

Interprétation dynamique La Loi Anti-Discrimination européenne dans la Pratique II

Études de cas 2007

Interprétation dynamique – La Loi anti-discrimination européenne dans la Pratique II est publiée par Equinet, Réseau européen des organismes de promotion de l'égalité.

Membres de Equinet: Organisme national pour l'Égalité, **Autriche** | Centre pour l'Égalité des Chances et la Lutte contre le Racisme, **Belgique** | Institut pour l'Égalité des Femmes et des Hommes, **Belgique** | Commission pour la Protection contre les Discriminations, **Bulgarie** | Bureau du Commissaire à l'Administration, **Chypre** | Cabinet gouvernemental, Département des Droits de l'Homme, **République tchèque** | Institut danois pour les Droits de l'Homme, **Danemark** | Commissaire pour l'Égalité des Sexes, **Estonie** | Bureau du Médiateur pour les Minorités, **Finlande** | Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité, **France** | Agence fédérale de l'Anti-Discrimination, **Allemagne** | Commission pour l'Égalité et les Droits de l'Homme, **Grande-Bretagne** | Médiateur grec, **Grèce** | Autorité pour l'Égalité de Traitement, **Hongrie** | Médiateur pour les Minorités, **Hongrie** | Autorité pour l'Égalité, **Irlande** | Bureau national contre les Discriminations raciales, **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 pour l'Irlande du Nord, **Irlande du Nord** | Médiateur pour l'Égalité et l'Anti-Discrimination, **Norvège** | Commission pour l'Égalité et contre la Discrimination Raciale / Haut Commissaire pour l'Immigration et les Minorités ethniques, **Portugal** | Conseil national de Lutte contre les Discriminations, **Roumanie** | Centre national pour les Droits de l'Homme, **Slovaquie** | Médiateur contre la Discrimination ethnique, **Suède**

Equinet | Rue Royale 138 | 1000 Bruxelles | Belgique
info@equineteurope.org | www.equineteurope.org

ISBN 978-92-95067-05-9
© Equinet 2008

La reproduction est autorisée si la source est précisée.

La présente publication est financée par la Direction générale Emploi, affaires sociales et égalité des chances de la Commission européenne. Son financement est assuré par le programme communautaire pour l'emploi et la solidarité sociale (2007-2013). Ce programme a été établi pour soutenir financièrement la mise en œuvre des objectifs de l'Union européenne dans les domaines de l'emploi et des affaires sociales, tels qu'exposés dans l'agenda social, et contribuer ainsi à la réalisation des objectifs de la stratégie de Lisbonne dans ces domaines.

Le programme, qui s'étale sur sept ans, s'adresse à toutes les parties prenantes susceptibles de contribuer à façonner l'évolution d'une législation et de politiques sociales et de l'emploi appropriées et efficaces, dans l'ensemble de l'UE-27, des pays de l'AELLE-EEE ainsi que des pays candidats et précandidats à l'UE.

PROGRESS a pour mission de renforcer la contribution de l'UE pour aider les États membres à respecter leurs engagements, dans leurs efforts en vue de créer des emplois plus nombreux et de meilleure qualité, et de construire une société plus solidaire. Dès lors, le programme PROGRESS contribuera à:

- fournir une analyse et des conseils dans les domaines politiques du programme PROGRESS;
- assurer le suivi et faire rapport sur la mise en œuvre de la législation et des politiques communautaires dans les domaines du programme PROGRESS;
- promouvoir le transfert de politiques, l'apprentissage et le soutien entre les États membres concernant les objectifs et priorités de l'Union; et
- relayer les avis des parties concernées et de la société au sens large.

Pour tout complément d'information, veuillez consulter:
http://ec.europa.eu/employment_social/progress/index_fr.html

La présente publication a été préparée par le Groupe de Travail de Equinet chargé de l'Interprétation dynamique. Les opinions qui y sont formulées appartiennent aux auteurs et ne reflètent pas nécessairement la position ou l'opinion ni de la Commission européenne ni de Equinet. La Commission européenne et Equinet ne sont pas responsables de l'usage qui pourrait être fait des informations contenues dans la présente publication.

Table des matières

Préface

p 5

Chapitre 1

Étude de cas sur la religion, le sexe et l'église | p 7

Chapitre 2

Étude de cas sur la race, la religion et la garde des enfants | p 19

Chapitre 3

Étude de cas sur l'âge, le recrutement et la formation | p 29

Préface

Le Groupe de Travail de Equinet chargé de l'Interprétation dynamique est axé sur la manière d'interpréter les concepts et les problématiques juridiques dans la loi 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.

Le groupe de travail adopte une approche pratique de l'interprétation dynamique en utilisant des cas pragmatiques qui leur ont été présentés afin de créer une base permettant d'effectuer une analyse comparative de la mise en application de la loi anti-discrimination dans leurs pays respectifs. En 2007, il a été demandé aux membres d'Equinet de considérer trois cas basés sur des cas réels ayant été soumis à certains membres et d'appliquer leur législation nationale aux faits qui y sont évoqués.¹ Ces trois cas concernaient : 1) la religion, le sexe et l'Église ; 2) la race, la religion et la garde des enfants ; et 3) l'âge, le recrutement et la formation.

Ces cas ont été sélectionnés parce qu'ils réfèrent à 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. Ceux qui ne sont pas compétents pour traiter les problématiques évoquées dans un certain cas ont été encouragés à contacter l'organisme national compétent afin de lui demander assistance. Les cas et les contributions ont été analysés par trois membres du groupe de travail, qui ont ensuite, pour chaque cas, rédigé un rapport, dans lequel les constatations et conclusions-clés ont été soulignées. C'est sur la base de ces rapports que le groupe de travail a formulé des conclusions globales.² Les études de cas finales constituent les trois chapitres analytiques de ce volume.

Les études de cas visent à donner un bon aperçu des pratiques en vigueur dans l'UE. La force de ce rapport réside dans le fait que les analyses sont basées sur les *pratiques* des organismes de promotion de l'égalité et sur leur travail quotidien avec les différentes directives européennes d'égalité.

Force est de constater qu'il n'est pas clair à quelle règle de droit européenne tant d'États membres se réfèrent pour autoriser une dérogation à l'interdiction de la discrimination dans le cadre des affaires internes des églises ou du recrutement des prédicateurs. Le présent rapport Equinet fournit une analyse ultérieure de cette question (Chapitre 1). Une autre conclusion importante est qu'il est nécessaire de disposer d'une définition claire et nette de la « protection sociale » dans la Directive 2000/43/CE et des « biens et services » dans la Directive 2004/113/CE (mais aussi utilisée par rapport à d'autres motifs que le sexe dans divers pays européens), afin d'être en mesure de déterminer la portée de ces concepts. Il n'existe pour ainsi dire pas de précédents ou d'approches académiques intéressantes pouvant servir de référence aux organismes de promotion de l'égalité (Chapitre 2). Finalement, le rapport indique que la dérogation à l'interdiction de la discrimination par rapport à des exigences professionnelles essentielles et déterminantes devrait être interprétée de manière restrictive (Chapitre 3).

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 sont encore souvent très différentes.³ Les analyses

¹ Il a été demandé à certains membres du groupe de travail d'y répondre et à d'autres partenaires d'Equinet d'y participer bénévolement. Les cas ont été traités par des employés expérimentés des organismes nationaux de promotion de l'égalité. Alors que les réponses ne peuvent pas être lues comme des déclarations officielles émanant des organismes, toutes les informations utilisées dans ce rapport ont toutefois été approuvées par ces organismes avant d'être publiées.

² Les trois rapports ont été commentés par le groupe de travail au cours d'une réunion qui a eu lieu à Bruxelles en novembre 2007.

³ Les contributions apportées par les membres sont publiées en entier dans les annexes de la version anglaise de cette publication et sur le site Internet de Equinet : www.equineteurope.org

révèlent qu'il y a aussi bien des similarités que des différences dans l'interprétation des directives (Chapitres 1-3). Le groupe de travail espère que les bonnes pratiques seront une source d'inspiration pour les autres membres et qu'elles contribueront à une plus grande harmonisation de l'implémentation de la législation de l'UE à ce sujet.

C'est au nom du groupe de travail dédié à l'Interprétation dynamique que je voudrais remercier pour leur temps et leur enthousiasme toutes les personnes qui ont apporté leur contribution à ce rapport, plus particulièrement : Alexandra Straznicka, Ingrid Krogus et Margrethe Søbstad.

Femke Wegman

Modératrice - Le Groupe de Travail de Equinet chargée de l'Interprétation dynamique

Contributeurs

Le Groupe de Travail de Equinet chargée de l'Interprétation dynamique :

Femke Wegman (*Modératrice*)

Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement

Aristeidis Alestas

Médiateur grec

Kostas Bartzeliotis

Médiateur grec

Michiel Bonte

Centre belge pour l'Égalité des Chances et la Lutte contre le Racisme

Fabio Giglioni

Bureau national Italien contre les Discriminations raciales

Ingrid Krogus

Médiateur suédois contre la Discrimination ethnique

Nanna Margrethe Krusaa

Comité des Plaintes pour l'Égalité ethnique, Institut danois pour les Droits de l'Homme

Calixte Lumeka

Centre belge pour l'Égalité des Chances et la Lutte contre le Racisme

Peter Reading

Commission britannique pour l'Égalité et les Droits de l'Homme

Ulrike Salinger

Organisme national autrichien pour l'Égalité de Traitement

Margrethe Søbstad

Médiateur norvégien pour l'Égalité et l'Anti-discrimination

Alexandra Straznicka

Centre national slovaque pour les Droits de l'Homme

Lucie Otahalova

Cabinet gouvernemental de la République tchèque, Département des Droits de l'Homme

Autres contributions d'Equinet :

Katalin Gregor

Autorité hongroise pour l'Égalité de Traitement

Chapitre 1

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

Ce cas est axé sur la discrimination fondée sur le sexe et sur les problématiques provenant de l'interprétation de l'Article 4 de la Directive sur l'Égalité en matière d'Emploi concernant les dérogations pour les activités professionnelles au sein des Églises. Ce cas est basé sur une plainte existante soumise en 2005 au Centre national slovaque pour les Droits de l'Homme.

Cas

Une femme était un membre actif d'une Église au sein de laquelle les hommes et les femmes étaient autorisés à occuper une position de prédicateur. Dans cette Église, la femme en question a conduit pendant plus de dix ans diverses activités au profit de la jeunesse ; elle s'y est occupée de l'administration et elle a, avec l'approbation de cette Église, suivi avec succès des cours universitaires de théologie, dans le dessein d'occuper plus tard une position de prédicateur au sein de cette Église. Après avoir terminé ses études universitaires et avoir obtenu les qualifications pertinentes requises pour la fonction susmentionnée, la femme a introduit une demande conformément aux règles internes de l'Église afin d'être admise à la procédure de sélection liée à l'obtention d'un poste de prédicateur.

L'Église a toutefois rejeté sa demande en expliquant brièvement qu'en raison de la compréhension de la position de la femme dans l'Église résultant de son interprétation de la Bible, seuls des hommes pouvaient être préposés au poste de prédicateur dans cette Église spécifique.

Le statut interne de cette Église requiert en général d'une personne sollicitant un emploi de prédicateur qu'elle soit un récepteur du Saint-Esprit, qu'elle soit un membre actif de l'Église depuis au moins sept ans, qu'elle ait réussi avec fruit des études de théologie et qu'elle ait acquis une expérience théorique et pratique du fonctionnement de l'Église (p. ex. en travaillant avec des groupes de jeunes). Les statuts internes de l'Église n'imposent pas de traitement différent à l'égard des femmes. Au moment où la femme a postulé l'emploi de prédicateur, trois femmes remplissaient déjà cette fonction au sein de l'Église en question.

