

Interprétation dynamique

La législation anti-discrimination européenne dans la pratique

Études de cas 2006

Rapport du Groupe de Travail 3 d'Equinet sur l'Interprétation dynamique

Interprétation dynamique – La législation anti-discrimination européenne dans la pratique est publié par Equinet, le Réseau européen d'organismes de promotion de l'égalité.

Equinet s'appuie sur le projet « Vers l'implémentation uniforme et dynamique de la législation relative à l'anti-discrimination de l'UE : le rôle des organismes spécialisés », qui est soutenu par le Programme d'Action communautaire pour combattre la Discrimination (2001-2006).

Les partenaires d'Equinet : Organisme National pour la promotion de l'égalité, Autriche | Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, Belgique | Institut pour l'égalité entre les hommes et les femmes, Belgique | Commission pour la protection contre la discrimination, Bulgarie | Bureau du Commissaire pour l'administration, Chypre | Institut danois des Droits de l'Homme, Danemark | Commissaire pour l'égalité des sexes, Estonie | Bureau du Ministre de la Justice, Estonie | Haute autorité contre la discrimination et pour l'égalité, France | Commission pour l'égalité raciale, Grande-Bretagne | Commission pour la défense des droits des personnes handicapées, Grande-Bretagne | Commission pour l'égalité des chances, Grande-Bretagne | Médiateur grec, Grèce | Autorité pour l'égalité de traitement, Hongrie | Bureau du commissaire parlementaire pour les droits des minorités nationales et ethniques, Hongrie | Autorité pour l'égalité, Irlande | Bureau national contre la discrimination raciale, Italie | Bureau national des Droits de l'Homme, Lettonie | Médiateur pour l'égalité des chances, Lituanie | Commission pour l'égalité de traitement, Pays-Bas | Commission pour l'égalité en Irlande du Nord, Irlande du Nord | Médiateur pour l'égalité et la non-discrimination, Norvège | Commission pour l'égalité et la lutte contre la discrimination raciale/Haut Commissaire à l'immigration et aux minorités ethniques, Portugal | Conseil national pour la lutte contre la discrimination, Roumanie | Centre national pour les Droits de l'Homme, Slovaquie | Bureau pour l'égalité des chances, Slovénie | Médiateur contre la discrimination ethnique, Suède | MPG, partenaire international

Vous trouverez de plus amples informations sur www.equineteurope.org et sur www.migpolgroup.com.

Les points de vue exprimés dans cette publication ne sont pas nécessairement partagés par tous les partenaires du projet.

Production :
Secrétariat d'Equinet
MPG – 205, rue Belliard 205 boîte 1
1040 Bruxelles - Belgique

ISBN : 2-930399-39-2
© Equinet 2007

La reproduction est permise pourvu que la source soit citée.

Table des matières

5	Préface
6	Liste des collaborateurs
7	Conclusions
	Chapitre 1
11	Étude de cas sur la race, la nationalité et la ségrégation
	Chapitre 2
17	Étude de cas sur la religion, l'égalité des sexes et l'emploi
	Chapitre 3
25	Étude de cas sur la discrimination raciale et l'action positive
	Chapitre 4
35	Étude de cas sur la discrimination fondée sur le handicap (syndrome d'Asperger – déficience mentale)
	Chapitre 5
43	Étude de cas sur la discrimination fondée sur le handicap (déficience physique)
	Chapitre 6
49	Résultats d'analyses de cas de discrimination fondée sur le handicap

Préface

Le *Groupe de Travail d'Equinet sur l'Interprétation dynamique* se concentre sur la manière d'interpréter les concepts et les problématiques juridiques dans la législation anti-discrimination, en vue d'une implémentation harmonieuse du droit de l'UE dans ce domaine, afin d'assurer l'égalité au plus haut niveau possible.

En 2006, le groupe de travail a adopté une approche pratique de l'interprétation dynamique en utilisant des cas pragmatiques qui leur avaient été présentés pour créer une base permettant d'effectuer une analyse comparative de la mise en application de la législation anti-discrimination dans leurs pays respectifs. Le groupe de travail a demandé aux partenaires de considérer cinq cas hypothétiques basés sur des cas réels qui se sont produits chez certains partenaires d'Equinet et d'appliquer leur propre loi nationale aux faits de ces cas. On a demandé à certains membres du groupe de travail d'y répondre et à d'autres partenaires d'Equinet d'y participer bénévolement.¹ Les cinq cas concernaient : 1) race, nationalité, éducation et ségrégation ; 2) religion, sexe et exigences professionnelles ; 3) handicap mental (syndrome d'Asperger) et emploi ; 4) handicap physique et emploi ; 5) mesure d'action positive et race.

Les cas réfèrent à différents concepts juridiques clés sous les Directives 2000/78, 2000/43 et 2002/73 modifiant la directive 207/76, comme la discrimination directe et indirecte, le renversement de la charge de la preuve, l'action positive, les exigences professionnelles et l'aménagement raisonnable. Ces cas ont été sélectionnés parce qu'ils concernent différents motifs et champs de discrimination. Ceci permet aux partenaires d'Equinet ne rencontrant qu'un seul ou que quelques motifs discriminatoires d'apporter quand même leur contribution. Il s'est conséquemment avéré impossible d'inclure toutes les contributions des partenaires d'Equinet à chaque cas. Certains partenaires ont d'autre part soumis des contributions de partenaires, qui ne font pas partie d'Equinet, mais qui sont confrontés à un motif ou à un champ qu'ils ne sont pas eux-mêmes habilités à traiter. Toutefois, on peut dire qu'en général, les cas donnent un bon aperçu des pratiques en vigueur dans l'UE.

Trois membres du groupe de travail ont ainsi analysé les cas et contributions et ont dressé un rapport pour chacun d'entre eux, dans lequel ils ont surligné les résultats et les conclusions clés (Chapitres 1 à 5). Le groupe de travail a en outre rédigé des conclusions globales lors d'une réunion qui s'est déroulée au mois d'octobre 2006 à Bruxelles et où les rapports ont été commentés. Elles figurent en résumé au début de cette publication.

Les contributions individuelles établissent que, bien que les directives aient été implémentées dans tous les États membres impliqués dans cet exercice, l'approche et l'issue de certaines problématiques dans les cas examinés peuvent souvent être encore très différentes.² Les analyses démontrent qu'il existe non seulement des similitudes, mais aussi des différences d'interprétation des directives. Le groupe de travail espère que les autres partenaires s'inspireront des bonnes pratiques et que ces dernières contribueront à une plus grande harmonisation de l'implémentation du droit de l'UE dans ce domaine.³

Au nom du Groupe de Travail sur l'Interprétation dynamique,

Femke Wegman
Modératrice

¹ Les cas ont été traités par des employés expérimentés des organismes nationaux œuvrant pour l'égalité. Bien que les réponses ne peuvent pas être lues comme des déclarations officielles de ces organismes, toutes les informations utilisées dans le présent rapport ont été approuvées par les organismes en question avant d'être publiées.

² Les contributions sont disponibles sur www.equineteurope.org et www.migpolgroup.com.

³ Toutes les informations contenues dans le présent rapport sont à jour au 21 novembre 2006.

Contributeurs

Le Groupe de Travail d'Equinet sur l'Interprétation dynamique

Modératrice :

Femke Wegman – Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement

Membres :

Sandra Konstatzky – Organisme National autrichien pour la Promotion de l'Égalité
Birgit Gutschlhofer – Organisme National autrichien pour la Promotion de l'Égalité
Kathelijne Houben – Centre belge pour l'Égalité des Chances et la Lutte contre le Racisme
Calixte Lumeka – Centre belge pour l'Égalité des Chances et la Lutte contre le Racisme
Kärt Muller – Bureau du Ministre de la Justice estonien
Peter Reading – Commission britannique pour l'Égalité Raciale
Catherine Casserley – Commission pour la Défense des Droits des Personnes Handicapées en Grande-Bretagne
Kostas Bartzeliotis – Médiateur grec
Aristeidis Alestas – Médiateur grec
Monica Garzia – Bureau National italien contre la Discrimination Raciale
Fiona Palmer – MPG (Migration Policy Group)
Ann Helen Aaro – Médiateur pour l'Égalité et l'Anti-discrimination en Norvège
Alexandra Polakova – Centre national slovaque pour les Droits de l'Homme
Linus Kyrklund – Médiateur suédois contre la Discrimination ethnique

Observatrice :

Lucie Otahalova – Secrétaire du Cabinet gouvernemental de la République tchèque, Département des Droits de l'Homme

Autres contributions d'Equinet

Eszter Regényi – Médiateur pour les Minorités hongroises
Katalin Gregor – Autorité hongroise pour l'Égalité de Traitement
Néphéli Yatropoulos – La haute Autorité française de Lutte contre la Discrimination et pour l'Égalité (HALDE)
Mandana Zarreparvar – L'Institut danois pour les Droits de l'Homme

Contributions d'un non-représentant d'Equinet

Le Conseil danois pour l'Égalité des Sexes

Conclusions

Les rapports effectués sur les cas démontrent l'existence de nombreuses similitudes dans l'approche qu'utilisent les partenaires d'Equinet pour les traiter. Certaines conclusions peuvent cependant être retenues en ce qui concerne le besoin d'une plus grande harmonisation de l'implémentation du droit de l'UE dans le domaine de l'anti-discrimination.

Discrimination directe/indirecte

On ne remarque aucune consistance dans les conclusions rapportées par les partenaires concernant la discrimination directe ou indirecte. Une partie du problème réside dans le choix du motif discriminatoire. Dans le cas d'un critère linguistique par exemple, certains partenaires invoquent le motif du langage (natif) ou de la langue maternelle et concluent ainsi qu'il s'agit d'une discrimination directe. D'autres concluent à une discrimination indirecte, en raison de la retenue du motif racial.

Les réponses aux questionnaires des organismes spécialisés en matière d'égalité révèlent aussi que certains États membres ont une conception assez vague de la discrimination directe et indirecte et que pour certains, comme le Royaume-Uni lorsqu'il s'agit du motif du handicap, le concept de discrimination indirecte est même totalement inexistant, même s'ils reconnaissent une forme de discrimination appelée *discrimination fondée sur le handicap*, qui regroupe certains aspects de la discrimination indirecte. Ceci est pertinent, car le fait de sélectionner une option plutôt que l'autre peut s'avérer lourd de conséquences : sous les directives européennes, la discrimination indirecte peut en effet s'avérer objectivement justifiée, mais jamais en cas de discrimination directe.

Certains pays, dont la Belgique, admettent la possibilité d'une justification objective pour la discrimination directe (également pour des motifs autres que celui de l'âge, étant donné que la discrimination directe fondée sur l'âge peut être justifiée sur la base de l'article 6 de la Directive 2000/78/CE). Il ressort aussi des réponses aux questionnaires que la possibilité de justifier la discrimination directe existe également dans les législations de l'Italie, de la Norvège et de la Suède, bien que dans le cas présenté aux organismes spécialisés de ces pays (voir le cas référant à la religion, à l'égalité des sexes et à l'emploi, page 24), la conclusion unanime a été qu'il n'y avait pas de justification objective. Il se peut toutefois qu'il y ait confusion entre la justification objective et l'exigence professionnelle réelle. Ce sujet est abordé ci-dessous.

Il a été constaté que les partenaires d'Equinet devraient utiliser les motifs mentionnés dans les directives, là où cela s'avère possible, et qu'ils devraient appliquer les concepts de discrimination directe et indirecte de ces directives. Il a également été observé qu'il faudrait que les États membres soient particulièrement attentifs aux stipulations de leur législation permettant la justification de la discrimination directe pour d'autres motifs que celui de l'âge et qu'ils examinent si leur législation nécessite d'être modifiée à cet égard.

Exigences professionnelles au sein des églises et des autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est basée sur la religion ou sur des convictions

La Norvège prévoit une exception générale à l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion pour les institutions ou communautés religieuses, qui n'est spécifiquement *pas* applicable au secteur de l'emploi. Toutefois, puisque l'article 4(2) de la Directive 2000/78/CE

considère les exigences *professionnelles*, la question se pose si l'exception norvégienne est conforme à la directive. La Norvège prévoit également une exception, qui permet aux organisations religieuses d'engager un traitement différentiel en matière de pratiques de recrutement par rapport aux personnes vivant en situation de cohabitation homosexuelle. La Section 4(2) de la Directive 2000/78/CE interdit cependant que la différence de traitement justifie la discrimination fondée sur un autre motif, par exemple sur l'orientation sexuelle.

La législation norvégienne comporte des exceptions relatives à la discrimination directe quant aux exigences professionnelles au sein des églises et autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est basée sur la religion ou sur des convictions, et qui peuvent ne pas être conformes à la Directive 2000/78/CE. Par rapport à ces exceptions, il pourrait donc s'avérer approprié de procéder à une révision de la législation norvégienne.

Les exigences professionnelles en tant qu'exception à la discrimination directe ou en tant que justification pour la discrimination

En Belgique, la discrimination *peut* être objectivement et raisonnablement justifiée par une exigence professionnelle, alors que conformément à l'article 4(1) de la Directive 2000/78/CE, une différence de traitement « ne constituera pas de discrimination » dans le cas d'une exigence professionnelle. Sur ce point, la législation belge ne semble pas être conforme à la directive, puisque la discrimination est établie, mais objectivement justifiée. Le résultat diffère de celui qui est obtenu lorsque la discrimination n'a pas été établie en premier lieu.

Pour être en accord avec l'article 4(1) de la Directive 2000/78/CE, il faut que la législation belge, aussi bien que les législations des autres pays ayant la même approche que la Belgique, traite les exigences professionnelles comme une exception discriminatoire et non comme une justification objective de la discrimination. Une révision de la législation s'avèrera peut-être nécessaire pour assurer l'implémentation de l'approche appropriée.

Référence aux normes internationales

Pour certains partenaires d'Equinet, les normes internationales et même la jurisprudence ne jouent pas un rôle prépondérant dans le traitement d'un cas de discrimination, alors que pour les partenaires qui les utilisent c'est un outil très positif. La jurisprudence et les normes internationales ne sont pas seulement utiles pour l'interprétation des dispositions nationales de la législation, mais aussi pour soutenir certaines positions particulières, afin de renforcer un argument ou d'intervenir là où la législation nationale n'apporte pas d'éclaircissement.

Les partenaires d'Equinet savent d'expérience que les normes internationales et la jurisprudence sont utiles pour interpréter les dispositions nationales de la législation et pour étayer les positions. La consistance de l'interprétation et du développement des positions serait optimisée si les partenaires d'Equinet se référaient automatiquement aux normes internationales.

Définition du handicap

Alors qu'il y a des avantages évidents au fait de suivre l'approche de la Directive pour l'Égalité en matière d'Emploi et ne pas avoir de définition du handicap dans la législation nationale, cela comporte aussi des désavantages significatifs – l'un d'entre eux en particulier étant que n'importe quelle jurisprudence de la CJCE pourrait être suivie par les tribunaux de

ces pays qui n'ont pas de définition. C'est pourquoi une définition relativement étroite du handicap – qui semble ignorer le modèle social du handicap (qui focalise sur les barrières que rencontrent les gens en conséquence de leur déficience, plutôt que sur le problème de la déficience en soi) – comme celle figurant dans Navas⁴ pourrait être reprise par ces pays qui n'ont pas de définition. Les organismes qui œuvrent pour l'égalité dans les pays n'ayant pas de définition pour le handicap pourraient envisager une législation qui propose une approche globale de la définition, plutôt que d'abandonner sa détermination aux tribunaux.

Les organismes œuvrant pour l'égalité dans les États membres n'ayant pas de définition pour le handicap pourraient vouloir examiner si une définition, dont la couverture pourrait être plus généreuse en incluant le modèle social du handicap (qui focalise sur les barrières que rencontrent les gens en conséquence de leur déficience, plutôt que sur le problème de la déficience en soi) est préférable aux implications de Navas⁵.

Aménagement raisonnable

En Suède, le devoir de fournir un aménagement raisonnable est uniquement dû au demandeur d'emploi et n'est pas du tout applicable une fois que quelqu'un occupe un poste. Ceci constitue une infraction aux obligations comprises sous la Directive 2000/78/CE. L'obligation comprise dans l'Article 5 de cette directive est entendue dans un sens très large – l'obligation consiste à fournir un aménagement raisonnable « *permettant à une personne handicapée d'accéder à, de participer à, ou d'obtenir une promotion dans le cadre d'un emploi, ou encore de bénéficier d'une formation appropriée à son état* ». Cela réfère donc aussi clairement au fait d'obtenir un emploi, qu'à celui de le garder et de pouvoir faire carrière (progression et promotion). Étant donné que la majorité des gens deviennent handicapés au cours de leur carrière professionnelle, il est vrai que si elle ne couvrait pas la totalité du cycle professionnel, il s'agirait d'une réglementation assez redondante. Nous comprenons toutefois que la Suède a déjà relevé cette problématique et qu'une législation est en cours d'établissement afin d'y remédier. Cette dernière entrera en vigueur dans un an ou deux.

