

Community anti-discrimination legislation. Fields still to be covered and possible use of existing tools

Sébastien Van Drooghenbroeck

Introduction

Le droit communautaire dérivé de la lutte contre la discrimination, adopté sur le fondement des articles 13 TCE et 141 TCE, est un *corpus juris* vaste et dense. Il a d'ores et déjà donné lieu à une jurisprudence relativement abondante.

Ce *corpus juris* ne présente toutefois pas, *de lege lata*, une approche parfaitement uniforme du phénomène discriminatoire. Des géométries variables s'y aperçoivent, qui conduisent ce *corpus juris* à ne pas réserver un traitement identique à chacune des formes de discrimination qu'il appréhende, et *a fortiori*, à chacune des formes de discrimination théoriquement concevables sous l'éclairage de la théorie générale des droits de l'Homme. Pour reprendre les termes du Professeur Emmanuelle Bribosia, le droit communautaire dérivé de la lutte contre la discrimination est « une mosaïque de textes dessinant une approche différenciée ».

Cette approche différenciée a fait l'objet dès l'origine, et à un degré sans cesse croissant depuis lors, de critiques émanant, non seulement de la doctrine juridique, mais aussi, de la « société civile » nationale et européenne au sens le plus large du terme. Le reproche systématiquement adressé est que le droit communautaire dérivé de la lutte contre la discrimination dessine une « hiérarchie des égalités », et, par conséquent, une « hiérarchie entre les victimes de discrimination » qui serait non seulement paradoxale sur un plan logique – le droit de l'égalité en viendrait lui-même à discriminer –, mais aussi inadmissible sur le plan politique et juridique.

La Commission européenne a pris conscience du problème. « Aucune hiérarchie ne saurait exister en matière de protection contre la discrimination », affirme-t-elle dans une communication adressée en 2008 au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et

social européen et au Comité des régions. Joignant le geste à la parole, la Commission a introduit, le 2 juillet 2008, une proposition de nouvelle directive fondée sur l'article 13 TCE et relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle. Cette nouvelle directive, dont le champ d'application couvre des matières « hors emploi », poursuit actuellement le parcours législatif visant à son adoption. À l'examen du chemin déjà parcouru et des embûches d'ores et déjà rencontrées, nul n'oserait se risquer à un pronostic ferme quant à la date à laquelle cette directive sera finalement adoptée, ou au contenu qui sera le sien en sa version finale. L'objectif de la Commission est cependant clair : cette directive doit opérer une « remise à niveau » de l'arsenal juridique européen dédié à la lutte contre certaines formes de discrimination, et ainsi restaurer quelque cohérence et systématisation dans la mosaïque actuellement observable.

Disons-le sans détours : en sa forme actuelle, la proposition de directive de la Commission est incapable de réaliser cet objectif. La parfaite cohérence semble requérir bien plus qu'une initiative isolée : une refonte totale du droit dérivé antidiscriminatoire. Cette refonte, si tant est qu'elle ait lieu un jour, prendra fatalement du temps. Dans l'intervalle, il faudra donc « bricoler » avec des solutions d'expédients. La jurisprudence des « principes généraux » de la Cour de Justice ne semble pas, sur certains points, confirmer les perspectives qu'avait pu laisser entrevoir l'arrêt *Mangold*. Par contre, la jurisprudence la plus récente de la Cour européenne des droits de l'Homme relative à l'application horizontale du principe d'égalité, est porteuse de fécondes solutions de rechange.

Plan.

- 1° Qu'est-ce qu'une « hiérarchie » des égalités et des victimes de discrimination ?
- 2° L'approche différenciée de la lutte contre la discrimination par le droit de l'Union européenne : *de lege lata*
- 3° Cette approche différenciée est-elle justifiable, ou, à tout le moins, explicable ?
- 4° La nouvelle directive : avancées et lacunes
- 5° La nécessité d'une refonte globale
- 6° Les solutions intérimaires
 - la surenchère du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination ;
 - la jurisprudence luxembourgeoise des principes généraux : *Mangold* et après

- la jurisprudence strasbourgeoise : les perspectives ouvertes par les arrêts *Pla et Puncernau* (2004) et *Danilenkov* (2009)

1° Qu'est-ce qu'une « hiérarchie » des égalités et des victimes de discrimination ? Cadre conceptuel

L'idée d'une hiérarchie évoque celle d'une différence de traitement qui serait faite entre les victimes d'une inégalité. Certaines d'entre elles seraient mieux protégées que d'autres. Cette différence de traitement pourrait, dans un ordre juridique donné, être réalisée à de multiples niveaux et de multiples manières :

