenu de son objet et de la nature des droits qu'elle vise à protéger, la directive a également vocation à s'appliquer aux discriminations qui trouvent leur origine, comme en l'espèce, dans la conversion sexuelle de l'intéressée. En effet, de telles discriminations sont fondées essentiellement, sinon exclusivement, sur le sexe de l'intéressé. Ainsi, lorsqu'une personne est licenciée au motif qu'elle a l'intention de subir ou qu'elle a subi une conversion sexuelle, elle fait l'objet d'un traitement défavorable par rapport aux personnes du sexe auquel elle était réputée appartenir avant cette opération.”*

□ **LA PROHIBITION DES DISCRIMINATIONS FONDÉES SUR LE SEXE
À TOUTES LES ÉTAPES DU PARCOURS PROFESSIONNEL :**

Les textes communautaires, dès la directive 76/207/CEE du 9 février 1976, ont traduit concrètement ce principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en une prohibition des discriminations fondées sur le sexe :

- pour l'accès à l'emploi, y compris dans les critères de sélection des candidats (art. 3),
- pour l'accès à l'orientation et à la formation professionnelles (art. 4),
- dans les conditions de travail et de licenciement (art. 5).

□ **LA PROHIBITION DES DISCRIMINATIONS DIRECTES ET
INDIRECTES FONDÉES SUR LE SEXE :**

- **DÉFINITIONS :**

○ **La discrimination directe est ainsi définie dans la directive 2006/54/CE :**

« 1. Aux fins de la présente directive, on entend par :

a) « **discrimination directe** » : la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ;

○ **La discrimination indirecte :**

Selon une jurisprudence constante, une réglementation nationale comporte une **discrimination indirecte** à l'encontre des travailleurs féminins lorsque, tout en étant formulée de façon neutre, elle désavantage en fait un pourcentage beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que cette différence de traitement ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe ¹⁴.

Cette approche de la discrimination indirecte, fondée sur un critère essentiellement statistique, a évolué avec la nouvelle définition donnée par la directive 2002/73/CE modifiant le texte de 1976 (directive 76/207/CEE) et selon laquelle on entend par discrimination indirecte, « **la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires.** »

Cette évolution a été confirmée par la **directive 2006/54/CE** (article 2) qui retient les définitions

¹⁴ Voir, notamment, arrêts CJCE, **Jørgensen**, du 6 avril 2000, C-226/98, point 29 ; CJCE, **Kachelmann**, du 26 septembre 2000, C-322/98, Rec. p. I-7505, point 23, et CJCE, **Rinke**, du 9 septembre 2003, C-25/02, point 33.

suivantes des différentes formes de discriminations auxquelles le harcèlement est désormais assimilé :

« 1. Aux fins de la présente directive, on entend par :

(...)

b) « **discrimination indirecte** » : la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires ;

c) « **harcèlement** » : la situation dans laquelle un comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant

d) « **harcèlement sexuel** » : la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».

- DEUX ILLUSTRATIONS JURISPRUDENTIELLES SUR LE FONDEMENT DE LA DIRECTIVE 76/207/CEE : LES AFFAIRES FRANÇAISES *BRIHECHE* ET *THIBAUT*

o A propos d'une discrimination directe :

- CJCE, *Briheche*, du 30 septembre 2004, C-319/03 : Dans cette affaire, le requérant, veuf non remarié et père d'un enfant à charge, critiquait une disposition de droit interne fixant la limite d'âge à 45 ans pour l'accès à certains concours administratifs, en ce qu'elle réservait aux « veuves non remariées » le bénéfice de l'inopposabilité des limites d'âge pour l'accès aux emplois publics, contrairement selon lui à l'objectif de la directive 76/207/CEE.

La Cour de justice, saisie d'une question préjudicielle posée par le tribunal administratif de Paris, constate l'existence d'une discrimination directe fondée sur le sexe.

Elle examine ensuite si une telle réglementation peut relever de la disposition figurant à l'article 2 paragraphe 4 de la directive 76/207/CEE aux termes de laquelle :

« ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1^{er} paragraphe 1 ».

Cette dernière disposition a pour but précis et limité d'autoriser des mesures qui, tout en étant discriminatoires selon leurs apparences, visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale ¹⁵.

Une mesure présentant ces caractéristiques doit être considérée comme compatible avec le

¹⁵ Arrêt CJCE, *Hellmut Marschall c/ Land Nordrhein-Westfalen*, du 11 novembre 1997, C-409/95, Rec. p. I-6363, point 26.

droit communautaire, **lorsqu'elle n'accorde pas de manière automatique et inconditionnelle la priorité aux candidats féminins ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins et que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats.**¹⁶

Or, la réglementation française en cause accorde une priorité absolue et inconditionnelle aux candidatures de certaines catégories de femmes, au nombre desquelles figurent les veuves non remariées qui se trouvent dans l'obligation de travailler, en réservant à celles-ci le bénéfice de l'inopposabilité des limites d'âge pour l'accès aux emplois publics, à l'exclusion des veufs non remariés se trouvant dans la même situation.

La Cour de justice dit pour droit : *“Les articles 3, paragraphe 1, et 2, paragraphe 4, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre 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, doivent être interprétés en ce sens qu'ils **s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui réserve l'inopposabilité des limites d'âge pour l'accès aux emplois publics aux veuves non remariées qui se trouvent dans l'obligation de travailler, à l'exclusion des veufs non remariés qui sont dans la même situation**”.* (dispositif).

○ A propos d'une discrimination indirecte :

- CJCE, **Thibault**, du 30 avril 1998, C-136/95 : Dans cette affaire, la Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) avait refusé de procéder à la notation de Mme Thibault pour l'année 1983.

La Cour de cassation française, a posé à la Cour de justice la question suivante : « les articles 1^{er}, paragraphe 1, 2, paragraphe 1, 5, paragraphe 1, et, éventuellement, 2, paragraphe 4, de la directive 76/207/CEE du 9 février 1976 doivent [-ils] être interprétés en ce sens qu'ils interdisent de priver une femme du droit d'être notée et, par voie de conséquence, de pouvoir profiter d'une promotion professionnelle parce qu'elle a été absente de l'entreprise en raison d'un congé de maternité. » (point 19).

L'affaire portait sur une disposition apparemment neutre, la nécessité de six mois de présence dans l'année pour pouvoir faire l'objet d'une notation par la Caisse, cette règle s'appliquant indifféremment aux hommes et aux femmes. Cependant, en pratique, cette règle défavorisait les femmes dont l'absence durant une année considérée était due en grande partie au fait qu'elles avaient bénéficié de la totalité de leur congé de maternité. L'ajout de la période de congé de maternité aux périodes de congé maladie ou autres absences assimilées pour le calcul du temps de présence requis pour le droit à notation de la salariée était donc contraire au principe d'égalité de traitement.

Ainsi, la Cour de justice a dit pour droit : *“Les articles 2, paragraphe 3, et 5, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre 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, **s'opposent à une réglementation nationale qui prive une femme du droit d'être notée et, par voie de conséquence, de pouvoir profiter d'une promotion professionnelle parce qu'elle a été absente de l'entreprise en raison d'un congé de maternité**”.* (dispositif).

¹⁶ voir, en ce sens, arrêt CJCE, **Badeck e. a.**, du 28 mars 2000, C-158/97, Rec. p. I-1875, point 23

L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE HOMMES ET FEMMES ...

... DANS L'ACCÈS A L'EMPLOI

ET DANS L'ACCÈS A LA FORMATION

□ **LA PROHIBITION DE LA DISCRIMINATION ENTRE HOMMES ET FEMMES DANS L'ACCÈS À L'EMPLOI :**

- CJCE, **Briheche**,¹⁷ du 30 septembre 2004 (dispositif) : *“Les articles 3, paragraphe 1, et 2, paragraphe 4, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre 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, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui réserve l'inopposabilité des limites d'âge pour l'accès aux emplois publics aux veuves non remariées qui se trouvent dans l'obligation de travailler, à l'exclusion des veufs non remariés qui sont dans la même situation.”*

- CJCE, **Nikoloudi**, du 10 mars 2005¹⁸ : Cette affaire porte sur une demande de titularisation. La Cour de justice, dit pour droit (extrait du dispositif) : *“(…) l'exclusion d'une possibilité de titularisation par référence, apparemment neutre quant au sexe du travailleur, à une catégorie de travailleurs qui, en vertu d'une réglementation nationale ayant force de loi, est composée exclusivement de femmes constitue une discrimination directe fondée sur le sexe au sens de la directive 76/207. Pour qu'il n'y ait pas de discrimination directe fondée sur le sexe, l'élément caractérisant la catégorie à laquelle appartient le travailleur exclu doit être de nature à placer ce travailleur dans une situation objectivement différente, au regard de la titularisation, à celle de ceux pouvant en bénéficier.”*

- CJCE, **Mahlburg**, du 3 février 2000, C-207/98 : La Cour de justice était saisie d'une demande d'interprétation de l'article 2, paragraphe 3 de la directive 76/207/CEE protégeant la femme enceinte, dans le cadre du refus opposé par un employeur d'engager une femme enceinte pour un emploi à durée indéterminée.

L'article 2 paragraphe 3 de la directive prévoit :

« La présente directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité ».

Dans cette affaire, le juge allemand avait posé une question préjudicielle à propos d'une loi allemande relative à la protection de la mère, et correspondant à la mise en oeuvre de cette possibilité de dérogation à l'égalité de traitement prévue par l'article 2, paragraphe 3, de la directive. Il demandait à la Cour s'il y avait lieu de considérer comme une discrimination fondée sur le sexe le refus pour un employeur d'engager une femme enceinte dans le cas où ce refus

¹⁷ CJCE, **Briheche**, du 30 septembre 2004, C-319/03, précité, p. 27 de ce document.

¹⁸ CJCE, **Nikoloudi**, du 10 mars 2005, C-196/02, précité, p. 17 de ce document.

était motivé par le fait que cette dernière ne pourrait pas assumer les fonctions requises par le poste dès le départ, du fait de sa grossesse, et ce en raison d'une interdiction en ce sens édictée par la législation nationale en matière de protection de la mère.

La Cour dit pour droit (dispositif de l'arrêt) : **“L'article 2, paragraphes 1 et 3 de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976 relative à la mise en oeuvre du principe d'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, s'oppose au refus d'engager une femme enceinte pour un emploi à durée indéterminée au motif qu'une interdiction légale de travail attachée à cet état fait obstacle, pour la durée de sa grossesse, à ce qu'elle occupe, dès le départ, ledit emploi.”**

❑ **CAS PARTICULIER : LES FEMMES DANS L'ARMÉE :**

- CJCE, **Angela Maria Sirdar c/ The Army Board et Secretary of State for Defence**, du 26 octobre 1999, C-273/97, dispositif :

“1) Les décisions prises par les États membres en matière d'accès à l'emploi, de formation professionnelle et de conditions de travail dans les forces armées dans le but d'assurer l'efficacité au combat ne sont pas, de manière générale, en dehors du champ d'application du droit communautaire.

2) **L'exclusion des femmes du service dans des unités combattantes spéciales telles que les Royal Marines peut être justifiée**, en vertu de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre 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, en raison de la nature et des conditions de l'exercice des activités en cause.”

Cependant, dans un arrêt plus récent, CJCE, **Tanja Kreil c/ Bundesrepublik Deutschland**, du 11 janvier 2000, C-285/98, la Cour dit pour droit : **“La directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre 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, s'oppose à l'application de dispositions nationales, telles que celles du droit allemand, qui excluent d'une manière générale les femmes des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes et qui autorisent seulement leur accès aux services de santé et aux formations de musique militaire.”** (Dispositif).

❑ **ÉGALITÉ DE TRAITEMENT DES HOMMES ET DES FEMMES EN MATIÈRE D'ACCÈS À LA FORMATION PROFESSIONNELLE :**

- CJCE, **Rinke** 16 février 2003 ¹⁹ : Dans cette affaire, la Cour devait statuer sur la compatibilité entre les directives 86/457/CEE et 93/16/CEE qui prévoient l'obligation d'effectuer à plein temps certaines parties de la formation spécifique en médecine générale, en vue d'obtenir le titre de

¹⁹ Affaire CJCE, **Rinke**, C-25/02, précitée sous note n° 14, p. 26 de ce document.

médecin généraliste et la directive 76/207 qui traite de l'interdiction de discrimination indirecte fondée sur le sexe.

La requérante, docteur en médecine avait réalisé la formation demandée, à temps partiel, afin d'obtenir son certificat de formation spécifique en médecine générale. Sa demande de validation de sa formation fut rejetée au motif qu'elle n'avait pas effectué la période de formation à temps plein. La requérante saisit les juridictions estimant que les dispositions prévoyant que la formation à temps partiel en médecine générale doit comporter un certain nombre de périodes de formation à plein temps étaient discriminatoires pour les médecins de sexe féminin.

D'abord la Cour de justice reconnaît que les dispositions en cause comportent une discrimination indirecte fondée sur le sexe dans la mesure où la formation à temps plein désavantage considérablement plus de femmes que d'hommes. Ensuite, les juges de Luxembourg recherchent si ces dispositions sont justifiées par des raisons objectives et étrangères. La Cour adopte la position soutenue par le Conseil et la Commission selon laquelle *"l'harmonisation, au niveau communautaire, de cette formation ne facilite pas uniquement la libre circulation des médecins, mais contribue également à un niveau élevé de protection de la santé publique dans la Communauté"* (point 38). Elle relève que *"le législateur communautaire doit se voir reconnaître une large marge d'appréciation qui ne saurait toutefois avoir pour effet de vider de sa substance la mise en œuvre d'un principe fondamental du droit communautaire tel que celui de l'élimination des discriminations indirectes fondées sur le sexe."* (point 39). Ainsi, elle estime que les mesures en cause atteignent les objectifs poursuivis étant donné qu'elles favorisent un exercice effectif de la médecine générale.

La Cour décide que **l'exigence de formation à temps plein à laquelle sont soumis les médecins est considérée comme justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.**

L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE HOMMES ET FEMMES ...

... DANS L'EXÉCUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL

❑ **L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 2, PARAGRAPHE 3 DE LA DIRECTIVE 76/207/CEE PROTÉGÉANT LA FEMME ENCEINTE DANS LE CADRE D'UN REFUS DE NOTATION D'UNE FEMME ENCEINTE :**

L'article 2 paragraphe 3 de la directive prévoit :

« La présente directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité ».

- CJCE, affaire **Thibault**,²⁰ (dispositif) : *“Les articles 2, paragraphe 3, et 5, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre 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, s'opposent à une réglementation nationale qui prive une femme du droit d'être notée et, par voie de conséquence, de pouvoir profiter d'une promotion professionnelle parce qu'elle a été absente de l'entreprise en raison d'un congé de maternité.”*

Toutefois, cet article ne saurait couvrir l'interdiction du travail de nuit des femmes : CJCE, **Alfred Stoeckel**, du 25 juillet 1991, aff. 345/93, point 18 : *“le souci de protection qui a inspiré à l'origine l'interdiction de principe du travail de nuit féminin n'apparaît plus fondé, et le maintien de cette interdiction, en raison de risques qui ne sont pas propres aux femmes ou de préoccupations étrangères à l'objet de la directive 76/207, ne peut pas trouver sa justification dans les dispositions de l'article 2, paragraphe 3, de cette directive, rappelées au point 3 du présent arrêt”*.

La Cour dit pour droit dans la présente affaire (dispositif) : *“L'article 5 de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre 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, est suffisamment précis pour créer à la charge des États membres l'obligation de ne pas poser en principe législatif l'interdiction du travail de nuit des femmes, même si cette obligation comporte des dérogations, alors qu'il n'existe aucune interdiction du travail de nuit pour les hommes”*.

☞ Egalement en ce sens, CJCE, **Commission des Communautés européennes c/ République française** du 13 mars 1997, C-197/96 (point 19) : *“En maintenant dans l'article L 213-1 du code du travail une interdiction du travail de nuit des femmes dans l'industrie alors qu'une telle interdiction ne s'applique pas aux hommes, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 5, paragraphe 1, de la*

²⁰ Arrêt CJCE, **Thibault**, du 30 avril 1998, C-136/95 précité pp. 27 et 28 de ce document.

directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre 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".

□ **L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 2, PARAGRAPHE 3 DE LA DIRECTIVE 76/207/CEE DANS LES MODALITÉS DE CALCUL DE L'ANCIENNETÉ PROFESSIONNELLE :**

- CJCE, affaire **Nikoloudi** ²¹ (extrait du dispositif) : ***“Lorsqu'elle frappe un pourcentage beaucoup plus élevé de travailleurs féminins que de travailleurs masculins, l'exclusion totale de l'emploi à temps partiel lors du calcul de l'ancienneté constitue une discrimination indirecte fondée sur le sexe contraire à la directive 76/207, à moins que cette exclusion ne s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Il appartient à la juridiction nationale de vérifier si tel est le cas.***

Une imputation proportionnelle de l'emploi à temps partiel, lors dudit calcul, est également contraire à cette directive, à moins que l'employeur n'établisse qu'elle est justifiée par des facteurs dont l'objectivité dépend notamment de l'objectif visé par la prise en compte de l'ancienneté et, dans le cas où il s'agirait d'une reconnaissance de l'expérience acquise, de la relation entre la nature de la fonction exercée et l'expérience que l'exercice de cette fonction apporte après un certain nombre d'heures de travail effectuées”.

²¹ Arrêt CJCE, **Nikoloudi**, du 10 mars 2005, C-196/02, précité p. 17 et 29 de ce document.

L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE HOMMES ET FEMMES ...

... A L'OCCASION D'UN LICENCIEMENT

□ **LA PROTECTION PARTICULIÈRE GARANTIE AUX FEMMES ENCEINTES :**

- PRINCIPE APPLICABLE À LA FEMME ENCEINTE :

En considération des effets dommageables que pourrait avoir un risque de licenciement sur la situation physique et psychique des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes, **l'article 10 de la directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992 a édicté une interdiction de licenciement pendant la période allant du début de la grossesse jusqu'au terme du congé de maternité.**

- INTERDICTION DU LICENCIEMENT AYANT POUR CAUSE L'ÉTAT DE GROSSESSE DE L'EMPLOYÉE :

La Cour souligne que **le licenciement d'un travailleur féminin en raison de sa grossesse constitue une discrimination directe fondée sur le sexe.** En effet, la situation d'une femme se trouvant dans l'incapacité d'accomplir la tâche pour laquelle elle a été recrutée, en raison d'une grossesse qui se serait révélée très peu de temps après la conclusion du contrat de travail, ne peut être comparée à celle d'un homme se trouvant dans la même incapacité, pour raisons médicales ou autres, l'état de grossesse n'étant aucunement assimilable à un état pathologique, *a fortiori* à une indisponibilité d'origine non médicale :

- CJCE, **Carole Louise Webb c/ EMO Air Cargo (UK) Ltd**, du 14 juillet 1994, C-32/93, (dispositif et point 25) : **“Les dispositions combinées de l'article 2, paragraphe 1, et de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre 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, s'opposent au licenciement d'une employée qui a été engagée sans limitation de durée en vue de remplacer, dans un premier temps, une autre salariée pendant le congé de maternité de cette dernière et qui ne peut pas assurer ce remplacement, du fait qu'elle se trouve elle-même enceinte peu après son recrutement.”**

- PORTÉE DE LA PROTECTION DE LA FEMME ENCEINTE CONTRE LE LICENCIEMENT EN RAISON DE SON ÉTAT DE GROSSESSE :

○ **Interdiction des mesures préparatoires au licenciement pendant la période de protection :**

- CJCE, **Paquay**, du 11 octobre 2007, C-460/06 (dispositif) : *“L’article 10 de la directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en 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 particulière au sens de l’article 16, paragraphe 1, de la directive 89/391/CEE), doit être interprété en ce sens qu’il interdit non seulement de notifier une décision de licenciement en raison de la grossesse et/ou de la naissance d’un enfant pendant la période de protection visée au paragraphe 1 de cet article, mais également de prendre des mesures préparatoires à une telle décision avant l’échéance de cette période.”*

“Une décision de licenciement en raison de la grossesse et/ou de la naissance d’un enfant est contraire aux articles 2, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, 5...) quel que soit le moment où cette décision de licenciement est notifiée et même si elle est notifiée après la fin de la période de protection prévue à l’article 10 de la directive 92/85.

Dès lors qu’une telle décision de licenciement est contraire tant à l’article 10 de la directive 92/85 qu’aux articles 2, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, de la directive 76/207, la mesure choisie par un État membre en vertu de l’article 6 de cette dernière directive pour sanctionner la violation de ces dispositions doit être au moins équivalente à celle prévue par le droit national en exécution des articles 10 et 12 de la directive 92/85.”

○ **La fécondation in vitro à un stade avancé, assimilée à une grossesse :**

- CJCE, Grande chambre, **Mayr**, du 26 février 2008, C-506/06 : Dans cette affaire, une femme ayant eu recours à un processus de procréation médicalement assistée fut licenciée alors que les embryons n’avaient pas encore été implantés.

La Cour juge contraire à la directive relative à l’égalité de traitement entre hommes et femmes, **le licenciement d’une salariée qui “se trouve à un stade avancé d’un traitement de fécondation in vitro, à savoir entre la ponction folliculaire et le transfert immédiat des ovules fécondés in vitro dans l’utérus de cette travailleuse, pour autant qu’il est démontré que ce licenciement est fondé essentiellement sur le fait que l’intéressée a subi un tel traitement.”** (dispositif).

○ **Non renouvellement d’un contrat de travail à durée déterminée constitutif d’une discrimination directe :**

- CJCE, **Jiménez Melgar**, du 4 octobre 2001, C-438/99 : La requérante était employée communale à temps partiel, recrutée en contrat à durée déterminée. Son contrat fut renouvelé à cinq reprises. Les trois derniers renouvellements ne fixaient pas de date d’expiration mais indiquaient la mission de la requérante en précisant des périodes d’accomplissement telles que les vacances scolaires ou l’année scolaire. A l’issue de chaque période contractuelle, la

requérante recevait une notification l'informant du terme de son contrat et des conditions d'un potentiel renouvellement. Au cours du cinquième renouvellement, la commune fut informée de la grossesse de la requérante. Celle-ci eut notification du terme de son contrat et des conditions de renouvellement potentiels. Un sixième renouvellement lui fut proposé qu'elle refusa au motif que son contrat précédent n'avait pas expiré, et qu'elle avait été licenciée de façon discriminatoire. La requérante exigeait la réintégration dans son emploi précédent.

La Cour dit pour droit (dispositif) : (...) *“Si l'interdiction de licenciement prévue à l'article 10 de la directive 92/85 s'applique tant aux contrats de travail à durée indéterminée qu'à ceux conclus pour une durée déterminée, le défaut de renouvellement d'un tel contrat, lorsque celui-ci est arrivé à son terme normal, ne saurait être considéré comme un licenciement interdit par ladite disposition.*

Toutefois, dans la mesure où le non-renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée est motivé par l'état de grossesse de la travailleuse, il constitue une discrimination directe fondée sur le sexe, contraire aux articles 2, paragraphe 1, et 3, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre 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.

En prévoyant que le licenciement d'une travailleuse enceinte, accouchée ou allaitante peut avoir lieu, dans des cas exceptionnels, « le cas échéant, pour autant que l'autorité compétente ait donné son accord », l'article 10, point 1, de la directive 92/85 doit être interprété en ce sens qu'il n'impose pas aux États membres l'obligation de prévoir l'intervention d'une autorité nationale qui, après avoir constaté l'existence d'un cas exceptionnel de nature à justifier le licenciement d'une telle travailleuse, donne son accord préalablement à la décision de l'employeur à cet égard”.

- CJCE, **Tele Danmark**, du 4 octobre 2001, C-109/00 : La requérante, recrutée par le service après-vente d'une entreprise de téléphonie mobile pour un contrat à durée déterminée de six mois fut licenciée un mois après sa date d'embauche au motif que l'employeur n'avait pas été informé de sa grossesse lors du recrutement.