En Suède, le devoir de fournir un aménagement raisonnable existe vis-à-vis des demandeurs d'emploi, mais pas vis-à-vis des salariés. Une législation visant la répression de cette infraction apparente à l'article 5 de la Directive 2000/78/CE est en cours de réalisation, mais sa promulgation pourrait n'avoir lieu que dans un an ou deux. Il serait approprié d'accélérer le processus de promulgation.

Action positive

On remarque un manque de consistance entre les États membres en ce qui concerne les critères qui doivent être respectés pour légitimer les mesures d'action positive.

La question se pose si la juridiction domestique et la jurisprudence de la CJCE concernant les mesures d'action positive sexospécifiques doivent être appliquées de la même façon aux problématiques d'ordre racial, surtout étant donné que le champ d'application des secteurs au sein duquel des mesures d'action positives peuvent être prises présente certaines différences.

⁴ Cas C-13/05 Navas v Euresst Colectividades SA. Le texte entier du jugement se trouve sur le site Web de la Cour de Justice des Communautés européennes : <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&Submit=Submit&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docjo=docjo&numaff=&datefs=&datefe=&nomusuel=navas&domaine=&mots=&resmax=100>

⁵ Voir la note de bas de page 4

L'un des moyens de chercher à élucider le champ d'application légal des mesures d'action positives liées à l'origine raciale ou ethnique est d'en faire la demande à la CJCE. Étant donné que tous les partenaires d'Equinet ne sont pas mandatés à le faire sous leur législation nationale, Equinet et ses partenaires devraient envisager des stratégies alternatives pour soumettre leurs demandes.

Il y a également un manque de consistance entre les États membres en ce qui concerne le champ d'application des mesures d'action positive couvrant les six motifs d'égalité et couvrant les différents secteurs.

Puisqu'une partie du travail de la Commission européenne consiste à étudier le besoin d'élaborer ultérieurement une législation anti-discrimination sous l'Article 13 du Traité de l'UE ou l'efficacité de l'actuelle législation anti-discrimination, la Commission peut envisager d'inclure dans la législation des critères spécifiques assurant la légitimité des mesures d'action positive. Une telle stratégie de la Commission recevra le soutien des partenaires d'Equinet, étant donné leur expérience avec l'actuelle inconsistance par rapport aux critères qui doivent être respectés pour que l'action positive soit légitime. L'exemple suivant, qui s'est présenté en Slovaquie, est un cas d'espèce : la réglementation de l'action positive dans sa Loi anti-discrimination permettant l'adoption de mesures spécifiques de conciliation pour éviter les inconvénients liés à l'origine raciale et ethnique n'a pas été considérée suffisamment spécifique dans la définition des critères à respecter pour assurer la légitimité de telles mesures et a donc été jugée incompatible avec sa Constitution par son Tribunal constitutionnel.

En outre, il serait utile de déterminer quelles mesures d'action positive précises sont possibles pour les six motifs d'égalité, dans les différents secteurs, et si des mesures d'action positive sont actuellement appliquées dans la pratique, même là où elles existent.

On remarque un manque de consistance entre les États membres en ce qui concerne les critères qui doivent être respectés pour assurer la légalité des mesures d'action positive, dans le champ d'action autorisé des mesures d'action positive, et il n'apparaît pas clairement si les mesures d'action positive, là où elles existent, sont actuellement appliquées dans la pratique. C'est pourquoi il serait utile que la Commission européenne considère le besoin d'une législation définissant explicitement les critères d'action positive au niveau européen. Une étude permettant de déterminer si, et sous quels critères et conditions les mesures d'action positive sont appliquées actuellement serait également utile pour évaluer l'efficacité des dispositions de l'action positive dans les directives.

Chapitre 1

Étude de cas sur la race, la nationalité et la ségrégation

Le cas

Un garçon somalien n'a pas été admis à l'école publique et affirme avoir été discriminé pour des motifs liés à sa race et/ou à sa nationalité. L'école déclare que le garçon n'a pas été admis parce que le quota des élèves parlant la langue du pays comme seconde langue était déjà atteint. La politique de l'école est de veiller à ce qu'il n'y ait pas plus de 25 % des élèves pour qui la langue du pays n'est pas la langue maternelle. Par le biais de cette politique, l'école poursuit deux objectifs : protéger la qualité de l'éducation et intégrer les élèves étrangers. L'école veut aussi éviter de se transformer en « école noire », car, en raison de la fréquente mauvaise réputation de ces établissements, ceci pourrait finalement mener à la fermeture de l'école. L'école souligne le fait qu'elle ne refuse pas d'élèves pour des motifs liés à leur race. La population du quartier où l'école est située est composée de 25 % de minorités ethniques.⁶

Les questions

Il a été demandé aux membres du groupe de travail et à d'autres partenaires d'Equinet d'examiner le cas dans le contexte de leur législation et de leur jurisprudence ou de décrire comment le cas serait considéré par l'autorité compétente de leur pays. Les questions spécifiques suivantes ont été posées :

1. *Ce cas tombe-t-il dans le champ d'application de la loi anti-discrimination de votre pays ? Veuillez expliquer de quelle manière ou pourquoi pas.*
2. *Quel tribunal/organisation serait compétent ? (Veuillez préciser le niveau du tribunal dans le système judiciaire.)*
3. *Quel(s) motif(s) serai(en)t invoqué(s) ici ? P. ex. race, nationalité. Veuillez expliquer.*
4. *Le refus d'admission du garçon serait-il considéré comme une discrimination directe, indirecte ou comme une action non discriminatoire ?*
5. *Si vous trouvez que ce cas mène à une discrimination directe ou indirecte, y aurait-il une justification objective ? Veuillez développer le test de justification objective.*
6. *Utiliserez-vous les normes internationales dans votre argumentation, p. ex. la Recommandation générale XIX du Comité des Nations unies pour l'Élimination de la Discrimination raciale (CEDR) concernant la ségrégation raciale et l'apartheid ?*

Recommandation générale XIX du CEDR :

« 1. Le Comité pour l'Élimination de la Discrimination raciale appelle l'attention des États parties sur la formulation de l'article 3 [de la Convention internationale sur l'Élimination de toutes les formes de Discrimination raciale (CIEDR)], selon lequel les États parties s'engagent à prévenir, interdire et éradiquer toutes les pratiques de ségrégation raciale et d'apartheid sur les territoires relevant de leur juridiction. La référence à l'apartheid peut avoir visé exclusivement l'Afrique du Sud, mais l'article tel qu'il a été adopté, interdit toute forme de ségrégation raciale dans tous les pays.

2. Le Comité considère que l'obligation d'éradiquer toutes les pratiques de cette nature inclut l'obligation d'éradiquer les conséquences de telles pratiques adoptées ou tolérées par des gouvernements précédents de l'État partie, ou imposées par des forces extérieures à l'État partie.

3. Le Comité constate que si une situation de ségrégation raciale complète ou partielle peut avoir été créée dans certains pays par les politiques gouvernementales, une situation de ségrégation partielle peut également se produire en tant que conséquence involontaire d'actions de personnes privées. Dans de nombreuses villes, les différences de revenu entre les groupes sociaux influent sur les zones d'habitation et ces inégalités se conjuguent parfois aussi avec des différences de race, de couleur, d'ascendance et d'origine nationale ou ethnique, de sorte que les habitants peuvent être stigmatisés et que les personnes subissent une forme de

⁶ Le cas cité ci-dessous est basé sur un cas qui a été présenté en 2003 devant la Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement. Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement, le 29 juillet 2003, avis 2003-105. Le texte entier de l'avis se trouve sur le site Web d'Equinet : www.equineteurope.org

discrimination au sein de laquelle se mélangent les motifs raciaux et les motifs d'un autre ordre.

4. C'est pourquoi le Comité affirme qu'une situation de ségrégation raciale peut également survenir sans aucune initiative ou aucun engagement direct des pouvoirs publics. Il invite les États parties à contrôler toutes les tendances susceptibles de provoquer la ségrégation raciale, à œuvrer pour l'éradication de toutes les conséquences négatives qui s'ensuivent et à décrire toute action de ce type dans leurs rapports périodiques. »

Douze réactions nous sont parvenues des organisations suivantes :

- Organisme National autrichien pour la Promotion de l'Égalité
- Centre belge pour l'Égalité des Chances et la Lutte contre le Racisme
- L'Institut danois pour les Droits de l'Homme
- Bureau du Ministre de la Justice estonien
- La haute Autorité française de Lutte contre la Discrimination et pour l'Égalité (HALDE)
- Commission britannique pour l'Égalité raciale
- Médiateur parlementaire hongrois
- Bureau National italien contre la Discrimination Raciale
- Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement
- Médiateur norvégien pour l'Égalité et l'Anti-discrimination
- Centre national slovaque pour les Droits de l'Homme
- Médiateur suédois contre la Discrimination ethnique

Résumé des résultats

Législation

La première chose à remarquer est que les différents pays devraient traiter le cas sous différentes sortes de législation. En Norvège par exemple, la législation varie selon qu'il s'agit d'une école d'enseignement primaire ou secondaire. En Belgique et en Autriche, la législation diffère selon la municipalité/province dans laquelle l'école est située. Dans la plupart des pays, comme l'Autriche, la Hongrie, les Pays-Bas, la Norvège et la Slovaquie, le cas relève de la législation pour l'égalité de traitement, parfois en conséquence de l'activation d'un(de) motif(s) spécifique(s) (p. ex. race ou ethnicité au Danemark, en France et au Royaume-Uni) ou des champs d'action (p. ex. éducation en Belgique (Flandre)). D'autres, comme la Norvège, la Slovaquie, la France, la Belgique (Wallonie) et l'Estonie ont fait savoir que le cas serait (aussi) traité sous la législation relative à l'éducation, qui réfère au droit à l'éducation scolaire pour chaque enfant ou à l'obligation pour les écoles d'accepter les enfants de leur zone géographique. La Norvège déclare que les élèves maîtrisant insuffisamment le norvégien doivent suivre un cours préliminaire en norvégien avant de pouvoir rejoindre le programme scolaire normal et qu'il est donc irréaliste qu'un enfant soit refusé pour les motifs invoqués dans le cas. La Belgique, l'Estonie et la Slovaquie ont en outre mentionné la législation générale, comme les constitutions ou les lois administratives.

Motif discriminatoire

Les différents motifs invoqués par les pays étaient l'ethnicité ou l'origine/appartenance (ethnique), la race, la couleur, le langage (natif), la langue maternelle, ainsi que le motif non discriminatoire du droit à l'éducation scolaire. Les pays qui ont invoqué le motif d'ethnicité/origine (ethnique) ou de race ont basé leur décision sur plusieurs arguments, par exemple sur le fait que l'école veuille éviter d'évoluer vers une « école noire » (Estonie, Italie) ou sur le fait que la langue constitue un élément essentiel de l'origine ethnique (Pays-Bas, Suède). La Directive pour l'Égalité raciale interdit la discrimination fondée sur des motifs liés à l'origine raciale ou ethnique.

Discrimination directe ou indirecte ?

La Directive pour l'Égalité raciale stipule qu'une discrimination directe a lieu lorsqu'une personne est, a été ou pourrait être traitée moins favorablement qu'une autre personne se trouvant dans une situation comparable, et ce, pour des motifs liés à l'origine raciale ou ethnique. La discrimination indirecte a lieu là où une réglementation, un critère ou une pratique apparemment neutres peuvent désavantager des personnes d'une certaine origine raciale ou ethnique par rapport à d'autres.

En réponse à la question si le refus d'admission du garçon constituait un acte de discrimination directe, indirecte ou si cela n'était pas du tout considéré comme un acte discriminatoire, les partenaires ont mentionné les deux premières options. Une partie du problème réside dans le choix du motif discriminatoire. Dans le cas d'un critère linguistique par exemple, certains partenaires invoquent le motif du langage (natif) ou de la langue maternelle et concluent ainsi qu'il s'agit d'une discrimination directe. D'autres concluent à une discrimination indirecte, en raison de la retenue du motif racial. Ceci est important puisque le fait de choisir l'une ou l'autre option peut s'avérer lourd de conséquences, étant donné que la discrimination indirecte peut être objectivement justifiée sous les directives européennes, mais que cela est impossible pour la discrimination directe.

Les pays qui traiteraient le cas en fonction des motifs liés au langage (natif) ou à la langue maternelle ont tous répondu qu'il s'agirait d'une discrimination directe.

L'approche des pays où le cas référerait soit au motif de l'ethnicité, soit à celui de l'origine/l'appartenance ethnique, la race ou la couleur n'est pas la même partout. L'Autriche, le Danemark, l'Italie, les Pays-Bas, la Slovaquie, la Suède et la Grande-Bretagne ont conclu qu'il s'agirait d'un cas de discrimination indirecte étant donné que le critère linguistique apparemment neutre vise principalement les groupes d'immigrants. Autrement dit : en comparaison avec d'autres personnes, le critère linguistique désavantagerait les personnes de la même race, ethnie ou origine nationale que celle du garçon, puisqu'il est très improbable que la langue maternelle de ces dernières soit aussi la langue nationale. L'Italie et la Suède ont pour leur part conclu qu'il s'agissait d'un cas de discrimination directe, vu que l'entrée de l'école a été refusée au garçon et que ce dernier a été visé en tant qu'individu. L'Autriche a conclu qu'il s'agissait d'un cas de discrimination directe, car le fait d'invoquer un quota à respecter d'élèves pour qui la langue nationale n'est pas la langue maternelle n'apparaît pas comme un critère de refus neutre. La Grande-Bretagne mentionne explicitement que leur réglementation sur la discrimination directe a été interprétée à la lettre, étant donné qu'il n'y a pas de défense pour la discrimination directe.

Il faudrait que les partenaires d'Equinet utilisent, là où cela s'avère possible, les motifs mentionnés dans les directives et qu'ils appliquent les concepts de discrimination directe et indirecte de ces directives.

Test de justification objective

Les réponses concernant la justification étaient variées. Suivant la Directive pour l'Égalité raciale, la discrimination indirecte peut être objectivement justifiée lorsqu'il y a un objectif légitime et que les moyens pour réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

La directive ne fait pas état d'un test de justification objective pour la discrimination directe. La Belgique a toutefois utilisé un test de justification objective dans le cas de la discrimination directe. Ceci est important étant donné qu'il s'agit d'un concept destiné à être utilisé en cas de discrimination directe en non de discrimination indirecte (également pour des motifs autres que celui de l'âge, étant donné que la discrimination directe fondée sur l'âge peut être justifiée sur la base de l'article 6 de la Directive 2000/78/CE). D'autres, comme la France, les Pays-Bas et la Grande-Bretagne, ont explicitement dit, après avoir conclu qu'il s'agissait d'une discrimination directe, qu'aucune justification objective n'était donc possible.

Si la formulation des tests mentionnés par les partenaires diffère, leur contenu ressemble en général à celui de la Directive pour l'Égalité raciale. Au moment de l'analyse (début/mi-2006), la formulation du test de justification objective dans la Loi hongroise pour l'Égalité de Traitement n'habilitait pas le juge à examiner soigneusement si les moyens appliqués étaient appropriés et nécessaires pour réaliser l'objectif d'une certaine réglementation, mais semblait référer au test de rationalité tel qu'il a été élaboré par le Tribunal constitutionnel de la Hongrie et non au test de nécessité et de proportionnalité du même Tribunal. D'après la Hongrie, c'est pour cette raison que le simple test de rationalité auquel réfère la Loi hongroise sur l'Égalité de Traitement n'est probablement pas conforme à la Directive pour l'Égalité raciale. C'est pourquoi le Médiateur hongrois pour les Minorités a proposé de le modifier. Dans l'intervalle, le législateur hongrois a modifié la Loi sur l'Égalité de Traitement. La modification entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2007 et elle établira, en cas de discrimination raciale, une norme plus stricte que celle de la Directive 2000/43/CE.