- au niveau, fondamental, des formes de discrimination interdites : la discrimination ne serait interdite que lorsqu'elle se fonde sur certains motifs limitativement énumérés, alors qu'elle ne serait pas interdite lorsqu'elle se fonde sur tout autre critère que ceux qui sont limitativement énumérés. Pour la commodité de l'exposée, on appellera cette forme de hiérarchie la hiérarchie *ratione personae* ;
- au niveau des domaines d'interdiction de la discrimination : le champ d'application de l'interdiction de discrimination fondée sur un critère déterminé serait plus large que le champ d'application de l'interdiction de discrimination fondée sur un autre critère. Pour la commodité de l'exposée, on appellera cette forme de hiérarchie la hiérarchie *materiae* ;
- au niveau de la définition même de la notion de discrimination interdite : la gamme des comportements interdits sous label générique de « discrimination » serait plus large à l'égard de certains motifs de discrimination qu'elle ne le serait à l'égard d'autres motifs de discrimination. Pour la commodité de l'exposée, on appellera cette forme de hiérarchie la hiérarchie *ratione interdictionis* ;
- au niveau des conditions d'admissibilité des éventuelles justifications des distinctions de traitement fondées sur tel ou tel motif. Le système juridique se montrerait plus libéral dans l'admission des justifications d'un traitement inégalitaire fondé sur un motif déterminé, qu'il ne l'est dans l'admission des justification d'un traitement inégalitaire fondé sur un autre motif. Pour la commodité de l'exposée, on appellera cette forme de hiérarchie la hiérarchie *ratione refutationis*
- au niveau des dispositifs sanctionneurs, procéduraux et institutionnels mis en place pour réprimer la discrimination et protéger les victimes. Les dispositifs

sanctionneurs, procéduraux et institutionnels associés à certaines formes de discrimination seraient plus performants que ceux qui sont associés à d'autres formes de discrimination. Pour la commodité de l'exposée, on appellera cette forme de hiérarchie la hiérarchie *ratione protectionis*.

2° Les hiérarchies du droit communautaire dérivé : *de lege lata*

Le droit communautaire dérivé de la lutte contre la discrimination, fondé sur l'article 13 TCE et sur l'article 141 TCE, laisse apparaître de nombreuses hiérarchies, au sens où nous l'avons défini. On s'en tiendra ici à quelques grandes lignes.

Hiérarchie *ratione personae*

Une hiérarchie *ratione personae*, tout d'abord. Les articles 13 et 141 du TCE sont ainsi libellés que les institutions communautaires n'ont de compétence qu'en vue d'adopter une législation dérivée de lutte contre la discrimination fondée sur 6 critères : la race ou l'origine ethnique, la religion ou la conviction, l'âge, l'orientation sexuelle, le handicap et le sexe. Il faut encore ajouter la non-discrimination sur base de la nationalité de l'un des États membres de l'Union, qui est ancrée directement dans les traités ; je n'en parlerai cependant pas davantage

On se trouve ici bien en-deçà du spectre de la protection offerte par celles des dispositions du droit international des droits de l'Homme qui, à l'instar de l'article 14 de la CEDH ou 26 du PIDCP, se caractérisent par une liste exemplative « ouverte » de motifs de discrimination protégés. En sus de celle qui se fonde sur les 6 critères de l'article 13 TCE, les articles 14 CEDH ou 26 du PIDCP prohibent ainsi, et par exemple, la discrimination fondée sur la langue, les opinions politiques, l'origine sociale ou encore la naissance.

Une certaine doctrine avait émis l'idée qu'une interprétation large des termes utilisés par l'article 13 TCE pourrait combler pour partie le déficit d'ambition de ce dernier, et réduire ainsi la *hiérarchie ratione personae* qui caractérise le droit communautaire antidiscriminatoire (voy. E. Dubout, *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 150 et suiv.).

Bien qu'il soit encore trop tôt pour dresser en la matière un bilan définitif, il ne semble cependant pas que la Cour de Justice s'oriente vers une interprétation extensive des termes de l'article 13 TCE et des directives adoptées sur sa base. Cfr l'arrêt *Chacon Navas*, où la Cour estime que la notion de « maladie » n'est pas nécessairement incluse dans celle de handicap, et que la directive 2000/78/CE ne saurait étendre sa protection, par analogie, aux cas de discrimination fondés sur la maladie.

Hiérarchie *ratione materiae*

L'article 13 TCE définit de manière uniforme, pour chacun des critères qu'il vise, le champ d'action maximal que peuvent se donner les directives antidiscriminatoires qui sont adoptées sur sa base. Il faut, mais il suffit, que le législateur européen demeure dans les « limites des compétences que le TCE confère à la Communauté ».