Questions

Examinez le cas dans le contexte de vos législation et jurisprudence nationales ou décrivez comment le cas serait considéré par l'autorité compétente de votre pays. Veuillez en particulier considérer les questions spécifiques suivantes :

1. *Ce cas relève-t-il du champ d'application de la loi anti-discrimination de votre pays ? Si oui, veuillez expliquer de quelle manière et si non, pourquoi pas. Si un tel cas ne peut selon vous pas se produire dans votre pays, veuillez expliquer pourquoi.*

2. *Quel tribunal/organisation serait compétent ? (Veuillez préciser le niveau du tribunal dans le système judiciaire.)*

3. *Quel(s) motif(s) serai(en)t applicables ici et pourquoi ? P. ex. religion, sexe. Si les deux sont applicables, veuillez expliquer comment vous procéderiez à l'analyse.*

4. *Le refus d'admission de la femme serait-il considéré comme une discrimination directe, indirecte ou comme une action non discriminatoire et pourquoi ?*

5. *Si vous trouvez que ce cas mène à une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il dans votre pays une dérogation comme mentionnée dans l'article 4 (1) ou 4 (2) de la Directive 2000/78/CE et serait-elle applicable dans le présent cas ? Si les deux sont applicables, veuillez expliquer comment vous procéderiez à l'analyse.*

5a. *Si vous trouvez qu'une dérogation basée sur l'article 4(1) de la Directive est applicable, veuillez spécifier :*

- *si la caractéristique constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante ; et*
- *si l'objectif de l'exigence est légitime et si l'exigence professionnelle est proportionnée à l'objectif.*

5b. *Si vous trouvez qu'une dérogation basée sur l'article 4(2) de la Directive est applicable, veuillez spécifier :*

- *si la caractéristique constitue une exigence professionnelle essentielle ;*
- *si la caractéristique constitue une exigence professionnelle légitime et justifiée ;*

- si la différence de traitement ne justifie pas une discrimination fondée sur un autre motif.

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

8. Utiliseriez-vous les normes internationales dans votre argumentation, p. ex. la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ? Si oui, quelle(s) disposition(s) ?

Législation

Article 4 de la Directive 2000/78/CE

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

2. Les États membres peuvent maintenir 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 la religion ou les convictions, **une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, par la 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 les convictions, agissant en conformité avec les dispositions constitutionnelles et législatives nationales, de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation.

Résumé des résultats

L'analyse est fondée sur neuf réponses obtenues des organismes de promotion de l'égalité suivants :

- Organisme national autrichien pour l'Égalité
- Institut danois pour les Droits de l'Homme
- Commission britannique pour l'Égalité et les Droits de l'Homme
- Médiateur grec
- Autorité hongroise pour l'Égalité de Traitement⁴
- 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

1. Champ d'application de la loi anti-discrimination

Les pays traiteraient le cas en adoptant différents types de législation. Dans la plupart des pays, les groupes religieux ne relèvent pas de la législation sur l'égalité de traitement, étant donné que leurs

⁴ Le questionnaire n'a pas été entièrement rempli.

activités, et ce, même dans le domaine de l'emploi, sont considérées comme une « affaire spirituelle » ou comme une « affaire interne ».

En Grande-Bretagne, les ministres du culte ne tombent pas, pour la raison susmentionnée, sous la loi de la protection de l'emploi. Dans le cas *Percy v Church of Scotland Board of National Mission*, la Chambre des Lords a toutefois exprimé l'opinion que les ministres du culte pouvaient être couverts par la définition de l'emploi dans la loi sur la discrimination en raison du sexe, selon l'interprétation donnée au mot « emploi ».

La loi norvégienne sur l'égalité des sexes couvre tous les domaines de la société, sauf les affaires internes de l'Église et des communautés religieuses. La question capitale est donc de savoir si l'embauche d'un prédicateur est considérée comme une affaire interne de l'Église ici concernée et si l'embauche d'une femme pour remplir cette fonction est contraire aux convictions religieuses de cette Église.

Au Danemark, la discrimination fondée sur le sexe dans le cadre des relations professionnelles est couverte par la Loi sur l'Égalité des Sexes, mais cette dernière n'est toutefois pas applicable à la situation spécifique d'une Église recrutant un prêtre.

La Hongrie a répondu que ce cas ne tombe pas sous la Loi sur l'Égalité de traitement, parce que son champ d'application ne s'étend pas aux relations existant au sein des entités ecclésiastiques directement concernées par les activités de la vie religieuse des Églises.

Aux Pays-Bas, le cas ne serait pas couvert par la législation anti-discrimination, du moins pas dans le cadre de la Loi néerlandaise relative à l'Égalité de Traitement pour laquelle la Commission pour l'Égalité de Traitement est compétente. En vertu de cela, la Loi néerlandaise relative à l'Égalité de Traitement n'est pas applicable à la fonction de ministre du culte fondée sur le principe de la séparation de l'Église et de l'État.

En Autriche, il existe une situation spéciale dans le cadre de laquelle les groupements religieux peuvent revêtir diverses formes juridiques : du groupe religieux explicitement reconnu en tant que tel au groupe religieux adoptant la forme d'une association (« Verein »). Les groupements religieux explicitement reconnus comme tels ont le droit de régler leurs affaires internes de manière autonome, c'est-à-dire sans interférence de l'État. La juridiction de la Cour suprême autrichienne considère les affaires liées à l'embauche et à la nomination du personnel clérical comme étant des affaires internes. Eu égard à l'autonomie de l'Église, ce cas ne tomberait pas sous la Loi autrichienne sur l'Égalité de Traitement.

En Grèce, un tel cas serait étudié comme étant un cas de discrimination fondée sur le motif du sexe, conformément à la Directive 2002/73/CE, que la Grèce a implémentée sous la Loi N° 3488/2006.

Ce cas serait également couvert par la législation nationale relative à l'anti-discrimination spécifiquement conçue pour implémenter le droit de l'UE en Suède (Loi suédoise sur l'égalité des sexes) et en Slovaquie (Loi anti-discrimination).

2. Tribunaux/organisations compétents

Dans la plupart des États membres, ce cas relèverait de la compétence des tribunaux de première instance et plus spécifiquement des tribunaux du travail qui sont spécialisés dans le domaine de l'emploi (Grande-Bretagne, Norvège, Danemark, Autriche, Suède, Pays-Bas, Slovaquie). La Hongrie dispose d'un tribunal ecclésiastique (synode) et la Grèce de tribunaux spéciaux au sein même de l'Église grecque.

En plus des tribunaux normaux, les organismes de promotion de l'égalité sont, dans certains États membres, également habilités à traiter ce genre de cas (le Médiateur pour l'Égalité et l'Anti-Discrimination en Norvège, le Conseil danois pour l'Égalité des Sexes, la Commission autrichienne pour l'Égalité de Traitement et le Centre national slovaque pour les Droits de l'Homme).

En Grèce, la question a été soulevée de savoir sous quelles conditions le Médiateur grec serait compétent pour traiter ce cas. L'Église orthodoxe de Grèce, ainsi que toutes les autres institutions religieuses de droit public de n'importe quelle croyance reconnue, ne fait explicitement pas partie du mandat du Médiateur grec. La Loi parlementaire N° 3488/2006 a toutefois élargi la compétence du Médiateur grec au secteur privé pour les cas de discrimination fondée sur le motif du sexe, mais il ne ressort pas clairement du libellé de la Loi si elle est aussi applicable à un organisme public religieux. Si l'entité religieuse en question était un organisme de droit privé, l'affaire tomberait certainement sous la juridiction conjointe du Médiateur et des Inspecteurs du Travail. S'il s'agit d'un organisme de droit public, l'affaire soulèverait une difficulté d'interprétation de la Loi susmentionnée.

3. Motifs de discrimination

Tous les membres, à l'exception de la Hongrie, partageaient l'opinion selon laquelle la femme avait été victime d'une discrimination fondée sur le motif du sexe, puisque c'était le seul facteur décisif et distinctif invoqué pour refuser sa demande (Grande-Bretagne, Norvège, Danemark, Autriche, Suède, Grèce, Slovaquie). L'Autorité hongroise pour l'Égalité de Traitement a pour sa part fait savoir que ni la religion, ni le sexe ne constituaient ici des motifs appropriés.

En Grande-Bretagne, en plus de la Loi sur la Discrimination sexuelle, l'affaire pourrait entrer dans le champ d'application de la Réglementation britannique de 2003 concernant l'Égalité dans l'Emploi (Religion ou Conviction), selon laquelle une discrimination directe fondée sur des motifs de religion ou de conviction est illégale. Contrairement à la Loi sur la Discrimination sexuelle, cette réglementation exprime un point de vue intéressant selon lequel la religion ou la conviction qui constitue la raison du traitement moins favorable ne doit pas être la religion ou la conviction de la personne qui fait l'objet de ce traitement inégal. C'est pourquoi la femme en question pourrait porter plainte pour discrimination due à la religion ou aux convictions des membres de l'Église qui ont rejeté sa demande d'emploi.

Aux Pays-Bas, les normes d'égalité de traitement ne sont pas applicables aux affaires internes des communautés religieuses et autres organisations comparables, ni aux fonctions religieuses. La législation néerlandaise est donc d'avis qu'aucun des motifs protégés n'est donc applicable ici.

4. Discrimination directe/indirecte ou non-discrimination

La question si le refus d'admission de la femme était considéré comme une discrimination directe, indirecte ou comme une action non discriminatoire a reçu une réponse unanime : il s'agissait d'une discrimination directe fondée sur le motif du sexe (Grande-Bretagne, Norvège, Danemark, Autriche, Suède, Grèce, Slovaquie).

L'Organisme national autrichien pour l'Égalité a en premier lieu examiné si le « travail en tant que prédicateur » pouvait en fait être considéré comme un contrat de travail à part entière. Concernant la juridiction de la CJE, certains experts juristes autrichiens sont d'avis que toute relation dans le cadre de laquelle un travail est effectué en échange d'argent ou de bien matériels nécessaires à la vie doit être interprétée comme un contrat de travail, conformément à la Loi sur l'égalité de traitement.

Le Médiateur grec a indiqué que l'affaire pourrait être considérée comme un cas de discrimination indirecte fondée sur le sexe plutôt que sur la religion. L'interdiction de nommer des femmes au poste de prédicateur étant contraire aux réglementations internes de l'Église, ainsi qu'à ses pratiques, le refus d'embaucher la femme concernée ici n'est donc pas basé sur la religion, mais sur le sexe.

L'Autorité hongroise pour l'Égalité de Traitement était d'avis que le refus d'embauche n'était pas à première vue une discrimination basée sur le sexe, puisqu'au moment de la sollicitation, l'Église employait d'autres femmes pour remplir la fonction de prédicateur.

La question s'il s'agit d'une discrimination directe ou indirecte ne relevant pas du

champ d'application de la Loi néerlandaise sur l'Égalité de Traitement, aucune forme de discrimination ne peut être retenue ici.

5. Interprétation et application de l'Article 4 (1) ou 4 (2) de la Directive 2000/78/CE

La Directive fait état de deux dérogations essentielles à l'exigence professionnelle. L'Art. 4 (1) prévoit une dérogation au devoir de non-discrimination lorsque, vu les activités professionnelles ou leur contexte, le fait d'adhérer à une religion particulière constitue une condition essentielle et déterminante de l'emploi visé, et lorsqu'il existe un objectif légitime pour cette exigence et que cette dernière est proportionnée à l'objectif.