La Cour dit pour droit (dispositif) : *“Les articles 5, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre 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, et 10 de la directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE), doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent au licenciement d'une travailleuse pour cause de grossesse*

***- lorsque cette dernière a été engagée pour une durée déterminée,
- qu'elle a omis d'informer son employeur de son état de grossesse, alors même qu'elle en avait connaissance au moment de la conclusion dudit contrat de travail,
- et que, en raison de cet état, elle ne sera pas en mesure de travailler pendant une grande partie de la durée dudit contrat.***

Le fait que la travailleuse a été engagée par une très grande entreprise employant fréquemment du personnel temporaire n'a pas d'incidence sur l'interprétation des articles 5, paragraphe 1, de la directive 76/207 et 10 de la directive 92/85.”

○ **Prohibition d'un licenciement fondé sur l'interdiction légale pour les femmes enceintes de travailler la nuit :**

- CJCE, **Habermann-Beltermann**²² (points 18, 25 et 26) : Si l'interdiction légale du travail de nuit pour les femmes enceintes est en principe compatible avec l'article 2 paragraphe 3 de la directive, il ne peut toutefois servir de base pour mettre fin à un contrat de travail à durée indéterminée existant.

Selon la Cour de justice, *"l'article 2, paragraphe 1, lu en combinaison avec les articles 3, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, de la directive 76/207, s'oppose à ce qu'un contrat de travail, sans détermination de durée, concernant un travail qui doit être effectué la nuit et conclu entre un employeur et une employée enceinte ignorant l'un et l'autre cette grossesse, d'une part, soit déclaré nul en raison de l'interdiction légale du travail de nuit qui s'applique, en vertu du droit national, pendant la grossesse et l'allaitement maternel et, d'autre part, à ce qu'il soit dénoncé par l'employeur en raison d'une erreur sur les qualités essentielles de la travailleuse lors de la conclusion du contrat"*.

○ **Interdiction d'un licenciement fondé sur les absences répétées de l'employée dues à sa grossesse :**

- CJCE, **Mary Brown c/ Rentokil Ltd**, du 30 juin 1998, C-394/96 : Dans cette affaire, la requérante était employée par une entreprise de transport en qualité de chauffeur. Des troubles liés à sa grossesse lui imposèrent des arrêts de travail successifs. Les contrats de travail des membres du personnel de cette société mentionnaient qu'en cas d'absence pour maladie de plus de 26 semaines sans interruption, le travailleur concerné, qu'il soit homme ou femme, serait licencié. Cette période de 26 semaines s'écoula sans que la requérante ne reprenne le travail. Son licenciement lui fut finalement notifié.

La Cour dit pour droit (dispositif) : *"Les articles 2, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre 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, s'opposent au licenciement d'un travailleur féminin à un moment quelconque au cours de sa grossesse en raison d'absences dues à une incapacité de travail causée par une maladie trouvant son origine dans cette grossesse.*

A cet égard, la circonstance que le travailleur féminin a été licencié au cours de sa grossesse sur la base d'une clause contractuelle permettant à l'employeur de licencier les travailleurs, quel que soit leur sexe, après un nombre déterminé de semaines d'absence continue est sans incidence."

²² CJCE, **Gabriele Habermann-Beltermann c. Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndb**, du 5 mai 1994, affaire dite « **Habermann-Beltermann** », C-421/92, arrêt précité p. 5 de ce document.

□ **LA SITUATION DES AUTRES SALARIÉS :**

- CAS DE DISCRIMINATION INDIRECTE EN MATIÈRE DE LICENCIEMENT ABUSIF :

- CJCE, **Seymour-Smith et Perez**, du 9 février 1999²³ : Les requérantes furent licenciées après avoir été employées pendant moins de deux ans. Leur recours devant les juridictions britanniques pour licenciement abusif fut rejeté au motif que les dispositions litigieuses imposaient une période d'emploi de plus de deux années.

La Cour dit pour droit (dispositif) : **“Les conditions qui déterminent si un travailleur a droit, en cas de licenciement abusif, à obtenir un dédommagement relèvent de l'article 119 du traité. En revanche, les conditions déterminant si un travailleur a droit, en cas de licenciement abusif, à obtenir sa réintégration ou son rengagement relèvent de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976 .**

Il appartient au juge national de déterminer, en tenant compte de toutes les circonstances juridiques et factuelles pertinentes, la date à laquelle il convient d'apprécier la légalité d'une règle selon laquelle la protection contre les licenciements abusifs ne s'applique qu'aux salariés ayant travaillé pendant une période minimale de deux ans.”

- CAS DE NON DISCRIMINATION HOMMES - FEMMES EN MATIÈRE DE LICENCIEMENT :

○ Travail à temps partiel, travail à temps complet et licenciement pour motif économique :

La Cour de justice, saisie d'une affaire portant sur le licenciement d'une employée de banque travaillant à temps partiel, s'est prononcée sur les discriminations en matière de licenciement pour motif économique.

La loi allemande sur la protection en matière de licenciement prévoit que le licenciement pour raisons économiques est injustifié si l'employeur, lorsqu'il a procédé au choix du salarié à licencier, n'a pas tenu compte ou a tenu compte insuffisamment des exigences sociales. La disposition légale concernée est généralement interprétée en ce sens que l'employeur ne peut librement décider qui licencier, mais doit choisir, parmi tous ses employés affectés à des postes de travail comparables à celui à supprimer, le travailleur qui sera le moins touché par la perte d'emploi (« choix social »).

Suivant la jurisprudence de la Cour fédérale du travail, deux emplois sont considérés comme « comparables » lorsque l'employeur, en vertu de son droit d'organiser l'activité de l'entreprise, peut affecter n'importe lequel des deux à l'autre emploi sans modifier les contrats de travail respectifs. Il découle en outre de la jurisprudence de cette Cour qu'il est impossible de considérer comme comparables les travailleurs à temps plein et les travailleurs à temps partiel puisque la transformation du rapport d'emploi à temps partiel en rapport d'emploi à temps plein (et vice et versa) implique en tout état de cause une modification du contrat.

²³ CJCE, **Seymour-Smith et Perez**, du 9 février 1999, C-167/97 précité pp. 4, 5, 18 et 19 de ce document.

- CJCE, **Kachelmann** ²⁴ du 26 septembre 2000 (point 35) : La Cour estime l'appréciation compatible avec la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976 : "(...) les articles 2, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, de la directive doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une interprétation d'une disposition nationale, telle que l'article 1^{er}, paragraphe 3, du KSchG, (loi allemande relative à la protection en matière de licenciement) qui considère d'une manière générale que les travailleurs à temps partiel et les travailleurs à temps complet ne sont pas comparables aux fins du choix social que l'employeur est appelé à effectuer en cas de suppression d'un emploi à temps partiel pour motifs économiques."

o Licenciement en raison d'absences répétées pour maladie, d'une employée revenue de congé maternité :

- CJCE, **Hertz** du 8 novembre 1990 ²⁵ (points 16 et 17) : A propos du licenciement d'une salariée, qui, quelques mois après l'expiration de son congé maternité et son retour au travail, avait été absente à plusieurs reprises en raison d'une maladie et licenciée pour ce motif, la Cour a jugé que "(...) s'agissant d'une maladie qui apparaît après le congé de maternité, **il n'y a pas lieu de distinguer la maladie qui trouve son origine dans la grossesse ou dans l'accouchement de toute autre maladie.** Un tel état pathologique relève donc du régime général applicable au cas de maladie. En effet, les travailleurs féminins et masculins sont également exposés à la maladie. **Même s'il est vrai que certains troubles sont propres à l'un ou à l'autre sexe, la seule question est donc de savoir si une femme est licenciée pour cause d'absence due à la maladie, dans les mêmes conditions qu'un homme ; si tel est le cas, il n'y a pas de discrimination directe fondée sur le sexe.**"

□ **L'OBLIGATION POSITIVE PESANT SUR LES ÉTATS MEMBRES DE PROTÉGER LEURS SALARIÉS :**

- CJCE, **Coote**, du 22 septembre 1999, C-185/97 : Une salariée licenciée en raison de son état de grossesse avait intenté une action en justice pour discrimination fondée sur le sexe contre son employeur. A la fin de la relation de travail entre la salariée et l'employeur, ce dernier, mécontent d'avoir fait l'objet de poursuites judiciaires, refusa de délivrer des références destinées à des employeurs potentiels (certificat de travail). La juridiction de renvoi saisit la Cour de justice de la question préjudicielle suivante : « La directive du Conseil 76/207/CEE, (...) oblige-t-elle les États membres à introduire dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne de faire valoir ses droits en justice lorsque les circonstances exposées au point 1 ci-dessus sont réunies, à cette réserve près que :
i) la partie intimée a pris la décision de refuser de fournir des références avant la fin de la période d'emploi de l'appelante; mais

²⁴ Affaire **Kachelmann** du 26 septembre 2000, C-322/98, également citée en note de bas de page n° 14, p. 26 de ce document.

²⁵ Arrêt CJCE, **Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark**, dit arrêt « **Hertz** », C-179/88, également cité sous l'arrêt CJCE, 14 juillet 1994, affaire **Carole Louise Webb c/ EMO Air Cargo (UK) Ltd**, C-32/93, p. 4 de ce document, en ce qu'il a posé le principe selon lequel le licenciement d'un travailleur féminin en raison de sa grossesse constitue une discrimination.

ii) le ou les refus effectifs de fournir des références a/ont eu lieu après l'achèvement de la période d'emploi de l'appelante? »

La Cour dit pour droit (dispositif) : *“l'article 6 de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre 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, **oblige les États membres à introduire dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle au travailleur dont l'employeur refuse, après la cessation de la relation de travail, de fournir des références en réaction à une action en justice introduite en vue de faire respecter le principe de l'égalité de traitement au sens de cette même directive**”.*

L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE HOMMES ET FEMMES ...

... DANS LES CONDITIONS D'UN DÉPART A LA RETRAITE

□ **L'ÂGE, FACTEUR DE DISCRIMINATION ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES :**

- L'ÂGE DU DÉPART À LA RETRAITE :

L'article 7 § 1 a) de la directive 79/7/CEE du Conseil autorise les Etats-membres à prévoir des âges différents pour le départ à la retraite des hommes et des femmes. La Cour en donne une interprétation stricte.

Dans un arrêt du 30 avril 1998, **August De Vriendt c/ Rijksdienst voor Pensioenen**, C-377/96 (point 25), la Cour de Luxembourg rappelle que *"lorsqu'une réglementation nationale a maintenu une différence dans l'âge de la retraite entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, l'État membre concerné est en droit de calculer le montant de la pension différemment selon le sexe du travailleur"*.

A contrario, *"si la réglementation nationale a supprimé la différence de l'âge de la retraite, l'État membre n'est pas autorisé à maintenir une différence selon le sexe dans le mode de calcul de la pension"*.

- L'ÂGE ET LE CALCUL DES PRESTATIONS :

- CJCE, **Buchner et autres**, du 16 septembre 1999, C-104/98 : cet arrêt illustre le principe selon lequel l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en oeuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale interdit toute discrimination fondée sur le sexe, en particulier en ce qui concerne le calcul des prestations.

A propos de l'octroi de la pension de vieillesse anticipée pour incapacité de travail et soumis à une condition d'âge différente selon le sexe, la Cour retient l'existence d'une discrimination sexuelle fondée sur l'âge lorsque *"l'octroi de la pension de vieillesse anticipée pour incapacité de travail a été soumis à une condition d'âge différente selon le sexe pour des raisons essentiellement budgétaires."* (point 33).

La discrimination en cause n'est pas objectivement justifiée et sa suppression *"ne saurait avoir d'incidence grave sur l'équilibre financier du système de sécurité sociale dans son ensemble."* (point 30).

- DISCRIMINATIONS ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES DANS L'ÂGE FIXÉ POUR BÉNÉFICIER D'UN AVANTAGE FISCAL DESTINÉ À FAVORISER LES DÉPARTS À LA RETRAITE :

- CJCE, **Vergani** du 21 juillet 2005²⁶ : Le litige portait sur l'imposition d'une indemnité de départ versée, à l'occasion de la cessation volontaire de la relation de travail, à un travailleur masculin âgé de 50 ans au minimum, mais qui n'avait pas atteint l'âge de 55 ans.

Selon la loi italienne, pour bénéficier d'un taux d'imposition minoré sur la somme versée par l'Etat à titre d'incitation au départ à la retraite il fallait atteindre l'âge de 50 ans pour les femmes et de 55 ans pour les hommes. Le requérant alléguait une inégalité de traitement injustifiée entre hommes et femmes.

S'agissant des textes de droit communautaire applicables, la Cour relève que l'avantage en cause au principal, à savoir un allègement fiscal, n'est pas payé par l'employeur. Un tel avantage ne relève donc pas de l'article 141 TCE (ancien article 119 CEE).

En revanche, la juridiction de renvoi a expliqué que l'avantage fiscal en cause au principal est accordé « afin d'encourager le départ volontaire des travailleurs qui ont atteint l'âge de 50 ans pour les femmes et de 55 ans pour les hommes ». Il résulte de tout ce qui précède qu'un régime d'imposition fixé en fonction de l'âge du travailleur, tel que celui en cause au principal, constitue une condition de licenciement au sens de la directive 76/207/CEE.

Or, l'exception à l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe prévue à l'article 7, paragraphe 1, sous a), de la directive 79/7/CEE²⁷ devant être interprétée de manière stricte, cette disposition ne peut s'appliquer qu'à la fixation de l'âge de la retraite pour l'octroi des pensions de vieillesse et de retraite et les conséquences en découlant pour d'autres prestations relevant de la sécurité sociale²⁸. **Cette exception à l'interdiction de discriminations fondées sur le sexe n'est donc pas applicable à un allègement fiscal tel que celui en cause au principal, qui ne constitue pas une prestation de sécurité sociale.**

La Cour dit pour droit (dispositif) : *“La directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à 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, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une disposition telle que celle en cause au principal, qui accorde aux travailleurs qui ont atteint l'âge de 50 ans, s'il s'agit de travailleurs féminins, et de 55 ans, s'il s'agit de travailleurs masculins, à titre d'incitation au départ volontaire, un avantage constitué par l'imposition à un taux réduit de moitié des sommes allouées à l'occasion de la cessation de la relation de travail.”*

La Cour confirme cette jurisprudence dans les récentes affaires **Molinari et autres** du 16 janvier

²⁶ CJCE, **Paolo Vergani c/ Agenzia Entrate Ufficio Arona**, du 21 juillet 2005, C-207/04.

²⁷ Directive du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (79/7/CEE) : Article 7 « 1. La présente directive ne fait pas obstacle à la faculté qu'ont les États membres d'exclure de son champ d'application : a) la fixation de l'âge de la retraite pour l'octroi des pensions de vieillesse et de retraite et les conséquences pouvant en découler pour d'autres prestations ».

²⁸ CJCE, **Joan Roberts c/ Tate & Lyle Industries Limited**, du 26 février 1986, aff. 151/84, Rec. p. 703, point 35 ; CJCE, **Haackert**, du 4 mars 2004, C-303/02, Rec. p. I-2195, point 30.

2008²⁹ : A cette occasion, elle dit pour droit (dispositif) : *“Lorsqu’une discrimination contraire au droit communautaire a été constatée, aussi longtemps que des mesures rétablissant l’égalité de traitement n’ont pas été adoptées, le juge national est tenu d’écarter toute disposition nationale discriminatoire, sans qu’il ait à demander ou à attendre l’élimination préalable de celle-ci par le législateur, et d’appliquer aux membres de la catégorie défavorisée le même régime que celui dont bénéficient les personnes de l’autre catégorie.*

La dérogation prévue à l’article 7, paragraphe 1, sous a), de la directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l’égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, n’est pas applicable à une mesure fiscale telle que celle prévue à l’article 17, paragraphe 4 bis, du décret n° 917 du président de la République, du 22 décembre 1986, tel que modifié par le décret législatif n° 314, du 2 septembre 1997”.

❑ **DISCRIMINATIONS FONDÉES SUR L’ORIENTATION SEXUELLE EN MATIÈRE D’OCTROI D’UNE PENSION DE RETRAITE OU DE RÉVERSION :**

- CJCE, **Richards**, du 27 avril 2006, C-423/04 : Un transsexuel de 60 ans ayant subi une opération de conversion du sexe masculin vers le sexe féminin s’était vu refuser l’octroi d’une pension de retraite. Or les personnes de sexe féminin dès la naissance avaient droit de percevoir cette pension à 60 ans.

Selon la Cour de justice, l’âge de départ à la retraite d’un transsexuel est celui applicable au sexe acquis :

La Cour dit pour droit (dispositif) : *“l’article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l’égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, doit être interprété en ce sens qu’il s’oppose à une législation qui refuse le bénéfice d’une pension de retraite à une personne passée, conformément aux conditions déterminées par le droit national, du sexe masculin au sexe féminin au motif qu’elle n’a pas atteint l’âge de 65 ans, alors que cette même personne aurait eu droit à une telle pension à l’âge de 60 ans si elle avait été considérée comme étant une femme selon le droit national”.*

- CJCE, **K.B.**, du 7 janvier 2004, C-117/01 (point 34 et extrait du dispositif) : A propos de l’exclusion d’un partenaire transsexuel du bénéfice d’une pension de réversion dont l’octroi est limité au conjoint survivant, la Cour de justice retient l’existence d’une discrimination fondée sur le sexe : *“Une législation, telle que celle en cause au principal, qui, en violation de la CEDH, empêche un couple tel que K. B. et R de remplir la condition de mariage nécessaire pour que l’un d’entre eux puisse bénéficier d’un élément de la rémunération de l’autre, doit être considérée comme étant, en principe, incompatible avec les exigences de l’article 141 CE”. (...)* *“Il incombe au juge national de vérifier si, dans un cas tel que celui de l’espèce au principal, une personne dans la situation de K. B. peut se fonder sur l’article 141 CE afin de se voir reconnaître le droit de faire bénéficier son partenaire d’une pension de réversion.”*

²⁹ CJCE, Ordonnance du 16 janvier 2008, aff. jointes **Angelo Molinari, Giovanni Galeota, Salvatore Barbagallo, Michele Ciampi, c/ Agenzia delle Entrate - Ufficio di Latina**, C-129/07 à C-131/07.

**L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE LES HOMMES
ET LES FEMMES ...**

... ET LA RÉMUNÉRATION.

□ **CHAMP D'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE HOMMES ET FEMMES EN MATIÈRE DE RÉMUNÉRATION :**

- CE PRINCIPE D'ÉGALITÉ S'APPLIQUE AUX CONVENTIONS COLLECTIVES :

- CJCE, *Defrenne II* du 8 avril 1976 ³⁰ (extrait du dispositif) : “*Ces juridictions ont le devoir d'assurer la protection des droits que cette disposition confère aux justiciables, notamment dans le cas de discriminations qui ont directement leur source dans des dispositions législatives ou des conventions collectives du travail (...)*”

- CJCE, *Specialarbejderforbundet i Danmark c/ Dansk Industri*, du 31 mai 1995 ³¹ (point 5 du dispositif) : “*Le principe de l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins est également applicable lorsque les éléments de rémunération sont fixés par voie de négociations collectives ou par voie de négociations sur le plan local. Toutefois, la juridiction nationale peut prendre en considération ce fait pour apprécier si des différences entre les rémunérations moyennes de deux groupes de travailleurs sont dues à des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe*”.

- IL S'ÉTEND ÉGALEMENT À TOUTES CONVENTIONS VISANT À RÉGLER DE FAÇON COLLECTIVE LE TRAVAIL SALARIÉ, AINSI QU'ÀUX CONTRATS ENTRE PARTICULIERS :

Ainsi la prohibition de la discrimination a été examinée à propos d'une disposition d'une convention collective des agents contractuels du secteur public appliquée à une infirmière : CJCE, *Krüger*, du 9 septembre 1999 ³² (point 20) : “*Il convient de rappeler ensuite que, ayant un caractère impératif, la prohibition de la discrimination entre travailleurs masculins et travailleurs féminins non seulement s'impose à l'action des autorités publiques, mais s'étend également à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particuliers.*”

³⁰ CJCE, *Defrenne II*, du 8 avril 1976, aff. 43/75 précité sous note 6 p. 10 et p. 11 de ce document.

³¹ CJCE, *Specialarbejderforbundet i Danmark c/ Dansk Industri*, du 31 mai 1995, C-400/93, précité pp. 12 et 13 de ce document.

³² Arrêt précité p. 6 de ce document (aff. C-281/97).

- IL S'IMPOSE AUSSI À L'ACTION UNILATÉRALE D'UN EMPLOYEUR À L'ÉGARD DU PERSONNEL QU'IL EMPLOIE :

- CJCE, **Susanne Lewen c/ Lothar Denda.**, du 21 octobre 1999, C-333/97 (dispositif, point 2) : *“L'article 119 du traité s'oppose à ce qu'un employeur exclue intégralement du bénéfice d'une prime versée volontairement en tant qu'allocation exceptionnelle à l'occasion de Noël les travailleurs féminins qui, au moment du versement de la prime, se trouvent en congé d'éducation, sans tenir compte du travail accompli au cours de l'année d'octroi de la prime ni des périodes correspondant à la protection de la mère (interdictions de travail), lorsqu'une telle prime vise, selon une appréciation que doit effectuer le juge national à la lumière de son droit national, à rémunérer rétroactivement le travail accompli au cours de cette année (...)”.*

- AYANT UN CARACTÈRE IMPÉRATIF, LA PROHIBITION DE LA DISCRIMINATION ENTRE TRAVAILLEURS MASCULINS ET TRAVAILLEURS FÉMININS S'IMPOSE AUX SERVICES PUBLICS :

- CJCE, **Defrenne II** du 8 avril 1976 ³³ (extrait du dispositif) : *“Ces juridictions ont le devoir d'assurer la protection des droits que cette disposition confère aux justiciables,(...) dans le cas d'une rémunération inégale de travailleurs féminins et de travailleurs masculins pour un même travail, lorsque celui-ci est accompli dans un même établissement ou service, privé ou public.”*

- CJCE, **Helga Nimz c/ Freie und Hansestadt Hamburg**, du 7 février 1991, C-184/89 (extrait du dispositif (point n° 1)) : *“L'article 119 du traité (...) s'oppose à ce qu'une **convention collective conclue dans les services publics nationaux** prévoie la prise en compte intégrale de l'ancienneté des travailleurs accomplissant au moins les trois quarts de l'horaire de travail normal pour l'accession à un indice de rémunération supérieur, mais seulement la moitié de cette ancienneté pour les travailleurs dont l'horaire a une durée comprise entre la moitié et les trois quarts de celle de l'horaire normal, lorsqu'il s'avère qu'en fait ce dernier groupe de travailleurs comprend un pourcentage considérablement plus faible d'hommes que de femmes, à moins que l'employeur n'établisse que ladite disposition est justifiée par des facteurs dont l'objectivité dépend notamment de la relation entre la nature de la fonction exercée et l'expérience que l'exercice de cette fonction apporte après un certain nombre d'heures de travail effectuées.”*

□ **L'INTERPRÉTATION JURISPRUDENTIELLE DE LA NOTION DE « RÉMUNÉRATION » :**

La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes concernant la notion de « rémunération » est constante³⁴ : - CJCE, **Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e. V. c/ Monika**

³³ Arrêt précité sous note 6, p. 10 puis, pp. 11 et 44 de ce document.

³⁴ voir, également, CJCE, **Garland**, du 9 février 1982, aff. 12/81, point 5 ; CJCE, **Douglas Harvey Barber c/ Guardian Royal Exchange Assurance Group**, ci-après « **Barber** », du 17 mai 1990, C-262/88, point 12 ; CJCE, **Seymour-Smith et Perez**, du 9 février 1999, C-167/97, point 23, précité p. 4, 5, 18, 19 et 38 de ce document ; CJCE, **Krüger**, du 9 septembre 1999, C-281/97, point 15, précité p. 6 et 44 de ce document et récemment encore,

Bötel., du 4 juin 1992 ³⁵ (point 12) : “Selon la jurisprudence constante de la Cour (...), la notion de « rémunération » au sens de l'article 119 du traité comprend **tous les avantages en espèces ou en nature, actuels ou futurs, pourvu qu'ils soient consentis, fût-ce indirectement, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier, que ce soit en vertu d'un contrat de travail, de dispositions législatives ou à titre volontaire**”.