Cette habilitation à légiférer n'a cependant pas fait l'objet d'une utilisation uniforme. Si l'on compare en effet le champ d'application respectif des directives 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2004/113/CE ainsi que de la législation communautaire adoptée sur le fondement de l'article 141 TCE (telle que notamment consolidée dans la directive « refonte » 2006/54/CE), on aboutit au tableau – très simplifié – suivant :

Grounds /Field	Race	Disability	Religion /conviction	Age	Sexual orientation	Sex
Employment (sensu lato) & vocational training	YES	YES	YES	YES	YES	YES
Education	YES	NO	NO	NO	NO	NO
Goods and services	YES	NO	NO	NO	NO	YES (except for education, advertising and media)
Social Protection (Health Care)	YES	NO	NO	NO	NO	NO
Social protection (social security)	YES	NO	NO	NO	NO	YES
Social Advantages	YES	NO	NO	NO	NO	NO

Hiérarchie ratione interdictionis

D'une manière très générale et simplifiée, les directives 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2004/113/CE, ainsi que la directive « refonte » 2006/54/CE relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi au sens large, définissent de manière identique ce qu'il y a lieu d'entendre sous la notion générique de « discrimination » :

- la discrimination directe ;
- la discrimination indirecte ;
- le harcèlement (et le cas échéant, le harcèlement sexuel) ;
- l'injonction de discriminer.

On met ici de côté la question des aménagements raisonnables au profit de la personne handicapée

Aucune de ces directives n'a formalisé comme telle, dans son dispositif même, l'idée qu'une « discrimination par association » ou une « discrimination par supposition » constitue une forme de discrimination directe sur base de l'un des critères protégés. Pas davantage ces directives n'ont-elles introduit le concept de « discrimination multiple », ni *a fortiori* mis en place un régime spécifique les concernant.

Si l'on s'en tient aux grandes lignes, il n'y a donc pas, de prime abord, une *hiérarchie ratione interdictionis* dans le droit communautaire

Hiérarchie ratione refutationis

Dans la doctrine de l'égalité et de la non-discrimination, il existe une *summa divisio* au niveau des systèmes possibles de justification des distinctions de traitement.

Dans un système de type « fermé », il n'est en principe pas possible de justifier une distinction de traitement fondée sur un motif déterminé, sous réserve d'exceptions limitées, ponctuelles et stipulées par avance. Le système fermé postule donc une assimilation de principe entre, d'une part, la distinction de traitement fondée sur un critère déterminé et,

d'autre part, la discrimination prohibée, sous réserve d'exceptions précisément, limitativement et anticipativement énumérées.

Dans un système « ouvert » par contre, une distinction de traitement fondée sur un critère déterminé peut toujours recevoir *a priori* une « justification objective et raisonnable », non autrement précisée que par la référence aux standards de l'« objectif légitime » et de « la proportionnalité ».

En ce qui concerne les discriminations *indirectes* fondées sur l'un des critères protégés, le droit antidiscriminatoire européen a à présent retenu un système uniforme de *justification ouverte*.

Les différences apparaissent par contre au niveau du système de justification des discriminations fondées *directement* sur un critère protégé.

Le droit primaire et dérivé de l'Union européenne a classiquement privilégié le système de type « fermé ». C'est le système qui caractérise essentiellement la législation communautaire sur l'égalité entre hommes et femmes dans le domaine de l'emploi, ainsi que la directive 2000/43/CE sur l'égalité raciale. Toutefois une tendance lourde à l'ouverture s'est faite jour à la faveur des initiatives subséquentes.

On vise évidemment le « système ouvert » mis en place, par la directive 2000/78/CE, à propos des distinctions de traitement directement fondées sur l'âge en matière d'emploi (art. 6). Dans son arrêt *Age Concern England*, la Cour de Justice a même estimé que les États pouvaient valablement transposer la directive sur ce point en mettant eux-mêmes en place, dans leurs lois de transposition, un système de justification de type ouvert, et, par conséquent, en renvoyant *in fine* au seul juge national la question de l'admissibilité des distinctions de traitement pratiquées. C'est encore à un système ouvert que recouru la directive 2004/113/CE aux fins de justification des pratiques réservant exclusivement ou essentiellement certains biens et services aux personnes d'un sexe déterminé (art.4, § 5), ainsi que, à titre optionnel, aux fins de justification de l'utilisation de facteurs actuariels sexospécifiques dans le domaine des assurances et des services financiers (art. 5).

Dira-t-on que le choix d'un système ouvert ou fermé induit nécessairement, et par sa simple existence, une hiérarchie, en ce sens que le système ouvert serait nécessairement moins protecteur que le système fermé ? Pas nécessairement. Un système formellement fermé peut très bien inclure une multitude d'exceptions à l'interdiction d'opérer des distinctions de traitement. On peut sur ce point rejoindre les conclusions de l'avocat général Mazak précédant l'arrêt *Age Concern England*.

