

**PROTECTION
CONTRE LA
DISCRIMINATION
ET EGALITE ENTRE
LES SEXES
COMMENT
REPONDRE A CES
DEUX EXIGENCES**

LA MISE EN ŒUVRE UNIFORME ET DYNAMIQUE DE LA LEGISLATION DE L'UE EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS: LE RÔLE DES ORGANISMES SPECIALISES. RAPPORT DE LA DEUXIEME REUNION D'EXPERTS, 20-21 MAI 2003 ORGANISEE PAR LA MEDIATRICE AUTRICHIENNE POUR L'EGALITE DES CHANCES DANS LE DOMAINE DE L'EMPLOI, MINISTERE DE LA SANTE ET DES FEMMES

Protection contre la discrimination et égalité entre les sexes – Comment répondre à ces deux exigences constitue la deuxième d'une série de sept publications s'inscrivant dans le cadre du projet *Vers la mise en œuvre uniforme et dynamique de la Législation de l'UE en matière de lutte contre les discriminations : le rôle des organismes spécialisés*, qui bénéficie du soutien du Programme d'action de lutte contre la discrimination de la Communauté européenne (2001-2006).

La première publication de cette série s'intitulait: *Prouver la discrimination* (N° ISBN de la version française: 2-9600266-8-3; version anglaise: 2-9600266-7-5).

Commission pour l'égalité de traitement
Commissie Gelijke Behandeling
P.O. Box 16001
NL-3500DA Utrecht
Tél. +31 30 888 3888
Fax +31 30 888 3883
info@cgb.nl
www.cgb.nl

Médiateur pour l'égalité des chances dans le
domaine de l'emploi
Anwältin für Gleichbehandlungsfragen
Judenplatz 6
A-1010 Vienne
Tél +43 1 532 0244
Fax +43 1 532 02 46
gaw@bmsg.gv.at

Centre pour l'égalité des chances
et la lutte contre le racisme
Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding
Rue de la Loi, 155
B-1040 Bruxelles
Tél. +32 2 233 0611
Fax +32 2 233 0704
centre@cntr.be
www.antiracisme.be

Autorité pour l'égalité
Equality Authority
Clonmel Street
Dublin 2
Irlande
Tél. +353 1 4173333
Fax +353 1 4173366
info@equality.ie
www.equality.ie

Commission pour l'égalité raciale
Commission for Racial Equality
St Dunstan's House
201-211 Borough High Street
Londres SE1 1GZ, UK
Tél. +44 20 7939 0000
Fax +44 20 7939 0001
info@cre.gov.uk
www.cre.gov.uk

Commission d'égalité pour l'Irlande du Nord
Equality Commission for Northern Ireland
Equality House
7-9 Shaftesbury Square
Belfast BT2 DP, UK
Tél. +44 28 90 500 600
Fax +44 28 90 248 687
information@equalityni.org
www.equalityni.org

Médiateur contre la discrimination ethnique
Ombudsmannen mot etnisk diskriminering
Katarina Bangata 79
SE-116 42 Stockholm
Tél. +46 8 556 095 00
Fax +46 8 556 095 01
do@do.se
www.do.se

Migration Policy Group
205 Rue Belliard, Box 1
B-1040 Bruxelles
Tél. +32 2 230 5930
Fax +32 2 280 0925
info@migpolgroup.com
www.migpolgroup.com

Directeur de projet: Marcel Zwamborn, Membre suppléant de la Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement. Les points de vue exprimés dans la présente publication ne sont pas nécessairement partagés par tous les partenaires du projet.

Editeur: Janet Cormack, Migration Policy Group
ISBN No.: 2-930399-00-7

Cette publication est également disponible en anglais: ISBN N° : 2-9600266-9-1

© 2003 Partenaires du projet *Vers la mise en œuvre uniforme et dynamique de la Législation de l'UE en matière de lutte contre les discriminations : le rôle des organismes spécialisés*

2	INTRODUCTION INGRID NIKOLAY-LEITNER, MEDIATRICE AUTRICHIENNE POUR L'EGALITE DES CHANCES DANS LE DOMAINE DE L'EMPLOI
4	LES VISAGES DE LA DISCRIMINATION: LE CAS DE L'EGALITE DES SEXES ELISABETH HOLZLEITHNER
16	COMMENT TIRER PROFIT DE L'EXPERIENCE ACQUISE EN MATIERE DE DISCRIMINATION FONDEE SUR LE SEXE POUR LES AUTRES MOTIFS DE DISCRIMINATION CHRISTA TOBLER
32	COMMENT METTRE EN ŒUVRE LE DROIT EUROPEEN EN MATIERE D'ANTI-DISCRIMINATION ET DE PROMOTION DE L'EGALITE HOMMES-FEMMES DANS LA LEGISLATION NATIONALE ANNA SPORRER
42	COMMENTAIRES ET DISCUSSION
49	PROGRAMME DE LA REUNION
51	PARTICIPANTS

INTRODUCTION

INGRID NIKOLAY-LEITNER, MEDIATRICE AUTRICHIENNE POUR L'EGALITE DES CHANCES
DANS LE DOMAINE DE L'EMPLOI

Tant la Directive sur l'égalité raciale de 2000 (*Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique*) que la Directive modificatrice d'égalité entre les sexes de 2002 (*Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la Directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles en ce qui concerne les conditions de travail*) exigent que les Etats membres désignent des organismes de promotion de l'égalité de traitement. Les organismes spécialisés existants qui poursuivent un tel objectif diffèrent quant à leurs structures et leurs mandats mais partagent en commun l'obligation d'adhérer aux exigences de la loi d'anti-discrimination de l'UE. Il s'agit du point de départ du projet *Vers la mise en œuvre uniforme et dynamique de la Législation de l'UE en matière de lutte contre les discriminations: le rôle des organismes spécialisés*, lequel est soutenu par le Programme d'action de la Communauté européenne de lutte contre la discrimination 2001-2006. Ce projet cherche à promouvoir l'interprétation dynamique de la législation de l'UE. Les composants communs des motifs de discrimination doivent être identifiés tout autant que leurs différences.

Cette publication documente la deuxième d'une série de sept réunions d'experts organisées dans le cadre du projet des organismes spécialisés. Cette réunion a été organisée par la Médiatrice autrichienne pour l'égalité des chances dans le domaine de l'emploi les 20 et 21 mai 2003 et avait pour thème de discussion "Protection contre la discrimination et promotion de l'égalité entre les sexes – Comment répondre à ces deux exigences". La Médiatrice autrichienne est le seul partenaire dans ce projet exclusivement spécialisé dans les questions d'égalité entre sexes. Nous voudrions, dès lors, attirer l'attention sur les chevauchements et les différences qui existent en matière d'égalité entre sexes, d'une part, et sur la protection contre la discrimination dont sont victimes les groupes et minorités, d'autre part.

Alors que le lien entre la Directive sur l'égalité raciale, la Directive-cadre (*Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, qui interdit une discrimination fondée sur les motifs de religion ou les convictions, de handicap, d'âge et d'orientation sexuelle) et les directives d'égalité entre sexes de la CE est très serré, les experts en matière d'égalité des sexes ont toujours maintenu que des différences devaient être tracées au niveau des concepts, des stratégies et des techniques conçues pour atteindre deux objectifs séparés: l'égalité entre les sexes et la protection contre la discrimination pour toute personne qui en a besoin.

Comme on s'y attendait, ce thème a suscité un débat passionné reflétant un éventail de points de vue, alimenté par l'expérience des participants qui représentaient des organismes spécialisés de toute l'Europe. Les approches adoptées par ces organismes pour lutter contre la discrimination fondée sur différents motifs ne sont pas toujours les mêmes et leur organisation structurelle diffère donc.

Trois experts distincts dans le domaine de la discrimination à caractère sexiste ont contribué à cette publication. Elisabeth Holzleithner, Christa Tobler et Anna Sporrer ont été invitées à prendre la parole lors de la réunion de Vienne et à examiner comment l'expérience du travail visant l'égalité entre les sexes peut être sollicitée dans la mise en œuvre de la Directive sur l'égalité raciale et de la Directive-cadre de la CE. Elisabeth Holzleithner, Maître-assistante à l'Université de Vienne, analyse en quoi la discrimination fondée sur le sexe diffère de la discrimination fondée sur d'autres motifs et comment ces motifs de discrimination sont liés entre eux et ce qui est particulier à chacun des motifs respectifs. Christa Tobler, Maître-assistante à l'Université de Bâle et conférencière à l'Université de Leiden, examine les leçons que l'on peut tirer de la loi de la CE sur l'égalité entre sexes pour les domaines plus récents de discrimination couverts par la Directive-cadre et par la Directive sur l'égalité raciale. Enfin, Anna Sporrer, membre du réseau d'experts juridiques de la Commission européenne sur l'application du droit communautaire sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes et ancienne présidente de la Commission autrichienne d'égalité de traitement, examine la meilleure façon de mettre en œuvre la loi de la CE sur la protection contre la discrimination et sur la promotion de l'égalité des chances dans la loi nationale. Un compte rendu portant sur l'échange entre le personnel des organismes spécialisés présent à la réunion et sur les conclusions tirées des ateliers sur une série de thèmes est également produit.

LES VISAGES DE LA DISCRIMINATION: LE CAS DE L'EGALITE ENTRE LES SEXES

MAÎTRE-ASSISTANTE DR. ELISABETH HOLZLEITHNER, UNIVERSITÉ DE VIENNE

Historiquement, l'Union européenne s'est concentrée sur la discrimination fondée sur la nationalité et le sexe.¹ Pourtant, ces dernières années ont vu une expansion notable de motifs de discrimination interdits dans la législation de l'Union européenne. L'Article 13 du Traité CE énumère huit de ces motifs,² habilitant le Conseil à prendre les mesures appropriées pour combattre la discrimination basée sur ceux-ci (l'Article 13 n'interdit donc pas la discrimination fondée sur ces motifs mais constitue une norme qui sert de base à une action communautaire). La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, après avoir cité le principe d'égalité devant la loi dans son Article 20, énumère également 17 motifs de discrimination interdits dans l'Article 21(1)³ et y ajoute le motif de la nationalité dans son Article 21(2).

L'on peut affirmer que l'expansion des motifs de discrimination n'est rien de plus qu'une différenciation du principe d'égalité et une réplique au fait que l'esprit humain semble ne jamais tarir d'inventivité lorsqu'il s'agit de maltraiter son semblable.

Le contexte d'un volume croissant de lois visant la lutte contre la discrimination soulève la question de la façon dont ces motifs de discrimination sont liés entre eux et celle de la nature spécifique de chacun d'eux. Pour lancer le sujet, je voudrais tout d'abord introduire un concept d'égalité qui soit sensible à la sphère d'environnement, ce qui est important si l'on considère la complexité des sociétés dans lesquelles nous vivons. Je voudrais expliquer en détail l'enjeu véritable qui se pose lorsqu'il est question d'égalité et de discrimination et la manière dont les différents types de discrimination peuvent être traités.⁴ En procédant de la sorte, je vais me concentrer sur l'égalité entre les sexes, ce qui est le propos de ma présentation. Le but visé consiste à analyser le rôle spécial que joue la discrimination dont souffrent les femmes dans les diverses sphères de la société, spécialement dans celles du monde "public" et du monde "privé", et à démontrer leur interaction, qui constitue toujours un obstacle majeur à l'obtention d'une égalité complète pour les femmes.

Cependant, ce cadre est censé servir à une conceptualisation de l'égalité et de la discrimination en tant que telles. Il devrait permettre de répondre aux exigences d'une approche intersectionnelle de l'égalité. Que faut-il entendre par-là? Nous avons tous tiré les leçons de la critique exprimée par de multiples voix.⁵ Elles nous ont mis en garde contre une hiérarchisation prioritaire imprudente de la discrimination fondée sur le sexe, occultant ainsi les vecteurs de pouvoir que sont la race, l'appartenance ethnique, la classe sociale, l'orientation sexuelle, l'âge et la validité, pour ne citer que ceux-là. Ces vecteurs de pouvoir sont négligés au détriment de la clarté analytique. Ils sont également négligés au détriment d'une conceptualisation de réponses adéquates aux situations que connaissent les personnes qui sont victimes de différentes formes de discrimination.

Il s'agit d'un aspect du problème. L'autre, cependant, est que l'approche intersectionnelle ne devrait pas nous garder d'analyser les fonctionnements spécifiques de vecteurs de pouvoir singuliers. La discrimination fondée sur le sexe est "spéciale" dans la mesure où une discrimination fondée sur quelque motif que ce soit est "spéciale" dans ses particularités. Assurément, ces vecteurs de pouvoir singuliers que sont le sexe, la race, la classe sociale ou l'orientation sexuelle ne peuvent être complètement isolés les uns des autres. Mais, ils ont des fondements, des expressions et des effets bien distincts et requièrent des remèdes différents. Autrement dit, l'intersectionnalité ne devrait pas nous garder d'une approche ciblée, même si le cadre de notre focalisation a changé considérablement. Il a changé en ceci que nous devrions être prudents concernant les normes et les universaux que nous créons implicitement (la norme usuelle non déclarée du discours relatif à la discrimination sexospécifique est celle de la femme blanche hétérosexuelle des classes moyennes nourrissant des ambitions professionnelles).

¹ Pour un aperçu général, voir Bell 2002, 32-53.

² Sexe, origine raciale ou ethnique, religion ou les convictions, handicap, âge ou orientation sexuelle.

³ Sexe, race, couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, langue, religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, appartenance à une minorité nationale, fortune, naissance, handicap, âge ou orientation sexuelle.

⁴ Voir, sur cette question, Bell 2002 avec une concentration spéciale sur les motifs discriminatoires du racisme et de l'orientation sexuelle.

⁵ Evoquées dans diverses approches anti-essentialistes de la condition humaine, que l'on trouvera dans des compilations telles que celle de Dowd/Jacobs 2003.

1. EGALITÉ

Si l'on veut définir exactement différentes formes de discrimination par rapport à différentes catégories de personnes (ou de "groupes"⁶), il nous faut commencer par explorer le concept d'égalité et ensuite le complexifier en différenciant plusieurs sphères où des biens sont distribués et où la discrimination peut survenir.

Ainsi, permettez-moi d'esquisser d'abord une théorie de l'égalité. Pour ce faire, je partirai de la formule ordinaire, habituellement citée lorsque l'on évoque cette question: que les choses identiques soient traitées identiquement et que les choses inégales le soient inégalement. Il va sans dire que cette définition de l'égalité ne fait que déplacer le problème. Nous devons alors nous demander ce que l'on doit entendre par le fait que certaines choses et situations sont égales et à quels égards, autrement dit quelles sont les différences qui "entrent en compte".⁷

Dans ce contexte, je voudrais introduire une autre notion, plus substantielle, de l'égalité, inspirée du philosophe politique Ronald Dworkin. Ce dernier introduit le principe fondamental qui consiste à être traité comme un égal (Dworkin 1978, 272-273). Être traité comme un égal signifie être traité avec le même respect (quant à ses décisions autonomes) et la même sollicitude (quant à ses besoins). Permettez-moi de me pencher brièvement sur ces deux dimensions.

L'autonomie signifie la capacité à mener une vie autonome, c'est-à-dire une vie qui est constituée de ce que Joseph Raz appelle les "conditions d'autonomie". Ces conditions d'autonomie "se composent de trois éléments distincts: des aptitudes mentales appropriées, un éventail adéquat d'options et l'indépendance" (Raz 1986, 372). Des aptitudes mentales appropriées constituent la condition préalable d'une prise de décision (rationnelle) des options à choisir au fil d'une vie (Raz 1994, 119). "L'éventail adéquat d'options" est ce qui permet de distinguer ce concept d'autonomie d'un "individualisme" élémentaire qui a été si souvent critiqué par les théoriciens du féminisme, depuis que les options sont rendues socialement disponibles. Ces options doivent mériter les efforts qu'elles demandent. "L'indépendance" est opposée à la manipulation et la contrainte. Toutes ces conditions "admettent des degrés" (Raz 1986, 373). Je reviendrai à ce concept ultérieurement.

Quant aux besoins qui demandent une égale sollicitude, il est certain que des aptitudes et des circonstances de vie différentes requièrent des réponses différentes dans des sphères différentes. Plusieurs philosophes ont tenté d'élaborer des théories du besoin humain en termes de bien-être physique et émotionnel. Martha Nussbaum (1990), par exemple, a développé une théorie confuse du bien dans laquelle elle cherche à définir exactement les bases de ce que signifie mener pleinement une vie humaine. Nous pouvons grossièrement dire que les besoins des personnes et des groupes de personnes dépendront des circonstances données de leur situation présente (constituée par la loi et les circonstances de la "vie réelle") ainsi que d'une situation idéale ou de l'idéal en vigueur d'une vie réussie tel qu'il semble légitime et réalisable. (Il va sans dire que l'autonomie et les besoins sont inextricablement liés. Il n'est pas de mon intention de réinstaurer une dichotomie traditionnelle entre corps et esprit ou nature et culture).

Un aspect de ce principe de traitement "comme un égal" est le "véritable principe" sous-jacent selon lequel "personne ne devrait souffrir des préjugés ou du mépris d'autres personnes" (Dworkin 1977, 108). Cependant la discrimination ne résulte pas seulement des préjugés et du mépris mais également de décisions *rationnelles* forgées en fonction des principes, des normes et des valeurs en vigueur dans les *sphères* respectives qui sont séparées aussi

⁶ Pour une définition précise de ce concept, voir Young 1990.

⁷ Alexander Somek (2003, 11) taxe radicalement cette formule d'"ineptie métaphysique" dans la mesure où des cas ou groupes de cas apparaissent comme égaux ou inégaux simplement à la lueur d'une visée politique.

bien qu'interconnectées. Michael Walzer (1983) a conceptualisé les sphères dans lesquelles des choix autonomes doivent être réalisés et des besoins doivent être rencontrés. Les sphères qu'il différencie sont les suivantes: "l'appartenance à un groupe"; "la sécurité et le bien-être"; "l'argent et les produits de base", c'est-à-dire le marché; "l'office", c'est-à-dire la politique; "la pénibilité du travail"; "le temps libre"; "l'éducation"; "la parenté et l'amour", c'est-à-dire notamment la sphère domestique; et "la grâce divine".

Dans toutes ces sphères, des biens sont distribués. Dans la distribution des biens, les valeurs de la sphère respective sont invoquées dans la mesure où elles se sont développées au fil du temps (ce qui fait de Michael Walzer un penseur associé au communitarianisme). Cela signifie que la valeur des biens et les règles de leur distribution sont "traditionnelles"; elles sont fondées sur des "compréhensions partagées". Alors que ceci peut constituer une observation précise, on ne peut assurément pas s'arrêter simplement à ce point, bon nombre des valeurs traditionnelles étant sexuées de façon problématique ou faussement aveugle à la dimension de genre.⁸

En ce qui concerne l'interconnexion des sphères, Walzer se concentre tout d'abord sur le côté problématique de la transgression: les sphères doivent rester autonomes. C'est la raison pour laquelle Walzer introduit un "principe distributif ouvert: *Aucun bien social X ne devrait être distribué aux hommes et aux femmes qui possèdent un autre bien Y simplement parce qu'ils possèdent Y indépendamment de la signification de X*" (1983, 20)

On dira, pour donner à cette abstraction une forme plus concrète, que le statut d'une personne dans une sphère donnée ne devrait pas influencer son statut dans une autre sphère. Un privilège dans une sphère ne devrait pas être suivi d'un privilège dans une autre; un certain positionnement dans une sphère ne devrait pas aboutir à un certain positionnement dans une autre. Nous verrons comment cette règle peut être invoquée lorsqu'il s'agit d'expliquer la discrimination sexospécifique, le positionnement (réel ou prétendu) des femmes dans la sphère "privée" ayant des effets graves sur le positionnement des femmes dans toutes les sphères "publiques".