La plupart des partenaires, comme le Danemark, la Belgique, les Pays-Bas et la Slovaquie, ont qualifié l'objectif consistant à protéger la qualité de l'éducation et l'intégration des élèves étrangers de légitime. Le Danemark, les Pays-Bas et la Grande-Bretagne ont argumenté que la déclaration faite par l'école comme quoi elle voulait éviter de se transformer en « école noire » – en raison de la fréquente mauvaise réputation de ces établissements – et que ceci pourrait finalement mener à la fermeture de l'école pouvait constituer un autre objectif, qui ne serait probablement pas légitime. Le Danemark est d'avis que ceci ne serait en effet pas un objectif légitime sauf si l'existence d'un lien explicite avec la qualité de l'éducation peut être prouvée. Les Pays-Bas ont déclaré que l'objectif serait discriminatoire en soi. La Grande-Bretagne a argumenté qu'il serait inapproprié que l'objectif fasse partie de la politique sociale vu qu'il favorise la ségrégation scolaire.

Concernant la nécessité des moyens permettant de réaliser les objectifs liés à la protection de la qualité de l'éducation et de l'intégration des élèves d'origine étrangère, divers partenaires ont référé à d'autres possibilités – moins radicales – que celle impliquant l'utilisation d'un quota : des cours de langue additionnels (Norvège), un « système de priorités » qui fait usage d'une possibilité de pré-inscription pour certains groupes linguistiques (Belgique), l'optimisation des structures internes de l'école (Italie). Dans ce contexte, la Norvège examinerait si l'école dispose de ressources nécessaires pour organiser des cours de langue additionnels. La pratique norvégienne consistant à demander aux élèves dont la connaissance de la langue nationale s'avère insuffisante de suivre un cours préliminaire de norvégien avant de rejoindre le système scolaire normal semble une bonne alternative, bien qu'il faille en peser le pour et le contre par rapport aux bénéfices de l'apprentissage direct de la langue à l'école.

Lorsque le cas réel s'est présenté à eux, les Pays-Bas ont enquêté, par rapport à l'objectif de protection de la qualité de l'éducation, pour examiner s'il existait au sein de l'école des groupes composés de plus de 25 % (maximum prévu) d'élèves, qui parlent la langue du pays comme seconde langue (par exemple, parce que les frères et sœurs d'élèves déjà inscrits sont toujours admis). Ils ont également enquêté pour voir si le système utilisé par l'école pour s'assurer que l'élève parle la langue du pays comme seconde langue comprend des évaluations linguistiques réitérées au cours de leurs études scolaires, afin de déterminer si – en dépit de sa bonne maîtrise de la langue néerlandaise – il fallait toujours le considérer comme un élève parlant la langue nationale comme seconde langue. Intéressante dans ce contexte est la référence du Danemark à un cas où la municipalité avait décidé de réaffecter des enfants qui étaient sur le point d'aller à l'école maternelle après qu'un test linguistique avait révélé que le besoin de développer ultérieurement leurs aptitudes linguistiques en danois était justifié. Un quota de 30 % de tels enfants par institution a été mis en place et seuls les enfants bilingues dont la langue maternelle n'est pas le danois étaient testés. Le système de quota et de réaffectation basé sur le test linguistique des enfants bilingues valait uniquement pour les enfants dont les résultats du test révélaient un besoin réel de développer ultérieurement leurs aptitudes linguistiques en danois. C'est sur cette base spécifique que le Comité danois des Plaintes a jugé ces actions justifiées.

D'autres partenaires ont dit que les moyens pouvaient (aussi) être disproportionnés. La Belgique a déclaré que les moyens pouvaient nuire au droit de l'enfant à être admis dans une école de son choix. Selon le Danemark, il faudrait tenir compte de toute preuve apportée par la direction de l'école permettant de se faire une idée objective de la situation, ceci, afin d'examiner si la réduction du nombre d'élèves bilingues avec une langue maternelle différente de celle du pays contribuerait effectivement à préserver la qualité de l'éducation et de l'« intégration ». Les Pays-Bas ont fait savoir que, par définition, la mesure utilisée par l'école ne pouvait pas contribuer à l'intégration des élèves refusés en raison du fait que le quota des locuteurs non natifs était atteint. Ils ont également dit qu'il n'y avait aucune preuve de l'existence d'une politique d'intégration visant tous les élèves, quels que soient leurs antécédents et leur maîtrise de la langue du pays. Il apparaît que cette mesure pèse exclusivement sur le groupe le plus minoritaire, c'est-à-dire sur les élèves qui parlent la langue du pays comme seconde langue.

Ces résultats démontrent que la Belgique devra être particulièrement vigilante à l'égard de la discrimination directe (également pour des motifs autres que celui de l'âge) pouvant être justifiée et qu'elle devra examiner si sa législation nécessite une modification.

Normes internationales

À la question si les partenaires envisageaient d'utiliser les normes internationales dans leurs argumentations, les réponses étaient divergentes. Le Danemark a répondu que, pour un autre cas, il s'est référé directement à la Recommandation générale XIX de la CIEDR. L'Autriche a dit que les normes internationales en général et la Recommandation générale XIX de la CIEDR étaient très utiles et qu'elle les utiliserait. L'Estonie et les Pays-Bas ont dit qu'ils utilisent les normes internationales pour l'interprétation des dispositions de la législation, afin de renforcer leur argumentation. Les Pays-Bas réfèrent à la CIEDR lorsqu'ils utilisent la définition de « race ». L'Italie pourrait – au cas où législation nationale ferait défaut – non seulement utiliser la norme internationale comme un critère d'interprétation de la loi nationale, mais aussi, dans certains cas, de façon directe. La Slovaquie a répondu que lorsqu'elle rend des arbitrages sur des cas liés au principe de l'égalité de traitement, leur méthode de travail inclut la législation anti-discrimination nationale et internationale, ainsi que les recommandations d'organisations internationales et la jurisprudence des tribunaux nationaux et internationaux.

Certains partenaires ne réfèreraient probablement pas aux normes internationales parce que la législation et les réglementations implémentent les normes internationales (Norvège), parce que la loi et ses travaux préparatoires offrent un soutien suffisant (Suède) ou parce que les principes généraux de la loi administrative interdisent la discrimination fondée sur l'origine dans le système d'inscription scolaire (France). La Norvège n'exclut cependant pas la possibilité qu'une décision de l'Médiateur ferait référence à une décision internationale ou à un instrument international spécifique jugé particulièrement pertinent dans le contexte du cas.

Si les conventions internationales font parfois office de référence au Royaume-Uni, elles ne sont toutefois pas assujettissantes étant donné qu'il s'agit d'accords conclus entre les dirigeants des pays (gouvernements), plutôt que de décisions des tribunaux domestiques ou internationaux. La Hongrie a répondu que les tribunaux hongrois (à l'exception du Tribunal constitutionnel) appréhendent d'appliquer les instruments internationaux et que leurs décisions sont généralement basées sur la loi domestique.

Pour certains partenaires d'Equinet, les normes internationales et même la jurisprudence ne jouent pas un rôle prépondérant dans le traitement d'un cas de discrimination, alors que pour les partenaires qui les utilisent, c'est un outil très positif. La jurisprudence et les normes internationales ne sont pas seulement utiles pour l'interprétation des dispositions nationales de la législation, mais aussi pour soutenir certaines positions particulières, afin de renforcer l'argumentation ou d'intervenir là où la législation nationale n'apporte pas d'éclaircissement. La consistance de l'interprétation et du développement des positions serait optimisée si les partenaires d'Equinet se réfèrent automatiquement aux normes internationales.

Chapitre 2

Étude de cas sur la religion, le sexe et l'emploi

Le cas

Une femme musulmane postule un emploi dans une école secondaire islamique pour y enseigner la langue arabe. Cette femme possède un diplôme universitaire en langue et littérature arabes ; elle est qualifiée pour donner cours à des étudiants de l'école secondaire et elle a effectué un stage dans une autre école islamique. Elle avait entendu que cette école cherchait quelqu'un pour enseigner la langue arabe. La femme en question ne porte pas de foulard. L'école rejette sa candidature parce que l'établissement impose à toutes ses enseignantes musulmanes de se couvrir la tête d'un foulard. Les enseignantes non musulmanes peuvent demander d'être exemptées de cette obligation. Le règlement scolaire fait état des ambitions de l'école, d'une part de créer des possibilités d'éducation supérieure basée sur les principes de l'islam et d'autre part, de créer des possibilités pour acquérir des connaissances de l'islam à un niveau éducationnel supérieur. Les activités et les décisions de l'école sont analysées à la lumière du Coran et de la Sunna. L'école peut fixer ses propres règles. Le règlement scolaire pour le personnel établit que le personnel féminin doit se couvrir tout le corps, à l'exception du visage et des mains. Le règlement mentionne aussi que l'école peut octroyer une exemption. L'école compte 95 employés dont 55 sont des femmes. Parmi ces employées féminines, 38 sont musulmanes et 17 ne le sont pas. Les 17 employées non musulmanes ont été, à leur demande, exemptées de l'obligation de porter un foulard.⁷

Les questions

Il a été demandé aux membres du groupe de travail et à d'autres partenaires d'Equinet d'examiner le cas dans le contexte de leur législation et de leur jurisprudence ou de décrire de quelle manière le cas sera considéré par l'autorité compétente de leur pays. Les questions spécifiques suivantes ont été posées :

1. Ce cas relève-t-il du champ d'application de la loi anti-discrimination de votre pays ? Veuillez expliquer de quelle manière ou pourquoi pas.
2. Quel tribunal/organisation, instance serait compétent ?
3. Quels motif(s) seraient ici applicables ? P. ex. religion, sexe. Si les deux étaient applicables, veuillez expliquer comment vous procéderiez à l'analyse.
4. S'agirait-il ici d'une discrimination directe ou indirecte ?
5. Existe-t-il dans votre pays une exception comme celle mentionnée dans l'Article 4 (2) de la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, établissant un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et si oui, serait-elle applicable à ce cas-ci.

Article 4 (2) de la Directive 2000/78/CE

«Les États membres peuvent maintenir dans leur législation nationale en vigueur à la date d'adoption de la présente Directive ou prévoir dans une législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente Directive des dispositions en vertu desquelles, dans le cas des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur les religions ou sur des convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou sur les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, par nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. Cette différence de traitement doit s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des États membres, ainsi que des principes généraux du Droit communautaire, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif.

Pourvu que ses dispositions soient par ailleurs respectées, la présente Directive est donc sans préjudice du droit des églises et des autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou sur les convictions, agissant en conformité avec les dispositions constitutionnelles et législatives nationales, de

⁷ Ce cas est basé sur un cas qui a été présenté devant la Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement en 2005. Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement, le 15 novembre 2005, avis 2005-222. Le texte entier de l'avis se trouve sur le site Web d'Equinet: www.equineteurope.org

requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation. »

6. Si vous trouvez que ce cas mène à une discrimination directe ou indirecte, serait-elle objectivement justifiée ?

7. Comment équilibreriez-vous ces droits de l'homme fondamentaux conflictuels : la liberté de religion et l'interdiction de la discrimination.

Douze réactions nous sont parvenues des organisations suivantes :

- Organisme National autrichien pour la Promotion de l'Égalité
- Centre belge pour l'Égalité des Chances et la Lutte contre le Racisme
- Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement
- Bureau du Ministre de la Justice estonien
- La haute Autorité française de Lutte contre la Discrimination et pour l'Égalité (HALDE)
- Commission britannique pour l'Égalité raciale
- Commission britannique pour l'Égalité des Chances
- Médiateur parlementaire hongrois
- Bureau National italien contre la Discrimination Raciale
- Médiateur norvégien pour l'Égalité et l'Anti-discrimination
- Centre national slovaque pour les Droits de l'Homme
- Médiateur suédois contre la Discrimination ethnique

L'Institut danois pour les Droits de l'Homme nous a informés que le Conseil danois pour l'Égalité des sexes avait rejeté le cas, car il ne considérait pas qu'il s'agissait ici d'une discrimination fondée sur le sexe. Étant donné la diversité des réactions reçues, il est difficile de tirer des conclusions définitives. C'est pourquoi l'analyse est limitée à quelques remarques préliminaires. Les réponses individuelles de ces partenaires peuvent toutefois être trouvées dans l'Annexe au présent rapport (Annexe 2).

Résumé des résultats

Législation

La plupart des organismes œuvrant pour l'égalité, entre autres, l'Autriche, la Belgique, la Hongrie, les Pays-Bas, la Norvège, la Slovaquie et la Suède ont basé leurs solutions sur la législation relative à l'égalité de traitement, qui se rapporte généralement au domaine de l'emploi et plus spécifiquement au recrutement et aux conditions de travail. La Norvège, l'Estonie et la Grande-Bretagne se sont référées à la législation spécifique relative à l'égalité des sexes. La Grande-Bretagne s'est également référée à la législation relative à l'égalité, spécifiquement en ce qui concerne la religion et les convictions dans le domaine de l'emploi. La Belgique a dit que, dans certaines circonstances, notamment lorsque l'école avait l'intention de refuser l'enseignante en raison de sa race ou de son origine ethnique, ce type de cas pouvait également être traité sous la Loi antiracisme, qui relève du droit pénal et avec laquelle la Belgique remplit son obligation sous la Convention internationale pour l'Élimination de toutes les formes de Discrimination raciale. Certains pays utilisent la législation générale relative à l'emploi, incluant les principes de l'égalité de traitement. L'Estonie (en plus de la législation spécifique sur l'égalité des sexes) et la France en sont des exemples. Cette dernière fait usage du Code du Travail, lorsqu'il s'agit d'une école privée. Dans le cas d'une école publique, la France se réfère aux principes généraux applicables au service public, incluant l'interdiction absolue de la discrimination fondée sur la religion et donc aussi le droit pour les femmes de ne pas porter de foulard. D'autres pays, la Norvège par exemple, ont un système au sein duquel les écoles publiques et privées sont soumises à différents types de législation. La Norvège a toutefois déclaré qu'en dépit de cela, la législation dans le domaine du recrutement et des conditions de travail est la même pour les secteurs de l'éducation publique et privée. La Slovaquie se reporte à sa constitution et à la législation plus détaillée fondée sur sa constitution traitant de la liberté de la confession et de la position des églises et des communautés religieuses.

Motifs

Tous les partenaires font valoir le motif de la religion, mais leurs raisons pour le faire sont différentes. La Belgique par exemple analyse le cas en invoquant le motif de la discrimination religieuse, étant donné que le code vestimentaire exigé par l'école est basé sur des principes religieux. La France réfère à la liberté de pratiquer sa religion comme il ou elle le désire. L'Italie a privilégié la thèse de l'exception plutôt que celle de la règle générale en argumentant que l'exception n'était pas généralement applicable aux enseignantes musulmanes et non musulmanes.

Un grand nombre de partenaires, comme l'Autriche, l'Estonie, la France, l'Italie, la Norvège, la Slovaquie, la Suède et la Grande-Bretagne utiliseraient potentiellement le motif du sexe, ou ont au moins envisagé la possibilité de l'utiliser. L'Estonie, par exemple, a argumenté que seules les femmes avaient à porter des foulards comme signe extérieur de leur appartenance religieuse. Autrement dit, les hommes ne devaient pas porter de symboles religieux (par exemple, respecter certains codes vestimentaires ou porter la barbe). La Belgique a aussi déclaré que le sexe était théoriquement une option, s'il n'y avait pas de code vestimentaire (p. ex. le port de la barbe) pour les hommes.

La France n'a spécifiquement pas utilisé le motif du sexe, en argumentant que ceci susciterait un conflit entre la discrimination d'ordre sexuel et la liberté de confession et qu'il serait pour cette raison plus efficace d'utiliser le motif de la religion, étant donné que ce dernier inclut le droit pour chacun de pratiquer sa religion comme il l'entend. La Slovaquie a dit qu'elle pourrait, en théorie, également considérer ce cas comme une discrimination multiple fondée sur le sexe et la religion.

La Belgique utiliserait aussi le motif de la race ou de l'origine ethnique. La Belgique a avancé l'argument que le port du foulard est lié à la croyance musulmane et que les musulmans sont plus souvent d'origine non européenne. La Grande-Bretagne exclut explicitement cette possibilité en argumentant que bien que certains groupes religieux, comme les juifs et les sikhs, aient été reconnus dans le Royaume-Uni comme étant des groupes raciaux, cela n'est pas le cas pour les musulmans, qui ne constituent pas un groupe racial.

Discrimination directe/indirecte

Un grand nombre de partenaires, incluant l'Autriche, la Belgique, l'Estonie, la France, l'Italie, les Pays-Bas, la Norvège, la Slovaquie et la Grande-Bretagne, déclarent que ce cas constitue une discrimination directe fondée sur le motif de la religion. La Slovaquie par exemple a avancé l'argument que la femme musulmane était privée d'une exemption prévue par le règlement scolaire général, autorisant, à leur demande, les femmes non musulmanes de ne pas porter de foulard.