La hiérarchie peut cependant survenir

- au niveau « législatif », dans la fixation plus ou moins exigeante des critères (matériels et formels) d'admissibilité de la justification attendue dans le cadre d'un système ouvert ;
- au niveau « prétorien », dans l'intensité plus ou moins élevée du contrôle juridictionnel exercé sur l'admissibilité de la justification attendue dans le cadre d'un système ouvert. À cet égard, la jurisprudence de la Cour de justice est encore trop peu abondante pour que l'on puisse dégager avec certitude des tendances générales. On peut cependant apercevoir, dans les arrêts *Palacios de la Villa* et *Age Concern* une tendance assez nette du juge communautaire au *self restraint* dans l'appréciation des justifications apportées à une distinction de traitement fondée sur l'âge. Comp. cependant l'arrêt *Hutter* et conclusions de l'AG dans l'affaire *Wolf*

Hiérarchie *ratione protectionis*

Les directives 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2004/113/CE, ainsi que la directive 2006/54/CE mettent en place un régime uniforme en ce qui concerne la charge de la preuve de la discrimination, la protection contre les représailles et le droit d'action en justice.

Les différences apparaissent par contre dans le domaine institutionnel, c'est-à-dire au niveau des obligations qu'elles imposent aux États de mettre en place un organisme indépendant de promotion de l'égalité de traitement. Cette obligation est bel et bien prévue par les directives 2000/43/CE, 2004/113/CE et 2006/54/CE pour ce qui concerne respectivement la lutte contre la discrimination raciale dans et hors le domaine de l'emploi, la lutte contre la discrimination de genre dans le domaine des biens et services, et la lutte contre la discrimination de genre dans le domaine de l'emploi au sens large. Rien de semblable n'est par contre imposé aux États par la directive 2000/78/CE en ce qui concerne la discrimination, dans le domaine de

l'emploi au sens large, fondée sur la religion ou la conviction, l'âge, l'orientation sexuelle ou le handicap.

Bilan

Si l'on combine ces multiples hiérarchies les unes aux autres, on aboutit *grosso modo* à établir le « palmarès de niveau » de protection suivant :

- race et origine ethnique ;
- sexe ;
- handicap, orientation sexuelle, âge, religion et conviction ;
- autres critères, non visés par l'article 13 TCE

3° Cette approche différenciée est-elle justifiable, ou, à tout le moins, explicable ?

Faut-il considérer qu'un droit antidiscriminatoire est critiquable et perd nécessairement sa légitimité lorsqu'il n'associe par un régime juridique parfaitement identique à l'ensemble des formes possibles et imaginables de discrimination ? Un droit antidiscriminatoire est-il imparfait sitôt qu'il n'est pas uniforme ?

Pareille conclusion semble exagérée sur le plan théorique, et largement impraticable sur le plan concret. Mais je reconnais qu'il y a matière à discussion.

La « théorie générale de l'égalité », telle que la dessine le droit constitutionnel comparé et le droit international des droits de l'Homme, n'est pas totalement allergique à l'idée même de hiérarchie et de différences dans les niveaux de protection. S'agissant du droit constitutionnel comparé, je ne puis que renvoyer, par exemple, à la thèse de Mr Denis Martin (*Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006).

L'idée d'une certaine hiérarchie affleure également dans le *corpus juris* antidiscriminatoire des Nations Unies. Des garanties générales et *a priori* non hiérarchisantes existent certes (art. 36 PIDCP, p. ex). Il n'empêche que les Nations Unies ont entendu mettre l'accent, au travers de conventions spécialisées, sur trois formes spécifiques de discrimination : la discrimination

raciale (1965), la discrimination à l'égard des femmes (1979), et, plus récemment, la discrimination à l'égard des personnes handicapées (2006).

Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, se dessine aussi, par petites touches, une hiérarchie.

Lorsqu'elle apprécie l'existence des « justifications objectives et raisonnables » légitimant une distinction de traitement au regard de l'article 14 CEDH, la Cour européenne des droits de l'Homme consent en effet à reconnaître aux États une « marge d'appréciation susceptible de varier en fonction des circonstances, du domaine et du contexte ».

La marge d'appréciation ainsi concédée sera d'emblée considérée comme réduite, et le contrôle européen particulièrement sévère, en présence de critères de différenciation que la Cour européenne des droits de l'Homme considère comme particulièrement suspects au regard des valeurs de la société démocratique contemporaine. Au nombre de ces critères suspects figurent les différenciations opérées au regard :

- du sexe;
- de la nationalité ;
- des convictions religieuses ;
- de l'orientation sexuelle;
- de la filiation (“ légitime, naturelle ou adultérine ”).

La Cour européenne des droits de l'Homme considère que seules des justifications particulièrement impérieuses pourront légitimer des distinctions de traitement fondées sur de tels critères.