- **UNE INTERPRÉTATION LARGE DE LA NOTION DE « RÉMUNÉRATION » : ILLUSTRATIONS :**

o **S'agissant des primes et avantages accordés durant l'exécution du contrat de travail :**

→ **Une prime de Noël peut constituer une rémunération :**

- CJCE, **Susanne Lewen c/ Lothar Denda.**, du 21 octobre 1999 ³⁶ (points 20 et 21) : “Pour l'application de l'article 119, le motif qui a conduit l'employeur à verser la prestation importe peu, à condition que cette prestation soit octroyée en relation avec l'emploi”.

“Il s'ensuit qu'une prime de Noël, telle que celle en cause au principal, même si elle a été versée à titre volontaire et même si elle est versée principalement ou exclusivement comme un encouragement pour le travail futur et/ou pour la fidélité à l'entreprise, constitue une rémunération au sens de l'article 119 du traité”.

→ **Une gratification de fin d'année constitue une rémunération :**

- CJCE, **Krüger**, du 9 septembre 1999 ³⁷ (point 17) : “Une prime de fin d'année que l'employeur verse au travailleur en application d'une loi ou d'une convention collective est payée en raison de l'emploi de ce dernier, en sorte qu'elle constitue une rémunération au sens de l'article 119 du traité”.

→ **Une majoration mensuelle de salaire constitue une rémunération :**

- CJCE, **Brunnhöfer**, du 26 juin 2001 ³⁸ (extrait du dispositif) : “La Cour dit pour droit : (...) Une majoration mensuelle de salaire à laquelle les travailleurs concernés ont droit en application de leur contrat individuel de travail et versée par l'employeur en raison de leur emploi constitue une rémunération qui relève du champ d'application dudit article 119 et de la directive 75/117.”

CJCE, **Jämställdhetsombudsmannen dite JämO**, du 30 mars 2000, C-236/98, point 39.

³⁵ CJCE, **Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e.V. c/ Monika Bötel.**, du 4 juin 1992, C-360/90.

³⁶ CJCE, **Susanne Lewen c/ Lothar Denda.**, du 21 octobre 1999, C-333/97, précité p. 45 de ce document.

³⁷ CJCE, **Krüger**, du 9 septembre 1999, C-281/97 précité p. 6, 44 et 45 de ce document.

³⁸ CJCE, **Brunnhöfer**, du 26 juin 2001, C-381/99, précité pp. 11, 13 et 17 de ce document.

→ L'indemnisation versée aux membres du comité d'entreprise en raison de leur participation à des stages constitue une rémunération :

- CJCE, *Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e.V. contre Monika Bötzel*, du 4 juin 1992, ³⁹ (points 14 à 15) : *“Bien qu’une indemnisation telle que celle en cause dans le litige au principal ne découle pas, en tant que telle, du contrat d’emploi, elle est néanmoins payée par l’employeur en vertu de dispositions législatives et en raison de l’existence de rapports de travail salariés. En effet, les membres de comités d’entreprise ont nécessairement la qualité de salarié de l’entreprise et ils sont chargés de veiller aux intérêts du personnel, favorisant ainsi l’existence de rapports de travail harmonieux au sein et dans l’intérêt général de l’entreprise”. “En outre, l’indemnisation versée en vertu de dispositions législatives telles que celles en cause dans le litige au principal a pour objet d’assurer une source de revenus aux membres des comités d’entreprise même si, pendant la durée des stages de formation, ils n’exercent aucune activité prévue par leur contrat de travail.”*

- Egalement, CJCE, *Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V. c/ Johanna Lewark*, du 6 du février 1996, C-457/93 (point 23) : *“la compensation obtenue en raison de la perte de salaire encourue à l’occasion de la participation à des stages de formation dispensant des connaissances nécessaires à l’activité au sein des comités d’entreprise doit être considérée comme une rémunération au sens de l’article 119, dès lors qu’elle constitue un avantage octroyé indirectement par l’employeur en raison de l’existence d’une relation de travail”*.

○ S’agissant des indemnités et avantages accordés à la suite d’une rupture du contrat de travail :

→ Les prestations versées à l’occasion d’un licenciement pour cause économique constituent une rémunération :

- CJCE, *Barber*, du 17 mai 1990, C-262/88 (point 13) : *“les indemnités octroyées au travailleur à l’occasion de son licenciement, (...) constituent une forme de rémunération à laquelle le travailleur a droit en raison de son emploi, qui lui est versée au moment de la cessation de la relation de travail, qui permet de faciliter son adaptation aux circonstances nouvelles résultant de la perte de son emploi et qui lui assure une source de revenus pendant la période de recherche d’un nouveau travail.”*

→ L’indemnité de réparation versée à un salarié après un licenciement abusif constitue une rémunération au sens de l’article 119 CEE, devenu article 141 TCE :

- CJCE, *Seymour-Smith et Perez*, du 9 février 1999 ⁴⁰ (points 27 et 28) : *“D’une part, l’indemnité de base renvoie directement à la rémunération qui aurait été due au salarié en l’absence du licenciement. D’autre part, l’indemnité compensatrice couvre le préjudice subi par le salarié du fait du licenciement et inclut tous les frais raisonnablement supportés par lui à la suite de son licenciement et, sous réserve de certaines conditions, la perte de tout*

³⁹ Arrêt précité p. 46 de ce document.

⁴⁰ CJCE, *Seymour-Smith et Perez*, du 9 février 1999, C-167/97, précité p. 4, 5, 18, 19, 38 et 45 du document.

avantage qu'il aurait raisonnablement pu espérer obtenir s'il n'avait pas été licencié. Il s'ensuit que l'indemnisation pour licenciement abusif est versée au travailleur en raison de l'emploi qu'il a occupé et qu'il aurait continué à occuper en l'absence d'un licenciement abusif. Cette indemnisation relève donc de la notion de rémunération au sens de l'article 119 du traité”.

→ L'indemnité de licenciement constitue une rémunération différée :

- CJCE, *Bestuur van het Algemeen burgerlijk pensioenfonds c/ G. A. Beune*, arrêt dit « *Affaire Beune* », du 28 septembre 1994, C-7/93 (point 21) : “Comme la Cour l'a déjà jugé ⁴¹ (...), la circonstance que certaines prestations sont versées après la cessation de la relation d'emploi n'exclut pas qu'elles puissent avoir un caractère de rémunération au sens de l'article 119 [du traité]”.

→ Les indemnités octroyées au travailleur par l'employeur à l'occasion de la cessation de la relation de travail constituent une forme de rémunération différée :

- CJCE, 27 juin 1990, affaire *Maria Kowalska c/ Freie und Hansestadt Hamburg*, C- 33/89 (points 10 et 11) : “(...) les indemnités octroyées au travailleur à l'occasion de la cessation de la relation de travail, (...) **constituent une forme de rémunération différée, à laquelle le travailleur a droit en raison de son emploi, mais qui lui est versée au moment de la cessation de la relation de travail, dans le but de faciliter son adaptation aux circonstances nouvelles résultant de celle-ci (voir, dans le même sens, arrêt du 17 mai 1990, C-262/88, précité)**”.
“**Il s'ensuit que des indemnités octroyées au travailleur à l'occasion de la cessation de la relation de travail entrent, en principe, dans la notion de rémunération au sens de l'article 119 du traité**”.

→ L'avantage consistant en la prise en compte d'une durée de service militaire ou de service civil obligatoire dans le calcul d'une indemnité de congédiement constitue également une rémunération :

Un tel avantage a été assimilé par la Cour de justice comme un élément de la rémunération :

- CJCE, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, du 8 juin 2004, C-220/02 (dispositif) : “la Cour dit pour droit : 1) **L'avantage qui consiste, pour les personnes qui effectuent un service militaire ou, à titre de remplacement, un service civil obligatoire pouvant être volontairement prolongé, à tenir compte, pour le calcul d'une indemnité de congédiement à laquelle elles pourraient postérieurement prétendre, de la durée de ces services doit être regardé comme un élément de leur rémunération au sens de l'article 141 CE**”.

La Cour estime qu'une législation qui prend en compte la durée du service militaire et ne prend pas en compte la durée du congé parental pour le calcul d'une indemnité de licenciement, n'est pas contraire au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes, en raison de la nature différente de ces deux périodes de suspension du contrat de travail : la

⁴¹ voir également, CJCE, *Bilka*, du 13 mai 1986, aff. 170/84, Rec. p. 1607, précité p. 6 ; CJCE, *Barber*, du 17 mai 1990, C-262/88 précité p. 45 et 47, point 12 ; CJCE, *Gerardus Cornelis Ten Oever c/ Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf*, du 6 octobre 1993, C-109/91, Rec. p. I-4879, point 8.

première est légalement obligatoire et son moment ne peut être choisi, la deuxième est au contraire le choix d'un parent pour élever son enfant, étant entendu qu'en l'espèce, les hommes et les femmes étaient traités de la même façon par la loi nationale.

En conséquence, la Cour de justice dit pour droit : *"2) L'article 141 CE et la directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, ne s'opposent pas à ce que le calcul de l'indemnité de congédiement prenne en compte, au titre de l'ancienneté dans l'emploi, la durée des services militaires ou leur équivalent civil, accomplis majoritairement par des hommes, mais pas celle des congés parentaux pris le plus souvent par des femmes"*.

→ **Les avantages en matière de transport consentis par une entreprise de chemins de fer à ses salariés après leur admission à la retraite et étendus aux membres de leur famille constituent une rémunération :**

- CJCE, **Garland**, du 9 février 1982, aff. 12/81 : La Cour rappelle que sont considérés comme des rémunérations, **dès lors qu'ils sont payés "fut-ce indirectement par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier"**, les avantages, en espèces ou en nature, actuels ou futurs.

En l'espèce, les avantages spéciaux en matière de transport qui continuent *"d'être accordés par l'employeur au retraité (...) en nature, directement ou indirectement en raison de l'emploi (...) réunissent les critères permettant de les qualifier de rémunération au sens de l'article 119 du traité CEE."* (points 5 et 9).

La Cour dit pour droit : **"Lorsqu'un employeur, sans y être tenu par contrat, accorde des avantages spéciaux en matière de transport à ses anciens employés de sexe masculin admis à la retraite, ces circonstances constituent au sens de l'article 119 une discrimination à l'égard d'anciens employés de sexe féminin auxquels ne sont pas octroyés les mêmes avantages."** (Dispositif).

☞ Egalement en ce sens : CJCE, **Grant**, du 17 février 1998, C-249/96.

○ **S'agissant de la rémunération des travailleurs indépendants :**

Avant l'affaire **Jørgensen** du 6 avril 2000,⁴² la directive 86/613/CEE n'a fait l'objet d'aucune interprétation par la Cour, même si, pour l'interpréter, il est possible de recourir à certains principes énoncés par la Cour dans le contexte de la directive 76/207/CEE.

La Cour dit pour droit (dispositif) : *"1) La directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre 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, et la directive 86/613/CEE du Conseil, du 11 décembre 1986, sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité, doivent être interprétées en ce sens que, pour déterminer l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe dans une affaire d'égalité de traitement telle que celle en cause au principal, il convient de procéder à une évaluation séparée de chacun des éléments qui caractérisent les conditions d'exercice d'une activité professionnelle résultant de la*

⁴² CJCE, **Jørgensen**, du 6 avril 2000, C-226/98 (dispositif), également cité p. 26 de ce document.

réglementation litigieuse, pour autant que ces éléments constituent en eux-mêmes des mesures spécifiques fondées sur des critères d'application propres et affectant un nombre significatif de personnes qui appartiennent à une catégorie déterminée. (...)

- **LE CAS PARTICULIER DES PENSIONS DE RETRAITE AU REGARD DE LA NOTION DE « RÉMUNÉRATION » :**

o **Les conditions d' applicabilité de l'article 119 devenu article 141 du traité CE aux pensions de retraite :**

→ **Une exclusion de principe des régimes légaux de sécurité sociale :**

En principe, les pensions versées par des régimes légaux de sécurité sociale ne constituent pas des rémunérations au sens de l'article 141 CE, dans la mesure où ces pensions de retraite sont réglées directement par la loi à l'exclusion de tout élément de concertation au sein de l'entreprise ou de la branche professionnelle intéressée, et obligatoirement applicables à des catégories générales de travailleurs. L'exclusion des régimes ou prestations de sécurité sociale, notamment les pensions de retraite, directement réglés par la loi a été posée dès l'arrêt **Barber**, du 17 mai 1990 ⁴³.

→ **Des dérogations en cas de lien avec l'emploi :**

- CJCE, **Bilka**, du 13 mai 1986 ⁴⁴ (point 20) : *“Le régime de **pensions d'entreprise** en cause dans le litige principal, même s'il a été adopté en conformité avec les dispositions prévues par le législateur allemand quant aux régimes du même type, **trouve sa source dans un accord intervenu entre Bilka et le conseil d'entreprise représentant ses employés, ayant pour effet de compléter les prestations sociales dues en vertu de la législation nationale d'application générale par des prestations dont le financement est supporté uniquement par l'employeur. Il faut en conclure que le régime de pensions d'entreprise visé dans le litige principal ne constitue pas un régime de sécurité sociale directement réglé par la loi et soustrait de ce fait, au champ d'application de l'article 119 (...)***”

→ **Des pensions professionnelles assimilées à une rémunération :**

La Cour de justice a décidé que toutes les formes de pensions professionnelles constituaient un élément de rémunération au sens de l'article 141 du traité.

Dans l'affaire **Barber**, précitée, le requérant était affilié à la caisse de retraite instituée par son employeur, une compagnie d'assurance, qui appliquait un régime non contributif, c'est-à-dire entièrement financé par l'employeur. Ce régime, ayant été « conventionnellement exclu » (*contracted-out*), c'est-à-dire homologué en vertu du *Social Security Pensions Act* (loi relative aux pensions de sécurité sociale) de 1975, comportait la renonciation, par contrat, de l'affilié à la partie liée au salaire du régime national de retraite, auquel le régime en question se substituait . Les affiliés à un régime de ce type ne payaient au régime national que des

⁴³ CJCE, 17 mai 1990, **Barber**, C-262/88, Rec. p. I-1889, point 22, précité pp. 45, 47 et note 41 p. 48 de ce document.

⁴⁴ Arrêt CJCE, **Bilka**, aff. 170/84, précité pp. 6 et 48 de ce document.

cotisations réduites, correspondant à la pension de base que ce dernier régime ouvre à tous les travailleurs dans une mesure identique, indépendamment de leur salaire.

La Cour dit pour droit (extrait du dispositif) : “(...) **à la différence des prestations servies par les régimes légaux nationaux de sécurité sociale, les pensions versées par les régimes conventionnellement exclus constituent bien des avantages payés par l’employeur au travailleur en raison de l’emploi de ce dernier** et (...), par conséquent, elles relèvent du champ d’application de l’article 119 du traité.”

En l’espèce, la Cour a relevé l’existence d’une discrimination fondée sur le sexe : “L’article 119 du traité s’oppose à ce qu’un homme licencié pour cause économique ne puisse prétendre qu’à une pension avec paiement différé à l’âge normal de la retraite, alors qu’une femme se trouvant dans les mêmes conditions a droit à une pension de retraite immédiate, du fait de l’application d’une condition d’âge variable selon le sexe, qui correspond à une différence prévue par le régime légal national pour l’octroi des pensions de retraite. **Le principe de l’égalité des rémunérations doit être assuré pour chaque élément de la rémunération, et non pas seulement en fonction d’une appréciation globale des avantages consentis aux travailleurs**”.

○ **Un régime de pension pour fonctionnaires entre dans le champ d’application du principe de l’égalité des rémunérations si :**

Pour savoir si une pension entre ou non dans le champ d’application de cette disposition, le critère de l’emploi, tiré des termes mêmes des dispositions précitées, peut revêtir un caractère déterminant, même s’il n’est pas exclusif.

→ **Parmi les critères de l’emploi permettant d’inclure les pensions dans les rémunérations, la Cour retient les trois suivants :**

- la pension n’intéresse qu’une catégorie particulière de travailleurs, et
- elle est directement fonction du temps de service accompli, et
- son montant est calculé sur la base du dernier traitement du fonctionnaire.

Mettant en œuvre ces trois critères dans l’affaire **Griesmar**⁴⁵, la Cour de justice en a déduit à propos de la France que : “**Les pensions servies au titre d’un régime tel que le régime français de retraite des fonctionnaires entrent dans le champ d’application de l’article 119 du traité CE** (les articles 117 à 120 du traité CE ont été remplacés par les articles 136 CE à 143 CE).”

Par ailleurs, dans un arrêt CJCE, **Podesta**, du 25 mai 2000, C-50/99, la Cour considère que l’ancien article 119 du Traité CE s’appliquait à des régimes complémentaires tels que ceux de l’Association Générale des Institutions de Retraites des Cadres (AGIRC) et de l’Association des Retraites Complémentaires (Arrco) : (...) “selon l’article 2, paragraphe 1, de la directive 86/378, tel que modifié par la directive 96/97, **sont considérés comme des régimes professionnels de sécurité sociale** les régimes non régis par la directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l’égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (JO 1979, L 6, p. 24), **qui ont pour objet de fournir aux travailleurs, salariés ou indépendants, groupés dans le cadre d’une**

⁴⁵ CJCE, **Griesmar**, du 29 novembre 2001, C-366/99, extrait du dispositif.

entreprise ou d'un groupement d'entreprises, d'une branche économique ou d'un secteur professionnel ou interprofessionnel, des prestations destinées à compléter les prestations des régimes légaux de sécurité sociale ou à s'y substituer, que l'affiliation à ces régimes soit obligatoire ou facultative”.

→ Illustrations jurisprudentielles de pensions assimilées à des rémunérations au sens de l'article 141 CE :

- CJCE, **Gerardus Cornelis Ten Oever c/ Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf**, du 6 octobre 1993, ⁴⁶ C-109/91 (points 12 et 13) : “(...) les règles du régime de pensions en cause n'ont pas été fixées directement par la loi, mais (...) sont le **résultat d'une concertation entre partenaires sociaux**, les pouvoirs publics s'étant limités, à la demande des organisations patronales et syndicales considérées comme représentatives, à déclarer le régime obligatoire à l'ensemble du secteur professionnel. Il est constant par ailleurs que ce régime de pensions est **financé exclusivement par les travailleurs et les employeurs du secteur considéré**, à l'exclusion de toute intervention financière publique. Il en résulte que **la pension de survie litigieuse relève du champ d'application de l'article 119 du traité**”.

“Cette interprétation n'est pas infirmée par la circonstance que la pension de survie, par définition, n'est pas payée au travailleur, mais à son survivant. Il convient de souligner en effet que **le droit à une telle prestation est un avantage qui trouve son origine dans l'affiliation au régime du conjoint du survivant, de sorte que la pension est acquise à ce dernier dans le cadre du lien d'emploi entre l'employeur et ledit conjoint et lui est versée en raison de l'emploi de celui-ci.**”

- Dans l'affaire **Maruko** ⁴⁷, la prestation de survie en cause **trouve sa source dans une convention collective de travail**, ayant pour but, de former un supplément aux prestations sociales dues en vertu de la réglementation nationale d'application générale, ledit régime étant **financé exclusivement par les travailleurs et les employeurs du secteur considéré**, à savoir le personnel artistique employé dans l'un des théâtres exploités en Allemagne, à l'exclusion de toute intervention financière publique.

Enfin, **le montant de la pension de retraite**, sur la base de laquelle est calculée la prestation de survie, **est déterminé en fonction de la durée d'affiliation du travailleur**. Selon la Cour, “la prestation de survie en cause au principal découle de la relation de travail du partenaire de vie de M. Maruko et (...) doit, en conséquence, être qualifiée de « rémunération » au sens de l'article 141 CE”.

□ **LES SPÉCIFICITÉS DE LA CHARGE DE LA PREUVE EN MATIÈRE DE DISCRIMINATION PORTANT SUR LES RÉMUNÉRATIONS :**

- **LES MÉCANISMES DE LA CHARGE DE LA PREUVE EN MATIÈRE SALARIALE :**

- CJCE, 30 mars 2000, affaire **Jämställdhetsombudsmannen**, C- 236/98 (extrait du dispositif) :

⁴⁶ Arrêt cité p. 48 de ce document.

⁴⁷ CJCE, (Grande chambre), 1^{er} avril 2008, affaire **Maruko**, C-267/06 (point 56).

“Au cas où une différence de rémunération entre les deux groupes comparés est constatée et où les données statistiques disponibles indiquent l’existence d’une proportion bien plus importante de femmes que d’hommes dans le groupe défavorisé, l’article 119 du traité impose à l’employeur de justifier cette différence par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe”.

- **Conclusions de l’avocat général** déposées le 18 mai 2006, dans l’affaire **Cadman**, C-17/05 (point 25) : “Une personne qui s’estime être victime de discrimination indirecte doit établir que la mesure en cause a réellement un effet différent pour les femmes. À ce stade initial de la procédure, la charge de la preuve incombe donc au travailleur. L’obligation pour l’employeur ou le législateur de justifier une pratique ou une politique apparemment neutre ne naîtra que si une telle preuve est rapportée.

Une fois que cette preuve a été rapportée, l’employeur ou le législateur, selon l’origine de la mesure, devra démontrer que les mesures en cause poursuivent un objectif légitime, sont strictement nécessaires à cet effet et sont proportionnées.”

- **L’article 19 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006**, relative à la mise en oeuvre du principe de l’égalité des chances et de l’égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d’emploi et de travail, reprend désormais ces interprétations jurisprudentielles en ces termes :

« 1. **Les États membres**, conformément à leur système judiciaire, **prennent les mesures nécessaires afin que, dès lors qu’une personne s’estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l’égalité de traitement et établi, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l’existence d’une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu’il n’y a pas eu violation du principe de l’égalité de traitement.**

2. Le paragraphe 1 n’empêche pas les États membres d’imposer un régime probatoire plus favorable à la partie demanderesse. »

- **L’IMPACT DES CRITÈRES DE POLITIQUE SALARIALE SUR LA CHARGE DE LA PREUVE :**

o **L’ancienneté comme critère *a priori* non discriminant de la politique salariale :**

Sur une question d’interprétation de la directive 75/117/CEE précitée, dans l’arrêt **Danfoss**⁴⁸ du 17 octobre 1989 (point 24), la Cour a relevé qu’il “n’est pas exclu que le recours au critère de l’ancienneté puisse entraîner un traitement moins favorable des travailleurs féminins que des travailleurs masculins, dans la mesure où les femmes sont entrées plus récemment sur le marché du travail que les hommes ou subissent plus fréquemment une interruption de carrière”.

Cependant, elle a estimé que l’employeur ne doit pas spécialement justifier le recours à ce critère. En effet, “**comme l’ancienneté va de pair avec l’expérience et que celle-ci met généralement le travailleur en mesure de mieux s’acquitter de ses prestations, il est loisible à l’employeur de la rémunérer, sans qu’il ait à établir l’importance qu’elle revêt**

⁴⁸ Arrêt CJCE, *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark c/Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss*, dit affaire « *Danfoss* », du 17 octobre 1989, aff. 109/88, précité pp. 14 et 16 du document.

pour l'exécution des tâches spécifiques qui sont confiées au travailleur”.