En ce qui concerne le motif du sexe, trois partenaires, notamment l'Estonie, l'Italie et la Grande-Bretagne, ont déclaré que ce cas menait à une discrimination directe fondée sur le motif du sexe, alors que deux partenaires – la Belgique et la Norvège – ont dit que ce cas constitue une discrimination indirecte fondée sur le motif du sexe. L'importance de ce point a déjà été remarquée dans l'analyse du premier cas, puisque le fait de choisir l'une ou l'autre option peut s'avérer lourd de conséquences, étant donné que sous les directives européennes la discrimination indirecte peut être objectivement justifiée et que cela s'avère impossible pour la discrimination directe.

Il est également étonnant de voir qu'en Suède, le cas semble mener aussi bien à une discrimination directe qu'indirecte toutes deux fondées sur les motifs du sexe et de la religion. Indirecte, étant donné qu'il s'agit d'un critère apparemment neutre visant principalement les personnes qui ne portent pas le foulard (ce qui inclut aussi bien les croyantes que les non-croyantes et qui peut se rapporter à la grande variété de versions existantes de l'islam). Directe, parce qu'il faut demander une exemption à la règle, que cette dernière ne vise que les femmes et qu'elle vise cette femme en raison du fait qu'elle est musulmane.

La Belgique indique en plus que ce cas mènerait à une discrimination indirecte fondée sur le motif de l'origine ethnique.

Il faudrait que les partenaires d'Equinet utilisent, là où cela s'avère possible, les motifs mentionnés dans les directives et qu'ils appliquent les concepts de discrimination directe et indirecte de ces directives.

Exigences professionnelles au sein des églises et des autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est basée sur la religion ou sur des convictions

En Autriche, en Italie, aux Pays-Bas, en Slovaquie et au Royaume-Uni, il existe une exception comme mentionnée dans l'Article 4(2) de la Directive 2000/78/CE. Selon la réponse autrichienne, le fait de porter un foulard n'est pas dans ce cas-ci une exigence professionnelle réelle, légitime et justifiée pour un professeur de langue et il ne relève donc pas du domaine de l'exception.

Les Pays-Bas ont dit que la thèse de l'exception n'était pas applicable. Les Pays-Bas ont examiné successivement s'il s'agissait, dans ce cas spécifique, d'un établissement éducationnel confessionnel, si l'exigence de l'emploi contestée était nécessaire pour la réalisation des principes de l'établissement et si l'exigence de l'emploi était basée sur une politique établie, qui est fondée sur les objectifs de l'établissement et qui est actuellement implémentée. La conclusion a été que l'école n'a pas réussi à convaincre la Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement de la nécessité de l'exigence liée au port du foulard, puisque rien n'indiquait qu'une enseignante musulmane ne portant pas de foulard, contrairement à une enseignante musulmane portant un foulard ou une enseignante non musulmane avec ou sans foulard, serait inapte ou moins apte à enseigner ou d'autre part, qu'elle constituerait un obstacle à la satisfaction des conditions nécessaires à, ou autrement pertinentes pour occuper le poste au sein de l'établissement. Ceci est encore plus vrai dans le cas d'une fonction comme celle de professeur d'arabe, qui n'implique aucun enseignement de connaissances ou de règles religieuses.

La Grande-Bretagne a également répondu qu'il était improbable que cette exception soit applicable aux faits relatés ici. Elle a argumenté qu'il n'existe aucune preuve que le fait d'être de confession musulmane constitue une exigence réelle pour occuper le poste de professeur d'arabe. La décision de ne pas embaucher cette femme n'était pas basée sur sa religion (puisque'elle est musulmane), mais sur le fait qu'elle ne portait pas de foulard. Le fait que l'école emploie des professeurs non musulmans prouve en plus que le fait d'être de confession musulmane n'est pas une condition absolue pour occuper le poste. L'Italie n'a pas fait savoir si l'exception serait ou non applicable, mais elle a déclaré que la question si les qualités requises par l'église ou par d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est basée sur la religion ou sur des convictions sont essentielles, légales et justifiées a besoin d'être examinée (test objectif).

La Hongrie a répondu que l'exception dont fait état l'Article 4(2) existe dans sa législation, mais que cette exception hongroise est plus apparentée à l'exception mentionnée dans l'Article 4(1) de la Directive, qui est plus d'ordre général :

« Nonobstant l'Article 2, paragraphes 1 et 2, les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement basée 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. »

La Hongrie considère ce cas sous l'angle de l'exception relative à l'exigence professionnelle d'ordre plus général, en argumentant que le port du foulard peut être envisagé comme une exigence professionnelle pour les femmes musulmanes, dont l'école attend probablement qu'elles expriment une version de la foi musulmane au sein de laquelle le port du foulard pour les femmes – parmi bien d'autres éléments – joue un rôle indispensable.

La Grande-Bretagne et la Belgique se réfèrent également à une exception similaire d'ordre plus général. En Grande-Bretagne, l'exception d'ordre plus général existe parallèlement à l'exception mentionnée dans l'Article 4(2).

La Norvège a répondu que sa législation comprenait deux exceptions basées sur l'Article 4(2) de la Directive 2000/78. La première est une exception générale à l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion pour les institutions ou communautés religieuses et qui n'est spécifiquement *pas* applicable au secteur de l'emploi. Toutefois, puisque l'Article 4(2) de la Directive considère les exigences *professionnelles*, la question se pose si l'exception norvégienne est basée sur cet article. La seconde exception, qui ne s'applique pas aux écoles, même à caractère religieux, permet aux organisations religieuses de pratiquer un traitement différentiel de recrutement par rapport aux personnes engagées dans des partenariats homosexuels. Ceci soulève toutefois la question : comment la seconde exception s'accorde-t-elle avec le préalable de l'Article 4(2) de la Directive disant que la différence de traitement ne devrait pas justifier une discrimination fondée sur un autre motif ? La Norvège a répondu qu'aucune des deux exceptions n'est applicable à ce cas, étant donné que la première n'inclut pas le domaine de l'emploi et que la seconde n'inclut pas les écoles.

La Belgique, l'Estonie, la France et la Suède ont répondu qu'elles n'ont pas d'exception telle que décrite dans l'Article 4(2) de la Directive 2000/78/CE.

La législation norvégienne comporte des exceptions relatives à la discrimination directe quant aux exigences professionnelles au sein des églises et autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est basée sur la religion ou sur des convictions, et qui peuvent ne pas être conformes à la Directive 2000/78/CE. Par rapport à ces exceptions, il pourrait donc s'avérer approprié de procéder à une révision de la législation norvégienne.

Justification objective

L'Estonie, la France, la Grande-Bretagne, l'Italie, la Norvège et la Slovaquie ont répondu que la discrimination directe fondée sur la religion ne pouvait pas être justifiée de manière objective, alors que la Belgique a répondu que pour elle c'était possible. La Belgique a expliqué que la discrimination directe et la discrimination indirecte pouvaient toutes deux être objectivement et raisonnablement justifiées. L'analyse du premier cas indiquait déjà que les directives européennes ne comprennent pas de disposition pour la justification objective et raisonnable d'une discrimination directe (fondée sur d'autres motifs que celui de l'âge, étant donné que la discrimination fondée sur le motif de l'âge peut être justifiée sur la base de l'article 6 de la Directive 2000/78/CE). En outre, la Belgique a dit que la discrimination pouvait être objectivement et raisonnablement justifiée par une exigence *professionnelle*, tandis que l'article 4(1) de la Directive 2000/78/CE stipule qu'une différence de traitement « *ne constitue pas une discrimination* » dans le cas d'une exigence professionnelle. Sur ce point, la législation belge ne semble pas être conforme à la directive, puisque la discrimination est établie, mais objectivement justifiée. Le résultat diffère de celui qui est obtenu lorsque la discrimination n'a pas été établie en premier lieu. Selon la Belgique, la discrimination directe fondée sur la religion constatée dans ce cas ne peut pas être justifiée par une exigence professionnelle. Elle argumente que bien que l'objectif – de préserver une véritable éducation islamique – est légitime, le fait que cette femme est censée enseigner l'arabe et non la religion et qu'il y a d'autres enseignantes non voilées dans cette école, signifie que l'exigence en question apparaît comme disproportionnée par rapport à son objectif légitime déclaré.

En ce qui concerne le motif du sexe, l'Estonie et l'Italie ont répondu que la discrimination directe fondée sur le motif du sexe ne pouvait pas être objectivement justifiée, tandis que la Norvège a répondu que la discrimination indirecte fondée sur le motif du sexe ne pouvait pas être objectivement justifiée.

Il apparaît de ces réponses que l'Italie, la Norvège et la Suède semblent avoir également la possibilité de justifier une discrimination directe, bien qu'elles aient conclu qu'il n'y avait pas

de justification objective possible dans ce cas-ci. Il se peut toutefois qu'il y ait confusion entre la justification objective et les exigences professionnelles réelles. L'Italie a argumenté que l'école requérait une pratique spéciale (le port du foulard), qui ne peut pas être considérée comme essentielle pour l'activité consistant à enseigner la langue arabe. Elle ajoute cependant que ceci pourrait être différent si le sujet enseigné était la religion. La Norvège a argumenté qu'un règlement scolaire différent pour les enseignantes musulmanes et non musulmanes en ce qui concerne le port du foulard ne passe pas le test d'objectivité parce que la forte tendance islamique et le but éducationnel de l'école ne suffisent pas comme justification objective, étant donné, entre autres, qu'il ne s'agit pas d'une institution religieuse.

La Suède a dit qu'une justification positive serait possible si l'école enseignait exclusivement des matières religieuses et que le professeur était censé prononcer un genre de sermon ou accomplir une activité strictement religieuse ou si le professeur pouvait être considéré d'une manière ou d'une autre comme ayant une fonction proche de celle d'un ecclésiastique.

Par rapport au motif de l'origine ethnique, la Belgique a répondu que la discrimination indirecte fondée sur le motif de l'origine ethnique ne pouvait pas être objectivement justifiée. Elle a argumenté que si l'école était autorisée à exiger le port du foulard, elle conclurait que le fait que seules les femmes non musulmanes puissent être exemptées de cette obligation excluait la justification objective et raisonnable d'une discrimination indirecte fondée sur l'origine ethnique. En examinant s'il existe un objectif légitime et si l'exigence distinctive est nécessaire et proportionnée par rapport à cet objectif, étant donné que les femmes non musulmanes ne seraient pas obligées de porter un foulard en tant que professeurs d'arabe, la Belgique est d'avis que l'on peut difficilement considérer le port du foulard comme quelque chose de nécessaire pour effectuer sa tâche d'enseignante.

Il apparaît des résultats que la Belgique, la Suède, l'Italie et la Norvège devront être particulièrement vigilantes à l'égard de la discrimination directe (fondée sur d'autres motifs que celui de l'âge) justifiable et qu'elles devraient examiner si leurs législations respectives ont besoin d'être modifiées.

Pour être en conformité avec l'article 4(1) de la Directive 2000/78/CE, il faudrait que la législation belge, aussi bien que les législations des autres pays ayant la même approche que la Belgique, traite les exigences professionnelles comme une exception discriminatoire et non comme une justification objective de la discrimination. Une révision de la législation s'avèrera peut-être nécessaire pour assurer l'implémentation de l'approche appropriée.

Droits de l'homme conflictuels

Les réponses à la question sur le règlement des droits de l'homme conflictuels, notamment la liberté de religion et l'interdiction de la discrimination, se sont révélées de nature très différente. En décrivant ce cas comme étant « un cas de discrimination pour raisons religieuses, visant les femmes », l'Italie témoigne de cette difficulté. L'Estonie était d'avis qu'il s'agissait d'une situation plutôt délicate et que le législateur devrait faire preuve d'un grand discernement lorsqu'il promulgue de nouvelles réglementations dans ce domaine.

La France n'a spécifiquement pas utilisé le motif du sexe, en argumentant que ceci susciterait un conflit entre la discrimination d'ordre sexuel et la liberté de confession et qu'il serait pour cette raison plus efficace d'utiliser le motif de la religion, étant donné que ce dernier inclut le droit pour chacun de pratiquer sa religion comme il l'entend. La Commission britannique pour l'Égalité raciale a déclaré que cette problématique ne se pose pas étant donné que le champ d'action de la *Religion and Belief Regulations 2003* (Réglementation sur l'égalité en matière d'emploi (religion ou convictions) de 2003) se limite à discrimination religieuse et qu'il ne s'étend pas à la liberté d'expression, qui, en Grande-Bretagne, relève des droits de l'homme sous le *Human Rights Act 1998* (Loi relative aux droits de l'homme) implémentant la Convention européenne des Droits de l'Homme. Le cas serait donc traité sous la *Religion and Belief Regulations*, et non sous le *Human Rights Act*.

La Hongrie a répondu que la loi hongroise reconnaissait clairement qu'il existe des cas où la liberté de religion prévaut sur le droit à la non-discrimination. Toutefois, la Hongrie déclare aussi que la relation entre le droit pour l'individu d'exercer librement sa religion et le devoir de l'État de ne pas interférer dans les affaires religieuses est assez obscure. Il n'y a pas de normes *a priori*, qui déterminent comment réconcilier cette obligation de non-interférence avec l'obligation d'assurer l'égalité de protection des lois, au cas où le droit pour l'individu d'exercer librement sa religion entrerait en conflit avec les affaires intérieures d'une église.

L'Italie a argumenté que la liberté de religion – signifiant également que les gens doivent avoir la possibilité de choisir la meilleure façon d'exprimer leurs convictions religieuses – devait être accordée à tout le monde. Dans ce cas-ci, elle a pourtant privilégié l'interdiction de la discrimination, en raison du fait qu'une école islamique peut demander un professeur musulman, mais qu'il n'est pas raisonnable d'imposer un code vestimentaire spécial comme s'il s'agissait d'une chose essentielle, si cette même obligation ne s'appliquait pas à tout le monde. La Suède déclare également que la liberté de religion ne peut pas, sauf dans certains cas exceptionnels, prévaloir sur l'interdiction de la discrimination.

Les Pays-Bas disent que pour définir l'interdiction de la discrimination d'une part et la liberté de religion et de conviction, ainsi que la liberté de persuasion politique, étroitement liée à la liberté d'expression et à la liberté d'association d'autre part, la législation néerlandaise sur l'égalité de traitement a inclus une exception pour les exigences professionnelles au sein des églises et des autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est basée sur la religion ou sur des convictions. Il découle du système légal néerlandais relatif à l'égalité de traitement que de telles exceptions doivent être interprétées de manière restrictive afin d'éviter que cette norme soit trop ébranlée.

Selon la Norvège, le droit de manifester sa religion est limité dans certaines sphères. Le secteur de l'emploi est typiquement séculier. Des concessions vis-à-vis du caractère séculier du secteur de l'emploi sont toutefois faites afin d'éviter la discrimination au travail. Les écoles constituent une plateforme typique où de nombreux aspects de la liberté de religion et de la non-discrimination se rencontrent. La Loi sur les Écoles privées stipule que les employés sont soumis au même traitement que ceux du secteur de l'enseignement public. Quand on en vient aux conditions d'emploi, ceci est un aide-mémoire pour savoir où se trouve la limite. Au sein d'une communauté/institution religieuse d'autre part, c'est la liberté de religion qui a libre cours, tandis que l'interdiction de la discrimination est plutôt limitée.

La Slovaquie est d'avis qu'une institution religieuse doit accepter la volonté de ses membres de ne pas manifester publiquement leur religion et que dans ce cas-ci, une femme musulmane a le droit de décider de ne pas porter de foulard.

Chapitre 3

Étude de cas sur la discrimination raciale et l'action positive

Le cas

La Fondation des Arts de Fantasia est l'organisme public pour la promotion des arts à Fantasia, qui est un État membre de l'UE. En 2003, elle a lancé une initiative appelée Pulsart, dont l'objectif était de soutenir et de rehausser le profil des artistes africains et asiatiques à Fantasia.

En 2004, la Fondation artistique a mandaté un conseiller indépendant pour effectuer une enquête liée à la diversité ethnique dans l'industrie de l'édition à Fantasia. L'étude a révélé un certain nombre de faits parmi lesquels :

- La non-diversification ethnique au sein de l'industrie de l'édition où 87 % des salariés sont d'origine ethnique blanche.
- En dépit du pourcentage de personnes issues de minorités ethniques (africaines ou asiatiques) qui s'adonnent régulièrement à l'écriture créative (7-10 %), ce qui est plus que la moyenne nationale générale (4 %), ceci n'a pas eu de répercussion dans les pourcentages de minorités ethniques figurant sur les listes d'écrivains consacrés des éditeurs.