L'Art. 4 (2) s'applique uniquement aux Églises et autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est basée sur la religion ou sur une conviction. Les organisations d'éthique religieuse peuvent exiger d'une personne sollicitant un emploi au sein d'une telle organisation d'adhérer à une certaine religion ou conviction et que cela constitue une condition professionnelle essentielle par rapport à l'éthique de cette organisation.

Les membres du groupe de travail et d'autres membres d'Equinet qui sont compétents pour traiter de ce genre d'affaires ont déclaré dans leurs réponses respectives que la dérogation en vertu de la Directive n'est pas applicable (Suède, Grèce, Slovaquie).

En Slovaquie, la dérogation concernant les exigences professionnelles essentielles relatives aux Églises est plus étendue que celle prévue par l'Art. 4(2), parce qu'elle permet à des groupements religieux de discriminer pour des motifs de sexe ou d'orientation sexuelle, plutôt qu'exclusivement pour des motifs religieux comme l'indique la Directive. L'actuel libellé de la dérogation comprise dans la Loi anti-discrimination slovaque ne se limite pas aux exigences professionnelles essentielles ; il semblerait en effet que les organisations religieuses bénéficient d'une dérogation totale permettant la discrimination dans leurs pratiques en matière d'emploi, et ce, sans avoir besoin de lier la dérogation aux nécessités d'un

travail pratique. Des modifications à la disposition pertinente de la Loi anti-discrimination sont actuellement en phase de préparation. Elles tiennent compte du concept des exigences professionnelles essentielles mentionnées dans l'Art. 4 (2) de la Directive et limitent la discrétion des Églises et des communautés ecclésiastiques en implémentant des dérogations admissibles au principe de l'égalité de traitement.

Selon la Réglementation britannique de 2003 relative à l'égalité en matière d'emploi (Religion ou Conviction), le fait d'adhérer à une religion ou conviction particulière constitue une exigence professionnelle essentielle par rapport à un emploi. Les circonstances du cas étudié ici démontrent que les membres d'une branche particulière de cette Église désapprouvent le fait que des femmes puissent remplir la fonction de prédicateur, alors que l'ensemble de l'Église à laquelle la femme en question appartient ne partage pas du tout ce point de vue. Si une dérogation admissible existe dans la Loi relative à la Discrimination sexuelle, où le fait d'être d'un certain sexe est considéré comme une exigence professionnelle essentielle, la portée de son application est limitée et non applicable ici.

Le Danemark est le seul pays où une dérogation relative au sexe pourrait être applicable. Un arrêté-loi de 1978 exclut l'emploi des prêtres au sein de l'Église luthérienne nationale danoise et les fonctions similaires dans d'autres communautés religieuses du champ d'action de la Loi de consolidation relative à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi et le congé de maternité. Dans cette Loi, la dérogation figurant dans l'article 13 (1) réfère aux exigences professionnelles.

6. Test de justification objective

En ce qui concerne le test de justification objective, la plupart des membres du groupe de travail et les autres membres d'Equinet qui sont compétents pour traiter ce genre d'affaires ont répondu qu'une discrimination directe fondée sur le motif du sexe ne pouvait pas être justifiée (Grande-Bretagne, Suède, Slovaquie).

En Norvège, le test de justification objective est uniquement applicable aux cas de discrimination indirecte. La discrimination directe ne peut pas être justifiée en Norvège, sauf dans de très rares circonstances et en tout cas pas dans le cas présenté ici. Conformément à la législation norvégienne, la dérogation prévue pour les communautés religieuses ne serait pas basée sur un test de justification objective, mais référerait plutôt au champ d'application de la Loi sur l'Égalité, qui exclut les affaires internes des Églises et des communautés religieuses.

En Autriche, la situation varie selon la forme juridique du groupement religieux. Si un groupement religieux indépendant au sein d'une Église plus vaste possède un certain degré d'autonomie, il est possible que le demandeur d'emploi doive satisfaire à des exigences particulières. Si le groupement ou l'Église « spécifique » n'est pas autonome vis-à-vis du reste de l'Église, la différence de traitement n'est toutefois pas justifiée.

La réponse émanant de la Grèce a pris en considération les statuts internes d'une Église spécifique, la force d'une tradition largement répandue et les opinions dogmatiques accessibles au public caractérisant la confession religieuse en question qui pourraient justifier le traitement différent des femmes, pour qui l'accès à certaines fonctions au sein de l'Église peut être interdit, comme dans de nombreuses branches de la foi chrétienne et musulmane. Mais une telle justification n'est pas ici d'application, étant donné que le règlement interne et les pratiques générales de l'Église n'interdisent pas aux femmes d'accéder au poste de prédicateur.

7. Équilibre entre droits antinomiques

Le conflit entre la liberté de religion et l'égalité des sexes a fait l'objet de nombreux débats au sein du discours relatif aux droits de l'homme. Les réponses des membres du groupe de travail démontrent qu'il n'existe pas de consensus à cet égard. Les opinions varient d'un État membre à l'autre, compte tenu de la législation internationale relative

aux droits de l'homme et des principes constitutionnels de la législation interne. Dans certains États membres, comme l'Autriche, les Pays-Bas, la Grèce, la Norvège et le Danemark, la liberté de religion semble prévaloir sur l'interdiction de discrimination. En Grande-Bretagne, en Suède et en Slovaquie, c'est le droit anti-discrimination qui est prioritaire. Les réponses indiquent globalement que la réalisation d'un équilibre entre droits antinomiques requiert une identification précise et une interprétation correcte du cœur du conflit.

La Grande-Bretagne et l'Autriche ont étudié le cas du point de vue de la liberté de religion conformément à l'Art. 9 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH), faisant valoir que ce droit n'est pas absolu et qu'il peut subir une interférence en considération des limitations comprises dans le paragraphe 2 de l'Article mentionné. La Grande-Bretagne a indiqué que lors d'une évaluation des quatre tests (prescrits par la loi, objectif légitime, proportionné et nécessaire dans une société démocratique), les droits de l'Église à la liberté de religion devraient sans doute céder la priorité aux droits des femmes à la protection contre la discrimination. En Autriche, la CEDH a le statut d'un droit constitutionnel. L'interprétation de l'Art. 9 de la CEDH engendre différents résultats pour un même cas.

La Norvège a étudié le cas en fonction de la Constitution norvégienne et de la Loi relative aux Droits de l'Homme, qui inclut le principe de la non-discrimination. Puisque les affaires intérieures des Églises et des communautés religieuses sont affranchies de la Loi sur l'Égalité des Sexes, la liberté de religion prévaudra lorsque l'interdiction de discrimination est contestée, mais uniquement dans la mesure où la problématique traitée est considérée comme étant étroitement liée au droit qu'a une personne d'exercer sa religion.

En Suède, la liberté de religion est protégée par la constitution. Les dispositions couvrent le droit personnel de croire et, dans une certaine mesure, d'exprimer sa foi en public, mais elles ne peuvent pas être invoquées comme un droit à la discrimination. La législation

interdisant la discrimination dans le cadre de la vie professionnelle proscrit aussi bien la discrimination fondée sur le motif du sexe, que celle basée sur la religion. Dans ce cas précis, il serait possible d'engager une poursuite judiciaire sur la base des deux motifs, ce qui équivaut à une multidiscrimination.

La Grèce était d'avis que toute enquête sur l'affaire portée devant un organisme pour l'égalité de traitement ou devant un tribunal devrait tenir compte du fait que l'Église en question ne prévoit pas l'exclusion des femmes en tant que prédicatrices. Les États membres devraient simultanément évaluer les pratiques liées aux principes et points de vue théologiques et/ou à l'éthique organisationnelle d'une Église ou d'une institution religieuse, qui ne relèvent pas du champ d'application de la législation anti-discrimination.

Le principe de la séparation Église-État est compris dans la législation des Pays-Bas. C'est en vertu de cette démarcation que les normes pour l'égalité de traitement sont déclarées non applicables aux relations juridiques existant au sein des communautés religieuses et autres organisations comparables, à la fonction de ministre du culte, ainsi qu'aux programmes d'études et aux exigences de qualification associés à une telle fonction.

En Slovaquie, un arrêt de la Cour constitutionnelle sur l'équilibre entre la liberté de religion et l'interdiction de la discrimination stipule que bien que les Églises et les associations religieuses soient habilitées à exercer leurs droits indépendamment des autorités de l'État, elles sont cependant tenues à respecter l'ordre juridique de l'État, si les activités en questions sont exécutées dans le cadre d'une relation juridique civile, d'une relation d'emploi ou d'autres relations juridiques connexes.

Une conclusion essentielle de cette étude de cas est qu'il n'est pas clair à quelle règle de droit européenne tant d'États membres réfèrent pour autoriser une dérogation à l'interdiction de la discrimination dans le cadre des affaires internes d'une Église ou du recrutement de prêtres.

Les questions et références suivantes fournissent un cadre pour effectuer une analyse plus détaillée.

Questions supplémentaires :

Une dérogation générale serait-elle illégale selon l'Art. 4 de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, alors qu'une dérogation sous forme d'exigence professionnelle essentielle serait possible ?

Le terme « exigence professionnelle » signifie-t-il que les Églises sont généralement autorisées à discriminer, ou signifie-t-il que certaines fonctions peuvent uniquement être remplies par des hommes en raison de leur caractère religieux ?

Références supplémentaires :

a. Préambule de la Directive sur l'égalité en matière d'emploi 2000/78/CE qui stipule dans les points 23 et 24 :

(23) Dans des circonstances très limitées, une différence de traitement peut être justifiée lorsqu'une caractéristique liée à la religion ou aux convictions, à un handicap, à l'âge ou à l'orientation sexuelle constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. Ces circonstances devraient être mentionnées dans les informations fournies par les États membres à la Commission.

(24) L'Union européenne a reconnu explicitement dans sa déclaration N° 11 relative au statut des Églises et des organisations non confessionnelles, annexée à l'acte final du Traité d'Amsterdam, qu'elle respecte et ne préjuge pas le statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les Églises et les associations ou communautés religieuses dans les États membres et qu'elle respecte également le statut des organisations philosophiques et non confessionnelles. Dans cette perspective, les États membres peuvent maintenir ou prévoir des dispositions spécifiques sur les exigences professionnelles essentielles, légitimes et justifiées susceptibles d'être

requis pour y exercer une activité professionnelle.

b. La déclaration N° 11 relative au statut des Églises et organisations non confessionnelles stipule ce qui suit :

L'Union européenne respecte et ne porte pas préjudice au statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les Églises et les associations ou communautés religieuses dans les États membres.

L'Union européenne respecte également le statut des organisations philosophiques et non confessionnelles.

c. Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002

Le Préambule réfère dans le point 9 aux employeurs en général, précisant que dans ce contexte, il convient décourager les employeurs et les personnes responsables de la formation professionnelle à prendre des mesures pour lutter contre toutes les formes de discrimination sexuelle et, notamment, à prendre des mesures préventives contre le harcèlement et le harcèlement sexuel sur le lieu de travail, conformément à la législation et aux pratiques nationales.

(Art. 3/1) L'application du principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe dans les secteurs public ou privé, y compris dans les organismes publics.