La Cour de Justice a confirmé cette position dans l'arrêt CJCE (Grande chambre), **Cadman**, du 3 octobre 2006, C-17/05, tout en précisant qu'il en irait différemment si un travailleur fournissait des éléments susceptibles de faire naître des doutes sur ce point (extrait du dispositif) : *“dans l'hypothèse où le recours au critère de l'ancienneté en tant qu'élément concourant à la détermination des rémunérations entraîne des disparités de rémunération, pour un même travail ou un travail de même valeur, entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins devant être inclus dans la comparaison, le recours au critère de l'ancienneté étant, en règle générale, apte à atteindre le but légitime de récompenser l'expérience acquise qui met le travailleur en mesure de mieux s'acquitter de ses prestations, l'employeur ne doit pas spécialement établir que le recours à ce critère est apte à atteindre ledit but en ce qui concerne un emploi donné, à moins que le travailleur fournisse des éléments susceptibles de faire naître des doutes sérieux à cet égard”.*

o **La flexibilité comme critère de politique salariale à justifier :**

Entendu comme recouvrant l'adaptabilité du travailleur à des horaires et des lieux de travail variables, la flexibilité peut jouer au détriment des travailleurs féminins : - CJCE, 17 octobre 1989, **Danfoss** ⁴⁹ (point 25) : *Lorsqu'il apparaît que l'application de ce critère défavorise systématiquement les travailleurs féminins, “l'employeur peut [néanmoins] justifier le recours au critère de la flexibilité s'il est entendu comme visant l'adaptabilité à des horaires et des lieux de travail variables, en démontrant que cette adaptabilité revêt de l'importance pour l'exécution des tâches spécifiques qui sont confiées au travailleur, mais non si ce critère est compris comme recouvrant la qualité du travail accompli par le travailleur.”*

o **La formation professionnelle comme critère de politique salariale à justifier :**

- CJCE, **Danfoss**, précitée (point 23) : *“En ce qui concerne, en second lieu, le critère de la formation professionnelle, il n'est pas exclu qu'il puisse jouer au détriment des travailleurs féminins dans la mesure où ceux-ci auraient eu moins de possibilités d'acquérir une formation professionnelle aussi poussée que les travailleurs masculins ou auraient utilisé ces possibilités dans une mesure moindre . Toutefois, eu égard aux considérations énoncées dans l'arrêt du 13 mai 1986, précité [arrêt **Bilka**, aff. 170/84], l'employeur peut justifier la rémunération d'une formation professionnelle particulière, en démontrant que cette formation revêt de l'importance pour l'exécution des tâches spécifiques qui sont confiées au travailleur”.*

- **JUSTIFICATIONS PERTINENTES OU NON PERTINENTES À UNE MESURE APPAREMMENT DISCRIMINATOIRE : ILLUSTRATIONS :**

- CJCE, **Bilka**, du 13 mai 1986 ⁵⁰ (extrait du dispositif) : *“Aux termes de l'article 119, une société de grands magasins peut justifier l'adoption d'une politique salariale comportant*

⁴⁹ - CJCE, **Danfoss**, du 17 octobre 1989, aff. 109/88, précité p. 14, 16 et 53 de ce document.

⁵⁰ Arrêt CJCE, **Bilka** du 13 mai 1986, aff. 170/84, précité p. 6, 48 et 50 de ce document.

l'exclusion des travailleurs à temps partiel du régime de pensions d'entreprise, indépendamment de leur sexe, en faisant valoir qu'elle vise à employer le moins possible de travailleurs de ce type, lorsqu'il est constaté que les moyens choisis pour atteindre cet objectif répondent à un véritable besoin de l'entreprise, sont aptes à atteindre l'objectif en question et sont nécessaires à cet effet.

En revanche, **une mesure qui aboutit à réduire le montant d'une pension de retraite d'un travailleur d'une manière plus que proportionnelle à la prise en compte de ses périodes d'activité à temps partiel ne saurait être considérée comme objectivement justifiée par le fait que la pension est dans ce cas la contrepartie d'une prestation de travail moins importante** : - CJCE, **Hilde Schönheit et Silvia Becker**, du 23 octobre 2003, affaires jointes C-4/02 et C-5/02 (extrait du dispositif) : ***“Une législation nationale, (...) qui aboutit à réduire le montant d'une pension de retraite d'un travailleur d'une manière plus que proportionnelle à ses périodes d'activité à temps partiel ne saurait être considérée comme objectivement justifiée par le fait que la pension est dans ce cas la contrepartie d'une prestation de travail moins importante ou au motif qu'elle a pour objet d'éviter que les fonctionnaires employés à temps partiel ne soient avantagés par rapport à ceux employés à temps plein”.***

- CJCE, **McKenna**, du 8 septembre 2005, C-191/03, concernant le principe de l'égalité de traitement hommes-femmes en matière de congé maladie (femmes enceintes) : Une salariée du secteur public irlandais invoquait une discrimination du fait de la réduction de moitié de sa rémunération en application du régime de congé maladie. Ce régime traitait de la même façon les femmes enceintes placées en congé maladie avant la date normale de leur congé maternité du fait d'une grossesse difficile et les salariés masculins, absents durant une même période de temps pour une maladie.

En outre, elle critiquait le fait pour un employeur d'imputer une période d'absence du travail, due à une incapacité causée par une maladie liée à la grossesse et survenant pendant la durée de celle-ci, sur l'ensemble des droits à prestations prévus par un régime de congé de maladie dans le cadre d'un contrat d'emploi.

La Cour conclut à l'absence de discriminations sous les réserves suivantes (dispositif) : ***“L'article 141 CE et la directive 75/117 doivent être interprétés en ce sens que ne constituent pas des discriminations fondées sur le sexe :***

- une règle d'un régime de congé de maladie qui prévoit, à l'égard des travailleurs féminins absents antérieurement à un congé de maternité en raison d'une maladie liée à leur état de grossesse, comme à l'égard des travailleurs masculins absents par suite de toute autre maladie, une réduction de la rémunération, lorsque l'absence excède une certaine durée, à condition que, d'une part, le travailleur féminin soit traité de la même façon qu'un travailleur masculin absent pour cause de maladie et que, d'autre part, le montant des prestations versées ne soit pas minime au point de mettre en cause l'objectif de protection des travailleuses enceintes ;

- une règle d'un régime de congé de maladie qui prévoit l'imputation des absences pour cause de maladie sur un nombre total maximal de jours de congé de maladie rémunérés auquel un travailleur a droit au cours d'une période déterminée, que la maladie soit ou non liée à un état de grossesse, à condition que l'imputation des absences pour cause de maladie liée à une grossesse n'ait pas pour effet que, pendant l'absence affectée par cette imputation postérieurement au congé de maternité, le travailleur féminin perçoive des prestations inférieures au montant minimal auquel il avait droit au cours de la maladie survenue pendant sa grossesse.”

- CJCE, **Hill**, du 17 juin 1998, C-243/95 (point 40) : ***“En ce qui concerne la justification fondée sur des raisons économiques, il convient de rappeler qu'un employeur ne saurait justifier une***

discrimination qui ressort d'un régime de travail à temps partagé [deux fonctionnaires se partageant de manière égalitaire un poste à temps plein] **au seul motif que l'élimination d'une telle discrimination entraînerait une augmentation de ses frais."**

- La Cour a jugé que **des considérations d'ordre budgétaire ne sauraient justifier une discrimination au détriment de l'un des sexes :**

- CJCE, **M. A. Roks, épouse De Weerd et autres c/ Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen et autres**, du 24 février 1994, C-343/92 (point 36) : **"admettre que des considérations d'ordre budgétaire puissent justifier une différence de traitement entre hommes et femmes qui, à défaut, constituerait une discrimination indirecte fondée sur le sexe, interdite par l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7, impliquerait que l'application et la portée d'une règle aussi fondamentale du droit communautaire que celle de l'égalité entre hommes et femmes puissent varier, dans le temps et dans l'espace, selon l'état des finances publiques des États membres"**.

Cependant, dans l'arrêt **Jørgensen** ⁵¹ (dispositif, point 2) la Cour tempère cette interdiction de principe : **"(...) des considérations d'ordre budgétaire ne peuvent en elles-mêmes justifier une discrimination fondée sur le sexe. Cependant, des mesures visant à assurer une bonne gestion des dépenses publiques consacrées aux soins médicaux spécialisés et à garantir l'accès de la population à ces soins peuvent être justifiées dès lors qu'elles répondent à un objectif légitime de politique sociale, sont aptes à atteindre cet objectif et sont nécessaires à cet effet."**

- **CAS PARTICULIER : UNE LÉGISLATION NATIONALE POTENTIELLEMENT DISCRIMINATOIRE :**

- CJCE, **Defrenne II**, du 8 avril 1976, ⁵² (point 21) : **"(...) La Cour a indiqué que, parmi les discriminations directes susceptibles d'être constatées à l'aide des seuls critères fournis par l'article 119, il faut compter notamment celles qui ont leur source dans des dispositions de nature législative (...)"**.

o **Charge de la preuve :**

- CJCE, **Seymour-Smith et Perez** (extrait du dispositif) ⁵³ : **"Dans l'hypothèse où un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins serait en mesure de remplir la condition de deux années d'emploi imposée par la règle décrite au point 3 du dispositif, [protégeant le salarié d'un licenciement abusif à condition d'avoir été employé de façon continue pendant une période minimale de deux ans prenant fin à la date effective du licenciement] il incombe à l'État membre, en sa qualité d'auteur de la règle présumée discriminatoire, de faire apparaître que ladite règle répond à un objectif**

⁵¹ CJCE, **Jørgensen**, du 6 avril 2000, C-226/98, également cité p.26, note 14 et p. 49 de ce document.

⁵² CJCE, **Defrenne II**, du 8 avril 1976, aff. 43/75, précité pp. 10, 11, 44 et 45 de ce document.

⁵³ CJCE, **Seymour-Smith et Perez**, du 9 février 1999, C-167/97, précité pp. 4, 5, 18, 19, 38, 45 (sous note n° 34) et p. 47 de ce document.

légitime de sa politique sociale, que ledit objectif est étranger à toute discrimination fondée sur le sexe et qu'il pouvait raisonnablement estimer que les moyens choisis étaient aptes à la réalisation de cet objectif."

○ **Office du juge national** :

- CJCE, **Seymour-Smith et Perez**, précité (extrait du dispositif) : *"Pour établir si une mesure adoptée par un État membre affecte différemment les hommes et les femmes dans une mesure telle qu'elle équivaut à une discrimination indirecte au sens de l'article 119 du traité, le juge national doit vérifier si les données statistiques disponibles indiquent qu'un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins est en mesure de remplir la condition imposée par ladite mesure. Si tel est le cas, il y a discrimination indirecte fondée sur le sexe, à moins que ladite mesure ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe."*

VERS LA CRÉATION D'UN CADRE GÉNÉRAL

EN FAVEUR DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

EN MATIÈRE D'EMPLOI ET DE TRAVAIL:

LA DIRECTIVE 2000/78/CE DU 27 NOVEMBRE 2000

SYNTHÈSE DE LA DIRECTIVE 2000/78/CE DU CONSEIL DU 27 NOVEMBRE 2000 : CRÉATION D'UN CADRE GÉNÉRAL EN FAVEUR DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT EN MATIÈRE D'EMPLOI ET DE TRAVAIL

La directive 2000/78/CE a été adoptée en vertu de l'article 13 du Traité CE, qui accorde compétence au Conseil pour prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Elle complète la directive 2000/43/CE relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, laquelle assure déjà une protection contre de telles discriminations dans le domaine de l'emploi et du travail.

Elle devait être transposée en droit interne, soit pour le 2 décembre 2003, soit pour le 1^{er} mars 2004 s'agissant des Etats ayant sollicité le délai supplémentaire prévu par le texte, ou au plus tard le 1^{er} janvier 2007 pour les derniers Etats entrants dans l'Union européenne (Bulgarie et Roumanie).

La directive est novatrice à plusieurs égards :

- Elle **interdit les discriminations fondées sur les nouveaux motifs que constituent la religion, l'orientation sexuelle, l'âge et le handicap.**

Cependant, des traitements différenciés ne sont pas discriminatoires s'ils répondent à certains critères : le critère de « l'exigence professionnelle essentielle et déterminante » prévu à l'article 4, autorise une différence de traitement fondée sur l'un des motifs énoncés (âge, religion, orientation sexuelle, handicap) sous réserve que cette différence réponde à un objectif légitime et que l'exigence soit proportionnée.

Les différences de traitement fondées sur l'âge sont autorisées pour répondre à certains objectifs sociaux-économiques mais encadrées (article 6).

- **Concernant l'appartenance syndicale**, elle prévoit expressément en son considérant 5 que « (...) La présente directive ne porte pas atteinte à la liberté d'association, dont le droit de toute personne de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts ». D'autre part, l'article 3, 1^{er}d) qui définit le domaine d'application de la directive précise que : « l'affiliation à, et l'engagement dans, une organisation de travailleurs ou d'employeurs, ou toute organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations » relèvent du domaine d'application de la directive ⁵⁴.

- Elle exige des Etats qu'ils mettent en oeuvre **des dispositifs juridiques pour rendre effectifs le principe de prohibition des discriminations** et dispose (Considérant 29) : « Pour assurer

⁵⁴ Voir également la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne (Déclaration conjointe du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur la représentation des travailleurs) qui précise que la notion de « représentant des travailleurs » s'entend comme étant les « représentants des travailleurs prévus par les législations et/ou pratiques nationales » (article 2e) de la directive). Elle prévoit également une obligation positive pour les Etats membres de protection des représentants des travailleurs au moyen de dispositifs législatifs.

un niveau de protection plus efficace, **les associations ou les personnes morales doivent aussi être habilitées à engager une procédure**, selon des modalités fixées par les États membres, pour le compte ou à l'appui d'une victime, sans préjudice des règles de procédure nationales relatives à la représentation et à la défense devant les juridictions. »

- Le texte confirme les règles de preuve en matière civile, **et notamment le renversement de la charge de la preuve dès lors qu'une présomption de discrimination est établie**, à l'article 10 qui dispose :

« 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.

2. Le paragraphe 1 ne fait pas obstacle à l'adoption par les États membres de règles de la preuve plus favorables aux plaignants. ».

Cette disposition n'est pas applicable aux procédures pénales.

- La proposition de directive du 2 juillet 2008 de la Commission fondée sur l'article 13 du Traité de l'Union Européenne et relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle COM(2008) 426 final 2008/0140 (CNS) :

Cette proposition se situe dans le prolongement des directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2004/113/CE, qui interdisent la discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, un handicap, l'orientation sexuelle, la religion ou les convictions, et dans l'actualité de la signature de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées par les États membres et la Communauté européenne et doit être soumise au Conseil.

« L'objectif principal de la directive est de lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, l'âge ou l'orientation sexuelle et de mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement dans d'autres domaines de l'emploi » (article 1^{er}).

Les domaines suivants sont concernés :

- la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé ;
- les avantages sociaux ;
- l'éducation ;
- l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public, y compris en matière de logement.

JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES INTERPRÉTANT LA DIRECTIVE 2000/78/CE :

□ **LIMITES À L'APPLICATION MATÉRIELLE DE LA DIRECTIVE :**

CJCE, Grande chambre **Bartsch**, du 23 septembre 2008, C-427/06 : une veuve, de nationalité allemande et mariée à un salarié allemand, aujourd'hui décédé, critiquait une disposition de la loi allemande écartant du bénéfice de la pension de survivant les veufs ou veuves ayant plus de quinze ans de moins que leur conjoint décédé.

La Cour de justice estime que la situation ainsi décrite ne peut se rattacher au droit communautaire. En effet, d'une part, les lignes directrices (loi allemande applicable) ne constituent pas une mesure de mise en œuvre de la directive 2000/78 et, d'autre part, le décès de M. Bartsch est antérieur à l'expiration du délai de transposition de cette directive à l'égard de l'État membre en cause : *“Le droit communautaire ne contient pas une interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge dont les juridictions des États membres doivent garantir l'application lorsque le comportement éventuellement discriminatoire ne présente aucun lien avec le droit communautaire. Un tel lien n'est pas créé par l'article 13 CE [qui permet au Conseil de l'Union européenne de prendre, dans les limites des compétences conférées par le traité CE, les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur l'âge], ni, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, par la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, dès avant l'expiration du délai imparti à l'État membre en cause pour la transposition de celle-ci.”* (dispositif)

□ **ILLUSTRATIONS JURISPRUDENTIELLES PAR NATURE DE DISCRIMINATION :**

- **DISCRIMINATION LIÉE À L'ÂGE :**

- CJCE, Grande chambre **Mangold**, du 22 novembre 2005, C-144/04 (dispositif) : la Cour de Luxembourg était saisie d'une question préjudicielle portant sur une loi allemande permettant la conclusion sans restriction de contrats de travail à durée déterminée pour les travailleurs ayant atteint l'âge de 52 ans. Cette loi ne prévoyait qu'une seule exception : le cas spécifique de l'existence d'une relation d'emploi continue.

Le tribunal du travail de Munich s'interrogeait sur la compatibilité de cette loi avec la directive 2000/78 qui crée un cadre général pour lutter contre certaines formes de discrimination en matière d'emploi et de travail, dont notamment, celles fondées sur l'âge.

“(…) la Cour (grande chambre) dit pour droit :

1) La clause 8, point 3, de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, conclu le 18 mars 1999, mis en œuvre par la directive 1999/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une réglementation telle que celle en cause au principal qui, pour des motifs liés à la nécessité de promouvoir l'emploi et indépendamment de la mise en

œuvre dudit accord, a abaissé l'âge au-delà duquel des contrats de travail à durée déterminée peuvent être conclus sans restrictions.

2) **Le droit communautaire et, notamment, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale telle que celle en cause au principal qui autorise, sans restrictions, à moins qu'il n'existe un lien étroit avec un contrat de travail antérieur à durée indéterminée conclu avec le même employeur, la conclusion de contrats de travail à durée déterminée lorsque le travailleur a atteint l'âge de 52 ans.**"

- CJCE, Grande chambre, **Palacios de la Villa**, du 16 octobre 2007, C-411/05 (dispositif) : un employé avait intenté une action en justice au motif que son licenciement fondé sur son âge (il avait atteint l'âge obligatoire de la retraite) était abusif.

La règle applicable en matière de mise à la retraite d'office est énoncée par l'article 6 de la directive 2000/78/CE, du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. D'après l'interprétation que la Cour donne de ce texte communautaire, en principe **"la directive 2000/78/CE ne s'oppose pas à une réglementation nationale (...) en vertu de laquelle sont considérées comme valables les clauses de mise à la retraite d'office figurant dans des conventions collectives et qui exigent, comme seules conditions, que le travailleur ait atteint la limite d'âge, fixée à 65 ans par la réglementation nationale (...)."**

Cependant, pour rechercher si une mesure de droit interne est discriminatoire, la Cour vérifie que **"ladite mesure, certes fondée sur l'âge, est objectivement et raisonnablement justifiée, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime relatif à la politique de l'emploi et au marché du travail, et les moyens mis en œuvre pour réaliser cet objectif d'intérêt général n'apparaissent pas inappropriés et non nécessaires à cet effet."**

- CJCE, **The Incorporated Trustees of National Council on Ageing** du 5 mars 2009⁵⁵ : Les questions préjudicielles posées par la *High Court of Justice* portaient sur la compatibilité de la législation britannique avec la directive 2000/78. En effet, selon la loi britannique, l'employeur dispose de la possibilité de licencier un employé ayant atteint l'âge de la retraite (65 ans) en respectant une certaine procédure, sans que ce licenciement puisse être considéré comme discriminatoire alors que s'agissant du licenciement des personnes de moins de 65 ans, elle rappelle seulement le principe selon lequel la discrimination fondée sur l'âge est illégale, sauf si l'employeur apporte la preuve que la mesure constitue un moyen proportionné d'atteindre un but légitime.

La Cour dit pour droit (dispositif) :

"1) Une réglementation nationale telle que celle édictée aux articles 3, 7, paragraphes 4 et 5, ainsi que 30 du règlement de 2006 relatif à l'égalité en matière d'emploi (âge) [Employment Equality (Age) Regulations 2006], relève du champ d'application de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

2) L'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une mesure nationale qui, à l'instar de l'article 3 du règlement en cause

⁵⁵ CJCE, **The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing (Age Concern England) c/ Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform**, C-388/07

au principal ne contient pas une énumération précise des objectifs justifiant qu'il puisse être dérogé au principe de l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge. Toutefois, ledit article 6, paragraphe 1, n'ouvre la possibilité de déroger à ce principe **que pour les seules mesures justifiées par des objectifs légitimes de politique sociale tels que ceux liés à la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle.** Il appartient au juge national de vérifier si la réglementation en cause au principal répond à un tel objectif légitime et si l'autorité législative ou réglementaire nationale pouvait légitimement estimer, compte tenu de la marge d'appréciation dont disposent les États membres en matière de politique sociale, que les moyens choisis étaient appropriés et nécessaires à la réalisation de cet objectif.

3) L'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 **donne la possibilité aux États membres de prévoir, dans le cadre du droit national, certaines formes de différence de traitement fondée sur l'âge lorsqu'elles sont «objectivement et raisonnablement» justifiées par un objectif légitime, tel que la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.** Il impose aux États membres la charge d'établir le caractère légitime de l'objectif invoqué à titre de justification à concurrence d'un seuil probatoire élevé. Il n'y a pas lieu d'attacher une signification particulière à la circonstance que le terme «raisonnablement», employé à l'article 6, paragraphe 1, de ladite directive, ne figure pas à l'article 2, paragraphe 2, sous b), de celle-ci."

- DISCRIMINATION FONDÉE SUR L'ORIENTATION SEXUELLE :

- CJCE, Grande chambre, **Maruko**,⁵⁶ du 1^{er} avril 2008, C-267/06 (dispositif) : La cour dit pour droit : "1) Une prestation de survie octroyée dans le cadre d'un régime de prévoyance professionnelle tel que celui géré par la Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen entre dans le champ d'application de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

2) **Les dispositions combinées des articles 1^{er} et 2 de la directive 2000/78 s'opposent à une réglementation telle que celle en cause au principal en vertu de laquelle, après le décès de son partenaire de vie, le partenaire survivant ne perçoit pas une prestation de survie équivalente à celle octroyée à un époux survivant, alors que, en droit national, le partenariat de vie placerait les personnes de même sexe dans une situation comparable à celle des époux pour ce qui concerne ladite prestation de survie.** Il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si un partenaire de vie survivant est dans une situation comparable à celle d'un époux bénéficiaire de la prestation de survie prévue par le régime de prévoyance professionnelle géré par la Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen."(Dispositif).

- DISCRIMINATION LIÉE AU HANDICAP :

- CJCE, Grande chambre, **Chacón Navas** du 11 juillet 2006, C-13/05 (dispositif) : la Cour dit pour droit :

"1) Une personne qui a été licenciée par son employeur exclusivement pour cause de maladie ne relève pas du cadre général établi en vue de lutter contre la discrimination fondée sur le handicap par la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un

⁵⁶ Arrêt de Grande chambre, **Maruko**, précité p. 52 de ce document, sous note n° 47.

cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

2) L'interdiction, en matière de licenciement, de la discrimination fondée sur le handicap, inscrite aux articles 2, paragraphe 1, et 3, paragraphe 1, sous c), de la directive 2000/78, s'oppose à un licenciement fondé sur le handicap qui, compte tenu de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées, n'est pas justifié par le fait que la personne concernée n'est pas compétente, ni capable, ni disponible pour remplir les fonctions essentielles de son poste.

3) La maladie en tant que telle ne peut être considérée comme un motif venant s'ajouter à ceux au titre desquels la directive 2000/78 interdit toute discrimination."

- Harcèlement lié au handicap et discrimination « par association »⁵⁷ :

- CJCE, Grande chambre, **Coleman** du 17 juillet 2008, C-303/06 : Une salariée avait travaillé pour son ancien employeur depuis 2001 en qualité de secrétaire juridique. Au cours de l'année 2002, elle donna naissance à un fils, dont l'état de santé exigeait des soins spécialisés et particuliers. La mère lui dispensait l'essentiel des soins dont celui-ci avait besoin. En août 2005, elle saisit l'*Employment Tribunal* d'un recours dans lequel elle soutenait avoir été victime d'un licenciement implicite et d'un traitement moins favorable que celui réservé aux autres employés, en tant que mère d'un enfant handicapé. Elle prétendait que ce traitement l'avait contrainte à cesser de travailler pour son ancien employeur. Parmi les comportements reprochés par la requérante à ses employeurs, elle indiquait leur refus de lui permettre de reprendre son ancien travail après son retour de congé de maternité, le fait de l'avoir traitée de « paresseuse » lorsqu'elle avait demandé du temps libre pour prendre soin de son fils et leur refus de lui accorder des conditions de travail aussi flexibles que celles de ses collègues dont les enfants n'étaient pas handicapés.