Plus récemment, la Cour européenne des droits de l'Homme a franchi un pas supplémentaire à propos des distinctions de traitement opérées sur fondement de la race et de l'origine ethnique, en affirmant que « nulle différence de traitement fondée exclusivement ou d'une manière décisive sur l'origine ethnique d'une personne, n'est susceptible d'être justifiée dans une société démocratique contemporaine construite sur les principes du pluralisme et du respect des différentes cultures » (arrêt *Timichev*, 2005).

Plus récemment encore, la Cour semble avoir accepté l'argument selon lequel les distinctions de traitement fondées sur une caractéristique sur laquelle l'individu n'a pas prise, serait intrinsèquement plus graves – et devraient donc s'exposer à un contrôle plus rigoureux – que les distinctions de traitement fondées sur une caractéristique « sous contrôle » de l'individu concerné. Arrêt *Carson et autres c. Royaume-Uni* 2008)

« § 80. In any event, even if the applicants could be said to be in an analogous position to the residents of countries where pensions are up-rated under reciprocal agreements, the Court considers that the difference in treatment has objective and reasonable justification. While there is some force in the applicants' argument, echoed by Age Concern, that an elderly person's decision to move abroad may be driven by a number of factors, including the desire to be close to family members, place of residence is nonetheless a characteristic which can be changed as a matter of choice. The Court therefore agrees with the Government and the national courts that the individual does not require the same high level of protection against differences of treatment based on this ground as is needed in relation to differences based on an inherent characteristic, such as gender or racial or ethnic origin (...). It is, moreover, relevant in this connection that the State took steps to inform United Kingdom residents moving abroad about the absence of index-linking for pensions in certain specified countries (...). Thus each of the applicants could have taken this factor into account amongst all the other reasons for and against the choice of country of residence ».

À supposer que l'on admette l'idée même d'une certaine hiérarchisation, et à supposer que l'échelle mise en place par la Convention européenne des droits de l'Homme est, en la matière, l'étalon de légitimité le plus naturel pour le droit de l'Union, alors, force est de constater que les « géométries variables » du *corpus juris* communautaire, telles que nous les avons décrites, ne sont pas justifiables. L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne en a fait brillamment la démonstration en 2008, notamment à propos du statut « mineur » qu'occupe la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le droit dérivé adopté sur le fondement de l'article 13 TCE. Le statut « moins privilégié » qu'occupe la discrimination fondée sur le genre dans ce même droit dérivé est tout aussi injustifiable, et même totalement incohérent : rappelons en effet que la lutte contre la discrimination de genre fut, historiquement, l'un des premiers « combats » de la Communauté, et que c'est à cette lutte que furent dédiées les dispositions de droit primaire les plus nombreuses et les plus loquaces, ce qui en souligne l'importance parmi les différentes valeurs de l'Union.

La hiérarchie qui caractérise le droit dérivé antidiscriminatoire, *de lege lata*, n'est donc pas justifiable. À défaut, et pour reprendre la dichotomie chère à Paul Ricoeur, est-elle au moins explicable ? Très certainement. Et l'explication est, avant tout, politique. L'histoire du « réveil » de l'article 13 TCE est en effet suffisamment connue¹. Portée par le traumatisme

¹ Sur celle-ci, voy. notamm., parmi beaucoup d'autres, E. DUBOUT, *L'article 13 du traité C.E.. La Clause communautaire de lutte contre les discriminations.*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 49-51.

politique qu'avait occasionné l'accession au pouvoir de l'extrême-droite autrichienne (janvier 2000), la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 avait placé la barre de la lutte européenne contre la discrimination particulièrement haut. Il y eut à ce moment une « urgence » et une « évidence » éthique et politique telle qu'on ne se soucia pas vraiment de la question des limites de compétence assignées par l'article 13 TCE. Le souffle politique a, par suite, commencé à composer avec ce que l'on appellera, faute de mieux, un mélange de prudence économique et de retenue dans les positionnements sur des questions éthiques potentiellement délicates : l'instrument de droit dérivé dédié à la lutte contre la discrimination sur base de l'âge, du handicap, de la religion et des convictions, et de l'orientation sexuelle, à savoir la directive 2000/78/CE, signait déjà un reflux d'ambition par rapport à son aînée de quelques mois. Puis vinrent les doutes quant à la réelle compétence de la Communauté pour mener une lutte contre la discrimination dans des domaines aussi larges que ceux auxquels s'appliquent la directive 2000/43/CE : l'exclusion de l'éducation hors du champ d'application de la directive 2004/113/CE, est la résultante radicale de ces doutes.

L'explication ainsi fournie permet de « comprendre » la hiérarchie qui caractérise le droit communautaire, elle ne la « justifie » cependant pas.