(Art. 2/6) Les États membres peuvent prévoir en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la formation qui y donne accès, qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée au sexe ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du cadre dans lequel elles se déroulent, une telle caractéristique constitue une exigence professionnelle véritable et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée.

d. Traité de l'UE

(Art. 6/2) L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire.

e. Rapport par Lucy Vickers : La discrimination fondée sur la religion et les convictions dans le domaine de l'emploi – le Droit de l'UE (réseau européen d'experts juridiques en matière de non-discrimination), novembre 2006, p. 42:

Bien que les dérogations visant le respect de l'autonomie des groupements religieux peuvent concorder avec l'Article 4 de la Directive, qui autorise des dérogations pour des exigences professionnelles essentielles, l'exclusion totale de tels cas de la considération du tribunal peut résulter en une non-protection du personnel. Les dérogations à la réglementation de non-discrimination sont autorisées, mais uniquement lorsque leur objectif est légitime et proportionné. Il serait préférable, et plus compatible avec la Directive, de requérir que toute dérogation appliquée aux Églises soit soumise à un contrôle effectué par les tribunaux compétents afin de garantir qu'elle soit objective et raisonnable. Il est clair que dans de nombreux cas impliquant la nomination de membres du clergé ou d'autres personnes chargées de la célébration de services religieux ou de l'instruction, la discrimination fondée sur le motif de la religion est susceptible d'être proportionnée. Lorsqu'ils interprètent la Directive, les tribunaux considéreront la jurisprudence claire de la CEDH, qui protège les droits des groupements religieux de choisir leurs propres dirigeants, dans le cadre de la protection qui leur est due. Il est toutefois préférable de recenser les dérogations accordées par le Tribunal utilisant la norme de proportionnalité, plutôt que d'exempter en une fois la totalité des organismes religieux.

8. Application des normes internationales

La plupart des partenaires n'utiliseraient pas de normes internationales dans leur argumentation, et ce, pour diverses raisons.

En Grande-Bretagne, la femme aurait un droit en vertu de la législation intérieure sur la discrimination sexuelle ; aucune norme internationale ne doit donc être appliquée. Au Danemark et en Suède, la situation serait la même. En Norvège, on référerait uniquement aux normes internationales si la législation nationale peut prêter à une interprétation ambiguë. La Grèce prendrait les principes théologiques de l'Église en considération. Aux Pays-Bas, il y a une référence à la juridiction de la CJE.

Le fait que la CEDH a le statut d'une loi constitutionnelle en Autriche serait utilisé dans l'argumentation de l'affaire.

En Slovaquie, les normes internationales seraient prises en compte comme argument complémentaire.

Conclusions et recommandations

Cette analyse est axée sur la législation anti-discrimination nationale des membres d'Equinet vis-à-vis des Églises et autres communautés ecclésiastiques, ainsi que sur l'interprétation et l'application des dérogations pour les activités professionnelles conformément à l'Article 4 de la Directive sur l'égalité en matière d'emploi.

Dans la plupart des pays, les groupements religieux ne relèvent pas de la législation sur l'égalité de traitement, étant donné que leurs activités, et ce, même dans le domaine de l'emploi, sont considérées comme une « affaire spirituelle » ou comme une « affaire interne », mais il n'est absolument pas clair ce que ces termes signifient réellement. Que l'embauche d'un prédicateur soit considérée comme une affaire interne d'une Église ou comme un « travail » au sens propre du terme selon la juridiction de la CJE et des tribunaux nationaux dépend entièrement de l'interprétation.

En ce qui concerne le conflit entre la liberté de religion et l'égalité des sexes, la présente étude de cas suggère qu'il n'y a pas de consensus entre les États membres.

On remarque un manque de cohérence au sujet de la terminologie et de la pratique des États membres dans leur application de la dérogation mentionnée dans l'Art. 4 par. 2 de la Directive sur l'égalité en matière d'emploi par rapport aux Églises.

Certains membres du Groupe de Travail « Interprétation dynamique » (Danemark, Pays-Bas, Slovaquie) sont d'avis que la Directive sur l'égalité en matière d'emploi 2000/78/CE n'est pas applicable à l'affaire en question, parce que cette Directive ne couvre pas la discrimination fondée sur le motif du sexe.

Même la refonte de la Directive 2002/73/CE utilise seulement un terme général, « l'employeur », sans faire de distinction si l'employeur est une Église ou un groupement religieux.

La liberté de religion par rapport à l'égalité des sexes est mentionnée dans le point 3 du Préambule de la Directive du Conseil 2004/113/CE, mais elle n'est pas applicable à l'affaire en question, car la directive régit l'application du principe d'égalité entre hommes et femmes quant à l'accès et à la fourniture de biens et services, pas à l'emploi.

Une analyse de la législation anti-discrimination pertinente au sein de l'UE révèle qu'il n'est pas clairement établi quelle disposition du droit de l'UE autoriserait les législateurs nationaux à octroyer aux organisations religieuses une autonomie si vaste qu'elles puissent régler leurs affaires internes sans aucun égard pour le principe d'égalité.

Dans la mesure où l'UE respecte les droits fondamentaux, comme garantis par la Convention européenne des Droits de l'Homme et la juridiction de la Cour européenne des Droits de l'Homme, il est conseillé de prendre en compte la jurisprudence de la CJE, de la CEDH et des Cours suprêmes nationales, lorsqu'on enquête pour voir si une Église a commis une discrimination en dépassant la marge acceptable de la dérogation. Cette

jurisprudence fournira les directives permettant d'interpréter et d'équilibrer les droits antinomiques.

Il est également conseillé d'interpréter la dérogation de manière restrictive, ceci afin d'éviter le risque d'affaiblir l'efficacité de la protection des victimes de pratiques discriminatoires perpétrées par les Églises sur la base d'autres motifs que celui de la religion ou des convictions.

*Cette étude de cas a été préparée par
Alexandra Strážnická (Avocate - Centre
national slovaque pour les Droits de
l'Homme)*

Chapitre 2

Étude de cas sur la race, la religion et la garde des enfants

Ce cas traite d'une enfant qui a été soutirée à la garde de ses parents par les autorités sociales, ainsi que du refus de ces autorités sociales d'octroyer un droit de visite réciproque aux parents et à l'enfant, empêchant ainsi l'enfant d'avoir accès à ses parents, à sa culture et à sa religion. Parmi les questions que ce cas a soulevées, on trouve celle-ci : dans une même situation, aurait-on également empêché des parents avec d'autres antécédents ethniques de voir leur enfant et aurait-on pour les mêmes motifs soutiré un enfant avec d'autres antécédents ethniques à la garde de ses parents ? Ce cas est basé sur une plainte existante qui a été soumise en février 2006 au Médiateur suédois contre la discrimination ethnique.

Cas

ZH, une musulmane originaire d'Iran, est arrivée en Suède en 1989. Elle a une fille H (qui a aujourd'hui 4 ans). Après un mariage difficile, où son mari l'a régulièrement harcelée et physiquement maltraitée, elle a finalement divorcé.

La grossesse conduisant à la naissance de sa fille a été physiquement contraignante. C'est pour cette raison et elle était entièrement d'accord que son médecin lui a proposé à l'époque de solliciter une aide à domicile octroyée par les autorités sociales. ZH a donc introduit une demande initiale auprès des autorités sociales afin de pouvoir bénéficier d'une assistance et d'une aide à domicile.

Dotée d'un tempérament fougueux, ZH rencontre aussi des problèmes avec l'alimentation de H. L'ex-mari de ZH continue régulièrement à la harceler et à abuser d'elle physiquement.

Quelques mois plus tard, les autorités sociales déclarent qu'elles ne peuvent plus répondre à la demande de la mère de recevoir de l'aide à domicile et décident, sous la menace directe de retirer l'enfant de force, que la mère et sa fille doivent être placées dans un centre de réhabilitation (*behandlingshem*), afin d'y suivre une thérapie destinée à traiter l'agressivité de ZH et les troubles alimentaires de H.

Après 15 mois, ZH refuse désormais de coopérer, car elle se sent surveillée et ethniquement harcelée par le personnel du centre. Elle entre continuellement en conflit avec eux.

Les autorités sociales décident alors de séparer en permanence la fille de sa mère en la soutirant de force à la garde de sa mère sur la base des troubles alimentaires de H. Le droit de visite de la mère à sa fille est limité à une entrevue de trois heures par mois, sous la supervision des autorités sociales et à un appel téléphonique par mois. Le motif invoqué pour cette décision est que H est chaque fois bouleversée après une visite.

Depuis cette décision, H a été placée de manière ininterrompue dans un foyer d'accueil entièrement suédois, sans

possibilité réelle d'entrer en contact avec la culture de sa mère, sa langue maternelle, sa religion, etc. Les autorités sociales ont déclaré ne pas envisager actuellement la possibilité de réunir H avec ZH, étant donné qu'elles oeuvrent toujours à leur séparation.

Selon ZH, les autorités sociales essaient manifestement de la détacher de sa fille. Au cours des conversations avec la mère, les autorités sociales d'une part et le personnel du foyer d'accueil d'autre part ont à plusieurs reprises référé aux normes et valeurs suédoises pour étayer les confrontations orales mettant en doute la capacité de la mère à agir en tant que tutrice et gardienne de sa fille. La visite est souvent annulée par les autorités sociales, car la perspective d'une rencontre avec ZH perturbe H. Les parents d'accueil ne parlent pas d'autre langue que le suédois ; H n'a aucune possibilité de pratiquer sa religion dans le foyer d'accueil ; les parents d'accueil nourrissent H avec de la viande de porc ; ni ZH, ni le père n'ont l'occasion de célébrer avec H les jours fériés de leur culture ; le foyer d'accueil continue de harceler H lorsqu'elle parle le farsi avec sa mère – sans qu'aucune action soit entreprise par les autorités. Le comportement agressif de ZH ne transparaît qu'à son contact avec les autorités sociales et pas avec H. Elle pense que son caractère fougueux et son franc-parler contrastent avec la nature plutôt calme et réservée des Suédois et que c'est pour cela que les autorités sociales la jugent « agressive ». Les autorités sociales refusent de permettre à ZH et à H de consulter ensemble un psychiatre afin que celui-ci puisse établir s'il y a lieu ici de parler d'un trouble psychiatrique et elles ne reconnaissent pas non plus l'examen qu'un psychiatre indépendant a effectué à la demande personnelle de ZH. Il n'existe aucune preuve médicale, et il n'y en a du reste jamais eu, que H ait à une certaine époque souffert d'un trouble de l'alimentation dans le sens médical du terme.

La situation entre ZH et son ex-mari s'est entre-temps stabilisée et ils ont tous deux obtenu un droit de visite limité pour rencontrer leur fille.

ZH se sent discriminée pour les raisons suivantes :

- la décision des autorités sociales de menacer ZH pour qu'elle se plie à leurs demandes ;
- la décision des autorités sociales de lui retirer l'enfant et de la placer dans un foyer d'accueil ;
- la décision des autorités sociales de limiter l'accès de ZH à sa fille.

Elle a le sentiment que son enfant n'a aucune réelle possibilité d'entrer en contact avec la culture, la langue, la religion, etc. de sa mère.

Questions

Examinez le cas dans le contexte de vos législation et jurisprudence nationales ou décrivez comment le cas serait considéré par l'autorité compétente de votre pays. Veuillez en particulier considérer les questions spécifiques suivantes :

1. Dans votre pays, ce cas relèverait-il du champ d'application de la loi anti-discrimination ? Si oui, veuillez expliquer de quelle manière, si non, 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 applicable(s) ici ? Veuillez expliquer.

4. Est-ce que les décisions suivantes constitueraient une discrimination directe ou indirecte ou une non-discrimination ?

- a. la décision des autorités sociales de menacer ZH pour qu'elle se plie à leurs demandes ;
- b. la décision des autorités sociales de lui retirer l'enfant et de la placer dans un foyer d'accueil ;
- c. la décision des autorités sociales de limiter l'accès de ZH à sa fille.

5. Si vous considérez qu'il s'agit d'une discrimination, votre organisation serait-elle ici en mesure d'agir d'une manière ou d'une autre à l'encontre (ou en dépit) des décisions judiciaires ?