S'agissant d'une discrimination directe, la Cour adopte une conception extensive de l'application de la directive 2000/78/CE en indiquant : "**(...) il ne ressort pas de ces dispositions de la directive 2000/78 que le principe de l'égalité de traitement qu'elle vise à garantir soit limité aux personnes ayant elles-mêmes un handicap au sens de cette directive. Au contraire, celle-ci a pour objet, en ce qui concerne l'emploi et le travail, de lutter contre toutes les formes de discrimination fondées sur le handicap. En effet, le principe de l'égalité de traitement consacré par ladite directive dans ce domaine s'applique non pas à une catégorie de personnes déterminée, mais en fonction des motifs visés à l'article 1^{er} de celle-ci. Cette interprétation est corroborée par le libellé de l'article 13 CE, disposition constituant la base juridique de la directive 2000/78, qui confère une compétence à la Communauté pour prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée, notamment, sur le handicap.**"

En conséquence, la Cour dit pour droit (dispositif) : "**La directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, et, notamment, ses articles 1^{er} et 2, paragraphes 1 et 2, sous a), doivent être interprétés en ce sens que l'interdiction de discrimination directe qu'ils prévoient n'est pas limitée aux seules personnes qui sont elles-mêmes handicapées. Lorsqu'un employeur traite un employé n'ayant pas lui-même un handicap de manière moins favorable qu'un autre employé ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation**

⁵⁷ L'expression n'est pas de la CJCE mais celle de Christophe Willmann, dans son commentaire sur l'arrêt **Coleman**, "Directive 2000/78/CE et prohibition de la discrimination « par association »", in : *Lexbase Hebdo*, n° 320, du 2 octobre 2008, Edit. sociale.

comparable et qu'il est prouvé que le traitement défavorable dont cet employé est victime est fondé sur le handicap de son enfant, auquel il dispense l'essentiel des soins dont celui-ci a besoin, un tel traitement est contraire à l'interdiction de discrimination directe énoncée audit article 2, paragraphe 2, sous a).

2) *La directive 2000/78 et, notamment, ses articles 1^{er} et 2, paragraphes 1 et 3, doivent être interprétés en ce sens que l'interdiction de harcèlement qu'ils prévoient n'est pas limitée aux seules personnes qui sont elles-mêmes handicapées. Lorsqu'il est prouvé que le comportement indésirable constitutif de harcèlement dont un employé, n'ayant pas lui-même un handicap, est victime est lié au handicap de son enfant, auquel il dispense l'essentiel des soins dont celui-ci a besoin, un tel comportement est contraire à l'interdiction de harcèlement énoncée audit article 2, paragraphe 3.*"

TRANSPOSITION EN DROIT FRANÇAIS

DES DIRECTIVES RELATIVES

A LA DISCRIMINATION EN DROIT DU TRAVAIL

TRANSPOSITION EN DROIT FRANÇAIS DE LA DIRECTIVE 2000/78/CE ⁵⁸

La directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 a été transposée en droit interne en plusieurs étapes :

- par la **loi n° 2001-397 du 9 mai 2001**, relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, qui a donné une place centrale à la négociation collective en introduisant la question de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes dans la négociation annuelle obligatoire ;
- par la **loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001** relative à la lutte contre les discriminations ;
- par la **loi n° 2002-73, du 17 janvier 2002** dite de modernisation sociale, qui a intitulé dans le code du travail un titre III du Livre I de la première partie, « Discriminations » ;
- par la **loi n° 2005-102, du 11 février 2005** relative à l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées ;
- par la **loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005** portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique ;
- par la **loi n° 2006-340 du 23 mars 2006** sur l'égalité salariale entre les femmes et les hommes qui impose aux entreprises d'au moins 50 salariés l'obligation de mener chaque année des négociations de branche pour définir et mettre en place des mesures visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes avant le 31 décembre 2010. Diverses sanctions sont prévues par la loi de 2006 en cas de manquement à l'obligation de négocier ;
- par la **loi n° 2008-496 du 27 mai 2008** portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

□ **LES NOTIONS DE DISCRIMINATIONS :**

- **DISCRIMINATIONS DIRECTES OU INDIRECTES :**

Avant les lois de 2001 précitées, les notions communautaires de discrimination n'étaient pas définies par le code du travail.

La récente loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations est venue compléter le dispositif en donnant une telle définition à l'article 1^{er}.

Cette dernière loi fait suite à deux mises en demeure et à un avis motivé adressés à la France

⁵⁸ Voir articles suivants :

- G. Vachet, "A travail égal, salaire égal", *in* : *Droit social*, n° 11, novembre 2008, p.1046.
- M-T Lanquentin, "Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008", *in* : *Droit social*, n° 7/8, juillet-août 2008, p. 778.
- P-Y Verkindt, "L'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes", *in* : *Droit social*, n° 11, novembre 2008, p. 1051.
- J-F Cesaro, " Un nouveau droit de l'égalité professionnelle ? ", *in* : *Droit social*, n° 6, juin 2008, p. 654.

par la Commission européenne pour ne pas avoir transposé correctement trois directives communautaires dans le délai imparti, dont celle du 27 novembre 2000 (qui devait être transposée au 2 décembre 2003). La Commission reprochait notamment à la France l'absence de définition de la discrimination en matière d'emploi et de travail car le code du travail tout en y faisant référence à la notion ne la définissait pas.

La notion de « discrimination indirecte » a longtemps suscité des réticences de la part des autorités françaises, notamment tant que la première définition communautaire figurant dans la directive 97/80/CE comportait une approche statistique, jugée peu compatible avec le principe d'égalité des citoyens devant la loi garanti par l'article 1^{er} de la Constitution de 1958.

Finalement, les différentes directives successives ont retenu la notion de « désavantage particulier pour des personnes » susceptible d'être causé par une disposition, une pratique, un critère apparemment neutre et pour un des motifs communautaires (âge, race, sexe, religion, conviction, handicap, orientation sexuelle).

Cette définition a donc été reprise à **l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008** qui dispose :

« article 1 :

Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère, ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, critère ou pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but soient nécessaires et appropriés. »

Le **code du travail** utilise ces notions de discrimination directe et de discrimination indirecte, notamment à **l'article L.1132-1 et à la fin du premier alinéa de l'article L. 1134-1**.

La **loi n° 2008-496** prévoit à l'article 2, 3°) une protection renforcée de la femme enceinte en disposant que l'état de grossesse fait partie des motifs de discrimination interdits :

« Toute discrimination directe ou indirecte est interdite en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité. »

Les salariées, victimes de discrimination en raison de leur grossesse, sont en droit d'être réintégrées si leur licenciement est jugé discriminatoire.

- **LE HARCÈLEMENT** :

Les dispositions relatives au harcèlement ont été introduites par la **loi n° 2002-73 de modernisation sociale du 17 janvier 2002**, et dans la loi portant relance de la négociation collective du 3 janvier 2003.

- **DISCRIMINATIONS ET HANDICAP** :

La lutte contre les discriminations à l'encontre des personnes handicapées, et l'insertion en droit interne des orientations de la directive 2000/78/CE sur ce point ont fait l'objet de la **loi n° 2005-102 du 11 février 2005** relative à l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

- UNE PREUVE DE LA DISCRIMINATION FACILITÉE :

Discriminations fondées sur le sexe et discriminations indirectes bénéficient de facilités de preuves en droit communautaire.

La loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 a permis d'introduire le mécanisme de déplacement de la charge de la preuve consacré par le droit communautaire dans le code du travail aux anciens articles L.122-45 et L.123-1 devenus :

. **l'article L.1134-1 du code du travail**, modifié par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, au sein du Titre III du Livre 1^{er} « Discriminations » qui reprend les différents motifs communautaires de discrimination (origine, sexe, orientation sexuelle, âge, situation de famille ou grossesse, ...)

. **l'article L.1144-1 du code du travail**, au sein du Titre IV « Egalité professionnelle entre les hommes et les femmes ».

Tout salarié qui allègue une discrimination directe ou indirecte doit présenter des éléments de fait susceptibles de caractériser la discrimination. Au vu de ces éléments, c'est à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme alors sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

En outre, la loi de 2001 a étendu cette facilité de preuve au candidat à un stage ainsi qu'au candidat à suivre une formation, lesquels n'en bénéficiaient pas jusqu'à lors.

L'aménagement de la charge de la preuve a été élargi, qu'il s'agisse d'une discrimination directe ou d'une discrimination indirecte, à l'emploi indépendant ou non salarié par l'article 19 de la loi du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE (Haute autorité de la lutte contre les discriminations). Cet aménagement vise les discriminations fondées sur la nationalité, l'appartenance vraie ou supposée à une ethnie ou à une race.

**TRANSPOSITION EN DROIT FRANÇAIS DE LA DIRECTIVE 2006/54/CE
DITE « REFONTE » :**

Modifié par la **loi n° 2008-496 du 27 mai 2008** portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, **l'article L.1134-1 du code du travail** dispose désormais :

« Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte.

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

Outre ces modifications introduites dans le code du travail, la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations a prévu les dispositions générale suivantes qui s'appliquent hors relations de travail conformément aux dispositions de la directive « refonte » :

« Article 3 :

Aucune personne ayant témoigné de bonne foi d'un agissement discriminatoire ou l'ayant relaté ne peut être traitée défavorablement de ce fait.

Aucune décision défavorable à une personne ne peut être fondée sur sa soumission ou son refus de se soumettre à une discrimination prohibée par l'article 2.

Article 4 :

Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le présent article ne s'applique pas devant les juridictions pénales. »

Enfin le **décret n° 2008-799 du 20 août 2008** relatif à l'exercice par des associations d'actions en justice, nées de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations **modifie le code de procédure civile** en créant un chapitre XII intitulé « Les actions en matière de discriminations ».

Un **article 1263-1** y prévoit :

« Les associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans et se proposant, par leurs statuts, de lutter contre les discriminations peuvent exercer les actions en justice qui naissent de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 en faveur de la victime d'une discrimination. »

L'association doit justifier avoir obtenu l'accord écrit de l'intéressé après avoir porté à sa connaissance les informations suivantes :

- 1° La nature et l'objet de l'action envisagée ;
- 2° Le fait que l'action sera conduite par l'association qui pourra exercer elle-même les voies de recours ;
- 3° Le fait que l'intéressé pourra, à tout moment, intervenir dans l'instance engagée par l'association ou y mettre fin. »

LA MISE EN ŒUVRE

DE LA DIRECTIVE 2000/78/CE

- ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ - ⁵⁹

⁵⁹ Ces fiches ont été élaborées essentiellement à partir d'un rapport "**Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi**" (avril 2004), constitué de comptes rendus élaborés par les membres du Groupe d'experts dans le domaine de la lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, sous l'égide de la Commission européenne, dans le cadre du programme d'action Communautaire de lutte contre la discrimination 2001-2006.

AUTRICHE⁶⁰

▣ INTRODUCTION :

De façon générale, la législation autrichienne ne prévoyait pas de protection effective contre les discriminations jusqu'à la mise en oeuvre au niveau fédéral de la directive 2000/78/CE au 1^{er} juillet 2004.

La législation interdisant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en Autriche n'est mise en oeuvre qu'au niveau fédéral et uniquement, dans trois états fédérés. Ces lois fédérales dépassent, par certains aspects, les obligations minimales prévues par la directive communautaire (domaine d'application, mise à exécution par les Commissions de cette protection...).

▣ INTERDICTION DE DISCRIMINER :

Le gouvernement fédéral a présenté au Parlement deux propositions concernant l'interdiction de discrimination et portant respectivement sur l'emploi privé et l'emploi public fédéral. Celles-ci ont donné lieu à une nouvelle "*Gleichbehandlungsgesetz*" ("loi d'Égalité de traitement") et une nouvelle "*Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft*" ("loi fédérale relative à la Commission d'égalité de traitement et à l'Agence d'égalité de traitement") mettant en oeuvre la directive communautaire dans l'emploi privé et à une nouvelle "*Bundes-Gleichbehandlungsgesetz*" ("loi fédérale d'Égalité de traitement") dans l'emploi public fédéral. Ces lois sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2004.

La législation fédérale autrichienne interdit la discrimination directe ou indirecte, au sens de la directive. Elle ne définit pas la notion d' « orientation sexuelle » mais propose de l'appliquer aux cas d'hétérosexualité, d'homosexualité ou encore, de bisexualité.

Le harcèlement est également prohibé, même si, selon l'auteur du rapport, la loi autrichienne reste en deçà des textes communautaires en ne sanctionnant pas tout comportement, même non couronné de succès, ayant seulement pour objet de porter atteinte à la dignité ou de créer un environnement hostile au salarié.

Les lois fédérales interdisent toutes les discriminations liées à l'emploi mais également liées à l'accès à l'orientation professionnelle, à la formation professionnelle ou encore, à l'engagement dans une organisation syndicale ou une organisation dont les membres exercent une même profession.

Si ces lois fédérales couvrent l'accès aux activités non salariées, elles ne prévoient aucune protection concernant l'exercice de ces activités.

⁶⁰ "Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi" (avril 2004), rapport de M. Helmut Graupner, avocat

La législation autrichienne a autorisé le mariage entre partenaires de même sexe. Le traitement inégal des personnes non mariées de même sexe et celles de sexe différent est prohibé. Bien que la législation autrichienne soit restée muette sur le sujet, il semble que l'interdiction de discrimination s'étende également aux personnes mariées avec un conjoint de même sexe ou de sexe différent.

▣ **EXCEPTIONS :**

Les lois fédérales reprennent les exceptions prévues par la directive.

▣ **APPLICATION DU DROIT :**

Outre les tribunaux et les autorités administratives traditionnellement compétentes, des organismes spécialisés peuvent être saisis. Ainsi des *ombudsmen* sont prévus au niveau des Etats confédérés, tandis que les lois fédérales ont mis en place des « Commissions d'égalité de traitement » qui peuvent également délivrer des opinions ou recommandations non contraignantes.

La législation fédérale autrichienne relative à l'Emploi privé prévoit des sanctions aux annonces d'emploi discriminatoires sous la forme d'une amende administrative dont le montant maximal est de 360 euros. L'employeur qui commet l'infraction pour la première fois ne peut toutefois être condamné.

La victime de la discrimination peut demander qu'il soit mis fin à la discrimination, ou préférer bénéficier d'une indemnité en réparation de son préjudice matériel. Dans les deux cas, elle pourra également demander une indemnité en réparation de son préjudice moral. Cependant, si cette personne n'a, en raison de la discrimination liée à son orientation sexuelle, pas été recrutée ou qu'elle n'a pas obtenu la promotion à laquelle elle pouvait prétendre, elle ne pourra que demander l'allocation de dommages-intérêts.

La contestation d'une rupture du contrat de travail litigieuse sur le fondement d'une discrimination doit être exercée dans un délai de 15 jours ; le salarié ne pourra, dans ce cas, que demander à réintégrer son poste au sein de l'entreprise à l'origine de la discrimination. Mais, il ne pourra pas réclamer d'indemnités, même pour préjudice moral et quitter l'entreprise. En pratique et dans ce cas précis, cette mesure paraît peu efficace dans la lutte contre la discrimination. En effet, les salariés victimes d'une discrimination de ce type, ne souhaitent généralement pas réintégrer l'entreprise.

La loi fédérale relative au Secteur privé prévoit que l'employeur, dans le cadre d'un non recrutement ou d'une absence de promotion, ne peut être condamné au delà de 500 euros s'il établit qu'en l'absence de discrimination, la personne n'aurait de toute façon pas été recrutée ou promue. Des sanctions équivalentes et limitées sont également prévues par la loi fédérale relative à l'Emploi public (limitation de la réparation pécuniaire à trois mois de salaire).

En ce qui concerne les annonces d'emploi discriminatoires, la loi fédérale relative à l'Emploi public ne prévoit aucune sanction tandis que la loi fédérale relative à l'Emploi privé prévoit des amendes administratives.

La législation autrichienne ne reconnaît pas aux groupes d'intérêts de légitimation. Ceux-ci ne peuvent représenter la victime devant les tribunaux, y compris lors des « procédures pénales administratives ».

La législation fédérale considère qu'il n'appartient pas à la victime de prouver l'existence de la discrimination, mais qu'il lui incombe seulement d'apporter les éléments suffisants pour que puisse être présumée une discrimination directe ou indirecte. Cependant, et contrairement à ce que préconise la directive, si l'employeur, défendeur à l'instance par hypothèse, parvient ensuite à apporter des éléments contraires suffisants pour que soit présumée, et non pas prouvée, l'absence de discrimination, la charge de la preuve sera à nouveau renversée au détriment du demandeur.

□ **LA CONSTITUTION :**

La Constitution espagnole de 1978 prévoit, à l'article 14, l'égalité des espagnols devant la loi, de sorte que la discrimination fondée sur la naissance, la race, le sexe, la religion, l'opinion ou toute autre considération personnelle ou sociale est interdite, même si l'orientation sexuelle n'est pas expressément mentionnée. L'article 9 de la Constitution dispose en outre que les autorités publiques doivent promouvoir les conditions selon lesquelles la liberté et l'égalité d'un individu et des groupes auxquels il appartient sont réelles et effectives en éliminant les obstacles en ce sens.

□ **LES ÉVOLUTIONS DE LA LÉGISLATION DU TRAVAIL ESPAGNOLE DEPUIS LA DIRECTIVE 2000/78/CE :**

La directive 2000/78/CE a été transposée en droit interne par la loi 62/2003 du 30 décembre 2003, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004.

Auparavant, seule une disposition du Code criminel interdisait explicitement la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Cette loi introduit des modifications dans différents textes législatifs ; outre la législation relative au secteur public, elle modifie le statut des travailleurs, "*Estatuto de los trabajadores*", dispositif législatif qui contient les règles générales en matière de contrat de travail, de droits et devoirs des salariés et employeurs, de relations individuelles et collectives au sein des sociétés de droit privé.

La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est désormais expressément mentionnée. L'article 17 du statut pose le principe général de non discrimination dans l'accès à l'emploi, comme dans les salaires ou les conditions de travail et prévoit la nullité des clauses conventionnelles (incluses dans des conventions collectives) ou contractuelles qui constituent des discriminations. L'intérim est également soumise à ces principes alors même qu'elle relève d'organismes à but non lucratif en Espagne.

La loi 62/2003 ne définit pas l'orientation sexuelle, pas plus que l'article 314 du code criminel espagnol ⁶² ; cet article sanctionne comme un crime contre le droit des travailleurs tout comportement assimilable à « une discrimination sérieuse » en matière d'emploi, notamment pour motif d'orientation sexuelle.

⁶¹ "**Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi**" - synthèse du rapport du Professeur Ruth Rubio-Marin, (avril 2004) sur la transposition de la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

⁶² Le code criminel date de 1995.

En revanche, l'article 28 de la loi 62/2003 donne, pour la première fois, une définition de la discrimination directe, jusqu'alors définie seulement par la jurisprudence. De même, la discrimination indirecte est définie à l'occasion de l'adoption de cette loi. Comme la directive, la loi 62/2003 assimile le harcèlement à une forme de discrimination. L'injonction de discriminer est également considérée comme une discrimination.

Le champ d'application de la loi est large mais moins détaillé que la directive, en ne visant pas spécifiquement certains aspects du droit du travail comme les conditions du recrutement ou les critères de sélection, ni même le licenciement. La Cour constitutionnelle a toutefois interprété la Constitution comme prohibant les discriminations en matière de renouvellement de contrats et de licenciement, ce qui constitue une garantie.

Sont concernées par ces mesures, les personnes privées comme les personnes morales, du secteur public comme du secteur privé.

La loi de transposition reprend la formulation de la directive s'agissant des exigences professionnelles particulières qui peuvent justifier une différence de traitement, si cette exigence est essentielle et déterminante et « pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée »⁶³.

La législation espagnole prévoit dorénavant, reprenant les termes de la directive, que les conventions collectives peuvent inclure « *des mesures visant à lutter contre toute forme de discrimination en matière d'emploi, à encourager l'égalité des chances et à empêcher le harcèlement fondé sur l'origine raciale ou ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.* »

□ **L'IMPACT DE LA DIRECTIVE SUR LES VOIES DE RECOURS JUDICIAIRES ET LES SANCTIONS :**

En matière de discrimination dans le travail, les voies de recours ordinaires consistent en la saisine des juridictions du travail en première instance, en appel, *Audiencia nacional*, et devant la chambre sociale de la Cour suprême, *Tribunal supremo*.

Comme on l'a vu, l'article 17 du statut des travailleurs considère comme nulles les clauses de conventions collectives discriminatoires. La loi nouvelle y inclut les discriminations directes comme indirectes et celles fondées sur l'orientation sexuelle. Si la discrimination à l'encontre du salarié s'est traduite par un licenciement, l'employeur doit réintégrer le travailleur, lui verser les salaires qu'il a perdus et le rétablir dans tous ses droits rétroactivement, ainsi l'a jugé le juge constitutionnel.⁶⁴

La loi 62/2003 modifie la « loi relative à la procédure d'emploi », « *Ley de procedimiento laboral* », qui met en place une procédure spéciale pour la protection de la liberté syndicale et des droits et libertés fondamentaux ainsi que pour l'interdiction de la discrimination.

⁶³ Article 4 §1 de la directive : « Nonobstant l'article 2, paragraphes 1 et 2, les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1^{er} ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. »

⁶⁴ *Sentencia del Tribunal constitucional* (arrêt du tribunal constitutionnel), 33/1986

Elle l'ouvre désormais aux plaintes pour harcèlement. Cette procédure spéciale a pour principale caractéristique de donner la priorité à ce type de litiges sur les autres affaires suivant une procédure accélérée.

Depuis le décret royal 5/2000, du 4 août 2000, figurent dans la liste des sanctions très sérieuses les décisions unilatérales de l'employeur qui s'apparentent à une discrimination en matière de salaire, d'horaires de travail, de formation, de promotion et fondée sur différents motifs. La loi 62/2003 a complété la disposition par la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, et les discriminations même indirectes ainsi que le harcèlement. Des sanctions économiques sont prononcées par l'inspection du travail à l'encontre de l'employeur.

En outre, l'employeur récalcitrant, déjà avisé ou sanctionné par les autorités administratives du travail, qui ne modifie pas son comportement, peut tomber sous le coup de la sanction pénale prévue à l'article 314 du code criminel et est passible d'une peine d'emprisonnement de six mois à deux ans, indépendamment de l'action en responsabilité civile ouverte aux salariés et d'éventuelles sanctions de nature économique.

S'agissant de la charge de la preuve, le législateur espagnol a repris le mécanisme communautaire consistant à faire peser la charge de la preuve sur l'employeur dès lors que le salarié s'estimant lésé *“par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement établi, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte”*⁶⁵.

Selon la loi espagnole qui semble aller plus loin que la directive dans ses exigences quant à la qualité de la preuve, *“c'est à la partie défenderesse qu'il revient de fournir une justification objective et raisonnable, ainsi que suffisamment prouvée, des mesures adoptées et de leur proportionnalité.”*

La présomption d'innocence prévue à l'article 24 (2) de la Constitution reste cependant la règle dans le domaine criminel, de sorte que, dans ces cas-là, il n'y a pas transfert de la charge de la preuve.

Enfin, en accord avec l'article 11 de la directive⁶⁶, l'article 37 de la loi 62/2003 introduit une modification du Statut des travailleurs, ainsi qu'un remaniement de la loi 5/2000 relative aux infractions et voies de recours dans le domaine social, pour protéger les travailleurs contre d'éventuelles mesures de rétorsion. L'article 17(2) dudit statut déclare *“la nullité des décisions des employeurs qui correspondent à un traitement désavantageux de travailleurs en réaction à une plainte au sein de l'entreprise ou à toute procédure juridique visant l'application du respect du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination”*.

Il ne s'agit au demeurant pas d'un changement fondamental du système juridique espagnol car la Cour constitutionnelle avait précédemment rendu trois arrêts⁶⁷ reconnaissant déjà l'importance de la protection contre les rétorsions. Désormais, toutes mesures de rétorsion seront donc sanctionnées par la nullité.