De manière assez évidente, un traitement *comme un être égal* tel qu'esquissé ici conduira parfois à être traité de façon égale (c'est-à-dire identiquement). Mais ce n'est pas toujours le cas. Parfois, un traitement *égal* pourrait en soi équivaloir à une *discrimination* parce que les normes invoquées sont discriminatoires en elles-mêmes. Un système juridique qui ne prévoit pas de règles en matière de maternité comme processus physique – des normes qui ne peuvent s'appliquer qu'aux femmes – sera discriminatoire dans la mesure où une expérience féminine fondamentale n'est pas prise en compte.⁹

2. DISCRIMINATION

Lançons-nous à présent dans l'exploration des arcanes de la discrimination et commençons par une définition de travail: le droit personnel d'être exempt de toute discrimination peut être défini comme étant le droit d'être exempt de tout *traitement indésirable illégitime* dans une coopération sociale et concernant la distribution de biens importants tels qu'emploi, logement ou intégrité physique et psychique. Un traitement indésirable illégitime est un traitement qui désavantage sans justification raisonnable et objective. (Ce que l'on peut voir ici, c'est que le concept de discrimination est plutôt limité.) Ce qui constitue exactement une discrimination dans un cas réel dans une sphère spécifique est souvent une question fortement chargée et hautement contestée et dépend de la théorie sous-jacente ainsi que des normes et valeurs qui sont enchâssées dans le concept d'égalité.

⁸ Pour une discussion de cet aspect problématique de la théorie de Walzer, voir Okin 1989, 62-68.

⁹ Le fameux exemple de Dworkin est instructif à cet égard: deux enfants ont besoin d'une certaine médication et il n'y a qu'une seule dose. L'un mourrait sans cette médication alors que l'autre se sentirait seulement malade mais survivrait. Traiter les enfants "également" au sens d'"identiquement" conduirait à la mort d'un enfant. Les traiter avec la même sollicitude et le même respect revient à supporter la maladie d'un enfant afin de sauver l'autre. Le fait de ne donner aucune médication à l'enfant qui va seulement se sentir malade ne signifie pas que l'enfant n'est pas respecté ou traité sans sollicitude, étant donné la limitation des ressources. (Et il s'agit de circonstances de justice: Rawls 1999, 110, énumère brièvement, parmi les circonstances objectives, la pénurie modérée et, parmi les circonstances subjectives, le conflit d'intérêts.)

A ce point du développement, il me semble à propos, pour clarifier ma pensée, d'exposer les différentes tendances de la théorie juridique féministe et la manière dont ces tendances ont perçu la discrimination. Permettez-moi d'en esquisser deux brièvement.¹⁰ La première tendance, "la doctrine d'égalité" (Frug 1992, 4-6), a remis en cause la légitimité d'une catégorisation selon les lignes de la dimension du genre en tant que tel. Toute différenciation de ce type était suspectée d'équivaloir à de la discrimination.¹¹ Toute différenciation de ce type était présumée être trop large et insensible à une catégorisation. La loi, selon la doctrine d'égalité, devait abolir toutes les références aux différences sexospécifiques sauf lorsque celles-ci concernaient "des caractéristiques physiques uniques".¹²

La seconde tendance, la "théorie d'égalité" (Frug 1992, 6-7), remettait en question cette approche comme étant trop stricte, équivalant à une acceptation aveugle "de la norme masculine"¹³ en réclamant que les femmes puissent être "les mêmes". La "doctrine d'égalité", selon la critique, n'avait de sens que pour la femme exceptionnelle qui souhaitait réaliser une carrière selon le modèle masculin mais pas pour la "femme ordinaire" dans son contexte de vie réelle. La loi devrait prendre en compte les "différences réelles" entre les sexes, qui n'étaient pas seulement biologiques mais aussi culturelles. Les femmes avaient des besoins différents¹⁴ et ces besoins devraient être traités avec la même sollicitude que les besoins masculins. La discrimination s'était constituée par des classifications "erronées".¹⁵

Mais, par ailleurs, l'idée de "besoins spéciaux" ne rejette pas la norme masculine prévalente qui demeure "générale" alors que les femmes restent "spéciales". L'idée peut être transférée à d'autres classifications qui sont la base de la discrimination. L'une des particularités des normes générales est qu'elles créent des personnes qui sont dans la norme et des personnes qui y sont étrangères, celles qui "fonctionnent" sans aucun problème et celles qui doivent être pourvues. Les "besoins spéciaux" sont tels qu'ils sont ignorés dans le pire des cas et sont rencontrés dans le meilleur mais ceux qui y répondent croient qu'ils accordent une *favueur* à ceux qui s'écartent de la norme. Les hommes, qui ont habituellement mieux à faire qu'à "aider" les femmes dans les tâches ménagères, ce qui est "véritablement" un devoir féminin, constituent le cas paradigmatique.¹⁶ C'est (encore et toujours) "normal".

Par conséquent, œuvrer contre la discrimination, ouverte ou cachée,¹⁷ implique toujours aussi "travailler sur la/les norme(s)" d'égalité dans les différentes sphères. Ce qui est considéré en tant que "traitement comme un égal"¹⁸ conformément aux normes actuelles peut se révéler comme une rationalisation de la discrimination. A ce point de l'exposé, je voudrais souligner deux aspects importants du phénomène de discrimination.

Tout d'abord, la discrimination est souvent "rationnelle" (Somek 2002). On peut trouver des raisons à traiter les personnes de certaines manières qui équivalent (pourraient équivaloir) à une discrimination. Il peut être *rationnel* d'invoquer des stéréotypes discriminatoires parce qu'ils répondent aux réalités d'une majorité réelle ou imaginaire de membres d'un groupe. De la sorte, les stéréotypes peuvent se suffire à eux-mêmes en ceci que les membres du groupe s'y adaptent. Ceci, toutefois, ne signifie pas pour autant que toutes les formes de discrimination soient rationnelles. Un harcèlement et une violence qui se fondent spécifiquement sur un groupe ne sont que l'expression de la haine et de la peur, des réactions que je qualifierais de fondamentalement irrationnelles.

En deuxième lieu, la discrimination ne part pas nécessairement d'une intention méchante. Les personnes ne sont pas seulement victimes de discrimination si elles sont poursuivies par un acteur qui nourrit de mauvaises intentions. Une discrimination peut résider dans les *effets* du traitement de certaines personnes de certaines manières. Ce qui laisse entendre que certaines façons d'agir véhiculent des messages indépendamment de l'intention véritable de leur auteur.

¹⁰ Une version plus longue en allemand peut être trouvée dans Holzeithner 2002, 22-42.

¹¹ Le premier mouvement adopté typiquement par les théoriciens juridiques féministes est: "lorsque vous voyez une classification sexospécifique, demandez-vous si la classification est valide." (Cain 1997, 16)

¹² Brown et al. 1971, 893- 896. Cependant, "[l]a notion radicale que la loi devrait ignorer et soumettre à des distinctions sur la base du sexe est rapidement devenue la doctrine selon laquelle les femmes qui connaissent une situation similaire par rapport aux hommes devraient être traitées de la même manière que les hommes et rien de plus." (Cain 1997, 17)

¹³ "Les normes masculines tiennent les hommes aussi mais elles constituent davantage une source de pouvoir pour les hommes que pour les femmes – si l'on en croit certaines (la plupart) tendances de la jurisprudence féministe, un homme qui est victime de discrimination pour des motifs racistes continuerait à participer à la suprématie masculine parce qu'il domine sa sphère privée. Et ce n'est certainement pas le seul cas où ce phénomène peut être décrit comme étant l'exercice simultané d'un privilège et d'une victimisation.

¹⁴ Ces différents besoins et les différentes particularités féminines sont développés dans le féminisme "gynocentrique", avec sa fierté d'être femme et sa résistance aux concepts de vie masculins. L'un des points de départ du gynocentrisme fut celui de Carol Gilligan, exprimé dans "In a different voice" (1982) et qui a provoqué un large débat sur les différences entre les sexes et ce que cela signifie dans les domaines scientifiques ainsi que dans différents cadres et contextes. Voir Young 1985.

La question suivante est: quel effet produit une discrimination? En d'autres mots, et nous reportant à la définition de Ronald Dworkin du fait d'être traité comme un égal et l'associant à la notion d'autonomie de Razian, quels sont les effets subis lorsque l'on est l'objet d'une discrimination ?

En ce qui concerne l'autonomie, l'un des effets produits consiste dans le fait que l'éventail des options se trouve réduit par rapport à celui des membres de groupes relativement privilégiés. Tout d'abord, l'on n'est pas entièrement respecté dans ses choix autonomes du fait que l'on se trouve réduit à un stéréotype. Un tel stéréotype fixe les normes de la façon dont une personne se trouvant dans une certaine position doit ou va normalement se comporter. Ceci signifie que, pour une raison de discrimination, l'on ne peut procéder à un choix que l'on aurait souhaité réaliser, même si l'on a été fidèle aux normes et valeurs prévalentes (la question de la doctrine d'égalité féministe). Une discrimination survient du fait que l'on est suspecté de ne pas avoir été *réellement* fidèle aux normes et valeurs.

Un autre effet concerne l'indépendance: les victimes de discrimination se voient imposer certains choix qui ne sont pas nécessairement les leurs. Les choix de personnes victimes de discrimination sont grevés de "plus de" contraintes qu'un groupe relativement privilégié. De telles forces constituent des contraintes qui échappent au contrôle de l'intéressé et corrompent les choix.

L'autre aspect de la discrimination concerne la façon dont les personnes ne sont pas traitées avec la même sollicitude dans la mesure où leurs besoins ne reçoivent pas de réponse adéquate. Il s'agit d'un point où survient ce que Martha Minow (1990, 20) appelle le "dilemme de la différence": "quand le fait de traiter différemment des personnes souligne-t-il leurs différences et les stigmatise ou les entrave-t-il en vertu de ce principe? Et quand le fait de traiter identiquement des personnes devient-il insensible à leur différence et est susceptible de les stigmatiser ou de les gêner en vertu de ce principe?"

Ainsi, qu'en est-il des besoins qui résultent de modes de vie *stéréotypés*? Autrement dit, qu'en est-il des besoins qui résultent de modes de vie que les féministes, par exemple, ont de la peine à comprendre parce qu'elles croient qu'ils ne sont pas autonomes mais résultent de diverses contraintes (qui peuvent néanmoins être légitimées par référence à des préférences privées)? A titre d'exemple, on citerait les décisions prises par les femmes de sacrifier leur carrière au profit de leur famille ou, conformément à une certaine théorisation féministe, le choix d'une profession sexospécifique. Si ces décisions sont complètement respectées et les besoins qui en résultent sont "adéquatement" rencontrés, il s'ensuit un effet secondaire qui est le renforcement de normes de vie stéréotypées.

Comme il s'agit d'un dilemme, il n'attend pas que nous le résolvions mais nous pouvons simplement observer la façon dont il fonctionne et identifier les problèmes. La tâche des féministes et des érudits critiques consiste à analyser le contexte des choix des femmes et à explorer dans quelle mesure elles subissent des contraintes et pourquoi les choses peuvent être telles.¹⁹ La recherche de remèdes constitue la prochaine étape.²⁰

3. LES VISAGES DE L'OPPRESSION

La discrimination des personnes en vertu de leur appartenance à un groupe déterminé conduit à leur oppression. Dans ce qui suit, je voudrais définir plus précisément ce que cela signifie vraiment et donner plusieurs exemples qui renvoient aux particularités de la discrimination envers les femmes.

¹⁵ Les deux tendances, la doctrine et la théorie, étaient fondamentalement libérales dans leur structure.

¹⁶ Tant que des hommes (ou un groupe privilégié d'hommes) se posent comme étant la norme, un problème se posera. La même stratégie est problématique lorsqu'elle s'applique au féminisme aussi. L'argument global qui peut être tiré de cette observation s'énonce dans la thèse suivante: "les vies des femmes de couleur ne peuvent être considérées comme une variation d'un modèle plus général de la féminité américaine blanche." (Zinni/Dill dans Dowd/Jacobs, 24)

¹⁷ S'il n'existe pas de classification sexospécifique, l'on est quand même prêt à "rechercher la tendance sexiste cachée". (Cain 1997, 17).

¹⁸ Et où "traitement comme un égal" signifie que "des besoins spéciaux" sont satisfaits.

¹⁹ Pour une excellente explication précise de la question du "libre choix" des "mères travailleuses", montrant l'interconnexion entre le corset des attentes publiques et la prétendue individualité des préférences privées, voir Williams 1991.

²⁰ Ces remèdes devraient permettre d'adopter des modes de vie alternatifs sans crainte d'une sanction juridique et sociale.

La discrimination crée des "groupes" de personnes qui sont notamment unies dans (ou unifiées par) leur oppression. Elles peuvent partager une identité (ou, pour le dire en termes plus dynamiques, un processus d'identification), une histoire, peut-être une histoire juridique, et peuvent ressentir un sentiment de solidarité fondé sur cette base (ou une autre). La notion de groupe est complexe et il existe de bonnes raisons pour ne pas déclarer que les femmes constituent un groupe mais tout cela dépend de la façon dont cette notion est utilisée. Les "femmes" constituent un groupe pour autant que les "hommes" constituent un groupe, pour autant que "le groupe des femmes" a été historiquement et est actuellement traité différemment de celui des hommes. L'oppression, et je rejoins ici l'exposé d'Iris Marion Young, s'est constituée au travers des processus suivants:

Le premier processus est celui de l'exploitation. L'exploitation peut être définie comme étant "le transfert systématique du pouvoir de certaines personnes à d'autres, augmentant ainsi le pouvoir de ces dernières, sans compensation adéquate des services des premières" (Young 1990, 49). Le travail des femmes dans la sphère domestique en est un exemple classique qui, selon moi, est particulièrement perfide du fait que son caractère non rémunéré se voit partiellement légitimé par une référence à l'amour.

La marginalisation, le second visage de l'oppression, est un état de dépendance dans lequel les personnes sont exclues d'une participation significative à la vie sociale et donc potentiellement soumises à des privations matérielles graves; "les mères seules" constituent un groupe particulièrement vulnérable.

Le troisième visage de l'oppression est celui de l'impuissance, une condition consistant à être l'objet du pouvoir sans l'exercer soi-même; "les personnes en impuissance occupent une position où elles sont tenues de recevoir des ordres et ont rarement le droit d'en donner" (Young 1990, 56). Ces trois visages de l'oppression renvoient "aux relations de pouvoir et d'oppression qui surviennent en vertu de la répartition sociale du travail" (58).

Le quatrième visage de l'oppression, celui de l'impérialisme culturel, renvoie à l'expérience de la façon dont les groupes dominants d'une société universalisent leur expérience et leur culture et les imposent comme étant la norme. En agissant de la sorte, les groupes qui n'agissent pas en conformité avec cette norme sont stéréotypés et taxés comme étant un "autre" déviant. En vertu de ce processus, la différence se marque de façon prédominante comme étant une "déviance et une infériorité" (59).

Le cinquième visage de l'oppression est celui de la violence: "Être opprimé signifie vivre dans la peur d'attaques fortuites, non induites par des provocations, qui n'ont d'autre motif que le préjudice, l'humiliation ou la destruction."²¹ Une telle violence vise les personnes simplement en raison de leur appartenance à un groupe. Les actes violents sont hautement "irrationnels", constituent des actes cruels motivés par la peur ou la haine. Ce sont des démonstrations de puissance, associées parfois à des composantes sexuelles, comme dans le harcèlement sexuel. Comble d'infamie, les groupes opprimés peuvent parfois subir en outre la non-reconnaissance de leur vécu. "La maltraitance des homosexuels" en est un exemple flagrant, dans la mesure où bon nombre d'organes législatifs n'incluent pas cette forme de violence dans les lois qui condamnent les crimes haineux.

Young souligne que la confrontation à l'une de ces cinq conditions permet de dire que l'on a affaire à un groupe opprimé. Mais les particularités de l'oppression se présentent différemment et "les oppressions de groupes différents

²¹ De manière assez surprenante, les théories de justice passent souvent sous silence la violence tout comme elles le font de la cruauté. Voir Shklar 1984, 7-44 ("Putting Cruelty First").

présentent des associations de ces formes, comme le font les différentes personnes au sein de ces groupes."²² En outre, les groupes discriminés ne sont pas "naturellement" bienveillants vis-à-vis de leurs propres "éléments extérieurs" ni vis-à-vis de certains "éléments internes". Les femmes au sein des différents environnements culturels en sont un bon exemple. Leurs entités sont souvent le terrain de jeu de traditions religieuses et/ou culturelles qui restreignent l'espace de manœuvre à des lignes sexospécifiques.

Le sexe ne constitue assurément qu'un motif de discrimination et d'oppression mais il est particulièrement envahissant: les personnes qui sont victimes d'une discrimination fondée sur d'*autres* motifs sont toujours *sexuées* aussi et le "groupe" qui est visé par la discrimination sexospécifique d'après ce motif représente "par nature" (plus de) la moitié de la population.²³

Iris Young met le doigt sur l'interaction des diverses formes d'oppression concernant le genre: l'oppression des femmes consiste en partie en un transfert systématique et non réciproque de pouvoirs des femmes aux hommes. L'oppression des femmes ne consiste pas simplement en une inégalité de statut, de pouvoir et de richesse résultant de leur exclusion par les hommes des activités privilégiées. La liberté, le pouvoir, le statut et l'épanouissement personnel des hommes sont précisément possibles parce que les femmes travaillent pour eux. L'exploitation sexospécifique comporte deux aspects: le transfert des fruits du labeur matériel aux hommes et le transfert des énergies sexuelles et nutritives aux hommes."²⁴

4. LES FEMMES DANS LES DIFFÉRENTES SPHÈRES: LE MARCHÉ DU TRAVAIL ET LA SPHÈRE DOMESTIQUE

Nous pouvons actuellement rassembler les différents fils de la structure théorique que j'ai tenté d'ébaucher. Je crois qu'une combinaison des différents fils théoriques facilite une définition exacte du statut spécial de la discrimination sexospécifique. La théorie de Walzer relative aux sphères de justice et à leur interconnexion s'avère particulièrement instructive à ce titre. La discrimination et l'oppression des femmes constituent une fonction de leur (prétendu) statut et de leurs (prétendues) tâches dans la sphère domestique.

Pour des raisons évidentes, j'ai choisi de me centrer sur l'interconnexion entre la sphère domestique et celle du marché de l'emploi. L'une de ces raisons concerne le cadre de la loi de lutte contre la discrimination de la CE. La directive sur l'égalité de traitement 76/207/EC interdit la discrimination à l'égard des femmes, maintenant comme toujours, sur le marché de l'emploi.

Un fonctionnement approprié au niveau du marché du travail implique certaines exigences. Il est très difficile de "fonctionner" correctement si l'on est le principal gardien de la sphère domestique. Pour "fonctionner" en tant que travailleur, on doit disposer de suffisamment de temps pour pouvoir travailler et avoir du temps libre. Des charges doubles et triples rendent cela pratiquement impossible. Les personnes, habituellement les femmes, qui sont lestées d'une double charge sont désavantagées non seulement sur le marché du travail mais également dans les autres sphères: elles disposent de moins de temps libre, elles effectuent plus de travaux lourds (et au

²² Young 1990, 64.

²³ En outre, l'autre "fondement" peut avoir affaire avec la transgression d'un rôle sexospécifique bien établi. La transgression peut résulter de la "nature" (la naissance d'un enfant intersexué), de la "psychologie (le phénomène transsexuel), ou de l'amour, de l'affection et des pulsions sexuelles (l'orientation sexuelle).

²⁴ Young 1990, 50.

nombre de ceux-ci, il y a la prise en charge des tâches ménagères) et leur travail est intimement lié non à l'idée de rémunération mais à celui de devoir d'amour.

L'option prévalente de la "mère travailleuse" d'aujourd'hui (qui a jamais entendu parler de notion de "père travailleur"?) consiste à transférer "sa" responsabilité d'un enfant ou d'une autre personne dépendante à une autre femme qui est encore plus désavantagée (telle que les femmes immigrées qui se chargent du nettoyage et des soins); leur position désavantagée les rend financièrement disponibles aux autres (Williams 1991).

L'interconnexion du marché du travail et de la sphère domestique a été outrageusement brisée par la Cour européenne de justice dans l'affaire *Hofmann* contre *Barmer Ersatzkasse*. M. Hofmann réclamait contre la loi allemande qui, accordant un congé payé après la naissance d'un enfant et après l'expiration de la période de protection (de 8 semaines dans le cas de l'Allemagne) uniquement aux mères mais pas aux pères, le rendait victime d'une discrimination sexospécifique et prétendait que cette discrimination était interdite par la directive 207/76/CE. Il fut rejoint par la Commission qui demanda une interprétation restrictive de l'Article 2(3) de la directive, concernant l'exemption de maternité.