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. Si vous trouvez que ce cas mène à une discrimination directe ou indirecte, votre législation nationale prévoirait-elle la possibilité d'une dérogation ? Veuillez expliquer votre approche de l'analyse.

8. Utiliseriez-vous les normes internationales dans votre argumentation (p. ex. la Charte des Nations Unies, les Conventions des Nations Unies ou la CEDH) et si oui, lesquelles et pourquoi ?

Résumé des résultats

L'analyse est fondée sur six réponses obtenues des organismes de promotion de l'égalité suivants :

- Organisme national autrichien pour l'Égalité
- Centre belge pour l'Égalité des Chances et la Lutte contre le Racisme (CECLR)
- Autorité hongroise pour l'Égalité de Traitement
- Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement
- Médiateur norvégien pour l'Égalité et l'Anti-discrimination
- Médiateur suédois contre la Discrimination⁵

1. Champ d'application de la loi anti-discrimination

Selon le Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (CECLR), les décisions prises par le Tribunal de la Jeunesse et/ou par des instances de protection judiciaire de la jeunesse ne relèvent pas du champ d'application des Directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, ni de celui de la législation anti-discrimination belge fixée le 10 mai 2007 par le biais de la Loi Anti-Discrimination, la Loi Anti-Racisme et la Loi pour l'Égalité des Sexes. La législation sur la protection de la jeunesse ne peut pas être réduite à une affaire d'« accès à

⁵ Cette réponse a été fournie sous forme de commentaires relatifs à l'avant-projet de l'analyse.

et de fourniture de services (publics) », ni de « protection sociale » (dans le cadre du Traité CE).

D'autre part, les lois susmentionnées ont été rendues applicables aux « déclarations figurant dans les documents officiels et les procès-verbaux ». C'est pourquoi, si, par exemple, un rapport rédigé par une instance de protection non judiciaire de la jeunesse ou même par le service social du Tribunal de la Jeunesse contient des déclarations discriminatoires, un recours à la législation susmentionnée peut être possible (bien que le cas de ZH ne fasse pas explicitement état de telles déclarations effectuées par les autorités sociales). En outre, lesdites lois fédérales pénalisent la discrimination *intentionnelle* perpétrée par des fonctionnaires et agents de l'autorité publique.

Toutefois, étant donné qu'en Belgique, l'affaire en question serait régie par les Communautés, les lois fédérales contre les discriminations ne pourraient pas être invoquées.

En Hongrie, le cas relèverait du champ d'application de la loi anti-discrimination. Conformément à l'Article 4 (1) c.) et h.) de la Loi sur l'Égalité de Traitement, le principe de l'égalité de traitement doit être respecté aussi bien par les organisations exerçant des pouvoirs en tant qu'autorités, que par les personnes et les institutions qui fournissent de l'aide sociale et des services pour la protection et le bien-être de l'enfance. Sous l'Article 24, paragraphes a.)-b.) de la Loi, le principe de l'égalité de traitement doit être implémenté dans le respect de la sécurité sociale, particulièrement en ce qui concerne la revendication et la garantie d'avantages financés par les systèmes de sécurité sociale et d'avantages sociaux, d'une aide financière ou en nature pour la protection de l'enfance ou pour les soins personnels. Conformément à l'Article 8, paragraphes b.) et f.) de la même Loi, toute disposition en conséquence de laquelle une personne ou un groupe est ou pourrait être traité d'une manière moins favorable qu'une autre personne ou un autre groupe se trouvant dans une situation comparable, et ce, en raison de son origine raciale, de sa langue maternelle, de sa religion ou de ses convictions idéologiques est considérée

comme une discrimination directe. Étant donné que dans l'affaire qui nous concerne ici, il n'est pas vraiment clair, qui a été victime d'une discrimination, il est difficile d'indiquer les dispositions pertinentes de la Loi sur l'Égalité de Traitement, parce que le motif de la discrimination dépend des caractéristiques présumées de la partie offensée.

En Autriche, la réponse dépendrait de la définition et de la compréhension du terme « biens et services ». Ni la Directive 2000/43/CE, ni la Loi autrichienne sur l'Égalité de Traitement ne fournissent une définition du terme « biens et services ». Le champ d'application de la Directive 2000/43/CE est en outre bien plus vaste que ceci, couvrant non seulement les biens et services, mais aussi l'éducation, les avantages sociaux et la protection sociale. Lorsque l'on étudie la section 3 de la Directive 2000/43/CE, il apparaît clairement que cette directive s'applique aussi au secteur public, organismes publics inclus. À ce stade, il est pour ainsi dire impossible d'arriver à une conclusion finale concernant la portée du terme « biens et services », puisqu'il n'existe presque pas de jurisprudence à ce sujet et que les arguments académiques profonds et convaincants sont rares.

En Norvège, l'affaire en question tomberait dans le champ d'application de la Loi Anti-Discrimination, qui interdit dans tous les domaines de la société la discrimination fondée sur divers motifs, parmi lesquels l'ethnicité, la langue et la religion.

Aux Pays-Bas, la Loi sur l'Égalité de Traitement interdit la discrimination fondée sur le motif de la race dans le domaine de la protection sociale, incluant la sécurité sociale et les avantages sociaux. Il n'est pas sûr que la section pertinente de cette loi soit suffisamment vaste pour couvrir le cas présenté ici. Cette section est relativement neuve et son histoire juridique indique que le terme « protection sociale » inclut tous les aspects de l'aide sociale. Cela pourrait impliquer que les décisions prises par les autorités sociales relèvent du terme « protection sociale » et que l'affaire pourrait donc être considérée sous ladite section.

En Suède, le travail préparatoire de la Loi contre la Discrimination de 2003 définit

clairement ce que sont les services sociaux. La discrimination fondée sur les motifs de l'origine ethnique et de la religion est interdite dans le cadre de toutes les actions que les autorités sociales peuvent entreprendre conformément à la totalité de la législation sociale. Il est clairement établi que la loi est également applicable aux cas traitant de la garde des enfants.

2. Tribunaux/organisations compétents

Il s'est avéré que les partenaires avaient différentes approches pour traiter une plainte de ce genre. En Autriche, où le cas relèverait du champ d'application de la Loi sur l'Égalité de Traitement, l'organisme national pour l'égalité serait compétent pour donner des conseils, du soutien et des informations, tandis que la Commission pour l'Égalité de Traitement serait en mesure d'émettre une décision non contraignante sur les questions concernant une éventuelle discrimination. L'affaire pourrait de surcroît être portée devant un tribunal de première instance.

Si la mère a le sentiment que l'identité culturo-religieuse de son enfant n'est pas respectée par la famille d'accueil, l'affaire serait, en Belgique, portée devant un Tribunal de la Jeunesse. En Norvège, l'affaire pourrait être portée devant un tribunal d'arrondissement (tribunal de première instance) ou elle pourrait être considérée par le Médiateur pour l'Égalité et l'Anti-Discrimination. Aux Pays-Bas, en présumant que l'affaire en question relèverait du champ d'application de la Loi sur l'Égalité de Traitement, la Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement serait compétente et pourrait émettre un avis non contraignant à ce sujet. Un tribunal de première instance serait également compétent et pourrait émettre un avis contraignant sur l'affaire.

En Hongrie, l'Autorité pour l'Égalité de Traitement et le Médiateur pour les Droits civils seraient compétents pour traiter ce cas. La procédure et les décisions ne seraient toutefois pas examinées, uniquement la question de l'égalité de traitement. L'Autorité pour l'Égalité de Traitement n'est pas compétente pour enquêter sur les décisions et les mesures de puissance publiques prises par le

Parlement, le Président de la République, le Tribunal constitutionnel, la Cour des comptes, le Commissaire parlementaire pour les droits civils, le Commissaire parlementaire pour les droits des minorités nationales et ethniques, le Commissaire parlementaire pour la protection des données, les tribunaux et le ministère public. Les décisions d'autres organismes publics pourraient néanmoins être supervisées par l'Autorité, même si elle ne peut qu'examiner la conformité avec les dispositions de non-discrimination. Les enquêtes de l'Autorité peuvent uniquement référer aux décisions et à la procédure de l'organisme pour le bien-être de l'enfance, lorsqu'une violation du principe d'égalité de traitement a été constatée.

En Suède, les tribunaux compétents sont les tribunaux de première instance. Un cas de discrimination peut être porté devant un tribunal de première instance par le plaignant, avec (ou sans) l'aide d'un avocat. Le Médiateur contre la Discrimination ethnique peut également porter un tel cas devant le tribunal de première instance.

3. Motifs de discrimination

Aux Pays-Bas, le motif applicable serait celui de la race. Il ne serait pas possible d'examiner s'il peut également être question d'une discrimination fondée sur le motif de la religion. La section pour la protection sociale (actions gouvernementales incluses) est limitée aux motifs de la race. L'interdiction de la discrimination dans le domaine des biens et services ne régleme pas le traitement qui découle d'une tâche purement gouvernementale.

En Hongrie, il existe une protection contre la discrimination fondée sur l'origine ethnique en vertu de laquelle, la liberté de religion et le droit d'utiliser sa langue maternelle doivent être respectés.

Pour la législation norvégienne, les motifs applicables seraient l'ethnicité, la langue et la religion.

En Autriche, tant le motif de la religion que celui de l'appartenance ethnique peut être invoqué, bien que la Loi pour l'Égalité de Traitement limite la protection contre la

discrimination fondée sur l'appartenance ethnique dans domaine des biens et services, la protection sociale et les avantages sociaux.

En Belgique, la race, la religion, l'origine nationale ou sociale et la langue peuvent constituer des facteurs pertinents dans le cadre de cette affaire. En Suède, la discrimination fondée sur les motifs de l'origine ethnique et de la croyance religieuse est interdite.

4. Discrimination directe/indirecte ou non-discrimination

4a. la décision de menacer ZH pour qu'elle se conforme aux prescriptions des autorités sociales

En Belgique, les lois anti-discrimination spécifiques ne seraient pas applicables. L'affaire en question, qui traite de droits fondamentaux (parmi lesquels figure le droit de ne pas être discriminé), référerait plutôt à la Convention européenne des Droits de l'Homme.

En Autriche, la discrimination contre ZH ne peut pas être exclue et elle peut même être considérée comme une forme de harcèlement. Si ZH a été traitée d'une manière moins favorable qu'une mère suédoise ne l'aurait été dans une situation comparable, cette décision pourrait être interprétée comme une discrimination directe (en présumant que le cas relève du champ d'application de la législation pour l'égalité de traitement).

En Norvège, les actions entreprises dans le cadre de cette affaire ne seraient pas considérées comme une discrimination, à moins qu'il n'y ait des circonstances indiquant que l'ethnicité, la religion et/ou la langue de ZH ont joué un rôle dans le processus décisionnel. Le critère qui prévaut dans les cas traitant des foyers d'accueil est celui qui tient compte du meilleur intérêt de l'enfant.

En Hongrie, l'affaire constituerait une discrimination directe. Si la plaignante (ZH) est traitée d'une manière moins favorable qu'une autre personne ou un

autre groupe ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable – par exemple une mère suédoise – en raison de son ethnicité, de sa croyance religieuse et/ou de sa langue maternelle, la décision pourrait être considérée comme une discrimination directe. Conformément à la Loi sur l'Égalité de Traitement, la partie lésée est tenue de prouver qu'il/elle présente une caractéristique protégée couverte par la Loi et qu'il/elle a été désavantagé(e) en conséquence de cette caractéristique.