⁶⁵ Article 10 paragraphe 1 de la directive.

⁶⁶ Article 11 : « Les Etats membres introduisent dans leur système juridique interne les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs contre tout licenciement ou tout autre traitement défavorable par l'employeur en réaction à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement ».

⁶⁷ Voir *Sentencias del Tribunal Constitucional* [arrêts de la Cour constitutionnelle] 7/93, 14/93 et 54/95.

▣ **ACTUALISATION :**

Depuis ce rapport, l'Espagne a transposé la directive 2002/73/CE modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en oeuvre 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, par la loi organique du 22 mars 2007 relative à l'égalité effective entre les hommes et les femmes.⁶⁸

La loi vise à rendre effectif le principe d'égalité de traitement dans tous les domaines, notamment celui du droit du travail au sein du titre IV intitulé « droit du travail et égalité des chances ».

Cette loi prévoit notamment dans les entreprises de plus de 250 salariés, l'obligation d'élaborer et de soumettre à la négociation un plan d'égalité de traitement, "*plano de igualdad*"; en vue de prévenir les risques de harcèlement sexuel au travail, les entreprises sont invitées à diffuser des codes de bonnes pratiques et à réaliser des campagnes d'information ; enfin, un prix est créé, destiné à récompenser l'entreprise la plus efficace en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes.

⁶⁸ Ley organica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOE num 71, 23 mars 2007.

□ INTRODUCTION :

Jusqu'à la transposition de la directive 2000/78 en droit interne, une protection générale contre la discrimination était garantie à l'article 3 de la Constitution italienne.

Ce dernier reconnaît la dignité et l'égalité en vertu du droit sans distinction fondée sur le sexe, la race, la langue, la religion, les opinions politiques et les conditions personnelles ou sociales sans toutefois mentionner de manière expresse le terme "*orientamento sessuale*" (orientation sexuelle).

La Cour de cassation⁷⁰ italienne a adopté une interprétation restrictive en considérant que l'article 3 n'était contraignant que pour les pouvoirs publics.

Néanmoins, la Constitution consacre plus spécifiquement le principe d'égalité en droit du travail à ses articles 36 (droit à une rémunération honnête), 37, 51 (principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes) et 38 (reconnaissance et protection des droits sociaux des employés).

En sus, le cinquième livre du code civil réunit certains décrets et lois en la matière tels que la loi 300/1970 sur le Statut des travailleurs (*Statuto dei Lavoratori*), applicable à l'emploi privé comme à l'emploi public, ou la loi 125/1991 introduisant des dispositions relatives à l'action positive pour la garantie de l'égalité entre hommes et femmes.

□ LES ÉVOLUTIONS DE LA LÉGISLATION DU TRAVAIL ITALIENNE DEPUIS LA DIRECTIVE 2000/78/CE :

En 2003, le gouvernement a approuvé deux décrets afin de transposer les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE.

Le décret 216/2003 transposant la directive 200/78, est entré en vigueur le 28 août 2003. Avant la mise en oeuvre de la directive, le système juridique italien ne faisait aucune référence à l'orientation sexuelle. C'est pour cette raison qu'aucun texte, ni loi, ni décret, n'a été aboli suite à l'introduction du décret.

L'article 4(1) du décret 216/2003 amende l'article 15 du Statut des travailleurs qui interdit désormais expressément la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle sans pour autant en donner une définition juridique.

⁶⁹ Source : "**Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi : L'Italie**" (rapport de Stephano Fabeni, directeur du centre de recherche et d'études juridiques comparatives sur l'orientation sexuelle et l'orientation de genre de Turin) sur la transposition de la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

⁷⁰ *Corte di Cassazione*, 11 novembre 1976, n° 4177

Le Décret interdit en accord avec les articles 2-2 a) et 2-2 b) de la directive toute discrimination directe ou indirecte. La définition de la discrimination directe reprend exactement celle de la directive ; celle de la discrimination indirecte est différente de celle retenue pour les discriminations fondées sur le sexe car elle ne retient pas l'idée d'une approche statistique mais plutôt celle d'un désavantage provoqué par une disposition, une pratique, un critère apparemment neutres.

Le harcèlement est également prohibé par l'article 2(3) dudit décret. La définition du harcèlement retenu par le décret semble correspondre à celle du "mobbing"⁷¹ (harcèlement moral) en tant que comportement intentionnel de l'employeur ("bossing"), de collègues ou de supérieurs, et visant à isoler et humilier, en créant un environnement hostile et intimidant. Cependant, alors que le *mobbing* est caractérisé par la répétition de comportements dans la durée, la notion d'harcèlement utilisée par le décret prend aussi en compte un comportement isolé.

Enfin, l'article 2 (4) dispose que :

« Toute injonction de discriminer à l'encontre de personnes pour des motifs de religion, de convictions, d'handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle est considérée comme de la discrimination »⁷².

L'article 8 du Statut des travailleurs, quant à lui, interdit à l'employeur d'enquêter sur l'orientation sexuelle, entre autres, d'un employé ou demandeur d'emploi, interdiction renforcée par le décret législatif 196/2003 relatif à la protection des données à caractère personnel.

L'article 5(2) du décret précise en outre qu'il s'applique à toutes les personnes, physiques ou morales, et couvrent également les discriminations collectives. Si le groupe qui subit la discrimination est constitué sous forme de syndicat, une protection plus forte de ce dernier ainsi que de ses activités est garantie par les articles 39 de la Constitution et 14 du Statut des travailleurs.

□ **LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE NON DISCRIMINATION :**

L'article 3(6) du décret concernant les désavantages indirects objectivement justifiés est conforme à l'article 2- 2 b) (i) de la directive.

Cependant, ce dernier dispose ensuite que :

« Sont légitimes, en particulier, les actions visant à exclure d'une activité de travail relative aux soins, à l'aide ou à l'éducation des mineurs, les personnes qui ont été condamnées pour des crimes relatifs à la liberté sexuelle de mineurs ou à la pornographie », ⁷³

et, selon l'auteur du rapport, peut prêter à confusion.

Le décret, comme la directive, s'applique sans préjudice des dispositions concernant la sécurité publique, le maintien de l'ordre public, la prévention des délits criminels et la protection de la

⁷¹ Terme créé par le sociologue allemand Leymann et qui fait désormais partie du vocabulaire italien.

⁷² Article 2 (4) : « *L'ordine di discriminare persone a causa della religione, delle convinzioni personali, dell'handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale è considerata discriminazione ai sensi del comma 1.* »

⁷³ Article 3 (6) : « *In particolare, resta ferma la legittimità di atti diretti all'esclusione dallo svolgimento di attività lavorativa che riguardi la cura, l'assistenza, l'istruzione e l'educazione di soggetti minorenni nei confronti di coloro che siano stati condannati in via definitiva per reati che concernono la libertà sessuale dei minori e la pornografia minorile.* »

santé déjà en vigueur. L'article 3(2)(b) du décret exclut, comme l'article 3(3) de la directive, de son champ d'application les dispositions relatives à la sécurité sociale et à la protection sociale déjà en vigueur.

Enfin les exceptions au principe de non discrimination admises par la directive, en raison d'exigences professionnelles particulières (article 4 -1 de la directive) et de loyauté à l'éthique des organisations fondée sur la religion ou les convictions (article 4-2) sont aussi respectivement transposées par le décret aux articles 3(3) et 3(5).

Le champ de l'article 3(3) vise notamment les "*organizzazioni di tendenza*", - littéralement, « organisations à tendance », organisations à but non lucratif, caractérisées par une nature politique, culturelle, syndicale, éducative ou religieuse - qui sont déjà exemptées des règles générales d'interdiction des enquêtes d'investigation sur les travailleurs et de licenciement. La transposition de la directive généralise l'exemption, et une disposition particulière vise ces organisations pour lesquelles des différences de traitement fondées sur la religion ou les convictions ne constituent pas des actes discriminatoires en raison des exigences professionnelles particulières liées aux activités de ces organisations.

Le décret, contrairement à la directive à son article 7,⁷⁴ n'introduit pas la moindre forme d'action positive.

En outre, certaines exceptions prévues dans le cadre du décret iraient, selon l'auteur du rapport, au delà de ce que prévoit la directive.

D'une part, l'article 3(3) du décret dispose que « l'évaluation des caractéristiques mentionnées [dont l'orientation sexuelle] n'est pas de la discrimination si ces caractéristiques sont pertinentes pour l'aptitude à exercer les fonctions que les forces armées et les services de police, carcéraux, ou d'urgence peuvent être appelés à exercer. »⁷⁵ Cette disposition risquerait d'autoriser une exclusion des homosexuels de ces activités, ce qui serait contraire à la directive et à la Convention européenne des droits de l'homme.

D'autre part, l'article 3(4) dispose que le décret est sans préjudice des « dispositions qui déterminent les critères d'aptitude au travail, pour autant que des aptitudes soient nécessaires pour un travail spécifique(...) », sans préciser la nature de l'activité de travail pour laquelle un test est requis.

⁷⁴ L'article 7 de la directive 2000/78 dispose :
« Action positive et mesures spécifiques

1. Pour assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle, 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 visés à l'article 1^{er}.

2. En ce qui concerne les personnes handicapées, le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle au droit des États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail ni aux mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager leur insertion dans le monde du travail. »

⁷⁵ Article 3(3) : « (...) *Non costituisce atto di discriminazione la valutazione delle caratteristiche suddette ove esse assumano rilevanza ai fini dell'idoneità allo svolgimento delle funzioni che le forze armate e i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso possono essere chiamati a esercitar.* »

□ **LA MISE EN OEUVRE DE LA LOI : VOIES DE RECOURS ET ORGANISMES SPÉCIFIQUES :**

Il existe des organismes spécifiques compétents pour la discrimination fondée sur le sexe et la discrimination fondée sur la race. Les organes chargés, depuis la loi 125/1991, de veiller au respect de la loi en cas de discrimination fondée sur le sexe sont les conseillers d'égalité (*Consiglieri di parità*) nommés aux niveaux national, régional et provincial par le ministre du Travail. Ces derniers peuvent proposer des actions positives, engager des actions judiciaires ou encore promouvoir une procédure de conciliation pour le compte du plaignant.

Dans le système judiciaire italien, il n'existe pas de juridictions spécialisées en matière de litiges du travail. Chaque tribunal civil comprend une section qui applique les règles de procédure du travail. La réforme du secteur public prévue par le décret législatif 29/1993 a transféré la majeure partie de la compétence des affaires concernant les employés du secteur publics du juge administratif au juge ordinaire. Le "*processo del lavoro*", ou procédure du travail, est contenu dans le Code de procédure civile aux articles 409 à 441.

Conformément à l'article 4(3) du décret, la victime présumée peut opter pour une procédure de conciliation établie par les conventions collectives. Elle dispose, en outre, de la procédure établie à l'article 410 du Code de procédure civile ou, en ce qui concerne les activités de travail au sein de l'administration publique, à l'article 66 du décret législatif 165/2001.

L'article 4(2) du décret dispose ensuite que les voies de recours prévues aux articles 44(1) à 44(6) ; 44(8) et 44(11) de la loi-cadre relative à l'Immigration de 1998 sont étendues au nouveau cadre juridique.

Si un fait de discrimination survient, la victime peut s'adresser, même en personne (alors que pour les affaires ordinaires, l'assistance d'un avocat est obligatoire en Italie) au juge du lieu où elle réside (une exception au principe de compétence des juridictions de la résidence de la défenderesse) afin d'obtenir du juge une action en cessation immédiate de l'agissement discriminatoire ainsi que des dommages et intérêts, comme prévu à l'article 4(5) du décret.

Quand un délit criminel a été commis, ou en cas de violation des règles relatives à la protection des données à caractère personnel ou de harcèlement, on applique la procédure criminelle ordinaire, établie par le code de procédure criminelle. L'article 15 du Statut des travailleurs prévoit que tout acte ou comportement discriminatoire est illicite et par conséquent de nul effet. L'article 18 du Statut des travailleurs exige, en cas de licenciement discriminatoire, la réintégration de l'employé sur le lieu du travail. L'article 4(7) du décret dispose que la décision du juge doit être publiée dans un journal national, si le juge l'ordonne explicitement eu égard aux circonstances du cas.

Quant à la charge de la preuve, l'article 4(4) du décret prévoit que le plaignant doit prouver la discrimination avec des éléments factuels suffisants pour établir la présomption de l'existence du comportement discriminatoire. La partie adverse devra alors prouver que la discrimination n'existe pas.

L'article 4(6) du décret interdit, en accord avec l'article 11 de la directive, toute mesure de rétorsions de l'employeur à l'encontre de l'auteur d'une plainte pour discrimination, le juge pouvant alors ordonner une majoration du dommage moral.

Depuis le 2 octobre 2000, la législation britannique (*Human Rights Act 1998*) prévoit l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le domaine de l'emploi et du travail dans le secteur public.

Concernant le secteur privé, il aura fallu attendre la mise en œuvre de la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, pour que cette discrimination soit interdite.

Cette directive a été mise en œuvre par le biais de mesures séparées pour la Grande-Bretagne, l'Irlande du Nord et Gibraltar :

Concernant la Grande Bretagne, *l'Employment Equality (sexual orientation) Regulation 2003* n° 1661, adoptée le 26 juin 2003 est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2003 ; en ce qui concerne l'Irlande du Nord, *l'Employment Equality (Sexual Orientation) Regulation 2003* n° 497, adoptée le 1^{er} décembre 2003 est entrée en vigueur le 2 décembre 2003. Enfin, pour Gibraltar, *l'Equal Opportunities Ordinance, 2004*, est entrée en vigueur le 11 mars 2004.

□ **L'INTERDICTION DE DISCRIMINER EN FONCTION DE L'ORIENTATION SEXUELLE EN DROIT BRITANNIQUE :**

La législation britannique permet d'interdire de façon large, toutes formes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière de droit du travail et ce, du recrutement à la rupture du contrat de travail, en passant par la rémunération des travailleurs. Tous les secteurs d'activité sont concernés, public comme privé, y compris les forces armées.

Les articles 7 et 16 de la réglementation prévoient néanmoins, une série d'exceptions, conformément aux dispositions de l'article 4 de la directive, « si le fait d'avoir une orientation sexuelle donnée est une exigence professionnelle essentielle et déterminante ». Le domaine d'application de ces limites concerne pour l'essentiel, le travail dans le secteur religieux.

Cependant, ces articles de la réglementation britannique vont au delà de ce que prévoit l'article 4 de la directive puisqu'ils ne prévoient pas que cette exigence liée à l'orientation sexuelle soit nécessairement « proportionnée » à tout objectif légitime. Enfin, autre élément de distinction, la directive prévoit une évaluation de la conduite de chaque individu, contrairement à la réglementation britannique.

Le gouvernement britannique a insisté sur la nécessité de réduire le champ d'application des articles 7 et 16 de la réglementation, qu'il souhaitait voir appliquer pour l'essentiel aux ministres du culte et non aux enseignants ou aux autres personnels d'écoles religieuses par exemple, mais les tribunaux ne sont pas tenus de respecter cet avis. Aussi, une extension de ce champ d'application ne peut être exclue.

L'article 25 de la réglementation prévoit que « Rien [dans la réglementation britannique] ne rendra illégal toute chose qui empêche ou limite l'accès à un avantage en référence à la

⁷⁶ « **Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi** » : synthèse du rapport du 30 avril 2004 de M. Robert Wintemute, Professeur à la faculté de droit de Londres.

situation matrimoniale ». Le gouvernement, pour justifier le maintien de droits réservés aux personnes mariées, notamment en matière de pension de réversion, s'appuie sur le considérant 22 de la directive 2000/78 CE ⁷⁷. En revanche, cet article est exclu lorsque la situation concerne des couples non mariés de même sexe et des couples non mariés de sexe différent.

La compatibilité de l'article 25 à la directive dépendra de l'interprétation que feront la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des communautés européennes de la notion de discrimination directe ou indirecte subie par les couples de même sexe, qui se trouvent naturellement dans l'incapacité de se marier par rapport aux couples mariés, en ce qui concerne les avantages accordés à ces derniers.

□ **L'APPLICATION EFFECTIVE DU DROIT BRITANNIQUE :**

La directive n'oblige pas les Etats à mettre en place un organisme d'exécution pour traiter la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Or, la Grande-Bretagne avait mis en place, avant la directive, divers organismes compétents en matière de discriminations fondées sur le sexe, le handicap et l'origine ethnique. Il s'agissait donc d'un droit « de nature domestique ». Or, en matière de discrimination portant sur l'orientation sexuelle, rien n'a été mis en place. Il semble donc qu'il existe une différence de traitement entre les moyens juridiques mis à disposition en matière de droits « de nature domestique » et ceux prévus en exécution du droit communautaire.

En droit interne, une personne victime de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle peut saisir le tribunal du travail. Celui-ci aura la possibilité d'ordonner le versement à la victime, d'indemnités, sans limite supérieure, et pourra également faire des recommandations non contraignantes à l'employeur en cause. Mais il n'entre pas dans son champ de compétence d'ordonner à l'employeur le recrutement, ni la promotion, ni la réintégration du travailleur licencié.

Les groupes d'intérêt peuvent intervenir dans la procédure, être consultés par le tribunal du travail, conseiller le requérant ou l'aider financièrement, voire être à l'origine d'une demande de modification de la législation. Cependant, ils ne disposent pas de la faculté d'agir directement devant le tribunal du travail, ni en leur propre nom, ni au nom du plaignant.

La directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à 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 a été transposée en droit britannique par *The Employment Equality (Sex Discrimination) Regulations 2005*, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2005. Cette même loi institue également une Commission pour l'égalité et les droits de l'homme, *Commission for Equality and Human Rights*, (« CEHR »), appelée à devenir l'organisme pour la promotion de l'égalité du Royaume-Uni.

⁷⁷ La présente directive est sans préjudice des lois nationales relatives à l'état civil et des prestations qui en dépendent.

L A LÉGISLATION SUÉDOISE ET LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS ⁷⁸ - brève synthèse -

□ LE DISPOSITIF CONSTITUTIONNEL ET CONVENTIONNEL :

La lutte contre la discrimination ne figure que de manière relativement récente dans le droit constitutionnel suédois. L'article 2 du chapitre 1 de l'Instrument de gouvernement de 1975 dispose que les institutions publiques doivent combattre les discriminations fondées sur des motifs de genre, de convictions religieuses, d'appartenance à une minorité raciale, de couleur, d'origine ethnique, de handicap, d'orientation sexuelle, d'âge ou de toute autre circonstance affectant des personnes privées ⁷⁹.

Toutefois, la portée effective de ces principes doit être tempérée. La seule hypothèse susceptible de donner lieu à une déclaration d'inconstitutionnalité supposerait l'introduction d'une disposition législative constituant une violation flagrante des dispositions constitutionnelles précédemment énumérées.

Mais le dispositif constitutionnel de lutte contre les discriminations mis au point en Suède a été complété par la ratification, en 1995, de la Convention européenne des droits de l'homme, convention qui fut dotée d'un statut quasi-constitutionnel. Dès lors, toute loi qui contredirait ces dispositions conventionnelles devrait être réputée nulle et ne pourrait être appliquée.

D'autres textes internationaux relatifs, directement ou indirectement, à la discrimination ont également été ratifiés par les autorités suédoises tels que : la Charte européenne révisée, les Pactes des Nations Unies de 1966 relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques et sociaux, et plus spécifiquement la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ainsi qu'un certain nombre de Conventions de l'Organisation Internationale du Travail.

□ LE DISPOSITIF LÉGISLATIF :

La législation anti-discrimination s'est développée de manière tardive en Suède. Une première loi a été élaborée en 1979, puis remplacée par la loi sur l'égalité des chances (1991: 433) traitant de la discrimination sur le lieu de travail, fondée sur le genre.

L'influence du droit communautaire sur la législation suédoise anti-discrimination a été ressentie à partir de 1999. Ainsi, s'inspirant de la directive 97/80/CE relative à la charge de la preuve,

⁷⁸ Sources :

- "**Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi**" (rapport de Hans Utterberg) ;

- Résumé du **rapport national suédois sur les mesures de lutte contre la discrimination** (Ann Numhauser, réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination).

⁷⁹ Traduction anglaise officielle : « *discrimination of persons on grounds of gender, colour, national or ethnic origin, linguistic or religious affiliation, functional disability, sexual orientation, age or other circumstance affecting the private person* ».

plusieurs textes ont été élaborés en 1999 en matière de discrimination sur le lieu de travail. Ces textes traitaient de motifs de discrimination autres que ceux fondés sur le genre. Il s'agissait notamment de motifs de discrimination fondés sur l'appartenance ethnique, l'orientation sexuelle (Act 1999:133) ou le handicap. Anticipant dans une certaine mesure les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, ces textes firent toutefois l'objet d'amendements en 2003 afin d'assurer leur complète conformité avec les directives précédemment mentionnées.

D'autres textes⁸⁰ sont venus compléter ce dispositif en étendant la lutte contre la discrimination à d'autres domaines que celui du travail. De plus, depuis le 1^{er} janvier 2003, la législation suédoise prévoit des dispositions pénales en matière de discrimination.

□ **LA RÉFORME DU DROIT SUÉDOIS DE LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS : LA LOI SUR LA DISCRIMINATION DU 5 JUIN 2008⁸¹ :**

Il existait jusqu'à sept lois différentes en matière de lutte contre les discriminations. Ce foisonnement de textes exigeait une remise à plat. A cette fin, une loi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, a permis une refonte de l'ensemble des textes en un texte unique.

Ce nouveau texte prévoit la fusion du texte sur la prohibition de la discrimination (Act 2003 : 37) avec les six autres lois actuellement en vigueur.

Ce nouveau dispositif législatif couvre l'ensemble des motifs de discrimination et la quasi totalité des secteurs de la société, qu'ils aient été prévus ou non par la législation antérieure. Deux nouveaux motifs de discrimination ont été pris en compte : l'identité transsexuelle et l'âge. Le champ d'application matériel élargi par la nouvelle loi, s'étend au monde du travail, de l'éducation, des biens et des services, du logement, des services sociaux, du système d'assurance social, de la santé, du service militaire etc...

La création d'une nouvelle autorité chargée spécifiquement des questions de discrimination est également prévue. Un *Ombudsman* aura pour mission d'assurer la mise en oeuvre de la législation suédoise relative à la discrimination en matière d'orientation sexuelle. Cette autorité sera notamment chargée de prévenir l'homophobie et toutes les formes de discrimination en matière d'orientation sexuelle. L'*ombudsman* pourra également proposer des amendements aux textes législatifs en matière de lutte contre les discriminations.

□ **DÉFINITION DES FORMES ET DES MOTIFS DE DISCRIMINATION PROHIBÉS :**

Dans un premier temps, la loi fixe des principes généraux énoncés dans le premier chapitre.

⁸⁰ La loi sur l'égalité de traitement des étudiants (Act 2001 : 1286) ; La loi sur la prohibition de la discrimination (Act 2003 : 37) interdit la discrimination fondée sur les motifs d'appartenance ethnique, de religion, d'orientation sexuelle et de handicap dans d'autres domaines de la société que la vie professionnelle ; La loi sur l'interdiction de la discrimination et autres traitements dégradants des enfants et des étudiants (Act 2006 : 67).

⁸¹ Loi *Svensk Författningssamling* (SFS) 2008 : 567. Une traduction en anglais du texte de loi est disponible sur le site du Gouvernement suédois : www.regeringen.se

Les sections 3 et 4 évoquent les différentes formes de discrimination et leurs motifs tels que prohibés par la loi. Le texte reprend certaines définitions communautaires dont notamment celles relatives à la discrimination directe et indirecte. Le texte suédois traite également du harcèlement de toute nature (moral mais également sexuel) ou encore des « directives discriminatoires » qui consistent en des ordres donnés par un supérieur hiérarchique à un subordonné aux fins que ce dernier procède à un traitement discriminatoire vis à vis d'un tiers.