C'est dans cette perspective qu'il faut comprendre l'initiative d'une nouvelle directive par la Commission européenne : il s'agit avant tout, par une « remise à niveau », de mettre un terme à une hiérarchie juridiquement indéfendable et politiquement intenable.

À côté de cet objectif principal, en apparaissent deux autres. Je renvoie cependant au texte que j'ai distribué à leur propos.

La question est cependant de savoir si la nouvelle directive en gestation est en mesure d'honorer ses promesses de « remise à niveau ». On ne peut, à cet égard, que prendre comme point de départ le texte proposé par la Commission.

4° La nouvelle directive : avancées et lacunes

De manière générale, on peut affirmer que la nouvelle directive – à tout le moins dans la version initialement proposée par la Commission ; pour le reste, l'avenir est totalement incertain –, ne portera pas remède à la totalité des hiérarchies injustifiées qui caractérisent

aujourd'hui le droit communautaire. Certaines de ces hiérarchies lui survivront, et seront même, dans certains cas, aggravées.

Hiérarchie ratione materiae.

Premier constat : la proposition de directive n'entend opérer un rattrapage qu'au bénéfice des victimes de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la religion ou la conviction, l'âge et l'handicap, mais non au bénéfice des victimes de discrimination fondée sur le genre. Conséquence : si la nouvelle directive est adoptée, la discrimination de genre tombera momentanément au dernier rang de la « hiérarchie des égalités » européennes, alors qu'elle fut, historiquement, au sommet de celle-ci. La Commission est consciente de cette situation, et se promet d'y remédier ultérieurement, par une initiative distincte, annoncée pour 2010. Dossier à suivre.

Deuxième constat. La proposition de la Commission inclut, dans le champ d'application de la directive, « la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé », les « avantages sociaux », l'« éducation », et l'« accès aux biens et services et la fourniture des biens et services mis à la disposition du public , y compris en matière de logement » (art. 3, § 1, litt *a, b, c, d*). À s'en tenir à ces premiers éléments, le parallélisme avec le champ d'application de la directive 2000/43/CE semblerait total, et l'objectif de « rattrapage », entièrement accompli. Le parallélisme parfait avec la Directive 2000/43/CE est cependant rapidement démenti, dans le texte de la commission, par une série de « clause d'innapplicabilité » dont certaines sont assez critiquables. Je me limite ici à la question de l'éducation et des biens et services, au moyen du tableau comparatif suivant.

	RED 2000/43/EC	Commission's Proposal for a new directive
Education	ART. 3, § 1. « Within the limits of the powers conferred upon the Community, this Directive shall apply to all persons, as regards both the public and private sectors, including public bodies, in relation to: (...) (g) education; (...) »	1. Within the limits of the powers conferred upon the Community, the prohibition of discrimination shall apply to all persons, as regards both the public and private sectors, including public bodies, in relation to: (...) (c) Education But : « This Directive is without prejudice to the responsibilities of Member States for the content of teaching, activities and the organisation of their educational systems, including the provision of special needs education. Member States may provide for differences in treatment in access to educational institutions based on religion or belief » (art. 3, § 3) « This Directive is without prejudice to national legislation ensuring the secular nature of the State, State institutions or bodies, or education, or concerning the status and activities of churches and other organisations based on religion or belief. It is equally without prejudice to national legislation promoting equality between men and women. » (art. 3, § 4) « Member States are responsible for the organisation and content of education. The Commission Communication on Competences for the 21st Century: An Agenda for European Cooperation on Schools draws attention to the need for special attention to be paid to disadvantaged children and those with special educational needs. In particular national law may provide for differences in access to educational institutions based on religion or belief. Member States may also allow or prohibit the wearing or display of religious symbols at school » (Preamble, Recital 18)
Goods & Services	ART. 3, § 1. « Within the limits of the powers conferred upon the Community, this Directive shall apply to all persons, as regards both the public and private sectors, including public bodies, in relation to: (...) (h) access to and supply of goods and services which are available to the public, including housing. Preamble states however that (Recital 4) : « (4) (...) It is also important, in the context of the access to and provision of goods and services, to respect the protection of private and family life and transactions carried out in this context ».	Art 3, § 1. « 1. Within the limits of the powers conferred upon the Community, the prohibition of discrimination shall apply to all persons, as regards both the public and private sectors, including public bodies, in relation to: (...) (d) Access to and supply of goods and other services which are available to the public, including housing. » But : « Subparagraph (d) shall apply to individuals only insofar as they are performing a professional or commercial activity »