La Cour, cependant, trancha en prétendant qu'il ne s'agissait pas d'une question de discrimination dans le contexte du marché du travail mais uniquement d'arrangements familiaux. Elle arriva à la conclusion que la "[d]irective 76/207 n'était pas conçue pour régler des questions relatives à l'organisation de la famille ou pour modifier le partage des responsabilités entre les parents." La Cour aurait pu aisément interpréter cette question de partage des responsabilités parentales comme un élément en interconnexion tellement forte avec la participation des femmes au marché du travail qu'il n'existait aucun doute quant à la responsabilité des Etats membres à fournir des congés parentaux et pas seulement des congés de maternité. Mais, au lieu de cela, la Cour préféra interpréter l'esprit de la directive de façon étroite, en insistant sur la situation particulière des femmes.

Le principe de l'exception de "maternité" fut interprété largement: "le congé de maternité accordé à une femme au terme de la période de protection statutaire tombe dans le champ d'application de l'article 2(3) de la directive 76/207, dans la mesure où il cherche à protéger une femme par rapport aux effets de la grossesse et du statut de mère. Les choses étant ainsi posées, un tel congé peut légitimement être réservé à la mère à l'exclusion de toute autre personne, étant donné qu'il n'y a que la mère qui puisse se trouver soumise à des pressions indésirables visant à la faire retourner au travail prématurément." Le recours au terme de "statut de mère", qui est plus large que le terme de "maternité", est éloquent.²⁵ Le raisonnement de la justice était fortement chargé de stéréotypes sexospécifiques et également aveugle à l'immense pression exercée sur les *pères* pour qu'ils ne prennent pas de congé de paternité. Le message était et est le suivant: c'est le souhait et le devoir des femmes de prendre soin de leurs enfants. Les pères peuvent "aider".

En édifiant les rôles sociétaux et les concepts mêmes des femmes et des hommes, une question fondamentale est en jeu, à savoir celle du concept et de l'organisation de la reproduction de la société. Et, si cette formulation paraît trop froide et détachée, on peut l'exprimer ainsi: ce qui est en jeu, ce sont les relations fortement chargées des deux sexes, le présent et le futur de la vie et de l'amour, de l'amour hétérosexuel ainsi que de l'amour et des soins d'une mère pour ses enfants et, comme l'exprime la rhétorique anxieuse face à la réticence des personnes à avoir des enfants, le futur de la nation.

²⁵ Ellis 1998, 241-243.

5. CONCLUSION

L'intersection de la race et du genre et d'autres vecteurs de pouvoir tels que l'âge, l'orientation sexuelle et la validité est complexe et interactive et je ne veux pas dire que la race et le sexe et d'autres vecteurs de pouvoir sont des formes séparables et additionnelles de la discrimination, qui peuvent être aisément séparées d'un point de vue analytique. Toutefois, ce que je veux dire, c'est que nous ne devrions pas nous égarer dans la dispersion. En matière de droit, nous devons agir sur la base de certaines revendications et ce mode de fonctionnement est souvent simplificateur. C'est l'une des caractéristiques de la loi que de réduire la complexité et il en est forcément ainsi. Il n'existe pas d'autre voie que celle-là.

La situation d'un homme blanc, robuste, hétérosexuel, de la classe moyenne, ne devrait pas être prise comme norme universelle à partir de laquelle on peut observer des écarts. Ce groupe de personnes possède une large gamme de besoins spéciaux qui ont été accommodés au mieux depuis qu'elles ont été en mesure de les rendre universels et font travailler à leur profit d'autres personnes qui sont moins privilégiées.

De la même manière, une femme blanche, robuste, hétérosexuelle, de la classe moyenne, ne devrait pas être prise comme norme universelle à partir de laquelle on peut observer des écarts. Cette femme n'est pas plus universelle que sa sœur lesbienne de couleur, issue de la classe ouvrière. Les genres de discrimination que ces deux femmes vont rencontrer peuvent être très différents. Mais puisqu'elles sont des "femmes" et que le "genre féminin" constitue encore un critère existentiel dans nos sociétés, je doute fort que la discrimination d'une femme de quelque situation qu'elle soit ne comporte pas une composante sexospécifique. En effet, leur situation en tant que non-blanche ou handicapée ou membre d'un groupe religieux peut aggraver une particularité qui apparaît toujours dans la discrimination: la réduction à la particularité discriminée, en l'espèce, une femme. La signification de cette réduction est au moins double: l'une réside dans le fait qu'être une femme signifie être au service des hommes et l'autre dans le fait qu'être une femme équivaut à un prétendu dysfonctionnement imputable aux prétendus traits du sexe féminin.

C'est ainsi que je puis en conclure que la discrimination fondée sur le sexe, souvent aggravée par d'autres formes de discrimination et parfois en conflit avec elles, devrait et peut (encore) être traitée séparément des autres motifs de discrimination.

Pour conclure, la discrimination fondée sur le sexe est spéciale en ce sens qu'elle est basée sur des stéréotypes et des réalités liés au concept dominant et à l'organisation génésique.²⁶ Toute femme en âge de procréer se trouve confrontée à ces réalités; elles constituent le bruit de fond de ses aspirations. La reproduction est utilisée dans son acception la plus large, comprenant les services dispensés aux enfants et aux maris qui sont idéalement pourvus d'amour. Ainsi, la question ne peut être séparée de la question sous-jacente et supplémentaire des relations d'amour entre les "sexes" et leur "produit". C'est ce qui, selon moi, confère une telle charge à cette question.

Au terme de cet exposé, permettez-moi de finir en posant une dernière question, une question qui concerne la thèse, implicite dans mes remarques, selon laquelle la lutte contre la discrimination ne suffit pas car la lutte contre la discrimination est un concept individualiste.²⁷ La question est la suivante: une action positive devrait-elle

²⁶ Cela ne veut pas dire que les anxiétés relatives à la couleur blanche de la nation peuvent être négligées. Le concept dominant de reproduction est également un projet raciste et racialisant bien que moins explicitement, de sorte qu'il est sexospécifique.

²⁷ Voir Ellis 1998, 312-336 sur les limites du concept de discrimination et sur la nécessité d'un élargissement de l'approche à l'égalité des sexes, un objectif qui "devra bénéficier du soutien d'une Cour de justice un peu plus enthousiaste vis-à-vis du principe d'égalité entre les sexes que ne l'est la Cour actuellement" (336).

être prise en vue de l'amélioration de la situation des "autres" groupes défavorisés et discriminés, leur égalité devrait-elle être promue? La réponse est résolument affirmative, associée à une condition: je pense qu'une action positive devrait être prise uniquement si elle est attentive à la dimension de genre. Ce qui revient, selon moi, à englober le concept d'intégration de la dimension de genre. La lutte contre la discrimination fondée sur d'autres motifs ne devrait pas aboutir à une occultation de la dimension du genre, de même que la lutte contre la discrimination fondée sur le sexe ne devrait pas conduire à une occultation des autres motifs. C'est tout cela que recouvre le terme d'intersectionnalité.

RÉFÉRENCES

- Bell, Mark 2002. *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford
- Brown, Barbara A./Emerson, Thomas I./Falk, Gail/Freedman, Anne E. 1971. The Equal Rights Amendment: A Constitutional Basis for Equal Rights for Women, 80 *Yale Law Journal*, 871-985
- Cain 1997. The Future of Feminist Legal Theory, réimprimé avec des omissions dans Dowd/Jacobs 2003, 14-19
- Dowd, Nancy E./Jacobs, Michelle S. (eds.) 2003. *Feminist Legal Theory. An Anti-Essentialist Reader*, New York/Londres
- Dworkin, Ronald 1977. Bakke's Case: Are Quotas Unfair? dans Cahn, Steven M. (ed.), *The Affirmative Action Debate*, New York/Londres, 2ème éd. 2002, 103-112
- Dworkin, Ronald 1978. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts/Londres, Angleterre
- Ellis, Evelyn 1998. *EC Sex Equality Law*, Oxford
- Frug, Mary Joe 1992. *Postmodern Legal Feminism*, New York/Londres
- Gilligan, Carol 1982. In *a Different Voice*, Cambridge, Massachusetts/Londres, Angleterre
- Holzleithner, Elisabeth 2002. *Recht Macht Geschlecht. Legal Gender Studies. Eine Einführung*, Vienne
- Minow, Martha 1990. Making all the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law, Ithaca, New York
- Nussbaum, Martha 1990. Aristotelian Social Democracy, dans R. B. Douglas/G. Mara/H. Richardson (eds), *Liberalism and the Good*, New York, 203-252
- Okin, Susan Moller 1989. *Justice, Gender, and the Family*, New York
- Rawls, John 1999. *A Theory of Justice*, Revised Edition, Oxford
- Raz, Joseph 1986. *The Morality of Freedom*, Oxford
- Raz, Joseph 1994. *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Edition révisée, Oxford
- Shklar, Judith 1994. *Ordinary Vices*, Cambridge, Mass./Londres, Angleterre
- Somek, Alexander 2002. Rationalität und Diskriminierung. Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht, Vienne/New York
- Somek, Alexander 2003. Neoliberale Gerechtigkeit. Die Problematik des Antidiskriminierungsrechts, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* Jg. 51, 45-59
- Walzer, Michael 1983. *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, New York
- Williams, Joan C. 1991. Gender Wars: Selfless Women in the Republic of Choice, *New York University Law Review*, 1559-1634
- Young, Iris 1985. Humanism, Gynocentrism and Feminist Politics, dans *Women's Studies International Forum* Vol. 8 No. 3, 173-183
- Young, Iris 1990. *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press
- Zinn, Maxine Baca/Dill, Bonnie Thornton 1996. Theorizing Difference from Multiracial Feminism, dans Dowd/Jacobs 2003, 20-25

**COMMENT
TIRER PROFIT DE
L'EXPERIENCE
ACQUISE EN
MATIERE DE
DISCRIMINATION
FONDEE SUR LE
SEXE POUR LES
AUTRES MOTIFS DE
DISCRIMINATION**

MAITRE-ASSISTANTE DR. CHRISTA TOBLER, LL.M.²⁸
UNIVERSITES DE BALE, SUISSE, ET LEIDEN, PAYS-BAS

²⁸ *Christa.tobler@unibas.ch et r.c.tobler@law.leidenuniv.nl*

TEXTE ECRIT DE LA PRESENTATION ORALE

1. INTRODUCTION

La législation de la CE portant sur la discrimination fondée sur la race, la religion, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle est assez récente. L'article 13 de la CE, la disposition qui octroie à la CE la compétence explicite pour légiférer en ces domaines, a été introduite dans le Traité seulement dans le cadre du Traité d'Amsterdam et est entré en tant que tel en vigueur le 1er mai 1999. Entre-temps, deux directives ont été adoptées sur base de cette disposition dans ce qui a été appelé "la vitesse record pour l'Europe sociale", à savoir la Directive sur l'égalité raciale et ce que l'on a appelé la Directive-cadre générale. Il n'existe pas encore de jurisprudence sur ces directives. En revanche, une loi de la CE sur l'égalité entre les sexes a vu le jour dès les premiers pas de la Communauté. La disposition du Traité sur l'égalité des rémunérations pour les hommes et les femmes (alors l'article 119 du Traité de la CEE, actuellement les articles 141(1) et (2) CE) est entrée en vigueur le 1er janvier 1958. Avec le temps, un nombre substantiel de Directives sur les questions d'égalité entre sexes se sont développées,²⁹ en même temps qu'un large volume de droit jurisprudentiel sur la signification et sur l'effet de la législation de la CE relative à l'égalité entre les sexes. Cette différence en termes de temps et de développement soulève la question de savoir quelles sont les leçons que l'on pourrait tirer de la loi de la CE sur l'égalité entre sexes pour les domaines encore jeunes de la discrimination que couvrent les deux directives plus récentes.³⁰

Peut-être que la leçon la plus évidente concerne *l'importance du droit jurisprudentiel de la Cour de justice*.³¹ Pourquoi est-ce si important? Tout d'abord parce que la loi de la CE prend préséance sur la législation nationale. Plus précisément, toutes les sortes de législation de la CE prennent préséance sur tous les types de législation nationale. Ceci signifie que les dispositions d'une directive CE peuvent prendre préséance sur une constitution nationale, comme l'illustre l'affaire *Kreil* où l'interprétation par la Cour de l'Art. 2(2) de la deuxième Directive sur l'égalité de traitement (dans sa version d'origine) a conduit à une modification de l'Art. 12a de la constitution allemande. L'affaire a été portée en justice par une femme qui se plaignait du fait qu'elle s'était vu refuser un emploi dans l'armée allemande simplement en raison de son appartenance au sexe féminin. A la lumière de tels exemples, il est extrêmement important de comprendre la portée et la signification de la loi de la CE. La législation de la CE est interprétée et appliquée à de nombreux niveaux mais c'est la Cour de justice du Luxembourg qui jouit du monopole pour ce qui concerne son interprétation officielle, en particulier au travers de la procédure de réglementation préliminaire. L'expérience dans le domaine de l'égalité entre les sexes montre que la jurisprudence de la Cour, et donc aussi la signification précise de la loi de non-discrimination de la CE, ne sont *pas facilement prévisibles*. Lorsque la Chambre des communes du Royaume-Uni³² a discuté des conséquences des propositions d'alors pour deux nouvelles directives de la CE à adopter sur base de l'Art. 13 CE, elle a fait observer que: „Il apparaît clairement, au vu de l'expérience acquise avec la Directive sur l'égalité de traitement, que la CEJ peut interpréter une telle législation avec des résultats inattendus [...]. Les conséquences de l'adoption de cette proposition et son éventuel impact sur la législation existante du Royaume-Uni [...] ne sont pas facilement prévisibles.” La raison de cette situation réside essentiellement dans la technique d'interprétation de la Cour, laquelle est rarement historique mais plutôt intentionnée et dynamique (ou téléologique).

L'importance du droit jurisprudentiel de la Cour se voit confirmée aux *divers niveaux de la législation*, en ce qui concerne plus particulièrement le champ d'application de la législation, la nature précise et la portée

²⁹ On peut trouver un aperçu général utile de la loi sur l'égalité entre les sexes en vigueur sur le site Internet http://europa.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/rights_fr.html

³⁰ Pour un aperçu un peu plus approfondi mais toujours général de la loi sur l'égalité entre les sexes de la CE, voir TOBLER Christa, 'Sex Equality Law in the EU Context', dans MARTINHO TOLDY Teresa/CASQUEIRA CARDOSO João (eds.), *A Igualdade entre mulheres e homens na Europa. As portas do século XXI / Egalité entre les femmes et les hommes en Europe: aux portes du 21ème siècle* Oporto: Edições Universidade Fernando Pessoa 2000, 21-52. Une version mise à jour peut être obtenue auprès de l'auteur.

³¹ On peut trouver en fin de texte une liste des décisions de la Cour de Justice et la loi secondaire citée dans cette contribution.

³² CHAMBRE DES COMMUNES BRITANNIQUE, COMITE D'EXAMEN EUROPEEN, *Commission Proposals to Combat Discrimination – Propositions de la Commission pour combattre la discrimination, Session 1999-2000, Dix-neuvième rapport, xiv-xciii, Londres: The Stationary Office 2000, n. 27.*

des droits octroyés par la loi, les possibilités de dérogations et la protection des droits accordés. L'on peut rencontrer des surprises et des problèmes à chacun de ces niveaux. Dans la suite de mon exposé, je donnerai des exemples de jurisprudence de la Cour et je demanderai dans quelle mesure ils pourraient être applicables à des motifs de discrimination autres que le motif sexospécifique. Ensuite, j'aborderai également certains aspects plus fondamentaux de la loi sur la discrimination fondée sur le sexe qui soulèvent des questions.

2. LEÇONS TIRÉES DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

2.1. Le champ d'application de la loi sur la non-discrimination

Il va sans dire que la loi sur la non-discrimination ne peut être applicable que dans son domaine d'application. RUST,³³ dans ce contexte, parle avec justesse du *chas de l'aiguille* par lequel doit passer une affaire avant que l'on puisse poser la question de la discrimination. Si une affaire ne passe pas cet obstacle, elle ne peut faire valoir une discrimination juridiquement interdite mais au mieux une discrimination factuelle, c'est-à-dire une discrimination qui est inacceptable selon des normes autres que la loi (morale, sens la justice, etc.).

a) Champ d'application limité de la législation existante

En ce qui concerne la loi sur la non-discrimination de la CE, il peut exister d'importantes *limitations du champ d'application* indiquées dans la loi elle-même. Le champ d'application le plus large possible est celui de l'Art. 12 CE, qui interdit la discrimination fondée sur des motifs de nationalité (nationalité des Etats Membres de l'UE uniquement) dans tous les domaines du Traité. En revanche, la loi de la CE sur l'égalité entre les sexes a été limitée jusqu'ici à des questions liées au travail, y compris la sécurité sociale. Encore plus limité, le champ d'application de la Directive-cadre générale ne concerne que l'emploi. En comparaison, le champ d'application de la Directive sur l'égalité raciale est bien plus large, couvrant essentiellement l'emploi, la protection sociale, l'éducation, les avantages sociaux ainsi que l'accès aux biens et services qui sont disponibles au public et leur fourniture. Il va sans dire que ces différences sont très importantes lorsqu'elles portent sur des affaires de discrimination multiple ou à motifs inextricablement mêlés.

b) Large interprétation du champ d'application en principe

En principe, *les notions de base qui définissent les droits communautaires* sont interprétées largement par la Cour (par exemple, "rémunération", "population active"). Il s'agit d'une règle générale de la législation de la CE et non d'une règle spécifique à la loi sur l'égalité entre les sexes de la CE. Par conséquent, le même principe s'appliquera dans le cas des nouvelles Directives de l'Art. 13, comme, par exemple, pour ce qui concerne la notion de services (qui, dans le contexte de la loi sur la liberté de mouvement dans la CE, où elle est également applicable, requiert un élément de rémunération – la même exigence se vérifiera-t-elle dans le contexte de la loi sociale?) et en ce qui concerne la notion d'avantages sociaux (très largement interprétée par la Cour dans la loi de la CE sur la liberté de mouvement). En dépit du principe d'interprétation large, il peut exister des cas qui ne sont pas couverts, bien qu'ils semblent assurément impliquer une discrimination fondée sur le sexe d'un point de vue factuel (par exemple, le jugement de la Cour dans les affaires Jackson et Cresswell; on notera l'opinion différente de l'avocat général).

Les dispositions limitant le champ d'application des droits de la CE sont interprétées étroitement. Par exemple,

³³ RUST Ursula, 'Nadelöhr und Einschätzungsprärogative - die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur un-)mittelbaren Geschlechterdiskriminierung im Sozialrecht', *Streit* 1997, 147-154, à 149.

les troisième et quatrième directives sur l'égalité de traitement autorisent les Etats membres à exclure de leur champ d'application des questions qui concernent la différence d'âge de la pension entre les hommes et les femmes (respectivement les Art. 7(1)(a) et Art. 9). On peut citer pour exemple, dans le contexte de la Directive-cadre générale, celui de l'exclusion des cas de discrimination fondée sur des motifs de nationalité et de droits de ressortissants de pays tiers (Art. 3), ensuite l'exclusion des réglementations concernant le statut marital d'une personne (cons. 22 du préambule). Ce dernier exemple est particulièrement important dans le contexte de la discrimination fondée sur l'homosexualité. WAALDIJK³⁴ critique à juste titre le fait qu'une telle approche maintient une forme indirecte de discrimination fondée sur l'homosexualité.