Aux Pays-Bas, ZH serait tenue d'établir les faits qui permettent de présumer qu'une discrimination a eu lieu, dans ce cas-ci, il s'agit de la relation entre les décisions prises par les autorités sociales et la race de ZH et de son enfant. La réponse néerlandaise indique que le fait de pouvoir ou non établir une présomption de discrimination dépend des contre-arguments des autorités sociales, lesquels sont insuffisamment abordés dans le cas comme il est présenté. De même, si une présomption de discrimination avait été établie et s'il avait été demandé aux autorités sociales de prouver que les décisions prises ne dérogent pas à la Loi sur l'Égalité de Traitement, le résultat dépendrait des arguments avancés par les autorités sociales. Si la décision est considérée comme discriminatoire, il s'agirait d'une discrimination indirecte fondée sur le motif de la race. La décision ne constituerait une discrimination directe que si les autorités sociales avaient traité ZH ou sa fille d'une manière moins favorable en raison de leur origine, ce qui est très improbable dans ce cas-ci.

En Suède, ZH devrait établir les faits permettant de présumer qu'elle a été traitée d'une manière moins favorable en raison de son origine ethnique et/ou de sa religion. Si les autorités sociales ou le centre de réhabilitation la forcent à se plier à des règles comme l'interdiction de parler sa langue maternelle avec son enfant au centre de réhabilitation et s'il n'y a pour cela aucune justification objective, l'exécution de la décision exigeant d'elle de séjourner dans ce centre de réhabilitation pourrait bien constituer une discrimination fondée sur le motif de l'origine ethnique.

4b. la décision de placer l'enfant dans un foyer d'accueil

Les Pays-Bas et l'Autriche aborderaient cette question de la même manière qu'ils ont abordé la question 4a.

En Belgique, il a été suggéré que l'affaire en question pourrait constituer une violation d'entre autres, l'Art. 8 de la CEDH sur le droit au respect de la vie privée et familiale. Ceci pourrait à son tour soulever la question de savoir si la transgression de ce droit impliquerait aussi une inégalité par rapport à la jouissance de ce droit.

En Suède, si un enfant est retiré à la garde de ses parents pour des motifs moins graves que ceux qui sont généralement invoqués dans ce genre de cas et dans le contexte d'une relation ethnique ou religieuse, l'affaire pourrait constituer une discrimination directe ou indirecte.

4c. la décision de limiter l'accès de ZH à sa fille

Les Pays-Bas et l'Autriche : voir l'approche décrite sous 4a.

Belgique : voir l'approche décrite sous 4a et 4b, ainsi que la réponse à la question 5.
Hongrie : voir la réponse à la question 5.

En Norvège, la décision d'empêcher ZH et H de parler ensemble le farsi et le refus de laisser H pratiquer librement sa religion et de célébrer les jours fériés liés à sa culture peuvent constituer une discrimination. Alors que l'aspect de l'affaire lié à la langue peut être considéré comme une discrimination directe, le refus de prendre des mesures pour permettre à l'enfant de pratiquer sa religion et de respecter les traditions de sa culture pourrait bien constituer une discrimination indirecte.

En Suède, la décision de limiter l'accès de la mère à son enfant pourrait constituer simultanément une discrimination directe et indirecte.

5. Action contre une décision judiciaire

En Norvège, le Médiateur pour l'Égalité et l'Anti-Discrimination ne peut rien entreprendre contre une décision judiciaire. Les cas qui sont portés devant un tribunal ou qui sont passés par le système judiciaire ne peuvent pas être réexaminés par le Médiateur.

La Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement peut émettre un avis dans les cas pour lesquels une décision judiciaire existe déjà, mais ce n'est pas chose courante.

L'Organisme national autrichien pour l'Égalité n'est pas habilité à agir contre une décision judiciaire. La même chose vaut pour le Médiateur norvégien pour l'Égalité et l'Anti-discrimination.

En Hongrie, le Médiateur pour les Droits civils n'enquête pas sur les décisions exécutoires, ni sur les mesures prises par les tribunaux. L'Autorité pour l'Égalité de Traitement ne peut enquêter ni sur les décisions, ni sur les mesures de puissance publique prises par le tribunal. Cependant, dans l'affaire qui nous concerne ici, la responsabilité et les actions d'autres organismes administratifs pourraient être examinées sous certaines conditions limitées, comme décrites dans la réponse à la question 2.

En Belgique, le Centre pour l'Égalité des Chances et la Lutte contre le Racisme (CECLR) n'est, en tant qu'organisme public non judiciaire, d'aucune manière habilité à agir contre une décision judiciaire. Il n'en aurait pas non plus les moyens, étant donné que l'affaire en question ne relève pas du champ d'application de la législation. Si le cœur du problème est la communication interculturelle entre ZH et les autorités sociales, le Département de l'Intégration du CECLR pourrait tenter d'aborder le cas d'un point de vue non légal. Le CECLR ne peut pas porter plainte devant la CEDH.

En Suède, le Médiateur contre la Discrimination peut être habilité à agir à l'encontre d'un certain élément d'une décision du tribunal ou de l'autorité, qu'il considère être discriminatoire, mais pas contre la décision judiciaire en tant que

telle. Dans ce cas présent, il est suggéré que la discrimination est susceptible d'avoir eu lieu avant la décision de la Cour et en conséquence de l'enquête menée à ce sujet par les autorités sociales et qui pourrait bien avoir été moins approfondie que d'habitude.

6. Test de justification objective

En Hongrie, si l'affaire concernait une minorité ethnique, il n'y aurait pas de justification. S'il est question d'une violation des droits constitutionnels fondamentaux, la justification applicable selon la Loi sur l'Égalité de Traitement est plus stricte que la justification objective. La section pertinente de la Loi sur l'Égalité de Traitement spécifie que, sauf si stipulé différemment dans cette loi, une action, un comportement, une omission, une exigence, un ordre ou une pratique ne sera pas considéré comme une violation de l'exigence d'égalité de traitement, s'il limite le droit fondamental de la partie lésée pour renforcer un autre droit fondamental, à condition que cette restriction soit absolument nécessaire et efficace pour réaliser l'objectif et qu'elle soit proportionnée à cet objectif ou dans des cas ne relevant pas du champ d'action du point susmentionné, si l'on estime, par considération objective, qu'il possède un motif raisonnable directement lié à la relation juridique concernée.

La règle susmentionnée ne sera pas appliquée pour ce qui est de la différenciation basée sur les points b)-e) de l'Article 8 de la Loi sur l'Égalité de Traitement, c'est-à-dire l'affiliation raciale, la couleur de peau, la nationalité (pas dans le sens de « citoyenneté ») et l'appartenance à une minorité nationale ou ethnique. Étant donné que la Directive 2000/43/CE n'autorise pas de justification objective dans un cas de discrimination directe fondée sur l'origine raciale ou ethnique, les législateurs hongrois ont supprimé les motifs pertinents du champ d'application de la justification objective (Article 7, paragraphe (2) de la Loi sur l'Égalité de Traitement).

La Belgique argumente que les faits mentionnés dans le cas de ZH devraient être analysés à la lumière des dispositions relatives aux droits fondamentaux et réfère à la jurisprudence de la CEDH par rapport

à l'éventuelle incompatibilité de la limitation des droits parentaux de garde et d'accès d'une part et le droit au respect de la vie privée et familiale d'autre part.

Dans le cadre de la législation norvégienne, le test de justification objective indique qu'un traitement différentiel nécessaire pour réaliser un objectif légitime et proportionné à cet objectif n'est pas considéré comme une discrimination sous la Loi Anti-discrimination. Si les autorités sociales et les parents d'accueil sont en mesure d'éliminer ou de réduire les préjudices par le biais de moyens accessibles et peu coûteux, il n'y aurait pas de justification objective. Sauf si les autorités peuvent prouver qu'il serait contraire à l'intérêt de l'enfant que cette dernière parle le farsi avec sa mère, apprenne ses traditions et pratique sa religion, il semblerait que dans ce cas-ci, il n'y a pas de justification objective pour la discrimination.

En Autriche, la Loi sur l'Égalité de Traitement ne prévoit pas de justification en cas de discrimination directe dans des domaines externes à celui de l'emploi.

Dans le cadre de la législation néerlandaise relative à l'égalité de traitement, le répondant pourrait avancer des faits et des circonstances qui justifient une discrimination indirecte. Ces faits et circonstances doivent être examinés dans le contexte de la situation spécifique en évaluant l'objectif de la discrimination et les moyens utilisés pour atteindre cet objectif. L'objectif poursuivi doit être légitime dans ce sens qu'il doit être suffisamment important et non discriminatoire et que les moyens utilisés doivent être appropriés et nécessaires. Un moyen est approprié lorsqu'il convient pour réaliser l'objectif poursuivi et il est nécessaire, lorsque ce même objectif ne pourrait pas être atteint par le biais d'autres moyens moins discriminatoires et lorsqu'il est proportionné à l'objectif. Ce n'est que quand toutes ces conditions sont remplies que la discrimination indirecte ne constitue pas de violation de la législation sur l'égalité de traitement.

Si la présente affaire devait être évaluée comme étant un cas de discrimination indirecte fondée sur le motif de la race, la Commission néerlandaise pour l'Égalité de

Traitement demanderait aux autorités sociales d'expliquer le but de leurs décisions. Alors que l'affaire en question ne donne aucune information à ce sujet, il est probable que les autorités sociales argumenteraient qu'elles ont agi dans le meilleur intérêt de l'enfant. La Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement ne serait pas en mesure d'évaluer cet intérêt, puisqu'elle n'a pas les connaissances dont disposent les autorités sociales et son opinion serait ainsi uniquement basée sur les informations fournies par les autorités sociales. La Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement ferait usage de la section 3 de la Convention des Nations Unies relative aux Droits de l'Enfant.

En Suède, la loi interdisant la discrimination ne comprend pas de justification objective. La justification objective existe seulement dans le domaine de l'emploi et dans la Loi interdisant la discrimination dans l'enseignement universitaire.

7. Dérogations en vertu de la législation nationale

Aux Pays-Bas, la Loi sur l'Égalité de Traitement reconnaît seulement la possibilité d'une dérogation à l'interdiction de la discrimination directe. Dans le cas d'une discrimination indirecte, il pourrait y avoir une justification objective.

En Norvège, la Convention relative aux Droits de l'Enfant et la CEDH prévalent sur la législation nationale. En cas de violation de la Loi Anti-Discrimination, la Convention relative aux Droits de l'Enfant ou la CEDH prévaudraient si l'on se trouvait face à un conflit de lois. Dans le cadre de la Loi Anti-Discrimination, la seule dérogation possible référerait au critère de la justification objective.

Il n'y a pas de dérogations en Hongrie, comme indiqué sous la question 6, ni en Suède.

8. Application des normes internationales

La Hongrie utiliserait les normes internationales lorsqu'il y a lieu.

Pour la Belgique, cette affaire est essentiellement une question de droits fondamentaux et l'argumentation est basée sur la CEDH.

Si en Norvège, la Convention relative aux Droits de l'Enfant jouerait un rôle important, ainsi que la CEDH, le Médiateur ne gère ou n'implémente pas ces conventions et il statuerait donc en vertu de la législation anti-discrimination, incluant la Convention des Nations Unies relative à l'Élimination de la Discrimination raciale et la Directive 2000/43/CE.

L'Autriche utiliserait la CEDH et plus particulièrement les Articles 8 et 9 dans son argumentation.

Les Pays-Bas se référerait à la Directive « Race et Origine ethnique » et, pour le test de justification objective, à la section 3 de la Convention relative aux Droits de l'Enfant.

Pour la Suède, l'argumentation de la CEDH apparaît comme une alternative plausible pour aborder cette affaire.

Conclusions et recommandations

Vis-à-vis de l'affaire en question, l'approche des membres de divers pays peut considérablement varier.

L'affaire qui nous concerne ici relèverait de la législation anti-discrimination nationale en Norvège et en Hongrie.