La proposition de directive précise tout d'abord qu'elle entend laisser intacte la compétence exclusive des États pour ce qui concerne le contenu, les activités et l'organisation de l'éducation. Rien de plus normal *a priori* : il ne s'agit là que du rappel de la répartition des compétences entre la Communauté et les États telle qu'organisée par l'article 149 TCE, répartition de compétence auxquelles les directives adoptées en vertu de l'article 13 TCE ne sauraient déroger. La portée de ce « rappel » est cependant obscurcie par deux précédents. Dans la directive 2000/43/CE, on ne trouvait en effet pas une telle réserve. Par contre, en 2004, lors de l'élaboration de la 2004/113/CE, cette réserve avait été radicalisée : doutant de l'existence même de ses compétences en matière d'éducation, le législateur communautaire

avait purement et simplement renoncé à étendre, dans ce domaine, la lutte contre la discrimination entre homme et femmes. *Quid*, alors ? Il faudra trancher, de manière globale et uniforme. Ce ne sera pas évident. Une ligne de partage pourrait éventuellement être tracée entre *l'accès à l'enseignement* – qui pourrait être couvert par le droit européen antidiscriminatoire – et *l'organisation et le contenu* de l'enseignement, qui demeurent de compétence étatique exclusive, et ne sont donc pas soumis au droit communautaire antidiscriminatoire. La ligne de partage est cependant « poreuse ». Par exemple, la proposition de directive laisse entendre que l'orientation d'un enfant souffrant d'un handicap vers l'enseignement spécialisé, est une mesure d'organisation scolaire. Toutefois, et sous l'éclairage des standards européens et internationaux en matière d' « enseignement inclusif », pareille mesure de « ségrégation » serait plutôt à considérer comme un refus d'accès à l'enseignement.

Au niveau de *l'accès* à l'enseignement, la proposition de directive prévoit par ailleurs une réserve plus ponctuelle. L'article 3, § 3, seconde phrase prévoit en effet que « Les États membres peuvent permettre des différences de traitement s'agissant de l'accès aux établissements d'enseignement fondés sur la religion ou les convictions ». La *ratio legis* de cette permission se comprend bien, et sa légitimité de principe ne saurait être remise en cause au regard du droit international et européen des droits de l'Homme : pourvu qu'il existe par ailleurs un réseau d'enseignement public religieusement et/ou philosophiquement neutre ouvert à tous les élèves indépendamment de leur conviction, il n'y a pas d'obstacle de principe à voir un réseau d'établissements scolaires (subventionné ou non) procédant de l'initiative privée, opérer quant à lui une sélection religieuse ou philosophique de son propre public. La technique juridique choisie par la proposition de directive aux fins d'accorder la « permission de sélection » est en revanche, inappropriée et dangereuse. En inscrivant cette permission dans la disposition relative au *champ d'application* de la directive, le législateur communautaire prive *de plano* le juge communautaire de tout contrôle – en termes d'objectif légitime et d'appropriation et de nécessité des moyens d'y parvenir – sur l'usage qui en sera fait, et signe de la sorte un « chèque en blanc » au profit des États. Cette manière de procéder contraste singulièrement, et sans justification, avec celle qui avait été retenue par la directive 2000/78/CE aux fins de permettre aux « entreprises de tendance » d'opérer des distinctions de traitement religieuses et confessionnelles dans le choix de leurs travailleurs. Il n'était point question, ici, d'une exclusion du champ d'application de la directive, mais uniquement d'une exception, encadrée par le respect de conditions de fond, à l'interdiction des distinctions

directes fondées sur la religion et les convictions en matière d'emploi. *Mutatis mutandis*, ce système devrait être transposé dans le cadre de la proposition de directive, pour y encadrer le « droit de sélection » des « écoles de tendance ».

Enfin, la proposition de directive semble conférer aux États le droit de réglementer de manière discrétionnaire le port de signes religieux par les élèves. On comprend évidemment que le législateur communautaire préfère rester prudent dans ces domaines. Pour une série de raisons exposées par écrit cependant, la manière dont il manifeste cette prudence – c'est-à-dire, en signant des « chèques en blanc » pour les États – est excessive. Une réglementation nationale qui interdirait aux élèves le port de signes religieux constituerait, « au pire », une discrimination indirecte sur base de la religion. Il y aurait donc place pour un système « ouvert » de justification, suffisamment souple. L'exclusion d'applicabilité va donc plus loin que nécessaire, et le « chèque en blanc » ne se justifie pas. Ce « chèque en blanc » est par ailleurs incohérent par rapport aux options précédentes du législateur européen. La directive 2000/78/CE encadre en effet le pouvoir des États de réglementer le port des signes religieux par les enseignants, et par les étudiants dans le cadre de la formation professionnelle. Il ne paraît donc pas logique et praticable, dès lors, de procéder différemment s'agissant du port des signes religieux par les élèves dans le cadre du système éducatif général : ici encore, un encadrement est possible, sans pour autant aboutir à une solution européenne uniforme

La proposition de directive n'entend s'appliquer aux « biens et services » que s'ils sont « offerts ou fournis dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale ». *Exit*, par conséquent, et par exemple, le marché locatif purement privé, dont on sait cependant qu'il est un foyer important de discrimination. Sans raison valable, on se situerait ici en retrait du domaine de la lutte européenne contre la discrimination sur base de la race et du sexe.