Dans le cadre de cette initiative, la Fondation des Arts a organisé en décembre 2005 un concours littéraire intitulé *Pulsart Writers' Prize* et réservé aux auteurs qui écrivent des nouvelles. Le concours a été notifié au public et les lauréats verraient leurs nouvelles publiées en 2006, au sein d'une anthologie d'une célèbre maison d'édition privée.

L'annonce du concours indiquait que seuls les « habitants de Fantasia d'origine africaine ou asiatique » pouvaient participer au concours. La Fondation des Arts a déclaré que l'objectif du concours était d'augmenter le nombre d'œuvres publiées d'écrivains africains et asiatiques et de diminuer le désavantage lié à l'origine raciale et ethnique dans l'industrie de l'édition.⁸

Les questions

Les questions spécifiques suivantes ont été posées :

1. L'annonce de la Fondation des Arts et/ou le concours en lui-même relèveraient-ils du champ d'action de la loi anti-discrimination en vigueur dans votre pays ? Les concours organisés par un pouvoir public seraient-ils réglementés par votre loi anti-discrimination ? L'annonce et/ou le concours constitueraient-ils une discrimination raciale directe ou indirecte ? Le résultat aurait-il été différent si le concours avait été organisé par une structure du secteur privé ?
2. Quel tribunal/organisation serait compétent ? (Veuillez préciser le niveau du tribunal dans le système judiciaire.)
3. Si l'annonce et/ou le concours constituent une discrimination dans votre pays, votre loi anti-discrimination inclut-elle des dispositions d'action positive ? Si oui, quel est le test pour les mesures d'action positive ? Avez-vous un test de proportionnalité des mesures et les moyens utilisés répondent-ils au besoin existant ? Les faits décrits ici satisferaient-ils au test appliqué dans votre pays ?
4. Dans votre pays, comment la disposition mentionnée dans l'Article 5 de la Directive sur l'Égalité raciale (qui autorise l'action positive des États membres) serait-elle appliquée aux faits et cela affecterait-il la légalité du concours ?

L'Article 5 de la Directive sur l'Égalité raciale stipule :

« Pour assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des inconvénients liés à la race ou à l'origine ethnique. »

5. Dans votre pays, l'organisation ou le tribunal compétent envisagerait-il l'utilisation d'autres instruments internationaux comprenant des dispositions sur l'action positive, comme l'Article 1(4) de la

⁸ Cette étude est basée sur des plaintes qui ont été adressées à la Commission pour l'Égalité raciale du Royaume-Uni en 2005. Les noms ont été changés pour des raisons évidentes de confidentialité. Les informations incluses sont à jour au 21 novembre 2006.

Convention internationale des Nations Unies sur l'Élimination de toutes les formes de Discrimination raciale (CIEDR), et comment ces dispositions seraient-elles appliquées aux faits ?

L'Article 1(4) stipule :

« Les mesures spéciales prises à la seule fin d'assurer comme il convient le progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ou d'individus ayant besoin de la protection qui peut s'avérer nécessaire pour leur garantir la jouissance et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans des conditions d'égalité ne sont pas considérées comme des mesures de discrimination raciale, à condition toutefois qu'elles n'aient pas pour effet le maintien de droits distincts pour des groupes raciaux différents et qu'elles ne soient pas maintenues en vigueur une fois les objectifs atteints pour lesquels elles avaient été prises. »

6. Par rapport aux six différents types de discrimination (race, sexe, handicap, religion, orientation sexuelle et âge), quel est le champ d'action de votre législation nationale autorisant l'action positive ?

Autrement dit, quels différents secteurs l'action positive couvre-t-elle et y a-t-il des différences selon le type de discrimination ? En ce qui concerne la race par exemple, les mesures d'action positive sont-elles autorisées dans la totalité des domaines visés par le champ d'action de la Directive sur l'Égalité raciale (emploi, accessibilité et fourniture de marchandises et de services, éducation, protection sociale comme la sécurité sociale ou les soins de santé, avantages sociaux) ou seulement dans certains d'entre eux ?

Onze réactions nous sont parvenues des organisations suivantes⁹ :

- Organisme National autrichien pour la Promotion de l'Égalité
- Centre belge pour l'Égalité des Chances et la Lutte contre le Racisme
- Commission britannique pour l'Égalité raciale
- Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement
- Bureau estonien du Chancelier de Justice
- Médiateur grec
- Autorité hongroise pour l'Égalité de Traitement
- Médiateur parlementaire hongrois
- Médiateur norvégien pour l'Égalité et l'Anti-discrimination
- Centre national slovaque pour les Droits de l'Homme
- Médiateur suédois contre la Discrimination ethnique

Résumé des résultats

L'annonce et/ou le concours en lui-même relèveraient-ils du champ d'action de la loi anti-discrimination ? Constitueraient-ils une discrimination directe ou indirecte ?

La plupart des pays (sept des dix pays) ont répondu que l'annonce et/ou le concours relèveraient du champ d'action de la loi anti-discrimination en vigueur dans leur pays et qu'ils constitueraient probablement une discrimination directe.

L'Estonie, la Slovaquie et la Suède faisaient ici figure d'exceptions. En Estonie, les faits relèveraient de la Loi relative à la Publicité interdisant la discrimination raciale et ils seraient donc considérés comme discriminatoires.

En Slovaquie, les concours publics sont réglementés par leur Code civil et non par leur loi anti-discrimination. Dans ce cas précis, il se pourrait toutefois que le concours soit considéré comme étant une action positive sous la loi anti-discrimination (voir plus bas).

En Suède, l'annonce et/ou le concours ne relèveraient pas du champ d'action de la loi anti-discrimination étant donné qu'aucun des deux ne fait partie du champ d'action lié à

⁹ L'Autorité hongroise pour l'Égalité de Traitement et le Médiateur parlementaire hongrois ne font pas partie du groupe de travail, mais sont des membres d'Equinet qui ont volontairement communiqué ces informations. En outre, bien que la Norvège soit un membre d'Equinet, elle ne fait pas partie des États membres de l'UE. C'est pourquoi elle n'a pas été demandée de transposer les Directives. Depuis 2004, la Norvège est un membre associé du Programme d'Action communautaire de l'UE pour lutter contre la Discrimination et elle a accepté d'implémenter une législation répondant aux normes minimales des Directives.

l'accessibilité des marchandises et des services. La raison est qu'en Suède, les dispositions concernant les marchandises et les services sont uniquement applicables lorsque le plaignant acquiert un bien ou un service, et comme il s'agit ici d'un concours, de telles dispositions ne sont donc pas applicables.

En Autriche, une réponse intéressante concernant la loi a établi que les faits pouvaient non seulement relever du champ d'action lié à l'accessibilité des services, mais aussi de celui de la loi anti-discrimination relative à l'égalité de traitement pour le travail indépendant.

Le résultat serait-il différent si le concours avait été organisé par une structure du secteur privé ?

Pour tous les pays, le résultat serait le même, si le concours avait été organisé par une structure du secteur privé : autrement dit, s'il s'agissait d'une organisation privée, les faits constitueraient toujours une discrimination directe (pour les pays qui ont déclaré que la procédure était discriminatoire).

Quel tribunal ou quelle organisation serait compétent et comment déciderait-on où il faut introduire sa revendication ?

Quelle organisation/tribunal serait déclaré compétent dépendrait de l'organisation/tribunal compétent du pays pour statuer sur les revendications en matière de discrimination directe.

Dans la plupart des pays (Belgique, Estonie, Hongrie, Suède, Pays-Bas, Autriche et Norvège), une revendication peut être introduite, ou auprès de l'organisme œuvrant pour l'égalité qui est autorisé à statuer, mais d'une manière généralement non assujettissante, ou auprès du tribunal compétent pour statuer sur les revendications en matière de discrimination raciale. Ce dernier est souvent un tribunal de première instance. Le seul pays où l'organisme pour l'égalité ne pouvait pas statuer était le Royaume-Uni, étant donné que ceci ne relève pas des compétences de la Commission pour l'Égalité raciale. Au Royaume-Uni, toutes les revendications en matière de discrimination raciale doivent être introduites auprès des tribunaux du travail, des tribunaux correctionnels ou des tribunaux administratifs. Dans la plupart des pays, la décision d'introduire une action devant un tribunal est généralement laissée à la discrétion du plaignant, qui pense avoir été victime d'une discrimination.

Si l'annonce ou le concours sont discriminatoires, existe-t-il des mesures d'action positive sous votre loi anti-discrimination et si oui, seraient-elles applicables ici ?

Mesures d'action positive :

L'Article 5 de la Directive sur l'Égalité raciale (2000/43/EC) dit que :

« Pour assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des inconvénients liés à la race ou à l'origine ethnique. »

Par rapport à l'emploi, la jurisprudence de la CJCE a établi, dans le contexte de l'égalité des sexes, un test de proportionnalité pour légitimer une mesure d'action positive.

- Il doit y avoir une sous-représentation d'un groupe dans un environnement de travail.
- L'objectif d'accroître l'égalité des chances pour les femmes à obtenir un emploi est un objectif légitime, et chaque dérogation au principe d'égalité de traitement doit demeurer dans les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour réaliser cet objectif.

La législation anti-discrimination de la majorité des pays prévoit des dispositions précipitées permettant l'action positive. L'Estonie n'a pas de disposition précipitée, mais sa Cour suprême a reconnu la possibilité de prendre des mesures d'action positive. La Suède a des dispositions d'action positive, mais elles sont limitées à des questions liées au sexe dans la vie active et à l'ethnicité dans l'accès au marché du travail.

Pour le moment, la Belgique n'a pas de disposition précipitée, mais la loi est actuellement en procédure de révision afin d'y inclure une telle disposition.

Tous les pays, qu'il y ait des dispositions précipitées incluses dans la loi ou des décisions judiciaires concernant la question de l'action positive, appliquent un test de proportionnalité, mais avec une vaste gamme de différences dans le domaine des conditions qui doivent être remplies sous la législation domestique.

La jurisprudence en Estonie a instauré un test en trois étapes relatif à l'opportunité, la nécessité et la proportionnalité de la mesure.

En Norvège, le test d'action positive consiste à examiner 1) l'opportunité de la mesure, 2) les éventuelles conséquences négatives de la mesure par rapport aux autres groupes, et 3) si les mesures alternatives peuvent atteindre leur but.

En Hongrie, il existe deux tests différents. Sous la Loi CXXV de 2003 sur l'Égalité de Traitement :

« (1) la mesure visant à éliminer l'inégalité des chances pour un groupe social nettement circonscrit sur la base d'une évaluation objective ne va pas à l'encontre du principe d'égalité de traitement si a) elle est basée sur une Loi, un décret gouvernemental basé sur une Loi ou une convention collective, valable pour une période de temps déterminée ou jusqu'à ce qu'une condition spécifique soit remplie. L'action définie dans la sous-section (1) ne peut pas empiéter sur aucun droit fondamental ; il ne peut en aucun cas s'agir d'un traitement préférentiel inconditionnel, et elle ne peut pas exclure la prise en compte de considérations individuelles. »

Il est intéressant de remarquer que la Loi sur les Minorités offre également une protection spécifique à 13 minorités reconnues en Hongrie et que deux autorités publiques ont été instaurées pour promouvoir l'intégration des minorités nationales. C'est dans ce cadre-là que les organisations peuvent « promouvoir des activités visant à diminuer les inconvénients culturels et politiques qui proviennent du fait minoritaire. »

Au Royaume-Uni, le test inclus dans la Loi sur les Relations interraciales est différent. Un test vise à encourager les personnes de certains groupes ethniques à solliciter des emplois, ou à leur procurer une formation qui augmentera leurs chances lorsqu'ils sollicitent un emploi. Ce test est très spécifique, car il requiert qu'aucune personne appartenant à ce groupe racial ne soit inscrite dans le registre des effectifs, ou une plus faible proportion de ce groupe racial, par rapport à une certaine zone géographique de la Grande-Bretagne ou à toute la Grande-Bretagne. L'autre test est d'ordre général et sert à fournir des ressources matérielles ou des services afin de satisfaire aux besoins particuliers des personnes appartenant à ce groupe racial, quant à leur éducation, leur instruction, l'aide sociale ou les garanties accessoires.

En Autriche, le test est bien plus large. Par rapport à l'emploi par exemple, la loi stipule :

« Les mesures spécifiques prévues dans les lois, les décrets, les conventions collectives ou les réglementations générales de l'employeur pour la promotion de l'égalité des chances dans la vie professionnelle afin de compenser ou de prévenir la discrimination fondée sur les motifs énumérés dans le § 17 ne seront pas considérées comme discriminatoires selon les termes de la loi. »

La Slovaquie a également un test d'ordre plus général :

« En vue de garantir une égalité totale dans la pratique et conformément au principe de l'égalité de traitement, des actions positives spécifiques destinées à prévenir les inconvénients liés à l'origine raciale ou ethnique peuvent être entreprises. »

En Grèce, la disposition prévoyant des actions positives sous l'Article 6 de la Loi 3304/2005 est également d'ordre très général :

« La prise ou le maintien de mesures spéciales visant la prévention ou la compensation d'inconvénients dus à l'origine raciale ou ethnique ne constitue pas une discrimination. »

Les faits satisferaient-ils au test d'action positive ?

Huit des dix pays ont dit que les faits ne satisferaient probablement pas à leurs tests relatifs à l'action positive légitime parce qu'ils ne sont pas proportionnés sous leur loi. Dans certains pays, c'était parce que la mesure n'avait pas été prescrite par la loi (par exemple en Autriche et en Hongrie), dans d'autres, c'était parce que la mesure ne référait pas à une période bien définie (par exemple en Hongrie) ou parce que d'autres mesures moins radicales n'ont pas été prise en considération (par exemple en Belgique).

La réponse de la Slovaquie est importante. En octobre 2005, son Tribunal constitutionnel a en effet décrété que la mesure spécifique d'action positive mentionnée sous le paragraphe 8, Article 8 de leur Loi anti-discrimination était incompatible avec leur Constitution, qui requiert l'égalité de traitement. Elle s'avérait incompatible parce qu'elle :

- constituait un traitement plus favorable ;
- ne formulait pas de critères pour la prise de mesures ;
- ne contenait pas de disposition limitant sa durée.

Les faits de ce cas ne satisferaient pas aux exigences formulées dans la décision susmentionnée du Tribunal constitutionnel et c'est pour cette raison que le concours serait illégal.

Dans le cadre des faits actuels, il serait toutefois possible de considérer le concours comme légal parce que les mesures d'action positive pourraient s'inscrire dans la catégorie des « mesures antidiscriminatoires » mentionnées dans le paragraphe 2, Article 1 de la Loi anti-discrimination, bien qu'il n'existe pas de jurisprudence à ce sujet (voir Annexe 3, réponse slovaque).

Un pays (les Pays-Bas) a dit qu'il n'était pas possible de communiquer un avis définitif étant donné l'absence de cas d'action positive dans le secteur des marchandises et services et des activités non salariées. Dans le cadre de la discrimination sexuelle dans le secteur de l'emploi, la Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement, référant à la jurisprudence de la CJCE, applique un test rigoureux en vue d'obtenir des résultats positifs en matière d'égalité et un test moins rigoureux en ce qui concerne l'accessibilité au, et l'optimisation de la position compétitive sur le marché du travail. La Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement est d'avis que les politiques d'action positive fondées sur des motifs liés à la race (dans le secteur de l'emploi) doivent être évaluées autant que possible en utilisant les tests de la CJCE appliqués au motif du sexe, en considérant que la Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement est également assujettie aux normes de la Convention internationale sur l'Élimination de toutes les formes de Discrimination raciale (CIEDR), et plus particulièrement à celles de la section 2(2) de la Convention.

La Norvège a dit que les faits étaient probablement légaux, étant donné que la mesure n'est pas très radicale et que les conséquences négatives pour les autres écrivains seraient probablement très restreintes. Pour la Grèce, le concours serait légal si son but légitime était de redresser une balance discriminatoire et s'il constituait un moyen proportionné pour atteindre ce but.

Dans votre pays, comment la disposition mentionnée dans l'Article 5 de la Directive sur l'Égalité raciale (qui autorise l'action positive des États membres) serait-elle appliquée aux faits et cela affecterait-il la légalité du concours ?

Dans la plupart des pays, les mesures d'action positive incluses dans la loi ont été élaborées conformément à, et en implémentation de la disposition comprise dans les directives de l'UE. Étant donné que, dans la plupart des pays, la législation domestique ou les décisions de justice ont introduit un test qui est plus directif que les termes utilisés dans la directive, la disposition de la directive ne serait pas une aide directe pour déterminer la légalité du concours.