Dans un second temps, le texte de loi développe les motifs discriminatoires pris en compte : l'orientation sexuelle mais plus généralement toute question de discrimination liée au sexe mais également à l'âge, à l'origine ethnique et aux capacités physiques et mentales.

Le second chapitre de la loi traite des interdictions de discrimination par secteur d'activité (secteur éducatif, de la vie professionnelle, secteur associatif, des biens et services, de la santé et de l'assurance sociale, du service militaire).

La loi prévoit des dispositions spécifiques en matière de discriminations liées à la participation à des organisations syndicales et politiques dans le cadre professionnel. De même, en matière d'emploi dans la fonction publique le texte renvoie plus spécifiquement aux termes de la loi sur l'emploi public (1994 : 240). Ces dispositions sont également applicables aux acteurs de la régulation du marché du travail et aux agences pour l'emploi du secteur privé⁸².

□ **LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS DANS LE MILIEU PROFESSIONNEL :**

- Le champ d'application *ratione personae* de la loi :

La loi s'impose à tout employeur ou à toute personne assimilée à celui-ci en raison des fonctions qui lui sont attribuées.

Les personnes protégées sont les salariés mais également toute personne assimilée au personnel d'une entreprise qu'il s'agisse des stagiaires, des intérimaires, des travailleurs temporaires ou encore de toutes les personnes détachées ou mises à disposition dans l'entreprise.

- LE CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL DE LA LOI :

○ **Principe :**

La loi interdit toute forme de discrimination telle que définie au premier chapitre du texte et pour l'ensemble des motifs énumérés dans ce même chapitre. Elle prévoit une stricte interdiction de tout traitement discriminatoire. Elle oblige également l'employeur à mener des investigations dès lors qu'un soupçon de harcèlement à l'encontre d'un employé ou d'un stagiaire est porté à sa connaissance et de mettre en œuvre des mesures effectives pour y mettre fin et prévenir tout harcèlement futur.

⁸² Depuis 1990, la dérégulation du marché du travail suédois a conduit à autoriser les agences privées pour l'emploi

○ **Les exceptions :**

Certaines exceptions à l'interdiction de la discrimination sont toutefois prévues et limitativement énumérées. Il s'agit des différences de traitement motivées par le contexte et la nature de l'emploi, les mesures nécessaires à la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes, les différences de traitement liées à l'âge pour bénéficier de pensions de retraite sur le fondement des contrats de travail ou des conventions collectives, ou nécessaires en raison de la nature de la mission.

○ **Les mesures particulières :**

➔ **Les mesures de prévention active :**

La loi prévoit dans son chapitre 3 non seulement des mesures de protection, mais également des mesures de prévention de la discrimination dans le milieu professionnel. Une coopération entre employeurs et employés est notamment prévue en vue d'établir des mesures effectives renforçant l'égalité des droits et des opportunités dans le milieu du travail. Cette coopération active doit également permettre de mettre fin aux différences de traitement salarial entre les hommes et les femmes à travail égal.

➔ **Les mesures en termes de conditions de travail :**

Il est prévu la mise en œuvre par l'employeur de conditions de travail convenables pour l'ensemble du personnel, indépendamment de sa religion, son sexe etc... La loi exige également que les conditions de travail permettent tant aux hommes qu'aux femmes de concilier travail et vie familiale.

➔ **Les mesures en termes de recrutement :**

Les employeurs doivent favoriser un égal accès aux postes vacants quel que soit l'âge, le sexe, la religion de chaque postulant mais également favoriser une égale répartition des postes entre hommes et femmes par catégorie professionnelle. Si un employeur constate une inégalité de répartition des postes entre les hommes et les femmes, il lui revient de rétablir cet équilibre lors des recrutements à venir.

Enfin, une mesure visant à limiter certaines méthodes discriminatoires permet à toute personne ayant postulé à un emploi donné et dont la candidature a été rejetée, ou s'étant vue refuser une promotion, de demander à l'employeur des informations écrites relatives au cursus professionnel et aux qualifications de la personne retenue pour le poste.

APPROCHE DE L'INTERDICTION DE

LA DISCRIMINATION PAR LA

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

LES DISPOSITIONS CONVENTIONNELLES EN MATIÈRE DE DISCRIMINATION

- L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES :

Cet article dispose :

« Interdiction de discrimination

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. »

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, *“Tout se passe comme si ce dernier [l'article 14] faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits ou libertés”*⁸³.

Si cette garantie de non discrimination n'a pas d'existence indépendante en ce sens qu'elle vise uniquement, les droits et libertés reconnus dans la Convention, la Cour européenne a jugé dès 1968, qu'une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l'article 14, pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire.

LE PROTOCOLE ADDITIONNEL N° 12 DU 4 NOVEMBRE 2000 ET LE PRINCIPE D'UNE INTERDICTION GÉNÉRALE DE LA DISCRIMINATION :

[Les Etats membres du Conseil de l'Europe]

« Résolus à prendre de nouvelles mesures pour promouvoir l'égalité de tous par la garantie collective d'une interdiction générale de discrimination par la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après dénommée « la Convention ») (...) »
(extrait du préambule).

Entré en vigueur le 1^{er} avril 2005, le protocole n'est pas signé par la France à ce jour.

- JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME :

“Au regard de l'article 14 (art. 14), une distinction est discriminatoire si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable » de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé”.

⁸³ CEDH, *Affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique” c. Belgique*, du 23 juillet 1968 - req. n° 1474/62, 1677/62 et 1691/62 jointes (§ 9).

*“Les États contractants jouissent d’une certaine marge d’appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d’autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique, mais la décision ultime sur ce point relève de la Cour”.*⁸⁴

⁸⁴ Jurisprudence constante ; voir notamment, CEDH, **Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni**, du 28 mai 1985 - req. n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81 (§ 71)

LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

□ **“UNE DISTINCTION EST DISCRIMINATOIRE ...**

- DIMENSION INDIVIDUELLE ET COLLECTIVE : UNE DISCRIMINATION PEUT PRÉSENTER UN CARACTÈRE INDIVIDUEL MAIS AUSSI RÉSIDER DANS L'APPARTENANCE À UN GROUPE :

La Cour européenne a ainsi admis, dès l'arrêt **Abdulaziz et autres c. Royaume Uni**,⁸⁵ le caractère collectif de la discrimination : *“Au sens de l'article 14 (art. 14), la notion de discrimination englobe d'ordinaire les cas dans lesquels un individu ou un groupe se voit, sans justification adéquate, moins bien traité qu'un autre, même si la Convention ne requiert pas le traitement plus favorable”.*

C'est en tant que membre d'un groupe, victime d'une différence de traitement qu'un individu peut également se prévaloir du droit à la non-discrimination.

L'arrêt de Grande chambre, **D.H et autres c. République Tchèque** du 13 novembre 2007⁸⁶ en est une illustration récente : il s'agissait de parents d'enfants d'origine Rom, invoquant une discrimination (violation invoquée de l'article 14 combiné à l'article 2 du Protocole 1 - droit à l'instruction -) du fait de l'orientation de leurs enfants par le système scolaire tchèque vers des écoles spéciales, destinées initialement à des enfants en difficultés, à la suite de tests psychologiques, et cela en plus grand nombre que les enfants non roms : *“La Cour considère enfin que, dès lors qu'il a été établi que l'application de la législation pertinente avait à l'époque des faits des effets préjudiciables disproportionnés sur la communauté rom, les requérants en tant que membres de cette communauté ont nécessairement subi le même traitement discriminatoire. Cette conclusion dispense la Cour de se pencher sur leurs cas individuellement.”* (§ 209).

- MOTIFS DE DISCRIMINATION :

La Cour sanctionne toute discrimination, même lorsque celle-ci résulte d'une situation de fait ou d'une pratique bien établie : arrêt CEDH, **Zarb Adami c. Malte**, du 20 juin 2006⁸⁷.

Elle estime que la liste de motifs prohibés par l'article 14 de la Convention n'est pas limitative mais seulement indicative. Ainsi, elle a considéré que l'orientation sexuelle faisait partie des motifs interdits par la Convention (voir notamment en ce sens, les arrêts CEDH, **Salgueiro da**

⁸⁵ CEDH, **Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume Uni**, du 28 mai 1995, - req. n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81 précité sous note n° 84, p. 92 de ce document.

⁸⁶ CEDH, **Grande chambre, D.H et autres c. République Tchèque**, du 13 novembre 2007 - req. n° 57325/00 (voir résumé in : *Veille bimestrielle de droit européen*, n° 17 (novembre-décembre 2007), p. 38).

⁸⁷ CEDH, **Zarb Adami c. Malte**, du 20 juin 2006 - req. n° 17209/02 (§ 76)

Silva Mouta c. Portugal⁸⁸ et CEDH, **E.B c. France**⁸⁹).

Parmi les motifs de discrimination, la Cour de Strasbourg est particulièrement vigilante sur ceux portant sur la nationalité et la race. Ainsi, dans l'arrêt **Gaygusuz c. Autriche**,⁹⁰ elle rappelle : "Toutefois, seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité".

Elle a encore précisé dans un arrêt **Timichev c. Russie**, du 13 décembre 2005⁹¹, que "La discrimination fondée sur l'origine ethnique réelle ou perçue constitue une forme de discrimination raciale (...) La discrimination raciale est une forme de discrimination particulièrement odieuse et, compte tenu de ses conséquences dangereuses, elle exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités" (§ 56). Elle semble aller encore plus loin en affirmant dans ce même arrêt : "aucune différence de traitement fondée exclusivement ou de façon déterminante sur l'origine ethnique d'un individu ne peut passer pour objectivement justifiée dans une société démocratique contemporaine" (§ 58).

Enfin, dans l'arrêt de Grande chambre précité, **D.H c. République Tchèque**, elle insiste sur "l'importance fondamentale de la prohibition de la discrimination raciale (*Natchova et autres*⁹² [GC], arrêt précité, § 145 ; *Timichev*, arrêt précité, § 56)" et sur le fait que, "(...) l'on ne saurait admettre la possibilité de renoncer au droit de ne pas faire l'objet d'une telle discrimination. En effet, cette renonciation se heurterait à un intérêt public important (voir, mutatis mutandis, *Hermi c. Italie* [GC], n° 18114/02, § 73, CEDH 2006-...)." (§ 204).

En ce qui concerne la discrimination fondée sur le sexe, la conception protectrice de la Cour européenne a également été affirmée dans un arrêt **Van Raalte c. Pays-Bas**⁹³ puisqu'elle prévoit en l'espèce que seules des raisons impérieuses peuvent justifier une différence de traitement entre les hommes et les femmes (il s'agissait de l'obligation, imposée aux seuls hommes célibataires et non aux femmes, de cotiser pour les caisses d'allocations familiales).

- CONSÉCRATION DE LA NOTION DE « DISCRIMINATION INDIRECTE » :

Dans l'arrêt **Hugh Jordan c. Royaume-Uni**,⁹⁴ du 4 mai 2001, la Cour européenne, sans pour autant retenir de violation sur ce point, a admis que pouvait être considérée comme discriminatoire une politique qui avait des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, même si elle ne visait pas spécifiquement ce groupe (§ 154).

⁸⁸ CEDH, **Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal**, du 21 décembre 1999 - req. n° 33290/96 (§ 28)

⁸⁹ CEDH, **E.B c. France**, du 22 janvier 2008 - req. n° 43546/02 (§ 50). Voir également, résumé in : Veille bimestrielle de droit européen n° 18 (janvier - février 2008), p. 43.

⁹⁰ CEDH, **Gaygusuz c. Autriche**, du 16 septembre 1996 - req. n° 17371/90 (§ 42)

⁹¹ CEDH, **Timichev c. Russie**, du 13 décembre 2005, req n° 55762/00 et 55974/00.

⁹² CEDH, Grande chambre, **Natchova et autres c. Bulgarie**, du 6 janvier 2005 - req. n° 43577/98 et 43579/98.

⁹³ CEDH, **Van Raalte c. Pays-Bas**, du 21 février 1997 - req. n° 20060/92 (§ 42)

⁹⁴ CEDH, **Hugh Jordan c. Royaume Uni**, du 4 mai 2001 - req. n° 24746/94 (§ 154) - l'arrêt n'est disponible qu'en anglais.

Dans l'arrêt **Zarb Adami c. Malte** du 20 juin 2006,⁹⁵ la Cour européenne a en revanche estimé qu'il y avait violation de l'article 14 de la Convention du fait d'une discrimination, en constatant que la pratique de la constitution des listes des jurés était telle que les hommes étaient bien plus susceptibles d'être jurés que les femmes, bien que l'inégalité de traitement entre les hommes et les femmes ne résultait pas des dispositions législatives internes. A cette occasion, elle semble abandonner le critère originellement privilégié de l'intention discriminatoire, au profit des données statistiques, pour prouver l'existence de la différence de traitement.

Plus récemment encore, par son arrêt de Grande chambre, **D.H c. République Tchèque** du 13 novembre 2007⁹⁶, la Cour met fin à cette divergence d'approche s'agissant des données statistiques comme preuve de discriminations.

Après avoir rappelé les principes permanents et sa définition jurisprudentielle de la discrimination, un traitement différent de personnes placées dans des situations comparables, sans justification objective et raisonnable, elle précise :

“Toutefois, l'article 14 n'interdit pas à un Etat membre de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des « inégalités factuelles » entre eux”, estimant que “(...) dans certaines circonstances, c'est l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité qui peut, sans justification objective et raisonnable, emporter violation de la disposition en cause (Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique (fond), arrêt du 23 juillet 1968, série A n° 6, § 10⁹⁷ ; Thlimmenos c. Grèce [GC], n° 34369/97, § 44, CEDH 2000-IV ; Stec et autres c. Royaume-Uni [GC], n° 65731/01, § 51, CEDH 2006-...)”.

Citant expressément les textes de droit communautaire⁹⁸, les juges de Strasbourg abordent clairement la situation sous l'angle de la « discrimination indirecte », expression de la Cour de justice des communautés européennes et précisent que **celle-ci “n'exige pas nécessairement qu'il y ait une intention discriminatoire”** (§ 184).

En ce qui concerne les éléments de preuve de la discrimination, la Cour indique dans ce même arrêt que *“dans des affaires de discrimination plus récentes, où les requérants alléguaient que la discrimination litigieuse résultait d'une différence dans l'effet d'une mesure générale ou d'une situation de fait (Hoogendijk, décision précitée ; Zarb Adami, arrêt précité, §§ 77-78), la Cour s'est largement appuyée sur les statistiques produites par les parties pour établir l'existence d'une différence de traitement entre deux groupes (en l'occurrence les hommes et les femmes) qui se trouvaient dans une situation similaire”.* Elle retient donc en l'espèce que les statistiques apportées par le requérant constituent un commencement de preuve de la discrimination (§ 188). Par ailleurs, elle souligne que *“lorsque pareil effet discriminatoire d'une législation a été démontré, il n'est pas nécessaire, dans le domaine de l'éducation comme dans les domaines de la prestation d'autres services ou de l'emploi (voir, mutatis mutandis, Natchova et autres [GC], arrêt précité, § 157), de prouver que les autorités concernées étaient animées d'une intention de discriminer”* (§ 194).

⁹⁵ Arrêt cité p. 93, sous note 87, contrairement à l'arrêt CEDH, **Hugh Jordan c. Royaume Uni** (§ 154) cité sous note 94, p. 89 : *“(...) the Court does not consider that statistics can in themselves disclose a practice which could be classified as discriminatory within the meaning of Article 14”.*

⁹⁶ CEDH, **D.H et autres c. République Tchèque**, du 13 novembre 2007 - req. n° 57325/00, cité sous note n° 86, p.88 de ce document.

⁹⁷ Arrêt cité p. 91 de ce document sous note n° 83.

⁹⁸ notamment la directive 2000/43/CE relative aux discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique.

- DISTINCTION ET DISCRIMINATION :

Selon les juges de Strasbourg, l'article 14 "protège contre toute discrimination les individus placés dans des situations analogues" (arrêt CEDH, **Marckx c. Belgique** du 13 juin 1979⁹⁹, § 32).

o Analogie entre les situations :

Curieusement, la notion d' « analogie entre les situations » est rarement analysée de manière explicite par les juges européens, bien qu'elle soit fondamentale à l'identification d'une discrimination.

Le caractère comparable ou non de situations reste souvent implicite ; l'examen de cette question est même parfois éludé, comme dans l'arrêt **Fretté c. France**¹⁰⁰ du 26 février 2002, où la Cour ne s'interroge pas sur l'analogie entre les situations d'un célibataire hétérosexuel et d'un célibataire homosexuel tous deux désireux d'adopter.

o Illustrations de situations jugées comparables :

Toutefois, il existe certaines affaires dans lesquelles la Cour précise expressément que les situations sont comparables.

On peut citer les exemples suivants :

- la situation d'un père et une mère dans leur relation avec leur enfant à propos de l'obtention d'une allocation parentale : *Or, sans négliger les différences qui peuvent exister entre le père et la mère dans leur relation avec celui-ci [le nourrisson], la Cour part de l'hypothèse que pour les soins à apporter à l'enfant pendant cette période [qui suit le congé de maternité], les deux parents sont placés dans des « situations analogues »*¹⁰¹.

- la situation des ressortissants français et ressortissants étrangers pour l'obtention d'une prestation sociale non contributive, en l'espèce l'Allocation adulte handicapé¹⁰².

o Illustrations de situations non comparables :

En revanche, ne sont pas comparables aux yeux de la Cour européenne les situations suivantes :

- les victimes de dommages intentionnels et les victimes d'accidents quant à la prescription de l'action civile¹⁰³.

- la situation d'un étranger victime d'une mesure d'expulsion et celle d'un national ne pouvant

⁹⁹ CEDH, **Marckx c. Belgique** du 13 juin 1979 - req. n° 6833/74.

¹⁰⁰ CEDH, **Fretté c. France**, du 26 février 2002 - req. n° 36515/97.

¹⁰¹ CEDH, **Petrovic c. Autriche**, du 27 mars 1998 - req n° 20458/92 (§ 36).

¹⁰² CEDH, **Koua Poirrez c. France**, du 30 septembre 2003 - req. n° 40892/98 (§ 48).

¹⁰³ CEDH, **Stubbings c. Royaume Uni**, du 22 octobre 1996 - req. n° 22083/93 et 22095/93 (§ 73)

pas être expulsé de son propre pays ¹⁰⁴.

- VERS UNE CONCEPTION ÉLARGIE DE LA DISCRIMINATION :

Récemment, par un arrêt de Grande chambre, ***Thlimmenos c. Grèce*** du 6 avril 2000 ¹⁰⁵, la Cour européenne a élargi sa conception de la discrimination, estimant que *“Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n’appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes”*.

Cette conception s’inscrit dans sa démarche originelle selon laquelle les droits que protège la Convention ne sont pas théoriques mais effectifs, et semble reconnaître, si cette jurisprudence est confirmée, la nécessité pour les Etats d’adopter des mesures d’action positive, afin d’assurer l’effectivité de l’égalité de traitement.

Cependant, par son arrêt de Grande chambre du 13 novembre 2007, ***D.H. c. République Tchèque***, la Cour reconnaît la situation de vulnérabilité des Roms, notamment en ce qui concerne le système d’éducation. Elle note *“[qu’il] ressort des faits de l’espèce que le processus de scolarisation des enfants roms n’a pas été entouré de garanties (paragraphe 28 ci-dessus) permettant de s’assurer que, dans l’exercice de sa marge d’appréciation en matière d’éducation, l’Etat a tenu compte des besoins spécifiques de ces enfants découlant de leur position défavorisée”* (§ 207). Mais, après avoir constaté qu’une loi de 2004 a mis fin aux écoles spéciales, elle semble laisser une marge d’appréciation au Gouvernement quant aux éventuelles mesures à prendre en faveur de la communauté des roms.

Néanmoins, elle conclut (par treize voix contre quatre) à une violation des articles 14 et 2 du protocole 1 combinée en raison des garanties insuffisantes entourant ce dispositif d’orientation des enfants d’origine rom et des effets négatifs de cette orientation.

Dans l’affaire ***Thlimmenos***, la Cour a considéré que les autorités grecques en posant une interdiction professionnelle sans distinguer parmi les personnes condamnées celles ayant refusé d’accomplir leur service militaire en raison de leurs convictions religieuses, et les autres personnes, elles aussi condamnées pour crimes mais sur d’autres motifs, constituait une violation des articles 9 et 14 combinés.

A l’inverse, dans l’arrêt ***Pretty c. Royaume-Uni*** du 29 avril 2002, ¹⁰⁶ la Cour avait refusé de voir une discrimination, invoquée par une requérante qui demandait à bénéficier d’un « suicide assisté », dans l’absence de distinction entre les personnes physiquement capables de se suicider et les personnes trop faibles pour mettre elles-mêmes fin à leurs jours.

¹⁰⁴ CEDH, ***Moustaquim c. Belgique***, du 18 février 1991 - req. n° 12313/86 (§ 49)

¹⁰⁵ CEDH, ***Thlimmenos c. Grèce*** du 6 avril 2000 - req. n° 34369/97 (§ 44), précité p. 95 de ce document.

¹⁰⁶ CEDH, ***Pretty c. Royaume-Uni***, du 29 avril 2002 - req. n° 2346/02

□ ... SI LA DISTINCTION “MANQUE DE JUSTIFICATION OBJECTIVE ET RAISONNABLE” :

- LA POURSUITE D’UN BUT LÉGITIME :

Souvent la Cour se contente d’examiner cette question de manière formelle prenant acte de l’existence d’un but légitime (la protection de l’unité linguistique du pays dans l’*Affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique” c. Belgique*¹⁰⁷ ; la protection de la santé et des droits de l’enfant dans l’arrêt *Hoffmann c. Autriche*, du 23 juin 1993, - req. n° 12875/87, § 36, voire omet de l’étudier (CEDH, *Gaygusuz c. Autriche*, du 16 septembre 1996¹⁰⁸).

- UN RAPPORT RAISONNABLE DE PROPORTIONNALITÉ :

La Cour se concentre sur ce critère, qui apparaît comme décisif pour établir l’existence d’une discrimination¹⁰⁹.

Bien que les Etats jouissent d’une “certaine marge d’appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d’autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique”,¹¹⁰ la Cour encadre cette marge de manoeuvre étatique grâce à la notion de proportionnalité.

Le caractère raisonnable de la différence de traitement est apprécié en fonction “des circonstances, des domaines et du contexte.” (arrêt *Rasmussen c. Danemark*, § 40).

- DIFFÉRENCE DE TRAITEMENT « DÉRAISONNABLE » : ILLUSTRATIONS

La Cour juge déraisonnables, et partant discriminatoires, les différences de traitement comme : les différences existant en matière fiscale entre résidents et non-résidents¹¹¹.

Elle estime également excessive et donc discriminatoire, l’instauration d’une différence de traitement entre les enfants, selon que le jugement étranger d’adoption plénière les concernant est ou non reconnu par les autorités nationales du pays de leur mère adoptive, du fait de sa situation de célibataire (en l’espèce, le droit luxembourgeois ne reconnaissait pas l’adoption plénière par des personnes célibataires)¹¹².

¹⁰⁷ Arrêt précité p. 91 sous note 83, et p. 95 de ce document (§ 10)

¹⁰⁸ Arrêt cité p. 94, sous note 90 de ce document.

¹⁰⁹ Cf Frédéric Sudre, in : *Les grands arrêts de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, PUF Thémis, édit 2007, p. 91.

¹¹⁰ CEDH, *Rasmussen c. Danemark* du 28 novembre 1984 - req. n° 8777/79 (§ 40)

¹¹¹ CEDH, *Darby c. Suède*, du 23 octobre 1990 - req. n° 11581/85

¹¹² CEDH, *Wagner et J.M.W.L c. Luxembourg*, du 28 juin 2007, req. n° 76240/01 ; voir également résumé in : *Veille bimestrielle de droit européen*, n° 15 (juin-juillet-août 2007), p. 26.

- DIFFÉRENCE DE TRAITEMENT JUGÉE « RAISONNABLE » : ILLUSTRATIONS

A l'inverse, la Cour justifie par le caractère raisonnable des différences de traitement en matière de détention préventive, entre majeurs et mineurs, ces derniers bénéficiant d'une procédure protectrice ¹¹³.