En Belgique, en Autriche et aux Pays-Bas, la question se poserait si le retraitement de l'enfant à la garde de ses parents tombe ou non sous le concept « services ». L'Autriche attire l'attention sur le fait qu'il n'y a pas de définition du mot « services » dans la Directive 2000/43/CE. La protection sociale autrichienne est censée couvrir tous les régimes de protection sociale, comme les assurances liées à la santé, à la retraite et aux risques d'accident, ainsi que tous les avantages

découlant de ces assurances. Aux Pays-Bas, la législation sur l'égalité de traitement interdit la discrimination fondée sur la race au sein de la protection sociale, mais il n'a pas été clairement établi si la section pertinente est suffisamment vaste pour couvrir l'affaire en question.

Il semblerait que ceci soit un problème assez courant. Dans tous les pays, la législation applicable dans ce domaine est encore relativement neuve et aucune instance judiciaire n'a encore émis de jugement relatif à cet aspect.

Dans ce cas-ci, il y a deux approches possibles : ou l'affaire est considérée comme une discrimination fondée sur le motif de la race pour ce qui est des services sociaux et, si ce champ d'action n'est pas suffisamment large, on pourrait argumenter qu'il s'agit d'un service fourni par une autorité locale ou publique. Ou, on adopte le point de vue que la garde d'un enfant n'est pas un « service offert au public ».

Indépendamment du fait que la décision de retirer l'enfant à la garde parentale soit ou non discriminatoire, l'enfant devrait avoir un droit d'accès à ses parents et vice-versa. La question-clé dans cette affaire est de savoir s'il y a une raison pour ne pas leur permettre d'avoir accès l'un à l'autre et si cela pourrait constituer une discrimination dans l'implémentation de la décision concernant le droit de garde.

Quant à la question s'il s'agit ou non d'un cas de discrimination, il est intéressant de remarquer ici que la Belgique considère cette affaire comme une problématique liée aux droits fondamentaux.

D'autres pays, comme l'Autriche, ont conclu qu'il n'y avait pas assez d'informations permettant d'établir si ZH avait été traitée d'une manière moins favorable qu'une mère suédoise l'aurait été dans une situation comparable. La Norvège fait remarquer que l'affaire en question ne peut pas être considérée comme une discrimination, à moins qu'il n'y ait des circonstances indiquant que l'ethnicité, la religion et/ou la langue de ZH ont joué un rôle dans le processus décisionnel. Les Pays-Bas font également remarquer que ZH serait tenue d'établir

les faits qui permettent de présumer qu'une discrimination a eu lieu. Il doit exister une relation entre les décisions des autorités sociales et l'origine raciale de ZH et sa fille. On a également fait observer qu'il n'est pas certain qu'une présomption de discrimination puisse être établie, lorsqu'on ne sait pas de quels arguments disposent les autorités sociales.

Globalement, on peut conclure par rapport à cette affaire que le service de protection de la jeunesse devrait avoir suffisamment de garanties pour assurer le contact entre les enfants qui ont été retirés à la garde parentale et leurs parents.

Une autre conclusion importante est celle qui établit qu'il est indispensable de disposer de définitions claires pour les termes « protection sociale » dans la Directive 2000/43/CE et « biens et services » dans la Directive 2004/113/CE (mais également utilisés dans plusieurs pays européens par rapport à des motifs autres que celui du sexe), afin de pouvoir déterminer la portée de ces concepts. Les organismes de promotion de l'égalité n'ont pour ainsi dire aucune jurisprudence ou valeur académique intéressante auxquelles ils peuvent se référer.

*Cette étude de cas a été préparée par
Ingrid Krogius (Légiste, Médiatrice
suédoise contre la Discrimination
ethnique)*

Chapitre 3

Étude de cas sur l'âge, le recrutement et la formation

Ce cas est axé sur la discrimination fondée sur l'âge et sur les problématiques qui résultent de l'interprétation des Articles 4(1) et 6 de la Directive sur l'égalité dans le domaine de l'emploi, en ce qui concerne les dérogations pour activités professionnelles et les différences de traitement basées sur le motif de l'âge. Ce cas est basé sur une plainte existante qui a été soumise en 2007 au Médiateur norvégien pour l'Égalité et l'Anti-Discrimination.

Cas

Le Ministère des Affaires étrangères d'*Equaliland* recrute chaque année entre 15 et 20 nouveaux diplomates. Le Service extérieur dispose d'un programme de trois ans destiné à la formation de ces nouveaux diplomates. Le programme de formation comprend un cours d'introduction de six semaines, une formation en cours d'emploi de quinze mois dans deux différents départements du Ministère des Affaires étrangères, un cours intensif de six mois, des cours de langue et un an dans une ambassade ou délégation *equalilandaise*.

Le Ministère des Affaires étrangères a notifié son programme de formation en précisant que les candidats entrant en ligne de compte devraient avoir :

1. La nationalité *equalilandaise* ;
2. Un diplôme universitaire ou équivalent, avec d'excellents résultats académiques ;
3. De très bonnes connaissances de l'anglais et de préférence d'autres langues ;
4. D'excellentes compétences interpersonnelles et interculturelles ;
5. Une expérience internationale ;
6. Une grande adaptabilité ;
7. Âge : entre 25 et 32 ans.

Tant les candidats qui viennent de terminer leurs études que ceux qui ont déjà acquis une expérience de travail pertinente peuvent postuler. Le Ministère des Affaires étrangères encourage les personnes qui ont des antécédents multiculturels à postuler.

Après avoir achevé le programme de formation, les nouveaux diplomates se voient en règle générale offrir des postes permanents au sein du Ministère des Affaires étrangères. Ces fonctions sont sujettes à un principe de rotation, ce qui signifie que les diplomates travaillent dans des ambassades à l'étranger, ainsi qu'au Ministère des Affaires étrangères, et ce, pendant des périodes alternées de 3 ans.

Selon le Ministère des Affaires étrangères, le principe de rotation permet à tous les diplomates d'acquérir une vaste expérience, leur permettant de se qualifier en tant que diplomates de haut niveau,

comme les ambassadeurs et les chefs de délégation.

M. Hansen, âgé de 43 ans, a sollicité une place dans le programme de formation. M. Hansen détient un doctorat en sciences politiques et il parle couramment l'anglais et le français. Il a travaillé en tant que journaliste et, à l'étranger, comme expert junior pour les Nations Unies. M. Hansen n'a pas été invité à passer l'interview. On lui a dit qu'il était un bon candidat, mais qu'il ne répondait pas au critère de l'âge.

L'âge de la pension pour les diplomates faisant partie du Service extérieur d'*Equaliland* est fixé à 70 ans, mais le diplomate peut choisir de prendre sa retraite plus tôt, dès l'âge de 62 ans. Toutefois, ce n'est qu'à partir de 67 ans que les diplomates ont droit à leur pension d'État, ce qui est l'âge normal pour la retraite.

M. Hansen a argumenté qu'il était discriminé en raison de son âge. À l'issue du programme de formation de trois ans, il aurait 45 ans. Théoriquement, il aurait alors la possibilité de travailler pour le Service extérieur pendant 25 ans, ou au moins, pendant 17 ans. Très hautement qualifié à tous les autres égards, il semblerait que seul son âge ait constitué la raison de sa disqualification.

Le Ministère des Affaires étrangères déclare que la condition d'âge est incontournable. Il faut en effet beaucoup de temps pour acquérir la compétence nécessaire à la fonction de diplomate de haut niveau. En outre, le Ministère doit s'assurer qu'il dispose de tout temps d'un personnel hautement qualifié. Sans la condition de l'âge, les ressources dépensées au programme de formation ne peuvent pas être justifiées⁶.

⁶ Ce cas est basé sur la déclaration 07/33-8

Questions

Examinez le cas dans le contexte de vos législations et jurisprudences nationales ou décrivez comment le cas serait considéré par l'autorité compétente de votre pays. Veuillez en particulier considérer les questions spécifiques suivantes :

1. Dans votre pays, ce cas relèverait-il du champ d'application de la loi anti-discrimination ? Si oui, veuillez expliquer de quelle manière, si non, pourquoi pas. Si un tel cas ne peut, selon vous, pas se produire dans votre pays, veuillez expliquer pourquoi.

2. Quel tribunal/organisation serait compétent ? (Veuillez préciser le niveau du tribunal dans le système judiciaire).

3. Est-ce que la condition de l'âge constituerait une discrimination directe ou indirecte ou une non-discrimination ?

4. Si vous trouvez que ce cas mène à une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il dans votre pays une dérogation comme mentionnée dans l'Article 4 (1) de la Directive 2000/78/CE et serait-elle applicable dans le présent cas ?

Si oui, veuillez expliquer de manière détaillée :

- si la caractéristique constitue une exigence occupationnelle réelle et déterminante ;

- si l'objectif de l'exigence est justifié et si l'exigence occupationnelle est proportionnée à l'objectif.

5. Si vous trouvez que ce cas mène à une discrimination directe ou indirecte, y aurait-il une justification objective ? Existe-t-il dans votre pays une dérogation comme mentionnée dans l'Article 6 de la Directive 2000/78/CE et serait-elle applicable dans le présent cas ? Si oui, veuillez expliquer le test de justification objective de façon détaillée.

6. Utiliseriez-vous les normes internationales/instruments internationaux dans votre argumentation ? Si oui, veuillez expliquer.

Législation

Article 4 (1) de la Directive 2000/78/CE

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

Article 6 de la Directive 2000/78/CE

Justification des différences de traitement fondées sur l'âge

1. Nonobstant l'Article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination, lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

Ces différences de traitement peuvent notamment comprendre :

(a) la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs plus âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection ;

(b) la fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi ;

(c) la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

2. Nonobstant l'Article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que ne

constitue pas une discrimination fondée sur l'âge la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité, y compris la fixation, pour ces régimes, d'âges différents pour des travailleurs ou des groupes ou des catégories de travailleurs, et l'utilisation, dans le cadre de ces régimes, de critères d'âge dans les calculs actuariels, à condition que cela ne se traduise pas par des discriminations fondées sur le sexe.

Résumé des résultats

L'analyse est fondée sur sept réponses obtenues des organismes de promotion de l'égalité suivants⁷ :

- Organisme national autrichien pour l'Égalité de Traitement
- Centre belge pour l'Égalité des Chances et la Lutte contre le Racisme (CECLR)
- Comité danois des Plaintes pour l'Égalité ethnique
- Autorité hongroise pour l'Égalité de Traitement
- 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

1. Champ d'application de la loi anti-discrimination

Tous les organismes de promotion de l'égalité ont fondé leurs solutions sur la législation nationale relative à l'égalité de traitement. L'Autriche et la Belgique sont des états fédéraux, dotés d'une législation anti-discrimination opérationnelle tant au niveau fédéral que provincial (Autriche) ou tant communautaire que régional (Belgique). Le Ministère des Affaires étrangères étant un organisme public fédéral, le recrutement de diplomates s'inscrit par conséquent, tant en Autriche qu'en Belgique, dans le cadre de la législation anti-discrimination fédérale.

La Belgique s'est référée à l'Arrêté royal du 25 avril 1956 (mis à jour) fixant le statut des agents du Ministère des Affaires étrangères, qui détermine uniquement une condition d'âge minimum (22 ans) pour les candidats diplomates. C'est pourquoi il est très improbable qu'un cas similaire puisse se produire en Belgique.

2. Tribunaux/organisations compétents

Il s'est avéré que les partenaires disposaient de différentes approches pour traiter une plainte de ce genre.

En Autriche, la Commission fédérale pour l'Égalité de Traitement et le Tribunal du Travail (jugement sur les dommages-intérêts) seraient compétents. Les déclarations de la Commission sont juridiquement non contraignantes.