L'organisation ou le tribunal compétent envisageraient-ils l'utilisation d'autres instruments internationaux, comme l'Article 1(4) de la Convention internationale des Nations Unies sur l'Élimination de toutes les formes de Discrimination raciale (CIEDR) et comment ces dispositions seraient-elles appliquées aux faits ?

Dans cinq des pays, la loi domestique inclut des conventions internationales, telles que la CIEDR, et les pouvoirs publics et les tribunaux sont donc tenus de les appliquer. La Suède, le Royaume-Uni et la Hongrie font ici figure d'exceptions. Dans tous les pays, les tribunaux peuvent cependant se référer aux dispositions des conventions internationales pour interpréter la loi domestique.

Aucun des pays n'a émis l'avis comme quoi la disposition internationale changerait quoi que ce soit au résultat, bien que la Norvège ait dit que par rapport à l'Article 1(4) de la CIEDR, cela voudrait dire que la mesure ne pourrait être maintenue que jusqu'à ce que l'objectif soit atteint.

Les Pays-Bas ont également déclaré que l'Article 2(2) de la CIEDR, qui demande aux pays de prendre des mesures concrètes pour assurer la protection adéquate et le développement des groupes raciaux afin de leur garantir la jouissance entière et égale des libertés fondamentales, pourrait également être applicable aux faits en question ici.

Par rapport aux six différents motifs de discrimination (race, sexe, handicap, religion, orientation sexuelle et âge), quel est le champ d'action sectoriel de votre législation nationale qui autorise l'action positive ?

Quatre des onze organisations n'ont pas répondu à cette question : le Centre national slovaque pour les Droits de l'Homme, le Médiateur norvégien pour l'Égalité et l'Anti-discrimination, le Bureau estonien du Chancelier de Justice et l'Autorité hongroise pour l'Égalité de Traitement. La position de la Hongrie a cependant été communiquée par le Médiateur parlementaire hongrois.

Les réponses à cette question se sont révélées très divergentes. Le motif fondé sur la race était généralement celui dont le taux de couverture s'avérait le plus important, en ce qui concerne le nombre de secteurs autorisant la prise de mesures d'action positive. En termes généraux, le secteur de l'emploi s'est révélé être celui où la prise de mesures d'action positive est possible pour la plupart des motifs. La Belgique possède le taux de couverture le plus élevé, étant donné que l'action positive y est permise pour tous les motifs et dans tous les secteurs. Il est toutefois important de remarquer ici qu'au moment de la rédaction du présent rapport, sa loi était en processus de révision. Cette révision circonscrit ultérieurement les secteurs permettant la prise de mesures d'action positive. La Suède avait le taux de couverture le plus faible, étant donné que l'action positive y est uniquement autorisée dans le secteur de l'emploi, et ce, pour des motifs fondés soit sur la race, soit sur le sexe.

Conclusions

Alors que sous la Directive sur l'Égalité raciale et de fait, sous la Directive sur l'égalité dans l'Emploi, il n'existe pas d'obligation pour les États membres d'implémenter des mesures d'action positive afin de prévenir ou de compenser les inconvénients, la plupart des États membres ont en réalité inclus des dispositions spécifiques concernant l'action positive dans leur loi domestique.

Le nombre d'exigences qui doivent être explicitement satisfaites sous la législation domestique pour légitimer les mesures d'action positive et pour ne pas constituer une discrimination positive illicite diffère toutefois grandement. La plupart des États membres ayant répondu à la question ont signalé que leur législation comprenait plusieurs critères qui devaient être respectés, entre autres :

- la mesure doit être dérivée d'une loi spécifique ;
- elle doit viser un objectif légitime et être proportionnée ;
- elle ne peut pas privilégier un certain groupe de manière absolue ;
- elle est valable pendant une période déterminée et uniquement jusqu'à ce que l'objectif soit atteint.

Ces critères ont souvent été développés à partir de la jurisprudence domestique relative à l'action positive ou de celle de la Cour de Justice européenne en vue d'atteindre l'égalité des sexes. La plupart des pays dotés de critères rigoureux ont donné un avis indiquant l'illégitimité probable du concours.

Plusieurs États membres (et la Norvège) ont une législation domestique qui ne comprend que des mesures d'action positive très générales, reflétant étroitement la formulation des Directives de l'UE sur l'Égalité raciale et sur l'Égalité dans l'Emploi. Ces pays ont toutefois procédé à un test de proportionnalité, mais ils se sont montrés plus enclins à considérer le concours comme légitime.

Dans le cas de la Slovaquie, vu que la disposition de l'action positive dans sa Loi anti-discrimination permettant l'adoption de mesures spécifiques de conciliation afin d'éviter les inconvénients liés à l'origine raciale et ethnique n'a pas été considérée suffisamment spécifique dans la définition des critères visant la légitimité de telles mesures, le Tribunal constitutionnel slovaque a statué l'an dernier (à la majorité des voix) que la disposition était incompatible avec la Constitution.

Plusieurs conclusions peuvent être tirées des données susmentionnées :

Il y a un manque de consistance entre les États membres en ce qui concerne les critères qui doivent être respectés pour légitimer les mesures d'action positive.

La question se pose si la juridiction domestique et la jurisprudence de la CJCE concernant les mesures d'action positive sexospécifiques doivent être appliquées de la même façon aux problématiques d'ordre racial, surtout étant donné que le champ d'application des secteurs au sein duquel des mesures d'action positives peuvent être prises présente certaines différences.

L'un des moyens de chercher à élucider le champ d'application légal des mesures d'action positives liées à l'origine raciale ou ethnique est d'en faire la demande à la CJCE. Étant donné que tous les partenaires d'Equinet ne sont pas mandatés à le faire sous leur législation nationale, Equinet et ses partenaires devraient envisager des stratégies alternatives pour soumettre leurs demandes.

Il y a également un manque de consistance entre les États membres en ce qui concerne le champ d'application des mesures d'action positive couvrant les six motifs d'égalité et couvrant les différents secteurs.

Puisqu'une partie du travail de la Commission européenne consiste à étudier le besoin d'élaborer ultérieurement une législation anti-discrimination sous l'Article 13 du Traité de l'UE ou l'efficacité de l'actuelle législation anti-discrimination, la Commission peut envisager d'inclure dans la législation des critères spécifiques assurant la légitimité des mesures d'action positive. Une telle stratégie de la Commission recevra le soutien des partenaires d'Equinet, étant donné leur expérience avec l'actuelle inconsistance par rapport aux critères qui doivent être respectés pour que l'action positive soit légitime. L'exemple suivant qui s'est présenté en Slovaquie est un cas d'espèce : la disposition de l'action positive dans sa Loi anti-discrimination permettant l'adoption de mesures spécifiques de conciliation pour éviter les inconvénients liés à l'origine raciale et ethnique n'a pas été considérée suffisamment spécifique dans la définition des critères à respecter pour assurer la légitimité de telles mesures et a donc été jugée incompatible avec sa Constitution par son Tribunal constitutionnel.

En outre, il serait utile de déterminer quelles mesures d'action positive précises sont possibles pour les six motifs d'égalité, dans les différents secteurs, et si des mesures d'action positive sont actuellement appliquées dans la pratique, même là où elles existent.

On remarque un manque de consistance entre les États membres en ce qui concerne les critères qui doivent être respectés pour assurer la légitimité des mesures d'action positive, dans le champ d'action autorisé des mesures d'action positive, et il n'apparaît pas clairement si les mesures d'action positive, là où elles existent, sont actuellement appliquées dans la pratique. C'est pourquoi il serait utile que la Commission européenne considère le besoin d'une législation définissant explicitement les critères d'action positive au niveau européen. Une étude permettant de déterminer si, et sous quels critères et conditions, les mesures d'action positive sont actuellement appliquées serait également utile pour évaluer l'efficacité des dispositions de l'action positive dans les directives.

Chapitre 4
Étude de cas sur la discrimination fondée
sur le handicap
Syndrome d'Asperger

Législation pertinente

Les parties de la Directive sur l'Égalité en matière d'Emploi pertinentes pour les deux cas d'étude relatifs au handicap¹⁰ sont les suivantes :

Article 2 : Concept de Discrimination

1. Aux fins de la présente Directive, on entend par « principe de l'égalité de traitement » l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur un des motifs visés à l'Article 1^{er}.

2. Aux fins du paragraphe 1 :

(a) une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'Article 1^{er} ;

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

(i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens pour réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ou que

ii) dans le cas de personnes souffrant d'un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente Directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'Article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique.

Article 5 : Aménagement raisonnable pour les personnes handicapées

Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées.

Article 10 : Charge de la preuve

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 au répondant de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.

L'Article 119 du Traité CE et les Articles 2 et 4 de la Directive du Conseil 97/80/EC du 15 décembre 1997 sur la charge de la preuve dans des cas de discrimination fondée sur le sexe seront également pertinents pour le premier cas d'étude (voir la réponse norvégienne).

Le cas

M. B travaillait comme *conseiller clientèle* dans une entreprise de meubles depuis le mois de novembre 2001. L'employeur était conscient du fait que B était atteint du syndrome d'Asperger et des difficultés particulières qu'il rencontrait en raison de ce handicap. Son état se caractérise essentiellement par une altération sévère et prolongée de l'interaction sociale, de la communication sociale et de l'imagination sociale. M. B a demandé à plusieurs reprises qu'on lui attribue un mentor dans le cadre du programme de mentorat du répondant. Ceci

¹⁰ Les deux cas d'étude relatifs au handicap sont basés sur des cas présentés devant le tribunal du travail d'Angleterre et du Pays de Galles.

aurait aidé M. B à comprendre de quelle manière son comportement pouvait affecter ses collègues et aurait créé un contexte dans lequel les autres employés auraient pu exprimer leurs inquiétudes par rapport à son comportement vis-à-vis d'eux. Aucun mentor ne lui a toutefois été attribué. M. B a été licencié en octobre 2004 pour harcèlement sexuel involontaire, ce qui est une faute grave sous le code disciplinaire de l'employeur. M. B a reconnu que, dû à son handicap, il peut avoir causé un harcèlement sexuel involontaire. M. B a fait appel de cette décision, toutefois sans succès. Il a également fait part de son grief concernant la non-attribution du mentor, qu'il avait demandé. Même s'il a été abordé pendant la réunion d'appel, la lettre rejetant son appel ne fait pas état de la conclusion du répondant par rapport à ce grief. Le tribunal qui a entendu le cas de M. B a découvert qu'un autre employé qui travaillait au même endroit que M. B et qui n'était pas atteint du syndrome d'Asperger avait été accusé de harcèlement sexuel et de harcèlement en général. Ce dernier n'a toutefois pas été licencié, mais simplement muté vers un autre magasin.¹¹

Les questions

Les questions spécifiques suivantes ont été posées :

- 1. Ce cas relève-t-il du champ d'application de la loi anti-discrimination en vigueur dans votre pays – plus précisément, M. B serait-il considéré comme handicapé sous votre loi anti-discrimination ? Veuillez expliquer de quelle manière ou pourquoi pas.*
- 2. Quel tribunal/organisation serait ici compétent ? (Veuillez préciser le niveau du tribunal dans le système judiciaire.)*
- 3. Quel(s) motif(s) serai(en)t invoqué(s) ici ? Veuillez expliquer.*
- 4. Le licenciement de M. B serait-il considéré comme une discrimination directe, indirecte ou comme une action non discriminatoire ?*
- 5. Si vous trouvez que ce cas mène à une discrimination directe ou indirecte, y aurait-il une justification objective ? Veuillez développer le test de justification objective.*
- 6. Peut-on parler ici de défaut de fourniture d'aménagement raisonnable (spécialement par rapport au mentor demandé) ? Comment cette partie de la revendication serait-elle traitée sous votre législation ?*
- 7. Comment le renversement de la charge de la preuve serait-il opéré dans ce cas-ci ?*

Huit réponses ont été reçues et figurent à la fin du présent rapport. Elles provenaient des organisations suivantes :

- Médiateur norvégien pour l'Égalité et l'Anti-discrimination
- Bureau estonien du Chancelier de Justice
- Commission pour la Défense des Droits des Personnes Handicapées en Grande-Bretagne
- Médiateur grec
- Autorité hongroise pour l'Égalité de Traitement
- Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement
- Centre national slovaque pour les Droits de l'Homme
- Médiateur suédois contre la Discrimination ethnique

Suite à la réunion du groupe de travail le 27 octobre 2006, une question supplémentaire a été posée :

Quels recours seraient possibles dans le cadre de cette discrimination, et incluraient-ils la réintégration ou la réembauche ?

Conséquemment à la brièveté du délai accordé pour répondre à cette question – une semaine seulement – le nombre d'organisations en mesure de le faire s'est avéré significativement plus réduit. Celles qui ont répondu étaient :

¹¹ Les deux cas d'étude relatifs au handicap sont basés sur des cas présentés devant le tribunal du travail d'Angleterre et du Pays de Galles.

- Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement
- Commission pour la Défense des Droits des Personnes Handicapées en Grande-Bretagne
- Médiateur grec
- Bureau estonien du Chancelier de Justice
- Médiateur suédois contre la Discrimination ethnique

Les réponses individuelles des partenaires sont énoncées après la présente analyse. Bien que les réponses étaient, en grandes lignes, très similaires, l'analyse ci-après attire l'attention sur quelques différences intéressantes relatives à l'approche et au contenu.

Résumé des résultats

Législation anti-discrimination et définition du handicap

Il a d'abord été demandé aux partenaires si la situation relèverait du champ d'action de la loi anti-discrimination en vigueur dans leur pays, et plus précisément si M. B serait considéré comme handicapé sous une telle législation. Il y avait différentes approches concernant la législation applicable à cette situation : en Grande-Bretagne par exemple, ce cas relèverait d'une législation spécifique interdisant la discrimination fondée sur le motif du handicap (cette législation antedate la Directive sur l'Égalité en matière d'Emploi). Dans d'autres pays, comme l'Estonie et la Hongrie, il y a une législation unique qui interdit la discrimination fondée sur toute une série de motifs, parmi lesquels celui du handicap. Bien qu'une telle discrimination relèverait en Norvège d'une législation couvrant plusieurs motifs (Loi sur les Conditions de Travail), une nouvelle loi se rapportant spécifiquement à la discrimination contre les personnes handicapées sera bientôt promulguée. En Slovaquie, la discrimination en général est interdite par la Constitution et plus spécifiquement, par la législation anti-discrimination.

En ce qui concerne la question du handicap, toutes les réponses des partenaires ont indiqué que M. B serait considéré comme handicapé sous leur législation, à condition que son syndrome d'Asperger soit diagnostiqué comme étant sur le point le plus haut de l'échelle d'évaluation. Les approches de la définition du handicap dans la législation se sont toutefois révélées très différentes. La majorité des partenaires qui ont répondu ne possédaient pas de définition du handicap dans leur législation – en Grèce par exemple, il n'existe pas de définition du handicap, bien que la réponse indiquât qu'il était probable que le cas d'Asperger décrit serait couvert. De même aux Pays-Bas : alors que le cas y relèverait de la Loi néerlandaise sur l'Égalité de Traitement pour les motifs liés au handicap ou à la maladie chronique, il n'y existe toutefois pas de définition du handicap ou de la maladie chronique (bien que l'on trouve dans ses *travaux préparatoires* certaines indications relatives à ce qu'est un handicap – le handicap et la maladie chronique peuvent être physiques, mentaux ou psychologiques ; le handicap est en principe irréversible, tandis que la maladie chronique n'est pas obligatoirement irréversible, mais au moins de longue durée). La même chose vaut pour la Norvège. Bien qu'il n'y existe pas de définition du handicap, les *travaux préparatoires* se rapportant à la législation indiquent qu'un état doit présenter un certain degré de permanence pour pouvoir être qualifié de handicap (l'invalidité temporaire est soumise à d'autres exigences sous la législation). Toujours en Norvège, la législation relative au handicap en voie d'élaboration prévoit de ne faire aucune différenciation entre les handicaps temporaires et les handicaps permanents (sauf en ce qui concerne l'invalidité de très courte durée, qui ne sera pas couverte). En Hongrie, M. B serait couvert sous la caractéristique protégée de la santé. Certains pays – notamment l'Estonie et la Slovaquie – disposaient d'une définition incluse dans leur législation sur les bénéfices sociaux pour les personnes handicapées. Celle-ci pourrait être prise en considération pour décider si une personne est ou n'est pas handicapée.