Dans le contexte de la loi de la CE sur l'égalité entre les sexes, la question du champ d'application est particulièrement importante du fait que nous disposons d'un certain nombre de directives différentes. *Laquelle doit-on appliquer?* Un exemple célèbre est fourni par le droit jurisprudentiel de la Cour portant sur la signification de la notion de "rémunération" qui est au centre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en vertu de l'Art. 141(1) et (2) de la CE et de la première Directive sur l'égalité de traitement (ou Directive sur l'égalité de rémunérations). Le problème le plus ardu à cet égard a été de savoir si les pensions pouvaient constituer une rémunération. Enfin, dans la jurisprudence nommée Barber, la Cour a décrété que ce terme incluait également les pensions professionnelles qui, dès lors, ne sont pas couvertes par la quatrième Directive sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale. La différence est importante parce que M. Barber a porté plainte contre la différence de l'âge de la pension entre les hommes et les femmes qui donnait lieu à différents avantages: alors qu'une telle différenciation est possible en vertu de la Directive, elle n'est pas possible selon le principe de l'égalité de rémunérations.

c) Questions délicates de la division des compétences

Des difficultés d'une nature particulière surviennent lorsque le champ d'application d'une Directive donnée provoque des débats concernant la *division des compétences* entre la CE et ses Etats membres. La CE ne peut légiférer que lorsqu'elle reçoit la compétence pour le faire en vertu du Traité de la CE (principe d'attribution des pouvoirs, Art. 5 CE). Cela se fait par voie juridique ou par des dispositions d'habilitation telles que l'Art. 13 de la CE. Tout ce qui n'est pas couvert par de telles dispositions reste dans le domaine de compétences des Etats membres. Il existe certains domaines où les compétences des Etats membres ont été, par tradition, particulièrement importantes, comme la fiscalité et les forces armées. Le droit jurisprudentiel de la Cour dans le domaine de la discrimination fondée sur le sexe montre qu'ici encore des surprises peuvent survenir. Dans l'affaire Sirdar et Kreil, la Cour a statué que la deuxième Directive sur l'égalité de traitement couvre également l'emploi dans les forces armées – bien que cela n'avait manifestement pas été dans l'intention des Etats membres lors de l'adoption de la Directive (mais ils n'ont pas songé à inscrire dans le texte une exclusion explicite de cette question hors du champ d'application de la Directive). Dans l'affaire Kreil, où la Cour a trouvé en termes substantiels une discrimination fondée sur le sexe, cette position a provoqué un tollé dans certains cercles en Allemagne. Toutefois, la limite de cette jurisprudence est indiquée dans le récent jugement rendu dans l'affaire Dory, provenant aussi d'Allemagne, où la Cour a souligné que *l'organisation* des forces armées est une matière de compétence nationale. Par conséquent, la plainte de M. Dory selon laquelle seuls les hommes doivent faire leur service militaire en vertu de la constitution allemande n'a pas été examinée en termes de substance. Visiblement, dans ce type d'affaire, il est question de beaucoup plus que de simples questions techniques de champ d'application.

³⁴ WAALDIJK Kees, 'Onderscheid wegens geslachtsgelijkheid. Burgerlijke staat, sexuele gerichtheid of geslacht als grond?', *Nemesi* 1997, 117-120, à 118/119.

2.2. La nature précise et la portée des droits accordés par la loi

Dès qu'une affaire a franchi l'obstacle du champ d'application (c'est-à-dire qu'il a été déterminé qu'elle relevait du champ d'application de la législation de non-discrimination existante de la CE), la question suivante consiste à savoir si elle implique une violation des droits communautaires.

a) La non-discrimination par rapport aux droits spécifiques

Les directives de non-discrimination de la CE accordent des droits d'un certain type seulement. Fondamentalement, il conviendrait d'établir une distinction entre la non-discrimination et les droits spécifiques. Ces derniers se caractérisent par le fait que la loi elle-même *définit un certain niveau de traitement* (par exemple, 14 semaines de congé de maternité au moins selon la Directive sur la maternité, trois mois au moins de congé parental selon la Directive de congé parental).

En revanche, la loi de non-discrimination ne concerne que *l'égalité de traitement par comparaison*, indépendamment du niveau de ce traitement. Un traitement équitablement mauvais est aussi équitable. Donc, si la législation d'un Etat membre prévoit les mêmes règles permissives sur le travail de nuit pour les hommes que pour les femmes, indépendamment des risques de santé qu'implique un tel travail et de ses compétences sociales, ce fait est accepté selon la législation de la CE. La loi de la CE requiert une égalité de traitement entre hommes et femmes à cet égard, sauf dans le contexte de la maternité biologique (Stoeckel; entre-temps également la Directive sur la maternité). De même, si un Etat membre décide de fermer les toilettes publiques plutôt que de les équiper pour des personnes handicapées, c'est – malheureusement – acceptable selon la loi de la CE.

En ce qui concerne les nouvelles directives de l'Art. 13, elles traitent essentiellement de discrimination, bien que l'Art. 5 sur le compromis raisonnable dans la Directive-cadre générale semblerait être un exemple de droit spécifique (bien qu'il ne soit pas formulé clairement).

b) "Discrimination"

Dans le cadre de la non-discrimination, la signification du terme "discrimination" est particulièrement difficile. A l'origine, il n'était pas défini dans la loi écrite (le Traité ou les Directives) mais uniquement dans le droit jurisprudentiel. Dans la législation de la CE, la discrimination est comprise comme liée à l'égalité et, en tant que telle, a désigné traditionnellement un droit au *traitement équitable de situations comparables*.

Dans l'affaire Ruckdeschel, la Cour a estimé que le principe général d'égalité dans la législation de la CE requiert que "des situations comparables ne soient pas traitées différemment et que des situations différentes ne soient pas traitées de la même façon à moins qu'un tel traitement soit objectivement justifié". Dans l'affaire Schumacker (une jurisprudence fiscale) et dans l'affaire Hill (une jurisprudence d'égalité sexuelle), la Cour a expliqué que "la discrimination ne peut survenir que par l'application de règles différentes à des situations comparables ou par l'application de la même règle à des situations différentes". Toutefois, alors que, dans la législation de la CE, il s'agit du point de départ général sur l'égalité et la discrimination, dans la pratique, on trouve une puissante *concentration sur le traitement équitable* de situations comparables. Dans certains cas, c'est évident, même d'après le titre de la législation (par exemple, les titres des directives sur l'égalité de traitement); parfois, cela ressort du droit jurisprudentiel (par exemple, dans l'affaire Abdoulaye, où la Cour a rejeté l'argument de discrimination relatif à une allocation payée uniquement

aux femmes à la naissance d'un enfant parce qu'elle a estimé que les femmes et les hommes se trouvaient dans des situations différentes).

Dans un tel cadre, la *comparabilité* est une question centrale (par exemple, l'affaire Lawrence, où la Cour a rejeté l'argument d'une discrimination de rémunération parce que les femmes plaignantes ont tenté de faire valoir des hommes comparateurs erronés) et il n'existe que quelques exceptions à cet égard. A cet égard, on peut citer notamment pour exemple l'affaire Dekker où la Cour a déclaré que l'on pouvait constater un cas de discrimination pour motif sexospécifique si un employeur fonde un traitement défavorable sur la grossesse, même s'il n'y a pas d'hommes qui puissent servir de comparateurs. On peut citer pour autre exemple la nouvelle disposition qui stipule que le harcèlement sexuel est une forme de discrimination (Art. 2(3) de la deuxième Directive révisée sur l'égalité de traitement; on comparera également l'Art. 2(3) de la Directive sur l'égalité raciale et de la Directive-cadre générale). Dans de tels cas, il n'existe aucune exigence de comparabilité comme condition préalable pour la constatation d'une discrimination.

En théorie, il existe *trois formes légales de discrimination*: la discrimination directe, la discrimination indirecte et la discrimination structurelle. Cette dernière, qui évoque des désavantages découlant d'une organisation sociale donnée, de points de vue profondément ancrés, de préjugés et actes similaires (parfois même inconscients), n'est pas explicitement traitée en tant que telle par la législation de la CE. En particulier, il n'existe aucune disposition pareille à l'Art. 5a CEDAW qui oblige les Etats signataires à s'engager dans "une ingénierie sociale", c'est-à-dire à s'atteler à modifier la société à cet égard. La législation de la CE connaît les termes juridiques de *discrimination directe et indirecte*. A l'origine, cette distinction a été développée par la Cour de justice par le biais de sa jurisprudence, tout d'abord dans la loi sur la libre circulation, ultérieurement aussi dans la loi sur l'égalité entre sexes où l'on trouve actuellement un important volume de droit jurisprudentiel sur la signification du concept de discrimination indirecte. Ensuite, l'Art. 2(2) de la Directive sur la charge de la preuve a fourni la première définition juridique à cet égard. Depuis, les deux discriminations, directe et indirecte, ont été définies dans l'Art. 2(2) de la deuxième Directive révisée sur l'égalité de traitement, bien qu'uniquement pour son domaine spécifique d'application. Il convient de noter que la définition de discrimination indirecte dans ce dernier instrument législatif diffère légèrement de celle que l'on trouve dans la Directive sur la charge de la preuve et dans le droit jurisprudentiel de la Cour (les deux restant valides dans leur champ d'application). Il faudra voir si l'interprétation par la Cour de la nouvelle définition diffèrera significativement de l'ancienne. Ainsi donc, il est possible que l'ancienne jurisprudence ne puisse pas ou ne puisse que dans une certaine mesure être invoquée dans le contexte des nouvelles définitions. Par analogie, ceci s'appliquerait aussi aux nouvelles définitions de la discrimination directe et de la discrimination indirecte dans l'Art. 2(2) de la Directive sur l'égalité raciale et de la Directive-cadre générale, qui correspondent à celles de la deuxième Directive révisée sur l'égalité de traitement. Enfin, on notera que la *ligne de division* entre la discrimination directe et la discrimination indirecte n'est pas toujours claire (on comparera la réglementation problématique et assez absconse dans l'affaire Schnorbus et en particulier l'opinion de l'avocat général sur cette affaire).

c) Discrimination "à motifs sexospécifiques"

Dans la législation de non-discrimination de la CE, l'interdiction de la discrimination n'est liée qu'à certains *motifs de discrimination* seulement. Jusqu'à présent, il existe une liste fermée de motifs interdits.³⁵ Dans le domaine de la législation sociale, les motifs comprennent le sexe, la race, la religion, le handicap, l'âge et

³⁵ Les dispositions de la Charte des droits fondamentaux sont formulées de façon ouverte mais ceci n'est pas exécutoire pour les Etats membres; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO 2000 C 364/1. La Charte ne possède pas actuellement le rang de législation; voir Communication de la Commission sur la nature juridique de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, COM(2000) 644 fin., point 4 et suiv.

l'orientation sexuelle. De nouveaux motifs peuvent suivre avec le temps (par exemple, la discrimination génétique comme mentionnée dans la Charte des droits fondamentaux). Dans le cadre d'un système fermé, il est très important de savoir ce que signifient les notions existantes, comme, par exemple, "la discrimination fondée sur des *motifs sexospécifiques*". Plus particulièrement, si un motif spécifique qui constitue la base d'un cas concret de discrimination alléguée n'est pas explicitement interdit selon la législation de la CE, il peut être possible de l'"inclure" dans une notion existante en interprétant cette notion largement. Le droit jurisprudentiel tiré du domaine de l'égalité sexuelle montre que l'approche par la Cour de tels cas peut être difficile à comprendre. Le meilleur exemple connu concerne la discrimination pour motifs de réaffectation sexospécifique (transsexualité, affaire *P. v. S.*) et la discrimination pour motifs d'orientation sexuelle (homosexualité, en particulier l'affaire *Grant*), ces deux affaires étant présentées à la Cour à une époque où les directives de l'Art. 13 n'existaient pas encore. La Cour a estimé que la discrimination pour motifs de réaffectation sexospécifique était en fait, une discrimination sexuelle (la personne transsexuelle qui se plaignait d'un licenciement discriminatoire n'aurait pas été licenciée si elle était restée l'homme biologique qu'elle était avant). La Cour a insisté sur l'importance de la dignité humaine dans ce contexte, une remarque qui a donné espoir à un autre groupe souffrant de discrimination, celui des homosexuels. Toutefois, la Cour – à la différence de son avocat général – a refusé de trouver que la discrimination pour motifs d'orientation sexuelle était une discrimination sexospécifique. Il est essentiellement déclaré que, dans un tel cas, ce n'est pas le sexe même de la personne qui est en jeu mais le sexe de son ou de sa partenaire. Une analyse détaillée de ces cas montre qu'il n'est pas facile de comprendre le raisonnement de la Cour ou d'y trouver du sens. Il se peut que la raison qui explique le résultat de la deuxième affaire ait été une question de compétences: l'Art. 13 CE existait déjà au moment du jugement et la Cour peut avoir estimé que ceci indiquait qu'à ce moment seulement la Communauté était compétente pour agir en ce domaine (bien que jamais des réserves similaires n'aient été formulées dans le contexte de la loi sur l'égalité entre sexes, lorsque la Communauté légiférait en cette matière, même en l'absence de dispositions à base juridique spécifique pour ce domaine; au contraire, elle invoquait des dispositions générales lui permettant de légiférer dans l'intérêt du Marché commun).

2.3. Les possibilités de dérogation

Si une affaire est passée par le chas de l'aiguille et s'il s'avère qu'il est question d'un cas de discrimination directe ou indirecte, tout n'est pas encore réglé pour autant. Dans bon nombre d'affaires, la loi prévoit la possibilité de dérogations.

a) Dérogations ou différences objectives?

Un premier élément qui soulève des questions dans ce contexte est celui de savoir si toutes les "dérogations" indiquées par la loi sont effectivement des *dérogations en termes de substance*. Certaines d'entre elles semblent plutôt prendre en compte les différences existantes entre les hommes et les femmes et, en ce sens, ne sont que le reflet de "l'autre côté de l'égalité", c'est-à-dire l'égalité fondée sur la différence de traitement plutôt que sur l'égalité de traitement. Les exemples tirés de la loi sur l'égalité entre les sexes correspondent à des différences de traitement dans le contexte du statut de mère biologique (différences biologiques) et dans le contexte de l'action positive (différences économiques et sociales) selon l'Art. 2 de la deuxième Directive sur l'égalité de traitement. Toutefois, la Cour n'a que très rarement reconnu la nature spéciale de telles "dérogations" en reconnaissant que la loi de la CE vise la substance plutôt qu'une simple égalité formelle

(par exemple, dans les affaires Thibault, Abrahamsson). D'autre part, la Cour, dans ses décisions sur des cas individuels, n'établit pas souvent une distinction bien nette entre les questions de comparabilité (les différences objectives) et les questions de justification. L'affaire Schnorbus en donne un exemple.

b) Une stricte interprétation en principe

Il existe un principe général de la législation de la CE qui veut que les dispositions dérogatoires soient *interprétées strictement*. Dans la pratique, ce n'est pas toujours le cas et parfois alors avec des résultats regrettables (par exemple, dans l'affaire Hofmann, où un père progressiste essayait d'obtenir un congé parental payé; depuis, la Directive sur le congé parental a été adoptée, laquelle ne prévoit cependant pas de droit à un paiement). Pour ce qui concerne le *cas spécifique d'une action positive* en vertu de l'Art. 2(4) de la deuxième Directive sur l'égalité de traitement dans sa version d'origine, la Cour, dans l'affaire Kalanke, a souligné à la fois le fait qu'il s'agit d'une dérogation et que, par conséquent, le terme de "promotion de l'égalité des chances" doit être interprété rigoureusement. Ce fut la raison de l'approche stricte adoptée par la Cour dans cette affaire (la remarque de la Cour sur l'égalité des points de départ et l'égalité des résultats n'était qu'une remarque secondaire qui, par ailleurs, ne revient pas dans la jurisprudence ultérieure). Entre-temps, les choses ont changé. Dans l'affaire Lommers, la Cour a déclaré encore que la disposition d'action positive constituait une exception mais n'a pas mentionné cette fois le principe d'interprétation stricte. Au contraire, elle a insisté sur l'importance du principe de proportionnalité. Entre-temps, la formulation de la disposition a été modifiée afin de l'aligner avec l'Art. 141(4) CE qui a été introduit dans le cadre de la révision d'Amsterdam. L'Art. 2(8) de la Directive sur l'égalité de traitement révisée ne mentionne plus d'égalité des chances mais fait plutôt référence à la "garantie d'une complète égalité dans la pratique entre les hommes et les femmes". Des auteurs universitaires ont prétendu que cet élément devrait influencer l'approche par la Cour de l'action positive, vers une ouverture plus large. Récemment, la Cour de l'AELE a partagé le même point de vue (bien qu'elle ne pouvait pas appliquer cette approche dans le contexte de la législation de l'Espace économique européen (EEE) du fait que la révision du Traité d'Amsterdam ne fait pas partie de cette loi; affaire Autorité de surveillance de l'AELE contre la Norvège). Il reste à savoir si ceci convaincra la Cour de justice. Etant donné que les directives de l'Art. 13 utilisent la même formulation concernant l'action positive que la Directive révisée sur l'égalité de traitement, il pourrait être sage de se garder d'une simple transposition de l'ancienne jurisprudence de la Cour du domaine de la loi sur l'égalité sexuelle vers ces nouveaux instruments juridiques.

c) Système fermé – système ouvert

Un autre point de difficulté survient dans le contexte de la distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte. Nous avons coutume de penser qu'il existe un système fermé de justification dans le cas de la discrimination *directe* au sens où seule une liste limitée de motifs de justification spécifiquement mentionnés dans la loi peut être invoquée. Par exemple, comme ni le Traité ni la Directive sur l'égalité de rémunérations n'indiquent de motifs de justification pour la discrimination sexospécifique concernant la rémunération, la Cour a invariablement refusé d'accepter la justification (par exemple, dans les affaires Dekker, Tele Danmark). Dans un tel contexte, la seule façon d'éviter la constatation d'une discrimination fondée sur le sexe dans le cas d'une égalité de traitement consiste à montrer que les situations en question ne sont pas comparables (par exemple, dans l'affaire Abdoulaye). En revanche, la justification dans le cas d'une discrimination *indirecte* est de nature ouverte puisque, conformément à la définition du concept de discrimination

indirecte, il s'agit simplement d'une "justification objective". Toutefois, plus récemment, la distinction est devenue moins claire. Ainsi, par exemple, la Directive sur le travail à temps partiel, qui interdit la discrimination à l'encontre des travailleurs à temps partiel, prévoit la catégorie ouverte de la justification objective, précisément comme dans le cas de la discrimination sexospécifique indirecte qui forme son cadre historique (Bilka). De façon similaire, l'Art. 6 de la Directive-cadre générale prévoit des possibilités de justification ouvertes dans le cas d'une discrimination fondée sur des motifs d'âge ("objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime").

d) Aménagements raisonnables

Une remarque finale concernant la justification traite de l'Art. 2(2)(b)(ii) de la Directive-cadre générale. Ceci pour dire simplement que la signification de cette référence à l'aménagement raisonnable dans le cadre de la justification pour discrimination indirecte fondée sur des motifs de handicap est particulièrement floue. Le gouvernement britannique argue qu'il donne à l'employeur le choix entre une justification objective et un compromis raisonnable mais il ne s'agit pas de l'interprétation la plus favorable pour les victimes de discrimination. On peut dès lors espérer que la Cour l'interprétera différemment.