En Belgique, le CECLR est doté d'une compétence non judiciaire spécifique permettant de traiter les cas de discrimination. Pour ce qui est de la compétence judiciaire en Belgique, ce cas devrait être porté devant le Conseil d'État qui est à la fois compétent pour suspendre et pour annuler les actes administratifs, tant de nature générale et réglementaire (p. ex., l'Arrêté royal contenant des critères d'âge présumés illégaux), que de nature individuelle (p. ex., la décision administrative de rejeter la candidature de M. Hansen).

Le Danemark ne dispose pas encore d'un comité pour traiter les plaintes administratives liées à la discrimination fondée sur l'âge. Au Danemark, une plainte concernant la discrimination fondée sur l'âge serait donc traitée dans le cadre du système judiciaire traditionnel, en commençant par le niveau du tribunal municipal.

La Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement est l'autorité compétente aux Pays-Bas, au même titre que les tribunaux de première instance.

En Hongrie et en Slovaquie, l'Autorité pour l'Égalité de Traitement et le Centre national pour les Droits de l'Homme seraient compétents, ainsi que respectivement le tribunal du travail et le

⁷ La Suède n'a pas participé à cette étude de cas, parce qu'elle n'a pas encore implémenté la Directive 2007/78/CE relative à la discrimination fondée sur le motif de l'âge.

tribunal de première instance et l'Inspection du Travail dans les deux pays.

En Norvège, le Médiateur pour l'Égalité et l'Anti-Discrimination, ainsi que les tribunaux de première instance seraient compétents. Les déclarations du Médiateur sont juridiquement non contraignantes.

3. Discrimination directe/indirecte ou non-discrimination

Tous les partenaires ont déclaré à l'unanimité que la condition de l'âge constituait une discrimination directe. L'annonce référait spécifiquement à la tranche d'âge entre 25 et 32 ans. En dehors de ce groupe d'âge, les candidats étaient automatiquement exclus. Il est intéressant de remarquer que dans certains pays, dont la Belgique par exemple, une différenciation est faite entre « distinction » et « discrimination », cette dernière étant une distinction illégale. Dans un souci de simplicité, c'est le terme « discrimination » qui sera ici utilisé.

4. Dérogations à la législation nationale

Tous les répondants, à l'exception des Pays-Bas, ont une législation prévoyant des dérogations quant aux caractéristiques considérées comme étant des « exigences professionnelles essentielles et déterminantes ». Aucun d'entre eux ne s'est toutefois déclaré d'avis que cette dérogation était applicable à l'affaire concernée. En Belgique, il existe une possibilité d'établir, par le biais d'un Arrêté royal, une liste non exhaustive des situations dans lesquelles une des caractéristiques constitue une « exigence professionnelle essentielle et déterminante ». Dans un tel cas, la Loi Anti-Discrimination ne peut pas être invoquée. L'Arrêté royal est toutefois soumis à la Constitution belge, au droit CE ou à d'autres normes internationales.

La Loi néerlandaise sur l'égalité de traitement dans le domaine de l'emploi n'inclut pas explicitement une telle dérogation par rapport au motif de l'âge (uniquement pour les motifs du sexe et de

la race). Les arguments liés à une exigence professionnelle essentielle et déterminante pourraient dans certains cas être pertinents lors de l'application du test de justification objective.

La justification invoquée pour la condition d'âge serait considérée dans tous les pays en fonction de l'Article 6 de la Directive 2000/78/CE.

5. Test de justification objective

Les législations nationales respectives de tous les membres contiennent des dérogations similaires. Le Danemark ne s'est pas révélé en mesure de commenter ce point d'une manière plus spécifique.

La Belgique et la Slovaquie étaient d'avis que la condition d'âge était fondée sur un objectif légitime, et ce, en vertu de l'art. 6(1) c) de la Directive 2000/78/CE (« exigences de formation »). La Belgique a argumenté que la durée du programme de formation pouvait, dans une certaine mesure, justifier l'utilisation de critères d'âge. Les conditions imposées ici n'apparaissent toutefois pas comme étant appropriées et nécessaires, eu égard de l'âge auquel les diplomates prennent leur retraite (70/67/62 ans). La non-prise en compte de l'expérience pertinente acquise par les candidats de plus de 32 ans est contraire à l'argument du Ministère des Affaires étrangères, selon lequel il cherche du personnel qualifié.

Les Pays-Bas ont fait remarquer que l'affaire en question ne donne pas assez d'informations concernant les objectifs de la discrimination et qu'il est pour cette raison difficile de déterminer leur éventuelle légitimité. Si l'objectif se référait au besoin de disposer de diplomates de haut niveau ou à la nécessité d'avoir de tout temps du personnel hautement qualifié, ces objectifs seraient justifiés, étant donné qu'ils répondent à un besoin réel du Ministère et qu'ils ne sont pas intentionnellement discriminatoires. La Norvège partage ce point de vue. Les Pays-Bas ont référé à un cas réel présenté en 2005 devant la Commission néerlandaise pour l'Égalité de Traitement, où une discrimination fondée sur le motif de l'âge permettant de garantir que les résultats de la formation aillent au-delà de la période de formation et des coûts

associés avait été considérée comme un objectif légitime.

La Slovaquie a fait remarquer que l'objectif légitime pourrait être poursuivi à travers l'adoption de moyens moins restrictifs. Les Pays-Bas ont également demandé si les moyens (la condition d'âge) étaient appropriés et efficaces pour réaliser l'objectif (disposer de diplomates de haut niveau ou avoir de tout temps du personnel hautement qualifié). Selon le Ministère, il faut beaucoup de temps pour acquérir la compétence nécessaire à la fonction de diplomate de haut niveau. Il n'a cependant pas été précisé combien de temps exactement. Après avoir achevé le programme de formation de trois ans, M. Hansen aurait 45 ans et il aurait alors en théorie la possibilité de travailler pour le Service extérieur pendant 25 ans, ou au moins, pendant 17 ans. La Slovaquie et les Pays-Bas ont en outre déclaré que l'on peut se poser la question si la politique de l'âge constitue un moyen approprié pour s'assurer que les jeunes diplomates entameront une carrière au sein du Service extérieur après avoir terminé le programme de formation. Pour donner un avis qualifié, on devrait disposer des statistiques chiffrées se rapportant à la durée moyenne de la carrière des diplomates au sein du Service extérieur, ainsi qu'aux coûts de leur formation.

L'Autriche a répondu qu'« une longue période de formation ou la gestion d'une carrière diplomatique tracée d'avance ne peuvent pas être considérées comme une justification pour une limite d'âge ». Selon la loi autrichienne, on pourrait comparer la durée de la période de formation avec le nombre d'années de « profit » pour l'employeur. Dans le secteur privé, la période au cours de laquelle l'employeur peut faire valoir un droit légitime de récupérer auprès du salarié en question les coûts de la formation est limitée à environ cinq ans. Dans le cas de M. Hansen, le Ministère des Affaires étrangères pourrait, après la période de formation de trois ans, bénéficier des prestations de ce dernier pendant au moins 17 ans. Des raisons économiques ne suffisent pas à elles seules (coûts du programme de formation) à justifier une telle condition d'âge.

La Hongrie a fait valoir que la condition d'âge ne constitue pas un objectif légitime. Elle a également déclaré que cette condition n'était pas non plus proportionnée, étant donné que M. Hansen serait en mesure de travailler pour le Ministère des Affaires étrangères durant une période allant de 17 à 25 ans. Ses prestations futures pourraient être plus que suffisantes pour construire et parachever sa carrière en tant que diplomate.

Pour la Norvège, la condition d'âge n'est ni appropriée, ni nécessaire, quel que soit l'objectif légitime de récupérer les coûts de la formation, de disposer d'un personnel hautement qualifié et de maintenir les diplomates en service ou de bénéficier de leurs prestations pendant une période raisonnable avant qu'ils ne prennent leur retraite.

6. Application des normes internationales

Le Danemark n'a pas été en mesure de répondre à cette question et l'Autriche l'a laissée sans réponse.

En Belgique, un Arrêté royal contenant de telles conditions d'âge vis-à-vis des candidats diplomates pourrait être contesté devant le Conseil d'État pour éventuelle non-conformité avec la Constitution belge, dans le cadre de l'obligation du législateur belge d'abolir, en vertu de l'Article 16 de la Directive 2000/78/CE, toute loi, réglementation ou disposition administrative contraire au principe d'égalité de traitement.

La Slovaquie a indiqué qu'une référence serait faite à la loi anti-discrimination de la CE, incluant le cas Mangold (C-144/04) et plus spécifiquement la déclaration de la Cour selon laquelle la non-discrimination fondée sur le motif de l'âge est un principe général du droit communautaire.

L'Autriche, les Pays-Bas et la Norvège se réfèrent à, et tiendraient compte de la section 6 (1)(c) de la Directive 2000/78/CE (pour ce qui est de la fixation d'un âge maximum pour le recrutement).

Conclusions et recommandations

L'impression générale est que les membres partagent le même point de vue concernant la plupart des points abordés. Le cas d'étude n'était peut-être pas de nature à susciter des réactions contradictoires.

Il semblerait que les réponses à la question 4 (relative à la dérogation pour exigences professionnelles essentielles et déterminantes) sont cohérentes avec la compréhension que la dérogation pour exigences professionnelles essentielles et déterminantes doit être interprétée de manière restrictive. La section 23 du Préambule de la Directive 2000/78/CE indique également qu'une justification fondée sur des exigences professionnelles essentielles et déterminantes est applicable « *dans des circonstances très limitées* ».

Par rapport à la question 5 concernant la justification objective, l'application du test a été effectuée différemment, même si le *résultat* du test de justification objective était identique chez tous les répondants. L'Autriche, la Belgique, les Pays-Bas, la Norvège et la Slovaquie ont fait valoir que le recouvrement du coût du programme de formation et des ressources dépensées dans ce contexte constituait un objectif légitime.

Un résumé des réponses à la question concernant la justification objective suggérerait que les arguments liés au test de justification objective pourraient être simultanément plus structurés et plus détaillés. Chaque élément du test devrait être spécifiquement identifié et pris en considération. Par exemple : un objectif légitime ne peut pas être discriminatoire en soi (Article 6 (1) de la Directive 2000/78/CE « ... différences de traitement... si elles sont *objectivement et raisonnablement justifiées* par un objectif légitime... »). La considération de la légitimité de l'objectif doit donc être clairement isolée de la considération d'autres critères et du résultat de l'ensemble du test. Seuls les Pays-Bas et la Norvège ont abordé de cette manière la question de la justification objective.

Comme nous l'avons déjà mentionné, le Danemark ne dispose pas encore d'un comité des plaintes administratives pour les cas de discrimination fondée sur l'âge. Il existe toutefois une proposition visant à établir un tel comité pour le traitement des plaintes couvrant tous les motifs. Il y a beaucoup de bonnes raisons pour établir une telle institution. L'une d'entre elles est qu'une plate-forme centralisée de gestion de la documentation et des connaissances pourrait offrir une égalité de traitement, ainsi qu'un accompagnement qualitatif aux personnes victimes de discrimination. Espérons que la proposition sera finalisée au cours de l'année 2008.

*Cette étude de cas a été préparée par
Margrethe Søbstad (Conseillère juridique principale – Médiatrice norvégienne pour l'Égalité et l'Anti-Discrimination)*

Equinet | 138, rue Royale | 1000 Bruxelles | Belgique
info@equineteurope.org | www.equineteurope.org

Interprétation dynamique – La Loi anti-discrimination européenne dans la Pratique II
Études de cas 2007

ISBN 978-92-95067-05-9