La Suède et la Grande-Bretagne semblent être les seuls pays à avoir une définition du handicap dans leur législation. En Suède, celle-ci requiert la permanence de l'état (ou une affection permanente doit avoir été pronostiquée). En Grande-Bretagne, pour qu'une déficience équivaille à un handicap, ses effets doivent être substantiels, de longue durée (un

an ou probablement un an) et préjudiciables. Ceci diffère de l'Irlande par exemple, de qui l'on sait – bien qu'elle n'ait pas participé à cette étude de cas – que sa définition du handicap est extrêmement élaborée. La définition britannique (de même que les *travaux préparatoires* en Norvège et aux Pays-Bas) cadre toutefois avec le point de vue de la CJCE sur la définition du handicap dans le cas Navas.¹²

La CJCE statue dans le cas Navas

Mme Navas était employée par Eurest, une entreprise spécialisée dans les services de restauration. Le 14 octobre 2003, elle a été déclarée inapte à travailler pour raison de maladie. Son état de santé excluait une reprise du travail à court terme. Le 28 mai 2004, Eurest a licencié M^{lle} Navas par écrit, sans donner de raison, en reconnaissant que ce licenciement était illégal et en lui offrant une compensation. Le 29 juin 2004, M^{lle} Navas a intenté un procès contre Eurest, affirmant que son licenciement était invalide et discriminatoire, car basé sur sa période d'absence autorisée du travail d'une durée de huit mois. Elle voulait aboutir à une décision judiciaire obligeant Eurest à lui rendre son emploi. La loi espagnole ne réfère pas explicitement à la maladie comme à un des motifs discriminatoires interdits. Le tribunal espagnol qui a entendu le cas a renvoyé l'affaire à la CJCE : le point de vue du tribunal espagnol était qu'il existe un lien causal entre la maladie et le handicap et qu'étant donné que la maladie est souvent capable d'entraîner un handicap irréversible, les travailleurs doivent être ponctuellement protégés sous l'interdiction de la discrimination fondée sur le motif du handicap. Le tribunal de renvoi a également suggéré que si la conclusion s'avérait être que le handicap et la maladie étaient deux concepts séparés et que si la maladie ne relevait pas directement du droit communautaire, il faudrait considérer, conformément aux principes de non-discrimination du droit communautaire, d'inclure la maladie dans les situations par rapport auxquelles la Directive sur l'Égalité en matière d'Emploi interdit la discrimination.

Concernant la première question, que la CJCE a résumée en demandant si le cadre général établi par la Directive sur l'Égalité en matière d'Emploi pour lutter contre la discrimination fondée sur le motif du handicap pouvait protéger une personne qui avait été licenciée par son employeur pour seule raison de maladie, la CJCE a déclaré que dans le contexte de la Directive, le mot « handicap » réfère à une limitation découlant précisément d'une infirmité physique, mentale ou psychologique et faisant obstacle à la vie professionnelle de la personne concernée. En utilisant le concept du « handicap » dans la Directive, la législature a délibérément choisi un autre terme que celui de « maladie ». Les deux concepts ne peuvent donc pas être traités comme s'il s'agissait de la même chose. L'importance que la législature communautaire accorde aux mesures d'adaptation au handicap du lieu de travail démontre qu'elle envisage des situations dans lesquelles la participation d'une personne à la vie professionnelle peut être entravée pendant une longue période de temps. Pour que la limitation soit considérée comme un handicap, il est donc nécessaire qu'elle soit estimée de longue durée. La Directive ne comprend aucun élément suggérant que les travailleurs seraient protégés par l'interdiction de la discrimination fondée sur le motif du handicap, s'ils développaient n'importe quel type de maladie. Le licenciement d'une personne pour raison de maladie ne relève pas du champ d'action de la Directive.

La CJCE a obligamment expliqué la relation entre l'interdiction de la discrimination et les dispositions de l'aménagement raisonnable dans l'Article 5 de la Directive, en disant que l'interdiction touchant à la discrimination fondée sur le motif du handicap contenue dans la Directive exclut le *licenciement pour raison de handicap*, lequel, dans le cadre de l'obligation de fournir un aménagement raisonnable aux personnes handicapées, n'est pas justifié par le fait que la personne concernée n'est pas compétente, capable et disponible pour exécuter les fonctions essentielles de son emploi. Concernant la deuxième question – si la maladie peut être considérée comme un motif par rapport auquel la Directive interdit la discrimination – le

¹² Cas C-13/05 Navas v Eurest Colectividades SA. Le jugement complet peut être lu sur le site Web de la Cour de Justice des Communautés européennes:
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&Submit=Submit&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docjo=docjo&numaff=&datefs=&datefe=&nomusuel=navas&domaine=&mots=&resmax=100>

Tribunal a rejeté la suggestion du tribunal de renvoi et a statué que le champ d'action de la Directive ne pouvait pas être étendu au-delà de la discrimination fondée sur les motifs exhaustivement répertoriés dans l'Article 1^{er}, et donc, que la maladie ne pouvait pas être considérée comme un motif supplémentaire pour lequel la Directive interdit la discrimination.

Alors qu'il y a des avantages évidents au fait de suivre l'approche de la Directive sur l'égalité en matière d'Emploi et ne pas avoir de définition du handicap dans la législation nationale, cela comporte aussi des désavantages significatifs – l'un d'entre eux en particulier étant que n'importe quelle juridiction de la CJCE pourrait être suivie par les tribunaux de ces pays qui n'ont pas de définition. C'est pourquoi une définition relativement limitée du handicap – qui semble ignorer le modèle social du handicap (qui focalise sur les barrières que rencontrent les gens en conséquence de leur déficience, plutôt que sur le problème de la déficience en soi) – comme celle figurant dans Navas¹³ pourrait être reprise par ces pays qui n'ont pas de définition. Les organismes qui œuvrent pour l'égalité dans les pays n'ayant pas de définition du handicap pourraient envisager une législation qui propose une approche globale de la définition, plutôt que d'abandonner sa détermination aux tribunaux.

Quels tribunal (et niveau de tribunal) ou organisation seraient compétents ?

Il s'est avéré que les partenaires disposaient d'une grande variété d'approches pour traiter une plainte de ce genre. Certains d'entre eux disposaient uniquement d'un tribunal du travail (par exemple, la Grande-Bretagne), alors que d'autres avaient le choix entre une procédure administrative (en Grèce par exemple, il s'agirait d'un organisme spécial relevant du ministère du Travail et de l'Emploi et de la Commission pour l'Égalité de Traitement, tandis qu'en Norvège, ce serait le Médiateur pour l'Égalité et l'Anti-discrimination) et un tribunal de première instance. Les recours possibles pour une personne se sont révélés différents selon que le cas était présenté dans le cadre d'un système administratif ou dans le cadre d'une procédure judiciaire devant un tribunal. La Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement a déclaré qu'elle serait compétente pour traiter un tel cas, bien que l'avis qu'elle émettrait serait non assujettissant et qu'un tribunal devrait être saisi pour obtenir une décision ayant force exécutoire.

Quels motifs seraient applicables ?

Tous les partenaires ont répondu que cette plainte relèverait du motif lié au handicap. Il est intéressant de remarquer que la réponse norvégienne a également soulevé la question de la discrimination fondée sur le sexe. Ceci, en raison du fait qu'un comportement comme celui de M. B peut être considéré comme un mauvais comportement masculin, même si la raison sous-jacente est liée au handicap, tandis que lorsqu'une femme se conduit de la sorte, son comportement serait probablement attribué à son handicap plutôt qu'à un aspect de son caractère relevant de sa propre responsabilité. Cela pourrait donc équivaloir à une discrimination indirecte fondée sur le motif du sexe.

Discrimination directe ou indirecte ?

Tous les partenaires ont répondu que le traitement de M. B constituerait une discrimination. Tous ont indiqué que si, comme cela semblait être le cas, les circonstances de l'autre employé accusé de harcèlement, mais muté vers un autre magasin, étaient les mêmes que celles de M. B, il s'agirait alors d'une discrimination directe. Il est toutefois important d'attirer l'attention sur le fait qu'il existe des exemptions au principe de la discrimination directe dans certains pays, où une action n'est pas qualifiée de discrimination directe si certaines conditions sont remplies. Comme ces circonstances avaient tendance à être évoquées sous « justification objective », c'est là qu'elles ont donc été abordées (voir plus bas).

¹³ Voir note de bas de page 12

La Grèce a répondu qu'en plus de la discrimination directe, le traitement pourrait équivaloir à une discrimination indirecte, vu que le code disciplinaire constituait une condition apparemment neutre qui met une personne handicapée telle que M. B dans une position de désavantage substantiel. L'Estonie a également indiqué que ce cas pourrait équivaloir à une discrimination indirecte. Il est intéressant de remarquer ici qu'en Norvège, il n'existe pas de définition de la discrimination directe, ni de la discrimination indirecte, dans la législation. En Grande-Bretagne, il n'y a pas de concept de discrimination indirecte par rapport au handicap – au lieu de cela, on y parle de discrimination « *liée au handicap* » (traitement moins favorable pour une raison *liée au handicap*, que *fondée sur le motif du handicap*) et cette dernière serait applicable si la personne qui a été mutée vers un autre magasin n'avait pas été un comparateur approprié aux fins de la discrimination directe. Alors que la Directive sur l'égalité en matière d'Emploi contient une stipulation relative à la discrimination indirecte et au handicap – disant que la discrimination indirecte peut être justifiée là où des dispositions existent pour fournir un aménagement raisonnable aux personnes handicapées – la Commission pour la Défense des Droits des Personnes Handicapées en Grande-Bretagne a fait part de son inquiétude au gouvernement comme quoi il pourrait y avoir des situations qui seraient couvertes par la discrimination indirecte, mais potentiellement pas par les dispositions actuellement en vigueur en Grande-Bretagne. Ceci, surtout en vertu de la nature anticipative des dispositions relatives à la discrimination indirecte, qui **mettraient** des personnes souffrant d'un handicap particulier dans une position particulièrement désavantageuse par rapport à d'autres personnes. Le groupe de travail 3 est également d'avis que l'on pourrait rencontrer ici un problème d'inobservation.

Justification objective

La majorité des partenaires a indiqué que la discrimination directe ne pouvait pas être justifiée, bien qu'il y ait des situations où certains traitements n'équivaldraient pas à une discrimination directe – aux Pays-Bas par exemple, la discrimination nécessaire pour protéger la santé et assurer la sécurité ne serait, entre autres, pas considérée comme une discrimination directe. La Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement était d'avis que l'employeur dont il est question ici se référerait à cette section de la loi, en utilisant l'argument que la sécurité de ses employés était menacée. La question serait alors de savoir si l'employeur est crédible, surtout lorsque l'on tient compte du fait qu'il n'a pas procédé au licenciement d'un autre employé accusé de harcèlement sexuel et de harcèlement en général, mais que ce dernier a simplement été muté vers un autre magasin. En Norvège, l'interdiction de la discrimination comporte aussi quelques exceptions – par exemple, si le comportement de M. B ne s'avérait pas contrôlable par le biais d'un mentor, comme il l'a du reste demandé lui-même, la conclusion de la discrimination directe pourrait être différente. La Suède a indiqué que la seule justification possible pour la discrimination directe aurait été que M. B était tellement malade qu'il ne pouvait plus effectuer son travail.

Dans le cas d'une discrimination indirecte, la justification serait établie si la mesure prise avait un but légitime et que les moyens utilisés pour l'atteindre étaient appropriés et nécessaires. La Grèce était d'avis que le code disciplinaire serait considéré comme ayant un but légitime (le respect de la dignité des autres employés) et comme étant approprié et nécessaire (afin de dissuader les employés de mal se conduire). Les autres partenaires ne sont pas parvenus à des conclusions fermes.

Aménagement raisonnable

Tous les partenaires, sauf la Suède, ont indiqué que les dispositions relatives à l'aménagement raisonnable seraient d'une manière ou d'une autre applicables à la situation de M. B. En Suède, le devoir de fournir un aménagement raisonnable est uniquement applicable au moment de l'embauche et non quand une personne fait déjà partie des effectifs (bien que l'Article 5 de la Directive sur l'Égalité en matière d'Emploi vise clairement la couverture des personnes dans toutes les phases de leur carrière professionnelle. Ceci est confirmé par le jugement *Navas* qui dit : « l'interdiction, quant au licenciement, de la discrimination fondée sur le motif du handicap contenue dans les Articles 2(1) et 3(1) (c) de la

Directive 2000/78 exclut le licenciement basé sur le motif du handicap, lequel, en vertu de l'obligation de fournir un aménagement raisonnable aux personnes handicapées, n'est pas justifié par le fait que la personne concernée n'est pas compétente, capable et disponible pour exécuter les fonctions essentielles de son emploi. ») Nous comprenons cependant qu'afin de régler cette question une législation est en cours d'établissement et qu'elle entrera en vigueur dans un an ou deux. Plusieurs partenaires, comme la Grèce et la Slovaquie, ont soulevé la question de la charge disproportionnée – chaque dérogation au devoir de fournir un aménagement raisonnable dépend en effet de l'étendue de la charge qui pourrait être imposée à l'employeur. L'Estonie est d'avis qu'il était très improbable que, dans un cas comme celui-ci, la législation ait exigé un mentor à long terme. Il est toutefois intéressant de remarquer qu'en Norvège, le défaut d'aménagement raisonnable est considéré comme une discrimination indirecte, alors qu'en Grande-Bretagne, le fait ne pas procéder à des adaptations constitue en soi une forme de discrimination séparée.

En Suède, le devoir de fournir un aménagement raisonnable existe vis-à-vis des demandeurs d'emploi, mais pas vis-à-vis des salariés. Une législation visant la répression de cette infraction apparente à l'article 5 de la Directive 2000/78/CE est en cours de réalisation, mais sa promulgation pourrait n'avoir lieu que dans un an ou deux. Il serait approprié d'accélérer le processus de promulgation.

Renversement de la charge de la preuve

Tous les partenaires ont approximativement répondu la même chose à cette question – s'il apparaît que M. B a été licencié à cause de son handicap, ce serait à l'employeur de prouver que cela n'était pas la raison du traitement.

Comment l'interdiction de la discrimination fondée sur le motif du handicap et l'interdiction de celle fondée sur le motif du sexe s'équilibreraient-elles dans ce cas-ci ?

Les partenaires ont communiqué différentes approches par rapport à cette question. Certains (la Grande-Bretagne et la Suède) ont indiqué que seul motif en cause était celui du handicap. D'autres ont examiné la question de l'influence d'un mentor sur M. B, et si celle-ci pouvait éviter la survenue de la discrimination fondée sur le motif du sexe par rapport à ses collègues de travail féminines. Aux Pays-Bas, la santé et la sécurité des collègues féminines pourraient signifier qu'il n'y a pas ici de discrimination. En règle générale, il était pourtant clair que pour ces organisations, le fait d'être aussi bien en présence d'une discrimination fondée sur le motif du sexe, que sur une discrimination fondée sur le motif du handicap, implique l'application de manière égale des dispositions antidiscriminatoires relatives aux deux types de discrimination, et qu'aucun impact sur les employées féminines n'exclue les obligations vis-à-vis de M. B.

Quels recours seraient possibles dans le cadre de cette discrimination, et incluraient-ils la réintégration ou la réembauche ?

Les réponses concernant les recours étaient diverses. Dans certains pays – la Suède et l'Estonie – un individu serait en droit de pouvoir réintégrer son emploi et d'exiger une compensation, alors qu'aux Pays-Bas, vous pourriez récupérer votre emploi, mais ne pas recevoir de compensation et qu'en Grande-Bretagne, c'est le contraire.