2.4. La protection des droits accordés

Une fois qu'une affaire a franchi les problèmes du champ d'application, de la violation des droits et de la justification et qu'elle a donné lieu effectivement à une constatation de discrimination (légalement interdite), il reste la question de la protection des droits en termes de procédures et de sanctions ou, plus généralement, de la mise en application de la loi sur l'égalité.

a) Caractéristiques générales de la législation de la CE

Il existe quelques principes généraux concernant l'effet de la loi CE dans les ordonnances juridiques nationales qui sont d'une importance vitale dans ce contexte, étant tous développés par la Cour de justice par voie de sa jurisprudence. Tout d'abord, les dispositions du droit communautaire peuvent avoir un *effet direct*, c'est-à-dire qu'il est possible pour une personne, lorsqu'elle doit faire face à un conflit entre la législation de la CE et la législation nationale, où la législation de la CE lui est plus favorable, d'invoquer directement la disposition de la législation communautaire devant un tribunal national. Ce tribunal doit alors donner la préséance à la loi communautaire. Pour ce qui concerne le droit à l'égalité de rémunérations pour les hommes et les femmes, la Cour a considéré, dans l'affaire Defrenne II, que l'Art. 119 du Traité de la CE (actuellement l'Art. 141(1) et (2) CE) peut être invoqué aussi bien dans des situations verticales (une personne contre l'Etat) qu'horizontales (une personne contre une autre). En revanche, il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour que les directives ne peuvent jamais avoir un effet horizontal (affaires Marshall I, Faccini Dori). En conséquence, les directives ne peuvent être complètement efficaces qu'en situations verticales. Dans les cas où il n'y a pas d'effet direct (soit par question de principe soit parce que les conditions ne sont pas remplies), une personne peut toujours souligner le devoir qu'ont les tribunaux nationaux d'interpréter le droit national à la lumière du droit communautaire, pour autant que cela soit possible compte tenu de la formulation de la directive (ce que l'on appelle *l'interprétation conforme*, affaires von Colson et Kamann, Marleasing). La troisième caractéristique générale du droit de la CE réside dans le devoir des Etats membres d'accorder une *bonne indemnisation financière* pour les préjudices qu'ils ont occasionnés aux personnes par leurs violations du droit communautaire (responsabilité des Etats membres). Ici encore, cet élément est lié à certaines conditions (voir notamment les affaires Francovich, Dillenkofer).

b) Recours et sanctions: dispositions de loi secondaires spécifiques

Il existe parfois des *dispositions de loi communautaire spécifiques* concernant les recours et sanctions qui sont disponibles dans le contexte de la protection des droits communautaires. Un exemple important tiré de la loi de la CE sur l'égalité entre les sexes est celui de l'Art. 6 de la deuxième Directive sur l'égalité de traitement (version d'origine) qui prévoyait simplement le droit d'accès judiciaire dans le cas de plaintes pour discrimination. Ici encore, le droit jurisprudentiel de la Cour sur cette disposition a été le plus créatif, dans l'intérêt des personnes concernées. La Cour a non seulement confirmé qu'en vertu de l'Art. 6 une personne lésée a effectivement le droit de s'adresser à un tribunal et de faire examiner le cas (Johnston) mais a également statué que la disposition inclut un droit à des sanctions effectives et adéquates. La Cour a considéré que la loi de la CE ne prescrit pas de sanction spécifique, en particulier, elle ne prescrit pas que le plaignant soit rétabli dans ses droits. Au contraire, la loi laisse le choix des sanctions aux Etats membres – sous la condition, toutefois, que la sanction soit effective, proportionnelle (adéquante) et dissuasive (affaires von Colson et Kamann, Draehmpachl). Ceci démontre que la Cour lit bien plus dans l'Art. 6 que ce que la simple formulation de cette disposition ne semblerait indiquer. Dans la version révisée de la Directive, les dispositions portant sur la mise en application sont beaucoup plus étendues; elles reflètent le droit jurisprudentiel de la Cour. Les dispositions de la Directive sur l'égalité raciale et de la Directive-cadre générale sont un peu moins explicites (Art. 7 et suiv. et Art. 9 et suiv. respectivement) mais là, le même droit jurisprudentiel devrait s'appliquer. Enfin, il existe également le droit jurisprudentiel de la CEJ concernant la *charge de la preuve*. Une fois encore, ce droit jurisprudentiel a été partiellement codifié, tout d'abord dans la Directive sur la charge de la preuve (qui ne s'applique qu'à certains domaines de l'égalité entre les sexes seulement) et actuellement aussi dans la nouvelle législation sur la non-discrimination (concernant la discrimination fondée sur le sexe, voir Art. 8d de la Directive révisée sur l'égalité de traitement et la Directive *sur la charge de la preuve*, concernant les autres types de discrimination, l'Art. 8 de la Directive sur l'égalité raciale et l'Art. 10 de la Directive-cadre générale).

c) Codes de procédure nationale

En dépit de l'existence de telles dispositions, le code de procédure – particulièrement important pour la protection des droits communautaires – reste en principe *un domaine de compétence des Etats membres*. A ce titre et aussi longtemps qu'il n'existe pas de législation communautaire appropriée, il s'agit d'une matière relevant de la réglementation des Etats membres. La Cour, dans son droit jurisprudentiel, a néanmoins imposé une limite dans la forme des *principes d'équivalence et d'efficacité* (affaire van Schijndel). Le premier principe signifie que les règles nationales relatives aux procédures (et sanctions) concernant les droits communautaires ne peuvent pas être moins favorables que celles qui concernent des droits nationaux comparables. Le second signifie que les réglementations nationales ne doivent pas rendre virtuellement impossible l'exercice des droits communautaires. Un exemple tiré de la législation sur l'égalité entre les sexes où ces principes s'appliquent, est la question des *prescriptions* imposées aux actions par la législation nationale. La Cour a estimé que cette question n'était pas couverte par l'Art. 6 de la seconde Directive sur l'égalité de traitement. En appliquant les principes uniquement mentionnés, la Cour a considéré que des prescriptions raisonnables sont acceptables (affaires Emmott, Fantask).

d) Procédures juridiques communautaires

Enfin, quelques mots concernant certaines procédures communautaires qui peuvent être importantes dans le contexte de la loi sur la non-discrimination de la CE. Tout d'abord, il est éventuellement possible de

demander à la Cour l'annulation d'une Directive de loi communautaire (*procédure d'annulation*, Art. 230 CE). Toutefois, les conditions d'accès des personnes à cette procédure sont très strictes. En outre, il n'existe qu'une très courte période pour intenter une telle action (deux mois). Un exemple tiré de la loi sur l'égalité entre les sexes de la CE où une telle action est intentée est celui de l'affaire UEAPME où un syndicat européen a tenté d'obtenir l'annulation de la Directive sur le congé parental. L'action n'a toutefois pas abouti suite à la non-recevabilité de la procédure (le cas est assez important dans ce contexte vu que la Directive sur le congé parental a été adoptée dans une procédure compliquée impliquant la mise en application, par le biais d'une Directive de la CE, d'un accord-cadre conclu par les partenaires sociaux européens).

Il est éventuellement possible aussi pour un tribunal national d'interroger la Cour de justice sur la validité de la loi de la CE en recourant à une procédure de réglementation préliminaire (Art. 234 CE) même si le jugement n'aura alors qu'un effet limité. La *procédure de réglementation préliminaire* est d'une importance capitale dans le contexte du second type de questions qui peuvent être présentées à la Cour par cette voie, notamment les questions d'interprétation de la loi de la CE. La majeure partie de la jurisprudence créative de la Cour a été transmise dans ce cadre. La procédure peut être utilisée par les cours et tribunaux nationaux à chaque niveau dès qu'ils se trouvent confrontés à des incertitudes concernant la signification de la législation communautaire qui semble applicable à un cas qui se présente à eux; les tribunaux en dernière instance sont obligés de poser des questions. Malheureusement, les organes spécialisés au sens de la Directive sur l'égalité raciale (Art. 13) et de la Directive sur l'égalité de traitement révisée (Art. 8a) ne sont pas des cours ou tribunaux au sens du droit jurisprudentiel de la Cour (Österreichischer Gewerkschaftsbund); ils ne se sont pas vu octroyer non plus cette possibilité par la nouvelle législation elle-même.

De plus, si un Etat membre n'accomplit pas ces devoirs imposés par la loi de la CE, par exemple en ne mettant pas en application une directive de non-discrimination à temps ou en l'exécutant de manière inefficace, il est possible d'alerter la Commission de cette situation. La Commission peut (mais n'est pas tenue de le faire) entamer des *procédures de mise en application* (Art. 226 et suiv. CE) qui peuvent conduire à une action introduite contre les Etats membres devant la Cour de justice.

3. EN CONCLUSION : QUELQUES QUESTIONS FONDAMENTALES

Enfin, quelques questions de nature fondamentale seront mentionnées. Elles ne résultent pas simplement de la structure de la loi concernée mais se sont avérées sous-tendre le problème de la discrimination sexospécifique. *Mutatis mutandis*, des questions similaires apparaîtront dans le contexte d'autres types de discrimination.

- Le point de départ officiel:

La loi sur l'égalité entre les sexes de la CE vise en premier lieu l'égalité de traitement. Elle est fondée sur une vision selon laquelle *la loi devrait être neutre* en termes de genre ("occultation de la dimension de genre"). Ceci soulève la question de la place qu'occupe ou devrait occuper dans la loi les différences existantes entre les personnes, par exemple les différences biologiques entre les hommes et les femmes concernant la grossesse, mais également les différences sociétales et économiques telles que la sous-représentation des femmes aux postes influents et bien rémunérés. Précédemment, l'on a vu que le traitement différent dans de tels contextes

est normalement considéré comme une exception ou dérogation. Comment l'approche de la loi pourrait-elle être améliorée à cet égard?

- Le problème de la discrimination structurelle :

Le droit jurisprudentiel de la Cour montre que le rôle de la loi existante de la CE sur l'égalité entre les sexes dans la gestion de la discrimination structurelle est assez limité. Il existe deux principaux instruments juridiques dans ce contexte, notamment l'interdiction de la discrimination indirecte et les mesures d'action positive. Les deux sont limitées dans leur effet, bien que pour des raisons différentes. Il n'existe pas d'équivalent dans la loi de la CE à l'Art. 5 CEDAW. Comment la loi pourrait-elle modifier cette situation? En particulier, quel rôle devrait jouer la CEDAW dans la préparation du texte pour une nouvelle directive de l'Art. 13 sur la discrimination sexospécifique? Et qu'est-ce que cela signifie dans le contexte d'autres types de discrimination?

- La catégorie problématique de la dimension de genre:

Dans une certaine mesure, les catégories de discrimination utilisées par la loi sont *problématiques en soi*. Le sexe devrait être perçu comme un continuum plutôt que comme un simple rapport à un nombre clairement déterminé de groupes (par exemple l'intersexualité, la transsexualité).³⁶ C'est d'autant plus vrai pour les catégories telles que la race et l'âge. Qu'est-ce que cela devrait signifier pour la loi?

- La relation entre les différents motifs mentionnés dans l'Art. 13 de la CE:

Dans la réalité sociale, ces motifs peuvent être *liés les uns aux autres* (discrimination multiple ou à motifs inextricablement liés). Au niveau juridique, il existe actuellement un certain nombre de directives parallèles et similairement structurées, de valeur égale. L'égalité entre les sexes ne se distingue que par la disposition du Traité sur l'approche intégrée, Art. 3(2) de la CE. Des différences devraient-elles être établies entre eux en ce qui concerne leur importance et l'approche juridique utilisée dans leur contexte?

Je clôturerai par une remarque finale, en mentionnant une suggestion exprimée par certains auteurs universitaires. HOLTMAAT³⁷ et ALKEMA/ROP³⁸ ont prétendu que *toute forme d'inégalité de traitement qui entre en conflit avec la loi ne devrait pas être comprise comme une discrimination*. Ce dernier terme devrait plutôt être réservé à certains types graves de traitement inéquitable qui, par conséquent, devraient être examinés dans un cadre juridique strict. Les auteurs suggèrent donc d'établir une distinction entre la discrimination au sens strict, d'une part, et le traitement inéquitable illégitime, d'autre part. La première concerne les cas de subordination systématique de groupes de personnes en raison des caractéristiques importantes qui déterminent leur identité. Plus spécifiquement, elle se caractérise par trois facteurs, à savoir: 1) un seul groupe dans la société a le pouvoir d'exclure ou de stigmatiser un autre groupe; 2) l'exclusion du groupe impuissant est omniprésente c'est-à-dire qu'elle ne se limite pas à une sphère donnée; et 3) la caractéristique par laquelle la classification ou l'exclusion a lieu est fondamentale pour l'auto-compréhension d'une personne ou d'un groupe (identité) et ne peut être supprimée sur base du libre arbitre (immutabilité). Selon HOLTMAAT, les discriminations fondées sur des motifs de genre et de race sont des exemples de discrimination au sens strict. En revanche, la catégorie moins stricte du traitement inéquitable concerne d'autres cas où la loi prescrit une égalité de traitement, tels qu'un traitement désavantageux fondé sur des motifs tels que le type de contrat de travail (travail à temps partiel, contrat à durée indéterminée, etc.) et sur des motifs de caractéristiques qui ne sont pas absolus mais uniquement temporaires, tels que l'âge et la nationalité. Cette distinction est particulièrement importante dans le contexte de la justification. HOLTMAAT suggère que, dans le cas de la discrimination

³⁶ Voir AG TESAURO dans son avis sur l'affaire P. v S.

³⁷ HOLTMAAT Rikki, 'Het gelijkheidsbeginsel: van een vat vol dilemma's naar drie typen van gelijkerechtenwetgeving', in KROES M./LOOF J.P./TEN NAPEL H.-M.Th.D. (ed.), *Gelijkheid en rechtvaardigheid. Staatsrechtelijke vraagstukken rondom 'minderheden'*, Deventer: Kluwer 2002, 161-175, en particulier 170 et suiv.; ainsi que HOLTMAAT Rikki, 'Stop de uitholling van het discriminatiebegrip! Een herbezinning op het onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling', *Nederlands Juristenblad* 2003, 1266-1276.

³⁸ ALKEMA E.A./ROP A.C., 'Gelijk zijn en gelijk krijgen – aspecten van gelijkheid in de rechtspraak', dans KROES M./LOOF J.P./TEN NAPEL H.-M.Th.D. (ed.), *Gelijkheid en rechtvaardigheid. Staatsrechtelijke vraagstukken rondom 'minderheden'*, Deventer: Kluwer 2002, 31-77, à 37 et suiv.

au sens strict, le système de justification doit être fermé, certainement dans le contexte de la discrimination directe. Dans ce contexte, les motifs qui peuvent servir de justification doivent, par définition, peser très lourdement. Une justification objective de la discrimination indirecte est acceptable si elle est interprétée aussi strictement que possible. En revanche, dans le cas d'un simple traitement inéquitable, une prise en considération plus ouverte des intérêts est acceptable, même s'il s'agit d'une discrimination directe.

LISTE DES DIRECTIVES

Première Directive sur l'égalité de traitement: Directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, JO 1975 L 45/19 (première Directive sur l'égalité de traitement ou Directive sur l'égalité de rémunérations).

Deuxième Directive sur l'égalité de traitement: Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JO 1976 L 39/40 (Deuxième Directive sur l'égalité de traitement, version d'origine).

Troisième Directive sur l'égalité de traitement: Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en oeuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, JO 1979 L 6/24.

Quatrième Directive sur l'égalité de traitement: Directive 86/378/CEE du Conseil, du 24 juillet 1986, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale, JO 1986 L 225/40 (Quatrième Directive sur l'égalité de traitement).

Directive sur la maternité: Directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE) (Dixième Directive individuelle au sens de l'Article 16(1) de la Directive 89/391/CEE), JO 1992 L 348/1.

Directive sur le congé parental: Directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, JO 1996 L 145/4.

Directive sur la charge de la preuve: Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, JO 1998 L 14/6.

Directive sur l'égalité raciale: Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JO 2000 L 180/22.

Directive-cadre générale: Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO 2000 L 303/16.

Deuxième Directive révisée sur l'égalité de traitement: Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JO 2002 L 269/15 (Deuxième Directive révisée sur l'égalité de traitement).

LISTE DU DROIT JURISPRUDENTIEL

Abdoulaye: Affaire C-218/98 Omar Abdoulaye et autres contre Régie Nationale des Usines Renault SA [1999] ECR I-5723.

Abrahamsson: Affaire C-407/98 Katarina Abrahamsson et Leif Anderson contre Elisabet Fogelqvist [2000] ECR I-5539.

Barber case law: Ligne de droit jurisprudentiel commençant avec l'affaire C-262/88 Douglas Harvey Barber contre Guardian Royal Exchange [1990] ECR I-1889.

Bilka: Bilka-Kaufhaus GmbH contre Karin Weber von Hartz [1986] ECR 1607.

Defrenne II: Affaire 43/75 Defrenne contre SABENA [1976] ECR 455.

Dekker: Affaire C-177/88 Dekker contre Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV Centrum) Plus [1990] I-3941.

Dillenkofer: Affaires jointes T-178, 179 & 188-190/94 Dillenkofer contre Allemagne [1996] ECR I-4845.

Dory: Affaire C-186/01 Alexander Dory contre Allemagne, jugement du 11 mars 2003, n.y.r.

Draehmpaehl: Affaire C-180/95 Draehmpaehl contre Urania Immobilienservice OHG [1997] ECR I-2195.

Emmott: Affaire C-208/90 Emmott contre Ministre de la sécurité sociale et procureur général [1991] ECR I-4269.

Faccini Dori: Affaire C-91/92 Faccini Dori contre Recreb [1994] ECR I-3325.

Fantask: Affaire C-188/95 Fantask A/S contre Industriministeriet [1997] I-6783.

Francovich: Affaire C-6 & 9/90 Francovich et Bonifaci contre Italie [1991] ECR I-5357.

Grant: Affaire C-249/96 Lisa Grant contre South-West Trains Ltd [1998] ECR I-621.

Jackson et Cresswell: Affaires jointes C-63/91 et C-64/91 Sonia Jackson et Patricia Cresswell contre Représentant en chef dûment habilité d'adjudication [1992] ECR I-4774.

Hill et Stapleton: Affaire C-243/95 Kathleen Hill et Ann Stapleton contre Directrices des contribution directes et du service financier [1998] ECR I-3739.

Hofmann: Affaire 184/83 Ulrich Hofmann contre Barmer Ersatzkasse [1984] ECR 3047.

Johnston: Affaire 222/84 Johnston contre Commissaire de police en chef de RUC [1986] ECR 1651.

Kalanke: Affaire C-450/93 Eckhard Kalanke contre Freie und Hansestadt Bremen [1995] ECR I-3051.

Kreil: Affaire C-285/98 Kreil contre Allemagne [2000] ECR I-69.

Lawrence: Affaire C-320/00 A. Lawrence and Others contre Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group et Mitie Secure Services Ltd [2002] ECR I-7325.

Lommers: Affaire C-476/99 H. Lommers contre Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij [2002] ECR I-2891.

Marleasing: Affaire C-106/89 Marleasing SA contre La Comercial Internacional de Alimentacion SA [1990] ECR I-4135.

Marshall I: Affaire 152/84 Marshall contre Southampton et South-West Hampshire domaine d'administration régionale de la santé publique(enseignement) [1986] ECR 723.

Österr. Gewerkschaftsbund: Affaire C-195/98 Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst contre République d'Autriche [2000] ECR I-10497.

P. v S.: Affaire C-13/94 P. v S. et Cornwall County Council [1996] ECR I-2143.

Ruckdeschel: Affaires jointes 117/76 et 16/77 Albert Ruckdeschel & Co. a.o. contre Hauptzollamt Hamburg-St. Annen a.o. [1977] ECR 1753.

Schnorbus: Affaire C-79/99 Julia Schnorbus contre Land Hessen [2000] ECR I-10997.

Schumacker: Affaire C-279/93 Finanzamt Köln-Altstadt contre Schumacker [1995] ECR I-225.

Sirdar: Affaire C-273/97 Sirdar contre Le Conseil mimitaire, Secrétaire d'état à la défense [1999] ECR I-7403.

Stoeckel: Affaire C-345/89 Actions pénales contre Stoeckel [1991] ECR I-4047.

Tele Danmark: Affaire C-109/00 Tele Danmark A/S contre Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK), agissant pour Marianne Brandt-Nielsen [2001] ECR I-6993.

Thibault: Affaire C-136-95 Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) contre Evelyne Thibault [1998] ECR I-2011.

UEAPME: Affaire T-135/96 Union Européenne de l'Artisanat et des Petites et Moyennes Entreprises (UEAPME) contre le Conseil [1998] ECR II-2335.

Van Schijndel: Affaires jointes C-430/93 et C/431/93 Jeroen van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen contre Stichting Pensioensfonds voor Fysiotherapeuten [1995] ECR I-4705.

Von Colson et Kamann: Affaire 14/83 von Colson and Kamann contre Land Nordrhein-Westfalen [1984] ECR 1891.

Instance de surveillance de l'AELE contre la l'AELE Affaire contre la Norvège: E-1/02 Instance de surveillance de Norvège, jugement du 24 janvier 2003

COMMENT METTRE EN ŒUVRE LE DROIT EUROPEEN EN MATIERE D'ANTI- DISCRIMINATION ET DE PROMOTION DE L'EGALITE HOMMES-FEMMES DANS LA LEGISLATION NATIONALE

ANNA SPORRER,* MEMBRE AUTRICHIENNE DU RESEAU D'EXPERTS JURIDIQUES
DE LA COMMISSION EUROPEENNE SUR L'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE SUR
L'EGALITE DE TRAITEMENT ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES

** Cette contribution reflète l'opinion juridique personnelle de l'auteur, qui ne représente pas nécessairement l'opinion des institutions
(La Chancellerie fédérale d'Autriche) pour lesquelles elle travaille.*

1. BASE JURIDIQUE

Comme l'a clairement souligné le Prof. Tobler, la base juridique pour lutter contre la discrimination varie en fonction du motif de discrimination; l'égalité entre les hommes et les femmes a été couverte par la loi primaire de la CE depuis 1957 alors que les autres motifs sont couverts par le Traité d'Amsterdam, entré en vigueur en 1999. Ainsi, l'égalité entre les sexes constitue un vieux principe, bien établi, de la législation de la CE et - par contraste, les dispositions de lutte contre la discrimination qui traitent des autres motifs de discrimination sont plutôt récentes quant à elles. La mise en œuvre de ces nouvelles dispositions n'en est qu'à ses débuts et une expérience pratique reste encore à acquérir à cet égard dans les Etats membres de l'Union européenne. Certaines possibilités d'application de l'expérience acquise en matière d'égalité entre les sexes aux autres motifs de discrimination ont été discutées par le Prof. Tobler dans la présentation précédente.