S'agissant d'hommes et de femmes et de l'âge légal de la retraite, la Cour, dans un arrêt de Grande chambre **Stec et autres c. Royaume Uni** ¹¹⁴, estime que la différence de traitement s'explique, par le souci de cohérence avec le régime des autres prestations.

Dans l'arrêt **Moustaquim c. Belgique** ¹¹⁵, les juges de Strasbourg considèrent que le fait pour un pays d'être Etat membre des Communautés européennes constitue une justification objective et raisonnable à l'application d'un traitement préférentiel aux délinquants mineurs ressortissants de ces Etats membres par rapport aux non ressortissants, *"la Belgique faisant partie avec lesdits États d'un ordre juridique spécifique"* (§ 49).

L'intérêt supérieur de l'enfant constitue en soi un critère objectif et raisonnable et permet de justifier la différence de traitement en matière d'adoption entre un couple homosexuel et un couple hétérosexuel. Ainsi, dans l'arrêt **Fretté c. France**, du 26 février 2002, ¹¹⁶ elle affirme que *"Même s'il fallait considérer que le refus d'agrément reposait exclusivement ou principalement sur l'orientation sexuelle du requérant, il n'y aurait aucune discrimination à son égard, dans la mesure où le seul élément pris en compte est l'intérêt de l'enfant à adopter."* (§ 36).

- CRITÈRE DU « DÉNOMINATEUR COMMUN » :

L'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte ; *"la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard"*. (CEDH, **Rasmussen c. Danemark**, § 40, précité sous note 110, p. 93 du document).

Lorsque la Cour constate une « communauté de vues » entre les Etats parties à la Convention, la marge d'appréciation est réduite, et seules des raisons importantes peuvent justifier une différence de traitement.

Dans son arrêt **Marckx c. Belgique**, ¹¹⁷ (§ 41), la Cour a par exemple constaté qu'il existait une communauté de vues entre les Etats membres sur l'importance de l'égalité entre enfants nés de parents mariés et non mariés. Elle conclut en l'espèce à la violation de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention.

¹¹³ CEDH, **Bouamar c. Belgique**, du 29 février 1988 - req. n° 9106/80 (§ 67).

¹¹⁴ CEDH, Grande chambre, **Stec et a. c. Royaume Uni**, du 12 avril 2006 - req. n° 65731/01 et 65900/01, également cité p. 95 de ce document. Voir résumé de l'arrêt in : Veille bimestrielle de droit européen, (mars-avril 2006), p. 8.

¹¹⁵ Arrêt précité sous note 104, p. 97 de ce document.

¹¹⁶ Arrêt précité sous note 100, p. 96 de ce document.

¹¹⁷ Arrêt précité, sous note 99, p. 96 de ce document.

Récemment, dans un arrêt **Wagner et J.M.W.L c. Luxembourg**,¹¹⁸ elle a également précisé que l'adoption d'enfants par des personnes célibataires est "*permise sans limitation dans la majorité des quarante-six pays*". Dans cette affaire également, les juges européens concluent à la violation de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention.

En revanche, lorsque la Cour constate une absence de dénominateur commun entre les Etats parties, elle laisse à ces derniers une large marge d'appréciation, en vertu de laquelle elle juge conforme à la Convention, par exemple, le refus d'agrément à l'adoption motivé par l'homosexualité du demandeur : "*Dès lors que les questions délicates soulevées en l'espèce touchent à des domaines où il n'y a guère de communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe et où, de manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition, il faut donc laisser une large marge d'appréciation aux autorités de chaque Etat*" (CEDH, **Fretté c. France**, § 41)¹¹⁹.

De même, dans l'arrêt **Petrovic c. Autriche** (§ 42),¹²⁰ elle estime également conforme à la Convention, l'exclusion des pères autrichiens du bénéfice de l'allocation d'un congé parental, réservé aux mères.

□ **ILLUSTRATIONS DE DISCRIMINATIONS :**

- **DISTINCTION EN RAISON DU SEXE :**

A défaut de « considérations très fortes », sont discriminatoires l'obligation pour la femme turque mariée d'adopter le nom de famille de son mari,¹²¹ ou encore, la législation autrichienne qui impose aux seuls hommes de payer une taxe compensatoire au service civique de sapeur-pompier¹²².

Du fait de l'existence d'une communauté de vue entre les Etats, l'exigence de « considérations très fortes » a été étendue aux différences de traitement reposant sur l'orientation sexuelle. Ainsi, dans l'arrêt **Karner c. Autriche**,¹²³ après avoir précisé que "*Comme les différences fondées sur le sexe, les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves (Smith et Grady, précité, § 90 ; S.L. c. Autriche, précité, § 37)*", la Cour estime non conforme à la Convention l'exclusion des couples homosexuels du bénéfice du transfert du bail d'habitation au concubin. Elle considère en l'espèce "*que le Gouvernement n'a pas fait état de motifs convaincants et solides pouvant justifier une interprétation étroite de l'article 14 § 3 de la loi sur les loyers qui prive le partenaire survivant*

¹¹⁸ Arrêt CEDH, **Wagner et J.M.W.L c. Luxembourg**, (§ 129) précité sous note 112, p. 98 de ce document.

¹¹⁹ CEDH, **Fretté c. France** (§ 41), précité sous note 100, p. 96 et p. 99 de ce document.

¹²⁰ Arrêt précité sous note 101, p. 96 de ce document.

¹²¹ CEDH, **Unal Tekeli c. Turquie** du 16 novembre 2004 - req. n° 29865/96.

¹²² CEDH, **Karlheinz Schmidt c. Allemagne** du 18 juillet 1994 - req. n° 13580/88 (§§ 24 et 28). Voir également : opinion dissidente commune à MM. Spielmann et Gotchev ; opinion concordante de M. Morenilla et opinion dissidente de M. Mifsud Bonnici, jointes à l'arrêt.

¹²³ CEDH, **Karner c. Autriche** du 24 juillet 2003 - req. n° 40016/98 (§ 42).

d'un couple composé de personnes du même sexe de la possibilité d'invoquer cette disposition".

- DISTINCTION EN RAISON DE LA NAISSANCE :

Excepté en présence de « justifications objectives et raisonnables » justifiant la différence de traitement, la Cour estime que sont discriminatoires la limitation de la vocation successorale de l'enfant adultérin,¹²⁴ l'exclusion des pères d'enfants nés hors mariages du bénéfice d'une déduction fiscale de la pension alimentaire versée à l'enfant, accordée aux pères mariés,¹²⁵ ou encore la différence dans l'établissement de la filiation maternelle des enfants légitimes et naturels¹²⁶.

- DISTINCTION EN FONCTION DE L'ORIENTATION SEXUELLE :

Récemment, dans l'arrêt **E.B. c. France** du 22 janvier 2008,¹²⁷ la Cour a jugé que le refus d'agrément, opposé par les autorités administratives, décision confirmée par le Conseil d'Etat, à une femme homosexuelle célibataire souhaitant adopter un enfant, constituait une violation combinée des articles 8 et 14 de la Convention : "(...) *les autorités internes ont, pour rejeter la demande d'agrément en vue d'adopter présentée par la requérante, opéré une distinction dictée par des considérations tenant à son orientation sexuelle, distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention*".

- DISTINCTION EN FONCTION DE L'APPARTENANCE SYNDICALE :

La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît que la liberté syndicale entre dans le domaine d'application de l'article 11 de la Convention. Elle en déduit qu'il incombe aux Etats membre une obligation positive de protéger "*la liberté de défendre les intérêts professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action collective de celui-ci*" (...), mais laisse également à ces Etats "*le choix des moyens à employer à cette fin ; la consultation en constitue un, mais il y en a d'autres.*" (CEDH, Plénière, **Syndicat national de la police belge c. Belgique**, du 27 octobre 1975 - req. n° 4464/70, § 39).¹²⁸

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en son article 14 combiné à l'article 11, permet de sanctionner toute discrimination liée au « droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts » et fondée sur « les 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

¹²⁴ CEDH, **Mazurek c. France**, du 1^{er} février 2000 - req. n° 34406/97

¹²⁵ CEDH, **P.M. c. Royaume-Uni** du 19 juillet 2005 - req. n° 6638/03 - l'arrêt n'est disponible qu'en anglais.

¹²⁶ CEDH, **Marckx c. Belgique** cité p. 96, sous note 99 et p. 99 de ce document.

¹²⁷ Arrêt précité sous note 89, p. 94 de ce document.

¹²⁸ Voir également CEDH, **Wilson, Nation union of journalists et autres c. Royaume-Uni**, du 2 juillet 2002 - req. n° 30668/96, 30671/96 et 30678/96 (§§ 42 et 48)

minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

- CEDH, **Syndicat national de la police belge c. Belgique**, du 27 octobre 1975¹²⁹ : dans cette affaire, le syndicat requérant soutenait notamment que les différences de traitement existant entre lui et les autres syndicats et instaurées par la législation belge s'agissant de la consultation par le Gouvernement des organisations syndicales constituait une violation des articles 11 de la Convention et 11 et 14 combinés de la Convention. La Cour européenne rappelle que si l'article 11 de la Convention impose aux Etats membres de protéger *“la liberté de défendre les intérêts professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action collective de celui-ci”* (...), elle laisse également à ces Etats *“le choix des moyens à employer à cette fin ; la consultation en constitue un, mais il y en a d'autres.”* (§ 39). Elle conclut que le fait de restreindre la consultation à un certain nombre d'organisations syndicales ne constitue pas une violation de l'article 11 de la Convention. S'agissant de l'article 11 combiné à l'article 14 de la Convention, la Cour constate que *“l'arrêté royal du 2 août 1966 a entraîné une inégalité de traitement en défaveur”* (§ 48) du requérant. Cependant, elle expose que le but recherché par le Gouvernement était d'éviter une « anarchie syndicale » tout en assurant « une politique du personnel cohérente et équilibrée, tenant équitablement compte des intérêts professionnels et de l'ensemble des agents (...) », ce qu'elle estime être un but légitime.

Après avoir constaté que la consultation litigieuse avait *“traité à des problèmes d'ordre général concernant tous les agents des provinces et des communes”*, les juges européens concluent que la mesure législative constituait *“un moyen adéquat d'atteindre le but légitime visé”* (§ 49) et concluent à la non violation des articles 11 et 14 combinés de la Convention.

- CEDH, **Syndicat Suédois des conducteurs de locomotive c. Suède**, du 6 février 1976¹³⁰ : Dans cette affaire, le Syndicat suédois des conducteurs de locomotive (ci-après, le requérant), syndicat autonome qui ne représentait que 20 à 25 % du personnel, reprochait à l'Office national suédois des négociations collectives (ci-après, l'Office), de ne conclure des négociations collectives qu'avec les trois représentations les plus représentatives. Le requérant alléguait ainsi une violation des articles 11 et 14 combinés de la Convention.

La Cour européenne retient dans un premier temps que la situation évoquée par le requérant représente bien une différence de traitement entre les syndicats représentatifs et les syndicats autonomes. Cependant, elle constate que la Suède dispose d'un haut degré de représentation syndicale et estime légitime que le Gouvernement qui souhaite aboutir plus aisément à un résultat concret de ses négociations, choisisse de ne conclure des négociations collectives qu'avec un nombre restreint d'intervenants. Elle relève enfin que *“l'Office consent parfois à traiter avec les syndicats indépendants”*, notamment lorsqu'il s'agit de secteurs d'activités dans lesquels les grandes organisations syndicales sont absentes. *“Eu égard à cette donnée, l'attitude de l'Office apparaît à la Cour raisonnable et objective ; en l'adoptant, il ne dépasse pas les limites du pouvoir d'appréciation réservé à l'Etat suédois”* (§ 47). La Cour, après avoir précisé qu'elle estime que le rapport de proportionnalité ne lui semble pas avoir été transgressé, conclut, à l'unanimité, à la non violation des articles 11 et 11 combinés de la Convention.

¹²⁹ CEDH, Plénière, **Syndicat national de la police belge c. Belgique**, du 27 octobre 1975 - req. n° 4464/70, précité p. 101 de ce document. Voir également l'opinion séparée du juge Zekia, l'opinion séparée commune aux juges Wiarda, Ganshof van der Meersh et Bindschedler-Robert et l'opinion séparée du juge Sir Gerald Fitzmaurice annexées à l'arrêt.

¹³⁰ CEDH, **Syndicat Suédois des conducteurs de locomotive c. Suède**, du 6 février 1976 - req. n° 5614/72

- CEDH, **Schmidt et Dahlström c. Suède**, du 6 février 1976 ¹³¹ : Les requérants appartenait aux deux principales organisations syndicales représentant les employés de l'Etat suédois ¹³². Alors que des négociations concernant une nouvelle convention collective avaient été engagées, les deux syndicats auxquels les requérants était affiliés appelèrent à des grèves sectorielles. Les requérants n'exercèrent pas leur droit de grève.

Une nouvelle convention globale fut adoptée, permettant le reclassement à certains postes ainsi que des revalorisations des salaires avec effet rétroactif. Cependant l'article 18 de ce texte excluait expressément la rétroactivité de ces mesures pour les fonctionnaires, ayant ou non participé à la grève et appartenant aux organisations syndicales ayant déclenché une action revendicative au cours de la période de négociation. Les requérants s'estimant lésés par rapport aux salariés qui n'avaient pas fait grève mais qui n'appartenaient pas à une organisation syndicale ayant déclenché l'action revendicative, et qui à ce titre avaient bénéficié de la rétroactivité des mesures sociales, invoquaient une violation des articles 11 et 14 combinés de la Convention.

La Cour européenne admet la légitimité pour le Gouvernement d'invoquer le principe désormais traditionnel en Suède « la grève supprime la rétroactivité », exposant que le Gouvernement Suédois a *“pour politique ainsi que (...) l'a montré l'affaire Syndicat suédois des conducteurs des locomotives, d'encourager le groupement des travailleurs en grandes centrales syndicales”* (§ 40). Elle conteste également la thèse soutenue par les requérants selon laquelle le Gouvernement suédois aurait voulu pousser les membres de leurs syndicats respectifs vers d'autres organisations syndicales après avoir estimé qu'aucune preuve n'a été apportée en ce sens.

Les juges de Strasbourg reconnaissent que l'article 18 de la convention collective globale a eu pour effet d'écartier du bénéfice de la rétroactivité des mesures sociales tous les adhérents aux syndicats dont dépendaient les requérants, y compris ceux ayant continué d'exercer leurs fonctions. Cependant, ils considèrent que *“Gouvernement et Commission n'ont pourtant pas tort de mettre l'accent sur la solidarité qui régnait (...) entre les divers membres de ces deux organisations : si les uns participaient en personne à la grève là ou elle avait été déclenchée, les autres, bien qu'exerçant leurs fonctions dans des services non touchés par le mouvement, apportaient à celui-ci leur concours financier et psychologique”*. Selon les juges européens cet argument permet de distinguer les requérants des employés non syndiqués qui avaient continué à exercer leurs fonctions. Après avoir précisé qu'ils n'estiment pas que le principe de proportionnalité ait été transgressée en l'espèce, il concluent à l'unanimité à la non violation des articles 11 et 14 combinés.

□ **CHARGE DE LA PREUVE :**

Depuis l'arrêt CEDH, **Velikova c. Bulgarie**, du 18 mai 2000, ¹³³ le critère de la preuve *“au-delà de la preuve raisonnable”*, a été étendu à l'ensemble de la Convention, notamment à l'identification d'une discrimination. Ainsi, la preuve d'une discrimination peut être apportée par

¹³¹ CEDH, **Schmidt et Dahlström c. Suède**, du 6 février 1976 - req. n° 5589/72

¹³² En Suède, les conventions collectives sont, en règle générale, signées pour deux à trois ans puis font l'objet de nouvelles négociations. La nouvelle convention n'est généralement signée que quelques mois après que l'ancienne ait cessé d'être applicable. Dans ce cas, une disposition permet de faire agir rétroactivement la nouvelle convention au jour d'expiration de l'ancienne. Cependant, lorsqu'une grève intervient en cours de négociation, les employeurs, afin de dissuader les organisations syndicales d'organiser des actions revendicatives, ont pour coutume de refuser de faire jouer la rétroactivité.

¹³³ Arrêt CEDH, **Velikova c. Bulgarie**, du 18 mai 2000 - req. n° 41488/98

“un faisceau d’indices ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants”.

Allant plus loin et s’inspirant directement de la jurisprudence de la Cour de justice et des textes communautaires, auxquels la Cour européenne se réfère expressément dans l’arrêt de Grande chambre **D.H et autres c. République Tchèque** du 13 novembre 2007,¹³⁴ cette dernière a jugé que *“Si une présomption réfragable de discrimination relativement à l’effet d’une mesure ou d’une pratique est ainsi établie par le requérant alléguant une discrimination indirecte, il incombe ensuite à l’Etat défendeur de réfuter cette présomption en démontrant que la différence en question n’est pas discriminatoire (..). En effet, vu notamment la spécificité des faits et la nature des allégations formulées dans ce type d’affaires (...), il serait en pratique extrêmement difficile pour les intéressés de prouver la discrimination indirecte sans un tel renversement de la charge de la preuve”* (§ 189).

¹³⁴ Voir références sous note 86, p. 93 de ce document. Arrêt également cité pp. 95 et 97 de ce document.

BIBLIOGRAPHIE

DROIT COMMUNAUTAIRE

❑ COMMENTAIRES D'ARRÊTS :

- Wanda Vogel, commentaire de l'arrêt CJCE, **Marschall**, du 2 août 1993, affaire C-271/91, *in* : *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, (ci-après RTDH) 1994, pp. 265 à 282.
- Annick Masselot et Karell Berthou, "La CJCE, le droit de la maternité et le principe de non-discrimination: vers une clarification ?", commentaire de l'arrêt CJCE **Mary Brown** du 30 juin 1998, affaire C- 394/96, *in* : *Cahiers de droit européen*, 1^{er} novembre 2000, n° 5/6, pp. 637 à 656.
- Carole Moniolle, "Le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de retraite dans la fonction publique", commentaire de l'arrêt CJCE, **Griesmar**, du 29 novembre 2001, affaire C-366/99, *in* : *JCP G Semaine Juridique* (édition générale) , 26 juin 2002, n° 26, pp. 1197 à 1205.
- Jean Jacqmain, "Egalité entre travailleurs féminins et masculins", *in* : *Journal de droit européen ex Journal des Tribunaux Droit européen* (Larcier), janvier 2004, n° 105, pp. 1 à 6.
- Jean-Louis Clergerie, "Discriminations positives et égalité de traitement", commentaire de l'arrêt de la CJCE **Briheche**, du 30 septembre 2004, affaire C-319/03, *in* : *Le Dalloz* du 3 février 2005, n° 5 pp. 347-349.
- Thérèse Aubert-Monpeysenn, "Egalité professionnelle et ancienneté : à propos de l'arrêt CJCE **Cadman**, 3 octobre 2006, aff. C-17/05", *in* : *Revue de droit du travail*, 2006, p. 393.
- "Les droits sociaux des couples homosexuels", Lhernould, Jean-Philippe, commentaire de l'arrêt CJCE **Maruko** du 1^{er} avril 2008, affaire C- 267/06, *in* : *Droit social*, juin 2008, n° 6, pp. 712 à 719.
- Joël Cavallini, "Discrimination : une discrimination par association fondée sur le handicap est contraire au droit communautaire", commentaire de l'arrêt CJCE **Coleman**, du 17 juillet 2008, affaire C-303/06, *in* : *J.C.P éd. sociale*, 21 octobre 2008, n° 43, pp. 24-25.
- Emmanuelle Broussy, Francis Donnat, Christian Lambert, "Discrimination fondée sur le handicap", commentaire de l'arrêt CJCE du 17 juillet 2008, **Coleman**, affaire C-303/06 *in* : *AJDA*, n° 42, 15 décembre 2008, pp. 2230-2231.
- Christophe Willmann, commentaire de l'arrêt **Coleman**, du 17 juillet 2008, affaire C-303/06, *in* : *Lexbase Hebdo*, n° 320, Ed. sociale.

□ **Articles généraux :**

- Sean Van Raepenbusch, "La jurisprudence de la Cour de justice des CE en matière d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes", *in : Revue de Jurisprudence Sociale*, 1994, n° 1/94, chronique pp. 3 à 12.

- Aperçu de la jurisprudence communautaire et française, *in : Semaine sociale Lamy*, 17 décembre 2001- n° 1055.

- Marie-Thérèse Lanquetin, "L'égalité entre les femmes et les hommes sur la directive 2002/73 du 23 septembre 2002," *in : Droit social*, n° 3, mars 2003, pp. 312 à 322.

- Edouard Dubout, "« Tu ne discrimineras pas », l'apport du droit communautaire au droit interne", *in : Droits fondamentaux*, n° 2, janvier-décembre 2002, pp. 47 à 62.

- "Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi : législation dans 15 Etats membres de l'UE" ; Rapports du Groupe européen d'Experts dans le domaine de la Lutte contre la Discrimination fondée sur l'Orientation sexuelle, concernant la mise en oeuvre jusqu'au 30 avril 2004 de la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

Disponible sur le site : <http://www.law.leiden.edu/research/researchprogrammes/>

Voir aussi sur le site Europa, portail de Union européenne :

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=423&langId=fr>

- Serge Van Raepenbusch, juge au Tribunal de la fonction publique de l'UE : "La jurisprudence récente de la CJCE en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes", *in : Avocats et Entreprises*, Barreau des Hauts de Seine, 19 septembre 2006.

Disponible sur : http://www.barreau92.com/pdf/principe_egalite_de_traitement2006.pdf

- Jean-François Cesaro, " Un nouveau droit à l'égalité professionnelle?", *in : Droit social*, n° 6, juin 2008.

- Marie-Thérèse Lanquetin: "L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail. A propos de la directive 2000/54 CE du 5 juillet 2006 (directive « refonte »)" *in : Droit social*, juillet 2007, n° 7/8, pp.

- Marie-Thérèse Lanquetin, "Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008", *in : Droit social*, n° 7/8 juillet-août 2008, pp. 778 à 788.

- Pierre-Yves Verkindt, "L'égalité de rémunérations entre les hommes et les femmes", *in : Droit social*, n° 11, novembre 2008, pp. 1051 à 1059.

- Gérard Vachet, "A travail égal, salaire égal", *in : Droit social*, n° 11, novembre 2008, pp. 1046 et s.

- Marie-Thérèse Lanquetin, "Discriminations, la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008", *in : Droit social*, n° 7/8, juillet 2008, pp. 778 à 788.

DROIT CONVENTIONNEL EUROPÉEN

- Jurisclasseur Europe Traité - Fascicule 6523 : CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME - Droits garantis - Droit de propriété et droit à la non-discrimination.
- Olivier de Schutter : "L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme," rapport sur la Convention européenne des droits de l'homme, février 2005.
Disponible sur le site Europa à l'adresse suivante :
http://209.85.129.132/search?q=cache:bqHaCntswjkJ:ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/legisl/prohib_fr.pdf+L%E2%80%99interdiction+de+discrimination+dans+le+droit+europ%C3%A9en+des+droits+de+l%E2%80%99homme&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=fr
- Frédéric Sudre, "Le droit à la non discrimination au sens de la CEDH", colloque de l'Institut de droit européen des Droits de l'homme (IDEDH) Montpellier, 9-10 novembre 2007.
- Denis Martin, "Strasbourg, Luxembourg et la discrimination : influences croisées ou jurisprudences sous influence?", *in* : *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* n° 69, 2007, pp.107 à 134.
- Edouard Dubout, "L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : renovation ou révolution? épilogue dans l'affaire *D.H et autres* c. république tchèque, Cour européenne des droits de l'homme (grande chambre) 13 novembre 2007", *in* : *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2008 n° 75, pp. 821 à 856.
- Jean-Pierre Marguénaud et Jean Mouly, "Convention européenne des droits de l'homme et droit du travail", *in* : *LPA*, 19 juin 2008, n° 123, p. 4 et s..