Chapitre 5
Étude de cas sur la discrimination fondée
sur le handicap
Handicap physique

Le cas

Mme T était employée comme assistante-infirmière vétérinaire dans un petit cabinet vétérinaire, et ce, depuis le 12 juillet 2004. Elle y occupait partiellement la fonction de réceptionniste et celle d'assistante-infirmière lors des opérations – celles-ci étaient de l'ordre d'environ huit par semaine. Le cabinet vétérinaire employait également une autre assistante-infirmière, qui effectuait en réalité le même travail. Le 25 mai 2005, M^{lle} T fut hospitalisée à la suite d'une attaque d'apoplexie. Le 13 juin 2005, elle apprend qu'elle souffre d'une déficience visuelle. Sa mère téléphone à son employeur, qui la licencie sur-le-champ. Elle fait appel contre cette décision, mais celle-ci est rejetée.¹⁴

Les questions

Il a été demandé aux membres du groupe de travail et à d'autres partenaires d'Equinet d'examiner le cas dans le contexte de leur législation et de leur jurisprudence ou de décrire comment le cas serait considéré par l'autorité compétente de leur pays. Les questions spécifiques suivantes ont été posées :

- 1. Ce cas relève-t-il du champ d'application de la loi anti-discrimination de votre pays ? Et plus particulièrement, M^{lle} T serait-elle considérée comme handicapée sous votre loi anti-discrimination ? Veuillez expliquer de quelle manière ou pourquoi pas.*
- 2. Quel tribunal/organisation serait compétent ? (Veuillez préciser le niveau du tribunal dans le système judiciaire.)*
- 4. Quel(s) motif(s) serai(en)t applicables ici ? Veuillez expliquer.*
- 5. Le licenciement de M^{lle} T serait-il considéré comme une discrimination directe, indirecte ou comme une action non discriminatoire ?*
- 6. Si vous trouvez que ce cas mène à une discrimination directe ou indirecte, y aurait-il une justification objective ? Veuillez développer le test de justification objective.*
- 7. Peut-on parler ici de défaut de fourniture d'aménagement raisonnable ? Comment cette partie de la revendication serait-elle traitée sous votre législation ?*
- 8. Comment le renversement de la charge de la preuve serait-il opéré dans ce cas-ci ?*

Dans le cadre de ce cas d'étude, sept réponses ont été obtenues. Elles provenaient des organisations suivantes :

- Médiateur norvégien pour l'Égalité et l'Anti-discrimination
- Bureau estonien du Chancelier de Justice
- Commission pour la Défense des Droits des Personnes Handicapées en Grande-Bretagne
- Médiateur grec
- Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement
- Centre national slovaque pour les Droits de l'Homme
- Médiateur suédois contre la Discrimination ethnique

Les réponses individuelles de ces partenaires se trouvent dans l'Annexe suivant la présente analyse. Bien que les réponses étaient, en grandes lignes, très similaires, l'analyse ci-après attire l'attention sur quelques différences intéressantes relatives à l'approche et au contenu.

¹⁴ Ce cas est basé sur un cas qui a été présenté devant le tribunal du travail d'Angleterre et du Pays de Galles. Les parties pertinentes de la Directive relatives à ce cas ont été énoncées au début du chapitre précédent.

Résumé des résultats

Législation anti-discrimination et définition du handicap

Il a d'abord été demandé aux partenaires si la situation relèverait du champ d'action de la loi anti-discrimination en vigueur dans leur pays, et plus précisément si M^{lle} T serait considérée comme handicapée sous une telle législation. Il y avait différentes approches concernant la législation applicable à cette situation : en Grande-Bretagne par exemple, ce cas relèverait d'une législation spécifique interdisant la discrimination fondée sur le motif du handicap (cette législation antedate la Directive sur l'Égalité en matière d'Emploi) ; dans d'autres pays, comme l'Estonie, il y a une seule législation qui interdit la discrimination fondée sur toute une série de motifs, parmi lesquels celui du handicap. Bien qu'une telle discrimination relèverait en Norvège d'une législation couvrant plusieurs motifs (Loi sur les Conditions de Travail), une nouvelle loi se rapportant spécifiquement à la discrimination contre les personnes handicapées sera bientôt promulguée. En Slovaquie, la discrimination en général est interdite par la Constitution et plus spécifiquement, par la législation anti-discrimination.

Pour ce qui est de la question du handicap, toutes les réponses des partenaires ont indiqué que M^{lle} T serait considérée comme souffrant d'un handicap sous leur législation. Les approches de la définition du handicap dans la législation se sont toutefois révélées très différentes. La majorité des partenaires qui ont répondu n'avaient pas de définition du handicap dans leur législation. En Grèce par exemple, il n'existe pas de définition du handicap, bien que la réponse indiquât qu'il était probable que le cas d'Asperger décrit dans le chapitre précédent serait couvert. De même, aux Pays-Bas : alors que le cas y relèverait de la Loi néerlandaise sur l'Égalité de Traitement pour les motifs liés au handicap ou à la maladie chronique, il n'y existe toutefois pas de définition du handicap ou de la maladie chronique (bien que l'on trouve dans ses *travaux préparatoires* certaines indications relatives à ce qu'est un handicap – le handicap et la maladie chronique peuvent être physiques, mentaux ou psychologiques ; le handicap est en principe irréversible, tandis que la maladie chronique n'est pas obligatoirement irréversible, mais au moins de longue durée). La même chose vaut pour la Norvège. Bien qu'il n'y existe pas de définition du handicap, les *travaux préparatoires* se rapportant à la législation indiquent qu'un état doit présenter un certain degré de permanence pour pouvoir être qualifié de handicap (l'invalidité temporaire est soumise à d'autres exigences sous la législation). Toujours en Norvège, la législation relative au handicap en voie d'élaboration prévoit de ne faire aucune différenciation entre les handicaps temporaires et les handicaps permanents (sauf en ce qui concerne l'invalidité de très courte durée, qui ne sera pas couverte). Il apparaît que seuls la Suède et le Royaume-Uni ont une définition du handicap dans leur législation – en Suède, celle-ci requiert la permanence de l'invalidité (ou que la survenue d'une invalidité permanente soit attendue), alors qu'au Royaume-Uni, pour qualifier une déficience de handicap, ses effets doivent être substantiels, de longue durée (un an ou probablement un an) et préjudiciables. Ceci diffère de l'Irlande par exemple, de qui l'on sait – bien qu'elle n'ait pas participé à cette étude de cas – que sa définition du handicap est extrêmement élaborée. La définition du Royaume-Uni (aussi bien que les *travaux préparatoires* en Norvège et aux Pays-Bas) cadre toutefois avec le point de vue de la CJCE sur la définition du handicap dans le cas *Navas* – dont les détails (et les difficultés) ont été exposés dans le chapitre précédent. Certains pays – notamment l'Estonie et la Slovaquie – disposaient d'une définition incluse dans leur législation sur les bénéfices sociaux pour les personnes handicapées. Celle-ci pourrait être prise en considération pour décider si une personne est ou n'est pas handicapée.

Quels tribunal (et niveau de tribunal) ou organisation seraient compétents ?

Il s'est avéré que les partenaires disposaient de toute une série d'approches pour traiter une plainte de ce genre. Certains d'entre eux disposaient uniquement d'un tribunal du travail (par exemple, la Grande-Bretagne), alors que d'autres avaient le choix entre une procédure administrative (en Grèce par exemple, il s'agirait d'un organisme spécial relevant du ministère du Travail et de l'Emploi et de la Commission pour l'Égalité de Traitement, tandis qu'en

Norvège, ce serait le Médiateur pour l'Égalité et l'Anti-discrimination) et un tribunal de première instance – ou le cas pourrait, sous la législation du travail, être porté devant un tribunal composé de spécialistes de l'emploi pour l'entendre. Les recours possibles pour une personne se sont révélés différents, selon que le cas était traité par système administratif ou par un tribunal. La Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement a déclaré qu'elle serait compétente pour traiter un tel cas, bien que l'avis qu'elle émettrait serait non assujettissant et qu'un tribunal devrait être saisi pour obtenir une décision ayant force exécutoire.

Quels motifs seraient applicables ?

Tous les partenaires ont répondu que cette plainte relèverait du motif lié au handicap.

Le licenciement de M^{lle} T serait-il considéré comme une discrimination directe, indirecte ou comme une action non discriminatoire ?

La plupart des partenaires ont déclaré que ce cas équivalait à une discrimination directe. Aucun des partenaires n'a soulevé la question de la discrimination indirecte, bien que la Norvège ait indiqué que sa législation actuelle ne contenait pas de définition, ni de la discrimination directe, ni de la discrimination indirecte (une législation spécifique relative au handicap contenant une définition y sera toutefois bientôt promulguée). Deux partenaires – l'Estonie et la Slovaquie – ont examiné si la question d'une réelle exigence professionnelle est pertinente dans ce contexte. Le sujet est abordé plus bas, sous le paragraphe de la justification objective.

Si vous trouvez que ce cas mène à une discrimination directe ou indirecte, y aurait-il une justification objective ? Veuillez développer le test de justification objective.

Il est apparu que tous les partenaires, excepté la Norvège, considéraient qu'il n'existait pas de justification possible pour la discrimination directe (bien qu'il puisse y avoir des exemptions du principe de la discrimination directe). La Norvège, qui ne possède pas de définition de la discrimination directe ou indirecte, fait état dans sa réponse de l'existence d'une exception à l'interdiction contre la discrimination. Le traitement différentiel dont l'objectif est raisonnablement justifiable et qui n'a pas un effet exagérément radical sur la(es) personne(s) concernée(s) et qui s'avère nécessaire pour la réalisation d'une tâche ou pour l'exercice d'une profession n'est en effet pas considéré comme une discrimination. D'autres partenaires – comme la Slovaquie et l'Estonie – ont indiqué que bien que la justification objective ne soit pas une problématique en soi pour une telle discrimination, c'était la question si M^{lle} T est ou non capable d'effectuer son travail qui déterminerait si une discrimination a eu lieu ou pas. La Slovaquie a subdivisé le travail de M^{lle} T en tâches administratives (réception) et en tâches sanitaires (infirmière vétérinaire) – elle pourrait ainsi poursuivre son travail de réceptionniste, mais serait déclarée inapte à remplir sa fonction d'infirmière. Ceci équivaldrait à une exigence professionnelle et sanitaire. Les différences de traitement ne constituent pas une discrimination s'ils sont objectivement justifiés par la nature des activités professionnelles ou par les circonstances dans lesquelles de telles activités sont accomplies, à condition que l'ampleur ou la forme de telles différences de traitement soient légitimes et justifiées eu égard aux activités ou aux circonstances dans lesquelles elles sont effectuées. Aux Pays-Bas, alors qu'un employeur est en droit d'avancer la santé et la sécurité comme argument contre une constatation de discrimination directe, il est néanmoins très improbable que ce procédé réussirait, précisément parce que l'employeur n'avait ni contrôlé le degré de déficience visuelle de M^{lle} T, ni examiné la possibilité de lui fournir un aménagement raisonnable. La Norvège a également couplé le comportement de l'employeur de M^{lle} T au fait de savoir si oui ou non des adaptations pourraient être effectuées, tandis que la Grèce et la Grande-Bretagne ne voyaient aucune justification possible (en Grande-Bretagne, il est impossible de justifier une discrimination directe).

Peut-on parler ici de défaut de fourniture d'aménagement raisonnable ? Comment cette partie de la revendication serait-elle traitée sous votre législation ?

Dans la présente situation, l'aménagement raisonnable a été considéré pertinent par tous les partenaires, sauf deux. En Suède, l'obligation de fournir un aménagement raisonnable n'est valable que par rapport à une personne nouvellement embauchée et non pour les personnes faisant déjà partie des effectifs (bien que l'Article 5 de la Directive sur l'égalité en matière d'Emploi semble clairement couvrir cette situation – ce qui est par ailleurs confirmé par le jugement de l'affaire *Navas* prononcé par la CJCE et qui dit que : « l'interdiction, quant au licenciement, de la discrimination fondée sur le motif du handicap contenue dans les Articles 2(1) et 3(1) (c) de la Directive 2000/78 exclut le licenciement basé sur le motif du handicap, lequel, en vertu de l'obligation de fournir un aménagement raisonnable aux personnes handicapées, n'est pas justifié par le fait que la personne concernée n'est pas compétente, capable et disponible pour exécuter les fonctions essentielles de son emploi. ») Nous comprenons toutefois qu'une législation est en cours d'établissement afin de régler cette question et qu'elle entrera en vigueur dans un an ou deux.

La Grèce était d'avis qu'étant donné que M^{lle} T avait été licenciée alors qu'elle était sous contrat et qu'il s'agissait donc d'une discrimination directe et non justifiable, la question de l'aménagement raisonnable n'était ici pas pertinente. Si le présent cas était porté devant les tribunaux de l'Angleterre et du Pays de Galles, la conclusion serait qu'un aménagement raisonnable n'avait pas été fourni – et cela est important pour le calcul de la compensation (si un aménagement n'avait pas été fourni, M^{lle} T n'aurait de toute façon pas été capable d'effectuer correctement son travail et sa compensation aurait conséquemment été bien plus restreinte). Les Pays-Bas ont déclaré qu'ils considéreraient qu'un défaut d'aménagement avait eu lieu – l'employeur n'ayant probablement pas voulu examiner la gravité de la déficience visuelle de M^{lle} T, ni s'il était possible de lui fournir un aménagement raisonnable – ce qui constituerait un défaut de fourniture d'aménagement raisonnable. La Norvège, l'Estonie et la Slovaquie n'ont pas clairement précisé l'ampleur de l'aménagement requis : la question si cela entraînait ou non une charge pour l'employeur s'est révélée particulièrement importante dans ce contexte. En Norvège, la loi générale sur le travail stipule que les adaptations requises pour une seule personne ne peuvent pas entraîner de charge accrue pour les autres employés, ce qui impliquerait une limitation en ce qui concerne la redistribution des tâches entre M^{lle} T et ses collègues. Ces partenaires n'ont ainsi pas communiqué de conclusion quant à la question d'un éventuel défaut de fourniture d'aménagement. Il est intéressant de remarquer qu'aucun des partenaires n'a mentionné avoir une certaine expertise dans ce domaine, alors qu'il est probable que celle-ci soit requise pour se faire une idée correcte des tâches que M^{lle} T pourrait ou ne pourrait pas effectuer.

Comment le renversement de la charge de la preuve serait-il opéré dans ce cas-ci ?

Tous les partenaires ont approximativement répondu la même chose à cette question. S'il apparaissait que M^{lle} T avait été licenciée à cause de son handicap, ce serait à l'employeur de prouver que cela n'était pas la raison du traitement. Des dispositions similaires se sont avérées applicables par rapport à l'aménagement raisonnable (c'est-à-dire les motifs pour soupçonner le défaut de fourniture d'aménagement raisonnable), bien que tous les partenaires n'aient pas référé spécifiquement à cette question.

Chapitre 6

Conclusions clés des cas d'invalidité

Globalement, trois problématiques clés ont émergé des analyses de la première et de la seconde étude de cas sur la discrimination fondée sur le motif du handicap.

Définition du Handicap

La première problématique clé concerne la définition du handicap. Alors qu'il y a des avantages évidents au fait de suivre l'approche de la Directive sur l'égalité en matière d'Emploi et de ne pas avoir de définition du handicap dans la législation nationale, cette situation comporte aussi des désavantages significatifs – l'un d'entre eux en particulier étant que n'importe quelle juridiction de la CJCE pourrait être suivie par les tribunaux de ces pays qui n'ont pas de définition. C'est pourquoi une définition relativement limitée du handicap – qui semble ignorer le modèle social du handicap (qui focalise sur les barrières que rencontrent les gens en conséquence de leur déficience, plutôt que sur le problème de la déficience en soi) – comme celle figurant dans Navas (voir Chapitre 4) pourrait être reprise par ces pays qui n'ont pas de définition. Les organismes qui œuvrent pour l'égalité dans les pays n'ayant pas de définition du handicap pourraient envisager une législation qui propose une approche globale de la définition, plutôt que d'abandonner sa détermination aux tribunaux.

Discrimination indirecte

La deuxième problématique clé concerne la discrimination indirecte. En Grande-Bretagne, il n'existe pas de concept de discrimination indirecte par rapport au handicap. Alors qu'il existe un certain nombre de mesures qui pourraient satisfaire aux objectifs de l'interdiction sur la discrimination indirecte dans la loi anti-discrimination de la Grande-Bretagne, les réponses de ce pays ont indiqué qu'il pourrait encore se produire des situations non couvertes par la législation actuelle. Cette problématique nécessite une étude approfondie du gouvernement du Royaume-Uni et de la Commission européenne (et pourrait requérir une clarification de la part de la CJCE).

Aménagement raisonnable

La dernière problématique concerne l'obligation de fournir un aménagement raisonnable. L'obligation contenue dans l'Article 5 de la Directive sur l'Égalité en matière d'Emploi est entendue dans un sens très large : elle consiste à fournir un aménagement raisonnable « *permettant à une personne invalide d'accéder à, de participer à, ou d'obtenir une promotion dans le cadre de son emploi, ou encore de bénéficier d'une formation appropriée à son état* ». Cela réfère donc aussi clairement au fait d'obtenir un emploi, qu'à celui de le garder et de pouvoir y faire carrière (progression et promotion). Étant donné que la majorité des gens deviennent handicapés au cours de leur carrière professionnelle, il est vrai que si elle ne couvrait pas la totalité du cycle professionnel, cette réglementation serait assez redondante. En Suède, la fourniture d'un aménagement raisonnable est toutefois uniquement due au demandeur d'emploi et non à une personne qui fait déjà partie des effectifs. Ceci apparaît comme une dérogation aux obligations mentionnées dans la Directive sur l'Égalité de Traitement et il est recommandé au gouvernement suédois d'y remédier. Nous comprenons toutefois qu'une législation est en cours d'établissement afin de régler cette question, mais qu'elle n'entrera en vigueur que dans un an ou deux. Il serait approprié d'accélérer le processus de promulgation.