En somme, on peut dire que le manque de cohérence entre les différents motifs de discrimination est également affirmé par la législation de l'UE et que les différences les plus importantes entre les diverses dispositions légales sont des différences de fond.

Premier exemple:

L'Article 13 du Traité vise *la lutte contre la discrimination* alors que l'Article 3(2) et l'Article 141 du Traité visent à *promouvoir l'égalité* et à *assurer une totale égalité dans la pratique* entre les hommes et les femmes et donc, selon moi, imposent une *obligation positive de promotion active de l'égalité*.

Deuxième exemple:

La loi secondaire de la CE établit également cette double approche: l'Article 1 des Directives 2000/43 et 2000/78 est centré (uniquement) sur la lutte contre la discrimination alors que l'Article 1a de la Directive 2002/73 va au-delà de cette visée en obligeant explicitement les Etats membres à prendre activement en compte l'objectif d'égalité entre hommes et femmes lors de la formulation et de l'exécution des lois, des politiques et autres activités qui concernent l'emploi.

Troisième exemple:

Une autre différence substantielle découle de la Directive 2000/43. Cette directive contient des clauses *qui dépassent l'accès à l'emploi* et couvrent en plus des domaines tels que l'éducation, la protection sociale (y compris la sécurité sociale et les soins de santé), les avantages sociaux et l'accès aux biens et services ainsi que la fourniture de ceux-ci. Comme je l'ai souligné hier, il n'y a guère de fondement spécifique derrière cela; il s'agissait simplement d'une décision politique des parties qui négociaient au sein du groupe de travail afin d'étendre le champ d'application de clauses de non-discrimination pour couvrir les membres de minorités raciales et ethniques mais pas les personnes qui se sentent discriminées sur base de motifs tels que le sexe, l'âge, le handicap et d'autres motifs dans des domaines extérieurs à l'emploi.

Quatrième exemple:

L'égalité entre hommes et femmes a constitué une question très importante dans le droit jurisprudentiel de la Cour européenne de justice, comme l'a expliqué de façon circonstanciée le Prof. Tobler, alors qu'il n'existe

pratiquement pas de jurisprudence en ce qui concerne les autres motifs de discrimination (à l'exception des affaires "P" et Grant) et il n'existe, bien entendu, pas de jurisprudence concernant les nouvelles directives.

Au vu de toutes ces différences mentionnées par la législation de l'UE, je n'hésite pas à dire que le législateur européen a omis de fournir un concept cohérent de la lutte contre la discrimination dans tous les domaines susmentionnés. Néanmoins, le législateur de l'UE a apporté certaines améliorations: il existe un grand nombre de dispositions importantes et de défis intéressants et, si les Etats membres respectent comme il se doit toutes ces exigences, de sérieux progrès pourront être réalisés. Cependant, ce que la législation de l'UE nous a donné est loin encore de la perfection et il appartient maintenant aux Etats membres d'en retirer le meilleur.

2. COMMENT METTRE EN ŒUVRE LES NOUVELLES DIRECTIVES

Avant que je n'entre dans les détails, permettez-moi de mentionner simplement trois principes de base qui doivent être pris en considération par les Etats membres lors de la mise en œuvre des nouvelles directives:

- Premièrement, les Etats membres doivent prendre en considération l'interdiction d'une réduction du niveau de protection contre la discrimination déjà accordé, qui se trouve contenu dans les trois directives.
- En second lieu, les Etats membres doivent respecter les principes d'efficacité et d'équivalence de la loi de la CE imposés par la Cour européenne de justice.
- Troisièmement, il se peut que les Etats membres doivent également répondre à des exigences constitutionnelles telles que le principe d'égalité, comme c'est le cas en Autriche.

En ce qui concerne les obligations susmentionnées résultant des directives - notamment celle d'assurer une totale égalité dans la pratique (entre sexes) contre la (simple) lutte contre la discrimination (fondée sur d'autres motifs) - il existe une importante option pour la mise en œuvre des directives dans la législation nationale: selon les trois directives, les Etats membres peuvent introduire ou maintenir des dispositions qui sont plus favorables à la protection du principe d'égalité de traitement que celles qui sont inscrites dans les directives elles-mêmes. Ainsi donc, les Etats membres *peuvent étendre le champ d'application de la protection afin de couvrir toutes les personnes qui font l'objet de discriminations*, passant alors de la visée (limitée) d'une (simple) lutte contre la discrimination à une stratégie de promotion de l'égalité totale dans la pratique. Ceci requerrait une politique progressiste par laquelle toutes les personnes et toutes les organisations (employeurs, syndicats, ONG, etc.) impliquées dans et responsables de l'égalité de traitement dans les domaines susmentionnés devraient être activement encouragées - ou obligées - non seulement à prendre des mesures pour combattre la discrimination mais également à prendre des mesures préventives ainsi qu'à promouvoir l'égalité de traitement de manière délibérée et systématique. Cependant, pour des raisons politiques, cette approche la plus cohérente possible de protection peut ne pas s'avérer faisable dans tous les Etats membres. Ainsi donc, des différences au niveau du champ d'application de la protection accordée aux divers groupes discriminés pourraient en résulter. Dans tous les cas, les Etats membres - et toutes les autres organisations et personnes impliquées - devraient surveiller attentivement l'introduction de ces dispositions dans la législation nationale et dans la pratique afin d'éviter la création d'une hiérarchie entre les différents motifs de discrimination et afin de minimiser le risque de voir un motif de discrimination prendre le pas sur les autres.

3. QUESTIONS "TECHNIQUES"

Dans ce qui suit, je voudrais me centrer sur plusieurs questions de nature plus technique et sur certaines questions de mise en vigueur de la loi de lutte contre la discrimination. En procédant ainsi, je tenterai également de montrer comment ce point est lié à des organes spécialisés et quel pourrait être leur rôle dans ces domaines.

Les questions que je voudrais discuter sont les suivantes:

- 3.1. Une loi unique ou plusieurs actes législatifs?
- 3.2. Un seul organe "indépendant" ou des organes séparés pour les différents motifs de discrimination
- 3.3. Critères pour le droit des organisations à soutenir les victimes de discrimination
- 3.4. Comment "encourager" les partenaires sociaux à conclure des accords – par option ou par clauses juridiquement exécutoires
- 3.5. La promotion du dialogue social et du dialogue avec les ONG - par la législation ou par la pratique

3.1. Une loi unique ou plusieurs actes législatifs?

En fait, la question de savoir s'il serait préférable de voter une loi unique ou plusieurs actes législatifs, chacun d'entre eux couvrant différents motifs de discrimination, est plus qu'une simple question technique. En considérant systématiquement cette question, je pourrais identifier plus d'avantages que d'inconvénients à la formule d'une loi unique pour tous les motifs de discrimination et je pourrais donc changer d'opinion à ce sujet.

Les avantages que je pourrais identifier sont les suivants :

- Un seul motif peut renforcer les autres.
- Ensemble, ils représenteront plus que la somme de tous les motifs pris séparément, en particulier au sein de l'opinion publique.
- La loi de lutte contre la discrimination en tant que telle est plus visible du public.
- L'accès à l'information relative à la loi sur l'égalité et la mise en application des droits est plus aisé aux victimes de discrimination.
- Il est beaucoup plus facile pour le législateur de traiter les différents motifs en ce qui concerne la cohérence entre eux, le niveau de protection contre la discrimination fondée sur un motif donné par rapport aux autres ou la question de la discrimination multiple.
- Elle permet un degré plus élevé de clarté juridique.

Mais la création d'une loi unique ne signifie pas nécessairement que tous les motifs doivent être traités de la même manière par rapport à chaque disposition individuelle ou par rapport à la structure de mise en vigueur respective. A mon sens, un acte législatif unique permettrait toujours aux gouvernements et parlements nationaux de prendre en compte les aspects spéciaux de chaque motif dans la conception de mesures spécifiques ou dans la constitution d'un organe ou d'organes d'égalité respectif(s).

D'autre part, si cela se fait dans les règles de l'art, je ne vois aucune objection à faire voter des actes législatifs séparés. Dans ce cas, la législation devrait être soigneusement conçue de manière à ne pas créer une hiérarchie de motifs; cela signifie que les différents motifs ne devraient pas entrer en rivalité, que les normes de droits devraient être équivalentes, cohérentes et appropriées aux exigences spécifiques de chaque motif de discrimination et qu'il ne devrait pas exister de clauses régulant des cas de discrimination multiple. Mais, ayant passé deux années

dans l'administration publique et ayant acquis une certaine expérience pratique, en particulier dans le domaine de l'ébauche d'une législation, j'ai tendance à douter du fait que les résultats seraient de la même qualité que celle que l'on obtiendrait dans le cas d'un acte législatif unique.

L'*Autriche* va adopter une approche plus homogène, plus égalitaire, qui, en principe, tentera de traiter tous les motifs de discrimination de la même manière. Un projet de proposition étend le champ d'application de la Loi sur l'égalité de traitement existante, de l'égalité entre les sexes à tous les motifs de discrimination (à l'exception du handicap), et comprend, en plus, les aspects relatifs au travail indépendant ainsi qu'au chômage de la "Directive sur l'égalité raciale". Les handicapés seront couverts par une loi séparée - ce qui a été un souhait spécifique des organisations et des groupes d'intérêts représentant les personnes atteintes de handicap - ce qui ne pose pas de problème majeur selon moi. Les besoins spéciaux des personnes handicapées seront traités de manière plus appropriée désormais, du moins peut-on l'espérer, et il va sans dire qu'aucun des autres motifs ne souffrira de cette approche séparée. Mais le législateur devrait accorder une attention toute particulière à la question de la cohérence des motifs et devrait assurément prévoir un régime clair pour le traitement de la discrimination multiple.

3.2. Un seul organe "indépendant" ou des organes séparés pour les différents motifs de discrimination

Au moment de préparer mes réflexions sur cette question, j'ai parcouru un outil extrêmement utile, à savoir l'Etude sur le "Rôle, la structure et le fonctionnement d'organes spécialisés pour promouvoir l'égalité et/ou combattre la discrimination",³⁹ qui était commandée par la Commission européenne. Concernant la question de savoir comment des organes indépendants de lutte pour l'égalité pourraient ou devraient être conçus, l'étude aborde le sujet en commençant par se référer à la Commission contre le racisme et l'intolérance du Conseil de l'Europe (ECRI), laquelle recommande les normes suivantes pour la constitution d'organes d'égalité:

- a) Indépendance garantie par un cadre constitutionnel ou législatif
- b) Autonomie par rapport au gouvernement
- c) Pluralisme y compris le pluralisme de composition
- d) Un large mandat
- e) Des pouvoirs d'investigation adéquats
- f) Des ressources suffisantes

a) Indépendance garantie par un cadre constitutionnel ou législatif

Il ne fait nul doute que l'indépendance des organes spécialisés doit être garantie par un cadre constitutionnel ou législatif afin de rendre plus difficile aux gouvernements la possibilité de modifier le rôle et d'influencer les activités de tels organes.

b) Autonomie par rapport au gouvernement

L'autonomie par rapport au gouvernement serait idéale; la question de savoir dans quelle mesure cet objectif peut être atteint alors que toutes les ressources financières et autres proviennent de l'Etat reste ouverte.

c) Pluralisme, y compris le pluralisme de composition

Ce fut un sujet très important traité au cours des ateliers d'hier portant sur les questions de la cohérence et de la discrimination multiple. Pour l'heure, je dirais qu'aucune question de discrimination ne devrait être traitée sans inclure des représentants du groupe ou des groupes concerné(s) au niveau décisionnel ou, pour le moins, sans consulter des experts externes sur ces questions respectives. Aucune personne discriminée ne devrait, une

³⁹ Cf. http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/legisl/msleglnequalitybodies_exec_fr.pdf

nouvelle fois, se sentir victime de discrimination au cours des procédures de lutte contre la discrimination par le fait qu'elles ne peuvent se faire comprendre ou parce que les décisions sont prises sans qu'elles n'aient été consultées. Cette norme requerrait aussi une composition équilibrée entre hommes et femmes de cet organe; mieux encore, l'exigence ne devrait pas se limiter à l'obligation d'une présence des femmes dans cet organe (le statut féminin seul n'est pas un concept convaincant à mes yeux) mais devrait requérir aussi que des femmes spécialistes de l'égalité entre sexes soient impliquées dans le processus de mise en vigueur de la loi sur l'égalité.

d) Un large mandat

Les directives imposent l'exigence d'un large mandat en obligeant les Etats membres à garantir que les compétences de ces organes comprennent:

- L'offre d'une assistance indépendante aux victimes de discrimination;
- La conduite d'études indépendantes; et
- La publication de rapports indépendants et la formulation de recommandations sur toute question relative à la discrimination.

Mais savoir si un seul organe serait en mesure de répondre à toutes ces tâches sera une question de ressources financières et personnelles, lesquelles sont fournies par le gouvernement.

e) Des pouvoirs d'investigation adéquats

En réalité, cette exigence n'est pas imposée par les directives mais, comme toujours, les Etats membres sont libres de maintenir ou d'établir des dispositions plus favorables et d'octroyer un mandat pour mener des investigations, comme c'est le cas, par exemple, des Médiatrices pour les Affaires d'égalité telles qu'elles existent en Autriche. En outre, les Etats membres sont libres de créer non seulement des organes indépendants qui soutiennent les victimes mais aussi des organes quasi-judiciaires qui ont le pouvoir non seulement d'enquêter sur des faits mais aussi de livrer des opinions sur certains sujets de discrimination, comme c'est le cas, par exemple, des Commissions d'égalité de traitement telles qu'elles existent en Autriche.

f) Des ressources suffisantes

La question des ressources suffisantes semble être la plus cruciale. Des ressources financières et personnelles adéquates sont de la plus haute importance pour la question de savoir

- si les affaires à traiter le seront correctement et de manière satisfaisante pour les victimes de discrimination ainsi que pour le public;
- si l'organe en question sera en mesure de répondre à toutes les exigences que nous avons déjà identifiées en ce qui concerne la cohérence des motifs et la discrimination multiple;
- si toutes les victimes de discrimination auront un accès égal aux conseils juridiques et au soutien de l'organe ou des organes en question.

Je voudrais à présent revenir de ces principes de base à ma question précédente consistant à savoir s'il devrait y avoir un seul organe "indépendant" unique ou des organes séparés pour les différents motifs de discrimination. Tandis que je préparais mes réflexions sur ces questions, j'ai senti que je n'avais pas à réinventer la roue et que je pourrais plutôt me référer aux résultats d'un atelier consacré à cette question, atelier organisé dans le cadre d'une conférence sur "L'Europe contre la discrimination" qui s'est tenue à Bruxelles en octobre 2001; pour autant que je sache, au moins un participant à cet événement est parmi nous aujourd'hui, à savoir Madame Eilis Barry du Service pour l'égalité (*Equality Authority*) en Irlande.

Le résumé de cet atelier, qui a été publié dans la documentation de la conférence de Bruxelles, commence par une référence à Bob Niven de la Commission des droits des handicapés au Royaume-Uni, qui insistait sur le fait qu'il n'existait pas de réponse universelle à la question de savoir si les exigences fixées par les nouvelles directives devraient être rencontrées au moyen d'un organe d'égalité unique ou par plusieurs organes séparés. Selon Monsieur Niven, ce choix dépendra du contexte national - par exemple, si l'élimination de certains types spécifiques de discrimination qui apparaissent dans un Etat constitue une priorité pour ce pays - et aussi de l'existence antérieure ou de la non-existence de tels organes dans un Etat membre donné.

Comme je l'ai souligné, je pense que, si une approche en organes séparés est adoptée, il conviendrait que l'on s'assure que ces organes spécialisés soient également conscients des autres motifs de discrimination et prennent en compte les dispositions qui s'appliquent aux autres domaines. La meilleure manière d'y parvenir pourrait consister à recourir à des règles de procédure et des règles d'application juridiquement exécutoires ainsi qu'à des mesures additionnelles consistant, par exemple, à fournir des informations et organiser des formations à l'intention des fonctionnaires responsables de leur mise en vigueur; inutile de dire que ce point sera de la première importance pour ce qui concerne la question de la cohérence des motifs et les cas de discrimination multiple.

Revenons aux résultats de l'atelier de Bruxelles. Eilis Barry a identifié les avantages que l'on peut attendre d'un *organe unique*.

- Il évite de créer une hiérarchie entre les différents motifs de discrimination.
- Il reflète la réalité de la vie, notamment le fait que les gens revêtent des identités multiples qui peuvent changer avec le temps.
- Il facilite le traitement des cas de discrimination multiple.
- Les différents motifs de discrimination peuvent se renforcer mutuellement et tirer des "leçons" des autres.
- Il favorise la simplicité administrative et la rentabilité.

Le problème majeur identifié concernant un organe unique résidait dans le risque de voir un seul motif de discrimination dominer les autres. Dès lors, il sera d'une importance cruciale de s'assurer qu'aucun motif ne perde de sa visibilité. Selon moi, ce point pourrait être garanti, par exemple, par la formation du personnel, la recherche et l'échange d'informations et de savoir-faire avec des experts et des groupes d'intérêt tels que les ONG, les syndicats, etc.

D'autre part, les avantages qu'offrent les *organes séparés* ont été identifiés comme suit:

- Ils peuvent mieux prendre en compte les caractéristiques et problèmes spécifiques de chaque motif de discrimination.
- Ils ajoutent de la clarté aux buts et objectifs poursuivis.
- Les ressources sont mieux ciblées.

Le rapport de l'atelier conclut en déclarant que les deux modèles pourraient également être combinés en un modèle intermédiaire et, à ce stade, je voudrais présenter l'approche autrichienne de ce point.

En Autriche, la Commission d'égalité de traitement a été fondée dès 1979 et la première Médiatrice pour les Affaires d'égalité a été mise en place en 1990. Le projet actuel consiste à étendre le mandat de cette Commission, de la discrimination fondée sur le sexe aux autres formes de discrimination (à l'exception du handicap), et de disposer d'un organe unique qui se divisera en plusieurs sections de sorte que cette nouvelle Commission se composera de trois unités: l'Unité I pour la discrimination fondée sur le sexe, l'Unité II pour tous les autres motifs à l'exception du handicap en matière d'emploi et de travail et l'Unité III traitant de la discrimination

fondée sur l'origine raciale ou ethnique dans des domaines autres que l'emploi et le travail. Ainsi donc, les trois différents organes spécialisés seront placés sous un seul dôme et les trois Unités disposeront très vraisemblablement d'une structure administrative commune, ce qui facilitera la gestion des différentes affaires, l'échange d'informations et de points de vue, etc. En ce qui concerne la fonction des Médiateurs, la même division de compétences sera établie que dans le cas de la Commission et le profil des deux nouveaux Médiateurs sera calqué sur celui de la Médiatrice qui existe déjà, laquelle sera également intégrée dans la structure administrative commune.

3.3. Critères pour le droit des organisations à soutenir les victimes de discrimination

En ce qui concerne le droit des organisations à soutenir les victimes de discrimination dans les procédures judiciaires et administratives, il convient de signaler que le législateur européen n'a retenu que l'une des trois options au moins qui s'offraient en cette matière.

La directive oblige uniquement les Etats membres à s'assurer que les organisations peuvent soutenir

- les personnes qui sont victimes de discrimination, mais ne les habilite pas à
- veiller aux droits "objectifs" dans *l'intérêt public* (sans avoir une affaire individuelle à traiter), ou
- mentionner un problème ou un phénomène qui touche un grand nombre de personnes ou un groupe de personnes (sans avoir une affaire individuelle à traiter).

Néanmoins, tous ces éléments sont destinés à compenser les déficits de protection des droits de la partie la plus faible qui pourraient survenir lorsqu'une personne intente un procès sans le moindre soutien d'un partenaire plus fort. Par exemple, un employé qui doit faire face au pouvoir économique de son employeur aura besoin d'un certain soutien au moment de faire valoir ses droits devant les tribunaux. En ce qui concerne les actions en justice, il semble de la plus haute importance que les risques de coûts pour le plaignant soient minimisés par des moyens adéquats de conseils juridiques et d'assistance juridique.

L'on a dit déjà que le législateur de l'UE a décidé de n'opter que pour l'approche du soutien d'une affaire unique mais, comme toujours, le législateur national peut aller au-delà de cette approche et peut donc introduire ou maintenir des dispositions qui sont plus favorables à la protection du principe d'égalité de traitement que ceux qui se trouvent inscrits dans les nouvelles directives. Je recommanderais vivement de développer une approche plus large orientée vers des concepts de "justice de groupe", dans la mesure où ni les organes indépendants ni les ONG qui seront autorisés à représenter les victimes de discrimination devant les tribunaux ne seront à même de traiter tous les cas individuels qui pourraient être portés en justice après la mise en application des directives dans la législation nationale.

En Autriche, l'on trouve quelques exemples de dispositions existantes, telles que, par exemple:

- La Loi sur l'organisation des tribunaux du travail (ASGG), dans sa section 54, autorise les syndicats à demander à la Cour suprême une réglementation visant à clarifier la question de savoir si un droit de représentation existe dans les questions juridiques relatives au travail affectant plus de trois employés. Cette possibilité a été utilisée, par exemple, concernant la question de la discrimination indirecte au sein de conventions collectives et a abouti, en 1994, à une décision de la plus haute importance de la Cour suprême.
- La Loi sur l'organisation des tribunaux du travail (ASGG), dans sa section 40, donne le droit aux hauts responsables d'une seule organisation - ce que l'on appelle la Chambre du travail (*Arbeiterkammer*) - ou d'associations professionnelles bénévoles habilitées à mener une négociation collective (c'est-à-dire les syndicats) de représenter un plaignant devant les tribunaux; la seule exigence imposée au responsable est un mandat de celui-ci ou de son organisation.

- La Loi sur l'égalité de traitement (sur l'égalité entre sexes): les partenaires sociaux représentés à la Commission d'égalité de traitement peuvent intenter une action en justice à l'encontre de l'employeur si ce dernier ne respecte pas les recommandations de la Commission; cette possibilité n'a pas été utilisée depuis 1979.
- La Loi sur l'égalité de traitement (sur l'égalité entre sexes): le Médiateur pour les Affaires d'égalité de traitement peut remettre en question l'avis de la Commission devant les tribunaux s'il n'est pas d'accord avec celle-ci; ce ne fut jamais le cas depuis 1990 et donc cette possibilité n'a jamais été utilisée à ce jour.

Comme mentionné plus haut, selon les trois directives, de nouvelles mesures devront être introduites dans la législation nationale afin d'habiliter les organisations à agir pour le compte ou à l'appui du plaignant dans toute procédure judiciaire ou administrative prévue pour la mise en application des obligations qui relèvent de ces directives. L'expression "pour le compte de" fait référence au droit de l'organisation de représenter des personnes victimes de discrimination devant les tribunaux et les autorités. Comme mentionné plus haut, en Autriche ces droits sont déjà accordés, par exemple, aux organisations d'employés existantes. L'expression "à l'appui de" peut également être mise en application, par exemple, par un droit de l'organisation à agir en son propre nom comme partie d'un procès (en allemand, c'est ce que l'on appelle la "*Prozesstandschaft*"). Si j'ai bien compris, cette institution juridique peut se retrouver, par exemple, en Suède, où le Médiateur peut enregistrer une plainte devant le tribunal du travail en tant que partie au procès. Indépendamment du genre de soutien organisationnel choisi dans les procédures juridiques, les Etats membres peuvent formuler d'autres critères pour ces organisations, dans la mesure où les directives font référence à des "critères fixés par leur législation nationale". Cependant, si l'on tient compte du principe susmentionné d'équivalence découlant, en particulier, de la jurisprudence de la Cour européenne de justice, les Etats membres ne disposent pas d'une très grande flexibilité à cet égard: ils doivent limiter toute exigence imposée aux critères qui ne sont pas moins favorables que les critères qui s'appliquent aux organisations existantes et qui sont justifiés en substance. La législation belge, par exemple, requiert seulement que l'organisation existe depuis cinq ans au moins et qu'elle inscrive dans ses statuts la lutte contre la discrimination ou la protection des droits humains au nombre de ses objectifs.

En ce qui concerne la relation entre les organes spécialisés qui doivent être constitués à présent et les ONG qui doivent être autorisées à soutenir ou représenter les victimes de discrimination devant les tribunaux, il conviendra de veiller soigneusement à éviter la concurrence entre eux. La question est également traitée par les directives, lesquelles stipulent que le droit des organes indépendants à soutenir les victimes sera sans préjudice du droit des ONG à le faire.

3.4. Comment "encourager" les partenaires sociaux à conclure des accords (par option ou par des clauses juridiquement exécutoires)

Les trois directives contiennent des dispositions en vertu desquelles les deux bords du monde industriel doivent être "encouragés" à conclure des conventions collectives fixant des règles de lutte contre la discrimination. La première question qui peut se poser ici est de savoir si cette disposition requiert une action du législateur. Je dirais qu'elle l'exige dans la mesure où il est peu probable que des instruments juridiques tels que les directives n'aient pour seule visée que des annonces publiques ou des formes similaires d'"encouragement". Si des dispositions légales sont adoptées, la question suivante est de savoir si ces dispositions doivent être juridiquement exécutoires pour les partenaires sociaux. La directive laisse cette question ouverte en se référant, d'une part, à l'autonomie des partenaires sociaux pour conclure de tels accords et, d'autre part, aux "mesures de mise en application nationale concernées" qu'il convient de respecter.

En Autriche, il existe des conventions collectives générales ainsi que des conventions collectives au niveau de l'usine. Pour ce qui concerne les conventions collectives au niveau de l'usine, il existe une disposition en section 97 sous-section 1-25 de la Loi constitutionnelle sur le travail qui stipule que de tels accords peuvent aboutir à des plans d'égalité professionnelle et des mesures visant à réconcilier la vie familiale et professionnelle. Nous disposons donc d'une disposition légale mais, malheureusement, ces genres de conventions ne sont pas exécutoires et elles ne peuvent être mises en vigueur alors que des accords similaires sur d'autres questions, les heures de travail, par exemple, peuvent être portées devant un conseil d'arbitrage ("*Schlichtungsstelle*") si aucun accord n'est trouvé entre le conseil d'entreprise et l'employeur.

Les organes spécialisés pourraient également jouer un rôle important en ce domaine, par exemple en conseillant les deux parties du monde industriel, en concevant des modèles de plans d'égalité professionnelle ou en recommandant d'autres types de mesures en cette matière.

3.5. La promotion du dialogue social et du dialogue avec les ONG (par la législation ou par la pratique)

La question se pose ici encore de savoir si la directive exige une action du législateur; dans la mesure où la directive oblige les Etats membres à "prendre des mesures appropriées", je pense que la simple continuation des pratiques existantes ne sera pas suffisante.

Ainsi donc, je recommanderais une institutionnalisation du dialogue social (et d'un dialogue avec les ONG aussi, en dépit du fait que les obligations imposées par les directives sont un peu plus faibles à cet égard) afin de donner aux partenaires sociaux et aux ONG un rôle plus officiel dans le processus politique, par exemple sous la forme

- d'une participation active dans la planification, l'ébauche ou le commentaire de la législation, et/ou
- d'une surveillance de la pratique dès la mise en application de la législation, par exemple en les intégrant comme membres des organes indépendants ou de comités de contrôle externes.

Sur base de l'expérience pratique, le dialogue institutionnalisé avec les partenaires sociaux et les ONG devrait se fonder sur des règles officielles, que ce soit sur des ordonnances administratives et/ou, lorsque c'est plus approprié, sur la législation.

Exemples autrichiens:

- La Commission fédérale d'égalité de traitement, par exemple, est impliquée dans l'ébauche de la législation concernée en vertu d'une disposition de la Loi fédérale sur l'égalité de traitement.
- La Commission d'égalité de traitement pour le secteur privé comprend des représentants des deux bords du monde industriel.
- Le Comité consultatif des droits de l'homme ("*Menschenrechtsbeirat*"), qui a été institué au sein du Ministère de l'intérieur afin de surveiller la police au niveau du respect des droits humains, comprend des représentants à la fois des ministères et d'ONG qui se consacrent à la défense des droits humains.

J'espère avoir montré que les organes spécialisés peuvent jouer un rôle important, disons de médiateur, entre le gouvernement, d'une part, et les partenaires sociaux ou les ONG, d'autre part.

COMMENTAIRES ET DISCUSSION

Les participants ont traité la question de savoir s'il existait réellement des différences philosophiques entre les motifs de discrimination et, si c'était le cas, de savoir si de telles différences justifiaient des approches différentes pour combattre la discrimination fondée sur des motifs distincts. L'un des points de vue estime que ce sont précisément ces particularités – telles que le lien traditionnel des femmes avec le milieu domestique ou le fait que tout être soit sexué dans le cas de la discrimination sexospécifique – sur lesquelles se fonde la discrimination et donc auxquelles la loi devrait répondre de manière pragmatique. Le fait de traiter de manière identique des motifs qui sont différents constituerait une inégalité de traitement.

L'approche de la loi de la Communauté européenne et de la loi nationale adoptée dans de nombreux pays peut être considérée comme une approche pragmatique des différences entre les motifs.

Alors que l'Article 13 du Traité de la CE prévoit une base juridique en entreprenant "les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, l'origine ethnique ou raciale, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle", le Traité va plus loin pour ce qui concerne la discrimination à caractère sexiste: l'Article 141 (3) de la CE offre une base juridique à l'adoption de "mesures visant à assurer l'application du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes...", l'Article 141 (4) permet une action positive et l'Article 3(2) CE impose à la Communauté l'obligation d'intégrer dans toutes les politiques communautaires des mesures visant à éliminer les inégalités et promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes. Ces distinctions se reflètent dans le droit dérivé. A la différence de l'approche de non-discrimination de la Directive sur l'égalité raciale et de la Directive-cadre, la Directive modificatrice d'égalité entre les sexes de 2002 stipule que les Etats membres de l'UE "tiennent activement compte de l'objectif de l'égalité entre hommes et femmes lors de l'élaboration et de la mise en œuvre des dispositions législatives, réglementaires et administratives, ainsi que des politiques et activités..." qui peuvent être interprétées comme la mise en place d'une obligation active imposée aux Etats membres, allant plus loin même que l'approche intégrée.

Cependant, en dépit des différences dans la formulation des Traités et des Directives, la Cour de Justice des Communautés Européennes peut interpréter plus largement le terme de lutte contre la discrimination pour couvrir la promotion de l'égalité et même l'intégration. Il a été rappelé que la CJCE pouvait parfois être très imprévisible dans ses décisions. Il a été estimé que l'approche intégrée devrait être étendue à tous les motifs de discrimination malgré l'avertissement selon lequel il serait difficile pour les décideurs politiques, en particulier dans les Etats petits, d'intégrer efficacement des mesures visant à promouvoir l'égalité en ce qui concerne tant de motifs.

De même, les différences au niveau des motifs de discrimination dans la législation de la CE peuvent être attribuées entièrement à la politique. Le vaste champ d'application de la Directive sur l'égalité raciale (couvrant l'emploi et le travail, la protection sociale les avantages sociaux, l'éducation et l'accès et l'approvisionnement des biens et services qui sont disponibles au public, y compris le logement) par rapport à celui de la Directive-cadre (ne couvrant que la discrimination qui concerne l'emploi et le travail) est attribuable, au moins partiellement, au climat politique qui régnait au moment où le Conseil adopta à l'unanimité la Directive sur l'égalité raciale.

Il existe de puissants points de vue estimant qu'alors qu'il est possible d'identifier les particularités de chacun des motifs, cela n'engendre pas de raisons convaincantes pour traiter la discrimination fondée sur chaque motif séparément. A un niveau pratique, il est souvent difficile de différencier les motifs de discrimination ou de distinguer un seul motif comme fondement de la discrimination car souvent la victime a subi une discrimination multiple. Toute personne qui est victime de discrimination est sexué(e) et cette dimension doit être prise en considération lors du

traitement des discriminations de toutes sortes. Il a été souligné qu'il ne s'agit pas d'une caractéristique appartenant uniquement à la discrimination sexospécifique.

En outre, l'opinion était divisée quant à savoir si, même lorsque la discrimination fondée sur les divers motifs reconnus est traitée différemment par la loi, elle devrait être traitée séparément au niveau institutionnel, autrement dit par des organismes spécialisés séparés. Alors que certains des arguments favorables et opposés à un traitement de la discrimination sexospécifique qui soit différent des autres motifs de discrimination peuvent être valables aux yeux des décideurs politiques et des universitaires, ils ne paraissent pas aussi clairs au public, pour lequel il est peut-être plus logique de disposer d'un seul organisme de promotion de l'égalité de traitement. Les organismes spécialisés doivent être transparents, simples et ouverts aux victimes. Il devient de plus en plus difficile pour les victimes d'identifier les motifs de discrimination et il est plus facile pour une victime de s'adresser à un seul organisme qui traite tous les motifs et qui peut alors lui porter assistance dans la préparation de son procès sur base d'un ou plusieurs motifs. D'autre part, une coopération étroite entre des organismes à un seul motif séparés peut bien fonctionner, comme c'est le cas, par exemple, entre les Médiateurs suédois.⁴⁰ De toute façon, des règles officielles voire une législation sur la discrimination multiple seraient utiles, plutôt que de laisser aux victimes le soin de décider comment et où traiter leur plainte.

A un niveau pratique, des tâches telles que la surveillance, des lieux de travail ou des écoles par exemple, seraient plus facilement acceptables pour la partie surveillée si elles étaient assurées par un seul organisme plutôt que par plusieurs organismes différents.

La structure de la législation d'anti-discrimination est importante pour le choix entre l'instauration d'un seul organisme spécialisé ou l'instauration de multiples organismes spécialisés. Si un seul acte législatif est applicable à tous les motifs de discrimination, il peut être logique qu'il n'y ait qu'un seul organisme et vice-versa. Si le contenu de la législation diffère pour chaque motif, chaque organisme traitant d'un seul motif apprend à travailler spécifiquement avec cette législation. De même, si un organisme spécialisé à motifs multiples doit faire face à différentes lois pour les divers motifs de discrimination, il ne pourra traiter tous les motifs de manière uniforme. Cet organisme devrait, toutefois, réfléchir aux implications que son interprétation de la loi pour un motif aura pour d'autres motifs de discrimination.

Ceux qui travaillent sur la discrimination à caractère sexiste craignent parfois d'essuyer des revers au cas où les ressources seraient consacrées plutôt à d'autres motifs de discrimination. C'est ce qui peut se produire si une situation politique défavorable détermine que des ressources insuffisantes seront fournies pour pouvoir traiter, comme il convient, une série de motifs de manière efficace et équitable. Toutefois, ces craintes peuvent être non fondées. En Irlande, par exemple, l'Autorité pour l'égalité (*Equality Authority*) dotée d'un mandat pour neuf motifs de discrimination a remplacé l'Agence pour l'égalité dans l'emploi, qui ne traite que la discrimination à caractère sexiste et il n'existe aucune preuve laissant suggérer que les progrès engrangés en matière d'égalité entre les sexes ont été perdus d'une quelconque manière. Toutefois, alors que l'expérience de l'Irlande et des Pays-Bas dans le passage d'organismes à un seul motif vers un organisme à plusieurs motifs s'est avérée positive, la transition en Irlande du Nord d'organismes à motif unique vers un organisme à la Commission d'égalité pour l'Irlande du Nord, qui traite six motifs, n'a pas été entièrement couronnée de succès: en termes de sensibilisation publique, les gens ont cru que l'organisme de promotion de l'égalité entre les sexes précédent avait été dissout mais pas remplacé. En outre, certains groupes ethniques ont eu le sentiment qu'ils étaient perdants pour ce qui concernait d'autres motifs et que leurs communautés n'étaient pas aussi bien représentées qu'elles ne l'étaient précédemment sous la Commission d'égalité raciale pour l'Irlande du Nord. Aucune étude n'a été effectuée quant au niveau d'efficacité que la Commission d'égalité pour l'Irlande

⁴⁰ Médiateur contre la discrimination ethnique, Médiateur pour l'égalité des chances, Médiateur contre la discrimination fondée sur les motifs d'orientation sexuelle et de handicap.

du Nord est censée posséder et il a été suggéré qu'il serait très utile de demander aux victimes leur point de vue à ce sujet.

Les traités internationaux garantissant la non-discrimination et l'égalité de traitement devraient être invoqués plus fréquemment devant les juridictions nationales et devant la Cour européenne de justice. Ils servent à compléter les Directives, lesquelles ne prévoient que des normes minimales. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) est considérée comme sous-estimée dans la législation de la CE et la législation nationale et devrait être plus souvent prise en compte par les tribunaux. La CEDAW impose aux Etats membres l'obligation de promouvoir l'égalité et même de prendre des mesures d'action positive.

Les organismes spécialisés peuvent se trouver en mesure d'influencer à la fois les juges nationaux et ceux de la CJCE, agissant en qualité de tiers admis à faire valoir dans un procès l'intérêt public, en leur donnant un avis éclairé à propos d'un cas. Telle est l'approche adoptée par la Commission d'égalité de traitement néerlandaise en participant à l'organisation d'un séminaire d'experts organisé en présence du juge néerlandais de la CJCE sur les conséquences de l'affaire *Kalanke*.

L'on observe généralement une sentence créative de la CJCE dans les affaires de procédures préjudicielles (bien que l'on trouve aussi des décisions de procédures préjudicielles insatisfaisantes telles que celles rendues dans les affaires *Seymour Smith et Van Colsen*). Cet outil devrait être utilisé de façon maximale par les juridictions nationales. Dans la rédaction de leurs avis à soumettre à un tribunal, les organismes spécialisés peuvent suggérer des questions à transmettre à la CJCE. L'inconvénient que présentent les procédures préjudicielles réside dans leur durée, laquelle est en moyenne de deux ans. L'effet direct des dispositions des Directives ainsi que l'obligation des juridictions nationales d'interpréter la législation nationale conformément au droit communautaire devraient également être invoqués.

Il a été fait remarquer que le modèle autrichien proposé d'un organisme spécialisé c'est-à-dire d'un seul organisme pour tous les motifs mais comportant trois sections séparées - une pour la discrimination à caractère sexiste, une autre pour tous les autres motifs de discrimination (à l'exception du handicap) dans le domaine de l'emploi et du travail et une troisième pour les aspects ne relevant pas de l'emploi de la Directive sur l'égalité raciale en matière de discrimination ethnique ou raciale - restreindrait le développement des motifs autres que la race dans les domaines extérieurs à l'emploi, qui, bien que non requis à ce stade par la législation de la CE, ne devraient pas en principe être écartés.

Il a été convenu que plus d'expérience serait nécessaire pour pouvoir décider du système qui fonctionnerait le mieux. Le niveau de protection atteint en matière de discrimination à caractère sexiste constitue un objectif pour les autres motifs de discrimination. Dans le même temps, il y a des leçons à tirer de l'expérience négative du traitement de la discrimination à caractère sexiste. Une égalité complète entre les sexes n'a pas encore été atteinte et il reste à en analyser les raisons. En fin de compte, l'objectif doit être l'insertion, contre l'exclusion, indépendamment du motif.

CONCLUSIONS DES ATELIERS

On trouvera ci-dessous un résumé des conclusions auxquelles sont parvenus les ateliers consacrés au sujet "Action positive/Promotion", "Intégration", "Protection contre la discrimination multiple / convergence de motifs" et "Approche intégrée de l'égalité entre sexes / législation proactive".

1. Action positive / Promotion

Il semble exister un timide consensus quant à la définition exacte de l'action positive, les pays tendant à se rallier à l'une des quatre catégories de définition:

- a. Des cibles ambitieuses
- b. Des cibles ambitieuses avec formation / encouragement à durée limitée
- c. Des cibles ambitieuses et la nomination préférentielle pour une égalité de candidats
- d. Des cibles ambitieuses et des quotas obligatoires dans les domaines ne relevant pas de l'emploi, comme la formation, les comités/les conseils, par exemple

La discrimination positive est illégale dans certains pays mais est autorisée dans certaines circonstances dans d'autres. La plupart des pays disposent d'un fondement juridique pour les mesures d'action positive à l'attention des femmes et des minorités ethniques et il conviendrait d'envisager des moyens pour appliquer une action positive à d'autres motifs de discrimination. Dans certains pays, des quotas sont utilisés pour contraindre les employeurs à embaucher des personnes handicapées, bien que les employeurs puissent généralement éviter cette obligation en choisissant de payer plutôt un montant forfaitaire à l'Etat.

La promotion de l'égalité est un concept plus large que celui de l'action positive, englobant également la sensibilisation, le changement des attitudes, l'offre d'incitants à la promotion de l'égalité, la création de dossiers commerciaux en faveur de l'égalité et l'instauration d'une obligation juridiquement applicable de promouvoir l'égalité.

La communication aux employeurs du dossier commercial comme raison d'adopter des mesures d'action positive ne s'est pas toujours avérée simple mais il existe de puissants arguments étayant le point de vue selon lequel la promotion de l'égalité encourage les investissements à long terme, donne aux entreprises une marge compétitive, fait partie de la gestion des risques et est inhérente à la responsabilité sociale des entreprises. Autrement dit, il est plus dangereux pour les employeurs d'ignorer les questions d'égalité que de les affronter.

La mise en œuvre de mesures d'action positive requiert une approche quantitative (cibles, quotas) mais cela repose sur les informations et statistiques qui sont disponibles concernant la composition d'une société (ethnique, sexospécifique ou autre), ce qui est controversé ou même illégal dans certains pays.

La pertinence d'une action positive pour certains groupes discriminés est discutable, par exemple pour ceux qui souffrent de discrimination motivée par l'orientation sexuelle.

Le rôle des partenaires sociaux dans la promotion de l'égalité a été discuté. Alors qu'ils sont censés être des acteurs pertinents dans l'éradication de la discrimination, leur rôle central consiste à représenter leurs membres, non à promouvoir l'égalité, et l'on observe donc souvent une réticence à se charger de ces questions, tout particulièrement du fait qu'ils peuvent représenter les deux parties dans un litige. Un problème considérable se pose, qui réside dans le fait que l'on observe souvent des faits de discrimination au niveau des délégués syndicaux; c'est ainsi qu'au Danemark, des efforts sont déployés afin d'accroître le nombre de délégués syndicaux de minorités ethniques, dans l'espoir que cela produira un effet de diffusion sur les membres.

2. Intégration

L'intégration peut être individuelle ou systémique. Ici encore, la compréhension du terme est subjective. Il a été dit que, dans certains pays, le terme est devenu très politiquement correct, ce qui a dilué sa signification, et il est parfois même mis en équivalence avec l'assimilation. L'intégration implique qu'un individu reste tel qu'il est

et se joint à la société en tant que personne, contrairement à l'assimilation. L'intégration est l'inclusion de groupes étrangers et l'acceptation de la diversité; il s'agit d'un processus à double sens entre les groupes majoritaires et minoritaires.

Le concept d'intégration doit être combiné avec des conditions appropriées. C'est au gouvernement qu'il appartient d'en fixer les modalités. L'intégration peut être favorisée au travers de mesures d'action positive qui cherchent à établir une coopération avec le groupe cible. Une personne a le droit non seulement de vivre libre de toute discrimination mais également d'être un membre à part entière de la société. L'égalité des chances, l'anti-discrimination et l'intégration sont autant de concepts interdépendants.

L'intégration pluraliste est atteinte lorsque les communautés peuvent réaliser leurs propres choix en ce qui concerne l'affiliation culturelle tout en tenant compte, dans le même temps, de certains éléments de la société dans laquelle ils vivent (par exemple, la langue). La ségrégation volontaire survient lorsque les communautés qui ont connu des difficultés à s'intégrer choisissent de s'exclure en réaction à cela.

3. Protection contre la discrimination multiple / Convergence de motifs

La discrimination multiple est très complexe, le genre sexuel faisant partie de tout motif de discrimination. En Irlande et aux Pays-Bas, les organismes uniques de promotion de l'égalité entre les sexes se sont développés en organismes traitant de la discrimination à motifs multiples. Les acteurs non gouvernementaux avaient exprimé leurs inquiétudes avant que les motifs aient augmenté mais ces craintes se sont avérées non fondées. La connaissance de motifs multiples de discrimination améliore la compréhension par les praticiens du concept et de la définition de la discrimination. En se concentrant uniquement sur la discrimination à caractère sexiste, les organismes avaient tendance à ne toucher que les femmes blanches de la classe moyenne.

Parler de hiérarchie parmi les motifs de discrimination est un sujet presque tabou mais elle existe bien dans la réalité. Ainsi, par exemple, les femmes gagnent moins que les hommes mais les femmes immigrées gagnent moins que celles de la communauté majoritaire et que les hommes immigrés. Une expérience initiale relative à l'indemnisation montre que le niveau de montant des dommages et intérêts diffère selon les motifs de discrimination.

L'expérience concernant les motifs plus développés peut être appliquée aux motifs moins développés. En Irlande, par exemple, les concepts utilisés dans le droit jurisprudentiel concernant la communauté des gens du voyage contribuent à identifier et définir la discrimination fondée sur le handicap, lequel était un motif moins développé. On trouve bon nombre de similitudes dans les défenses fournies par les parties appelées pour différents motifs de discrimination.

Il existe une réelle crainte de voir les organismes spécialisés ne pas disposer de ressources suffisantes. Il est important mais difficile de fixer des critères pour sélectionner les affaires qui feront progresser tous les motifs de discrimination. On peut y parvenir en engageant des poursuites judiciaires impliquant des motifs multiples et des affaires se rapportant à des questions qui touchent plusieurs domaines tels que la santé, l'éducation et l'aide sociale.

Une faiblesse de la Directive réside dans le fait que les voies de recours qu'elle envisage se fondent sur la personne qui dispose de suffisamment d'informations et de la capacité d'engager une action qui, dans le meilleur des cas, ne toucherait que la personne. Il importe que les organismes spécialisés soient autorisés à combattre la discrimination institutionnelle. Étant donné la faiblesse des recours à caractère individuel, il a semblé important que des mesures d'action positive soient clairement légiférées.

Les ONG et les syndicats peuvent aider les requérants dans l'action en justice. Le plaidoyer des syndicats et de la communauté est requis pour contribuer à assurer un respect des droits. Les ressources et pouvoirs accordés aux organismes spécialisés seront cruciaux comme le sera l'assistance offerte par d'autres organismes spécialisés dotés des compétences requises.

4. Approche intégrée de l'égalité entre sexes / législation proactive

L'approche intégrée (de l'égalité entre sexes) est une approche ou une stratégie et ne devrait pas être considérée comme un objectif en soi. L'approche intégrée contient une valeur ajoutée et ne remplace et ne devrait pas remplacer les instruments de promotion de l'égalité existants tels que la législation sur l'égalité de traitement ou les politiques d'action positive. Il n'existe pas d'instructions européennes claires quant à la façon d'entreprendre une approche intégrée. Les organismes spécialisés ont pour tâche de persuader les départements gouvernementaux d'assurer une intégration de l'égalité dans leurs orientations politiques et d'intégrer aussi le concept dans leur propre travail. Ces deux tâches sont, toutefois, loin d'être aisées.

Persuader les responsables gouvernementaux de procéder à une telle approche intégrée peut être une tâche très ardue, en particulier lorsque l'on manque d'une expertise suffisante en matière d'égalité entre les sexes, comme c'est le cas dans la plupart sinon dans la totalité des pays. Le fait de pouvoir disposer d'une expertise suffisante est, dès lors, impératif. De même, des incitants à l'engagement et à une approche intégrée sont indispensables. Une autre difficulté consiste à savoir comment s'assurer qu'une fois qu'un gouvernement a lancé une approche intégrée, il la poursuivra. Toutefois, intégrer le travail des organismes spécialisés eux-mêmes peut se révéler également difficile car cela implique des analyses compliquées de la discrimination intersectorielle, c'est-à-dire pas "seulement" de la discrimination multiple mais aussi de la discrimination qui ne touche que des personnes qui sont, par exemple, des femmes qui sont également noires.

Le concept de la législation proactive a également été discuté. Les opinions sur sa signification précise diffèrent. Finalement, il fut convenu toutefois que le concept se réfère aux mesures politiques qui vont de l'action positive (au sens large) aux politiques qui n'ont pas de lien direct avec la législation sur l'égalité de traitement mais soutiennent d'une certaine manière l'objectif qui vise un accroissement de l'égalité (par exemple, une plus grande égalité en matière de législation de la famille peut renforcer l'égalité dans d'autres domaines tels que la participation au marché du travail.)

Bien que, selon certains participants, une obligation de promouvoir une législation proactive puisse être déduite des objectifs d'égalité généraux (EU), on n'en trouve aucune obligation juridique dans la législation de la CE puisque même les programmes d'action positive, et le traitement préférentiel en particulier, ont été formulés sous forme d'une exception à la règle de l'égalité de traitement.* D'autre part, dans les limites de la loi, les programmes d'action positive, y compris les cibles et quotas, sont autorisés. Cet espace pourrait et devrait être utilisé afin de promouvoir efficacement des mesures liées aux politiques et à la législation relatives à l'égalité afin de renforcer la mise en œuvre de la loi sur l'égalité de traitement.

* Pour un aperçu complet du droit jurisprudentiel européen sur l'action positive et sur le traitement préférentiel, on consultera: *Affaire E-1/02 Instance de surveillance de l'AELE contre la Norvège*, du 24 janvier 2003 (consulter également l'article de Christa Tobler, en particulier la page. 23 de ce rapport).

PROGRAMME DE LA REUNION

MARDI 20 MAI 2003

9.00 Inscription

9.30 Discours de bienvenue

Ingrid Nikolay-Leitner, Médiatrice pour l'égalité des chances dans le domaine de l'emploi, Autriche

9.40 Information concernant le projet "Le renforcement de la coopération entre les organes spécialisés pour la mise en application de la législation relative à l'égalité de traitement"

Jenny Goldschmidt, Présidente de la Commission d'égalité de traitement, Pays-Bas

10.00 "En quoi la discrimination fondée sur le sexe diffère-t-elle de celles qui se fondent sur d'autres motifs?"

Elisabeth Holzleithner, Vienne

Elisabeth Holzleithner est maître-assistante à l'institut de philosophie juridique et de théorie juridique à l'Université de Vienne, anciennement présidente de la commission d'égalité de traitement de l'Université de Vienne et auteur de "Loi, pouvoir et genre. Une introduction aux études juridiques sur le genre".

Discussion plénière

Présidente: Erna Appelt, Professeur en sciences politiques à l'Université Leopold Franzens d'Innsbruck, Autriche

11.45-14.00 Déjeuner

14.00 Ateliers

Besoins spéciaux de / concepts pour les différents groupes:

Concepts: 1. Action positive / promotion

Eva Fehringer, Ministère fédéral des Affaires économiques et du Travail, Autriche

David Zilkha, Commission pour l'égalité raciale, Grande-Bretagne

2. Intégration

René Schindler, Syndicat autrichien du métal et du textile, conseiller juridique

Margareta Wadstein, Médiatrice contre la discrimination ethnique, Suède

3. Protection contre la discrimination multiple / convergences des motifs

Anna Sporrer, Experte juridique en matière d'égalité, Autriche

Eilis Barry, Autorité pour l'égalité, Irlande

4. Approche intégrée de la discrimination entre sexes / législation proactive

Elke Lujansky-Lammer, Médiatrice régionale pour l'égalité des chances dans le domaine de l'emploi, Autriche

Marjolein van den Brink, Commission pour l'égalité de traitement, Pays-Bas

Les ateliers se concentreront sur les trois questions suivantes:

- Définition de concept particulier
- Utile pour qui/ promouvoir quel objectif?
- Modes de mise en œuvre juridique / institutionnelle / pratique

Facilitateurs pour les ateliers: Ingrid Nikolay-Leitner et Christine Baur, Médiatrices pour l'égalité des chances dans le domaine d'emploi, Autriche

16.00 Pause-café

16.30 Présentation des résultats des ateliers

Présidente: Sabine Strasser, Institut d'anthropologie sociale et culturelle, Université de Vienne

18.00 Fin de la première journée

MERCREDI 21 MAI 2003

10.00 Discours de bienvenue

Ministre fédéral de la santé et des questions relatives aux femmes, Maria Rauch-Kallat

Le ministre envoie l'expert en questions sexospécifiques, Elisabeth Publig, comme représentante

10.15 "Comment utiliser l'expérience acquise en matière de discrimination fondée sur le sexe pour les autres motifs de discrimination" Christa Tobler, Bâle et Leiden

Christa Tobler est maître-assistante à l'Université de Bâle et conférencière à l'Université de Leiden (Pays-Bas) et auteur d'articles portant sur des questions telles que "La Loi européenne sur l'égalité entre sexes", "Couples de même sexe selon la loi de l'UE" et "Réconciliation du travail ménager et de soins domestiques avec le travail rémunéré"

Discussion plénière

Présidente: Christine Baur, Médiatrice régionale pour l'égalité des chances dans le domaine de l'emploi, Autriche

12.00–14.15 Déjeuner

14.15 "Comment mettre en œuvre dans la législation nationale la législation de l'UE en matière de protection contre la discrimination et la promotion de l'égalité entre sexes", Anna Sporrer, Vienne

Anna Sporrer est membre du réseau d'experts juridiques de la Commission européenne sur l'application du droit communautaire sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes et ancienne présidente de la Commission autrichienne pour l'égalité de traitement. Elle a publié plusieurs articles, en particulier sur le fondement constitutionnel et législatif communautaire relatif à l'égalité entre hommes et femmes, sur les aspects internationaux de la loi sur l'égalité ainsi que sur des questions de mise en application de la loi sur l'égalité.

Discussion plénière

Président: Marcel Zwamborn, Commission pour l'égalité de traitement, Pays-Bas

16.00 Clôture de la réunion

PARTICIPANTS:

Autriche:

Erna Appelt, Université d'Innsbruck, Institut de sciences politiques
Christine Baur, Médiatrice régionale pour l'égalité des chances dans le domaine de l'emploi
Neda Bei, Chambre des travailleurs et employés, Vienne
Sylvia Bierbaumer, Ministère fédéral de la Sécurité sociale, des générations et de la protection des consommateurs
Karina Brugger-Kometer, Ministère fédéral de la santé et des femmes
Eva Fehringer, Ministère des affaires économiques et du travail
Susanne Feigl, Journaliste
Elisabeth Holzleithner, Faculté de droit, Université de Vienne
Alice Karrer-Brunner, Commission pour l'égalité de traitement, Ministère fédéral de la santé et des femmes.
Carmen Langer, Chambre économique fédérale autrichienne
Elke Lujansky-Lammer, Médiation régionale pour l'égalité des chances en matière d'emploi
Judith Marte, Caritas Autriche
Ingrid Nikolay-Leitner, Médiation pour l'égalité des chances en matière d'emploi
Elisabeth Publig, Ministère fédéral de la santé et des femmes
Rene Schindler, Syndicat du métal et du textile
Anna Sporrer, Expert juridique en matière d'égalité
Sabine Strasser, Département d'anthropologie sociale et culturelle, Université de Vienne
Hilde Strobl, Office de médiation pour l'égalité des chances en matière d'emploi
Katrín Wladasch, Association pour le courage civil et le travail d'antiracisme (Conseil ZARA pour les victimes et les témoins de racisme)

Belgique:

Bruno Blanpain, DLA Caestecker
Dirk De Meirleir, Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme

Danemark:

Mandana Zarreparvar, Institut danois des droits humains

France:

Sarah Pellet, Commission consultative nationale sur les droits humains

Allemagne:

Anne Jenter, Section des politiques d'égalité et des femmes, DGB - Deutscher Gewerkschaftsbund (Fédération syndicale allemande)

Grèce:

Angeliki Salamaliki, Office grec de médiation

Hungary:

Èva Heizerné Hegedűs, Bureau du Commissaire parlementaire aux droits des minorités ethniques et nationales

Irlande:

Eilís Barry, Autorité pour l'égalité

Lettonie

Līga Biksiniece, Office national letton des droits humains

Pays-Bas:

Marjolein van den Brink, Commission pour l'égalité de traitement

Jenny Goldschmidt, Commission pour l'égalité de traitement

Brigitte Werker, Commission pour l'égalité de traitement

Marcel Zwamborn, Commission pour l'égalité de traitement

Pologne:

Maria Anna Knothe, Secrétariat du plénipotentiaire gouvernemental pour le statut des femmes et des hommes

République slovaque

Jarmila Lajčáková, Consultante des droits humains, Office du gouvernement slovaque

Espagne

Luisa Cava de Llano, Première médiatrice adjointe

Carmen Comas-Mata Mira, Chef de cabinet de la première médiatrice adjointe

Suède:

Margareta Wadstein, Médiatrice contre la discrimination ethnique

Hans Ytterberg, Médiateur contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

Suisse:

Christa Tobler, Universités de Bâle (CH) et de Leiden (NL)

RU:

Geraldine Scullion, Commission d'égalité pour l'Irlande du Nord (Irlande du Nord)

David Zilkha, Commission pour l'égalité raciale (Grande-Bretagne)

Migration Policy Group:

Isabelle Chopin

Janet Cormack



VERS LA MISE EN ŒUVRE UNIFORME ET DYNAMIQUE DE LA LEGISLATION DE L'UE EN MATIERE DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS : LE ROLE DES ORGANISMES SPECIALISES

La Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ("Directive sur l'égalité raciale") et la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ("Directive-Cadre", interdisant la discrimination fondée sur des motifs de religion ou de convictions, de handicap, d'âge et d'orientation sexuelle) renforcent le potentiel de lutte contre la discrimination dans l'Union européenne. Elles complètent le programme législatif existant relatif à la discrimination à caractère sexiste, lequel a été tout récemment ajouté par la Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail. Tous les Etats membres requièrent une modification de la législation afin de garantir la conformité avec ces Directives.

En vertu de l'Article 13 de la Directive sur l'égalité raciale, un organisme spécialisé (ou des organismes spécialisés) doit (doivent) être désigné(s) pour la promotion de l'égalité de traitement de toutes les personnes sans discrimination fondée sur des motifs d'origine ethnique ou raciale. Ces organismes peuvent faire partie d'agences qui disposent d'une mission plus large que celle de la discrimination ethnique ou raciale. L'Article 8a de la Directive 76/207/CEE, modifiée par la Directive 2002/73/CE requiert la même exigence en ce qui concerne la discrimination sexospécifique. Ces organismes ont pour tâche d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante, de conduire des études indépendantes concernant les discriminations et de publier des rapports indépendants et d'émettre des recommandations sur toute question relative à une telle discrimination. Bon nombre d'Etats se trouvent donc confrontés au défi qui consiste soit à fonder un organisme complètement nouveau à cette fin soit à revoir le mandat d'un organisme spécialisé déjà existant.

Le projet *la mise en oeuvre uniforme et dynamique de la Législation de l'UE en matière de lutte contre les discriminations: le rôle des organismes spécialisés* est financé sur le Programme d'action de la Communauté européenne de lutte contre la discrimination (2001-2006). Il crée un réseau d'organismes spécialisés ayant pour objectif de promouvoir une interprétation et une application uniformes des directives d'anti-discrimination de la CE et de stimuler le développement dynamique de l'égalité de traitement dans les Etats membres de l'UE. Il favorise l'introduction ou le maintien de dispositions qui sont plus favorables à la protection du principe de l'égalité de traitement que celles qui se trouvent inscrites dans les Directives, comme l'autorisent l'Article 6(1) de la Directive sur l'égalité raciale et l'Article 8(1) de la Directive-cadre. Les partenaires du projet sont la Médiatrice pour l'égalité des chances dans le domaine de l'emploi (Autriche), le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (Belgique), l'Autorité pour l'égalité (Irlande), la Commission pour l'égalité de traitement (Pays-bas, dirigeant le projet), le Médiateur contre la discrimination ethnique (Suède), la Commission pour l'égalité raciale (Grande-Bretagne), la Commission d'égalité pour l'Irlande du Nord et le Migration Policy Group (Bruxelles).

Le projet prévoit une plate-forme destinée à promouvoir l'échange d'informations, d'expériences et de bonnes pratiques. Des organismes spécialisés d'autres Etats membres de l'UE existants et en phase d'adhésion participent déjà aux activités du projet.

Il s'agit du rapport de la deuxième réunion d'une série de sept réunions d'experts tenues dans le cadre de ce projet, organisée par la Médiatrice autrichienne pour l'égalité des chances dans le domaine de l'emploi les 20 et 21 mai 2003 à Vienne. La réunion avait pour thème "Protection contre la discrimination et promotion de l'égalité sexuelle – Comment répondre à ces deux exigences". Elle a examiné les manières dont l'expérience acquise au niveau de l'UE en matière de discrimination sexospécifique pourrait servir à la mise en oeuvre de la législation plus récente d'interdiction de la discrimination fondée sur d'autres motifs.

La première publication de cette série s'intitulait 'Prouver la discrimination'.