Hierarchies *ratione refutationis*

Nous avons d'ores et déjà souligné la tendance « lourde » du droit antidiscriminatoire européen à privilégier des systèmes de justification de plus en plus « ouverts » pour les distinctions de traitement fondées sur un critère déterminé. La proposition de la Commission accentue encore davantage cette « tendance lourde »

En atteste à suffisance l'article 2, § 6, de la proposition de directive.

« 6. Notwithstanding paragraph 2, Member States may provide that differences of treatment on grounds of age shall not constitute discrimination, if, within the context of national law, they are justified by a legitimate aim, and if the means of achieving that aim are appropriate and necessary. In particular, this Directive shall not preclude the fixing of a specific age for access to social benefits, education and certain goods or services »

Répétons-le : le choix en faveur d'un système « ouvert » ou « fermé » ne nous semble pas, en lui-même, emporter *ipso facto* la création d'une hiérarchie. Cette hiérarchie survient pas contre au niveau de l'encadrement « formel » et « substantiel » du système ouvert. De ce point de vue, la directive semble critiquable à deux niveaux :

- la technique des « clauses d'inapplicabilité », à laquelle nous avons déjà fait allusion, et qui confère aux États un pouvoir totalement discrétionnaire d'opérer des distinctions de traitement, alors qu'un encadrement est possible ;
- la manière dont la directive autorise la segmentation des risques, en fonction de l'âge ou du handicap, dans le secteur assurantiel. À ce titre, une comparaison avec la disposition homologue de la directive 2004/113/ CE est éclairante :

Directive 2004/113/CE	Commission's proposal for a new directive
<p>Art. 5 : « 1. Member States shall ensure that in all new contracts concluded after 21 December 2007 at the latest, the use of sex as a factor in the calculation of premiums and benefits for the purposes of insurance and related financial services shall not result in differences in individuals' premiums and benefits.</p> <p>2. Notwithstanding paragraph 1, Member States may decide before 21 December 2007 to permit proportionate differences in individuals' premiums and benefits where the use of sex is a determining factor in the assessment of risk based on relevant and accurate actuarial and statistical data. The Member States concerned shall inform the Commission and ensure that accurate data relevant to the use of sex as a determining actuarial factor are compiled, published and regularly updated. These Member States shall review their decision five years after 21 December 2007, taking into account the Commission report referred to in Article 16, and shall forward the results of this review to the Commission ».</p>	<p>Art. 2, § 7. « Notwithstanding paragraph 2, in the provision of financial services Member States may permit proportionate differences in treatment where, for the product in question, the use of age or disability is a key factor in the assessment of risk based on relevant and accurate actuarial or statistical data ».</p>

Hiérarchie ratione protectionis

La proposition de directive envisage bel et bien l'obligation pour les États de mettre en place un organisme de promotion de l'égalité de traitement dans les domaines couverts par la directive. La « lacune » de la directive 2000/78/CE n'a donc plus été reproduite. Mais elle n'a pas non plus été « corrigée ». La Commission n'a pas saisi l'occasion pour prévoir que l'organisme de promotion de l'égalité de traitement, visé par la nouvelle directive, sera aussi compétent pour les questions de discrimination fondées sur l'âge, l'orientation sexuelle, le handicap et la religion dans le domaine de l'emploi. Pour la Commission, le comblement de la lacune de la directive 2000/78 « dépasse le cadre de la proposition de directive », étant entendu, toutefois, que « rien n'empêche les États membres de prendre des mesures en ce domaine ».

5° La nécessité d'une refonte globale

La proposition de directive formulée par la Commission fait l'objet, en ce moment même, d'âpres discussions. La présidence suédoise s'est visiblement fixée comme objectif d'atteindre un texte de compromis, ce qui, à la lumière des prises de position respectives de chacun des 27, ne sera pas chose facile.

D'emblée cependant, et sans vouloir jouer les Cassandre, il est illusoire de vouloir faire du nouveau texte en gestation l'instrument qui ramènera une parfaite cohérence au sein du Droit communautaire dérivé de la lutte contre la discrimination. Cette cohérence ne pourra être conquise que dans le cadre d'une refonte globale de ce Droit, opérée dans une « unité de temps ».

Cette réforme globale, dans une unité de temps, est nécessaire pour que :

- une position uniforme et définitive soit trouvée, et consacrée par les textes, concernant la compétence de la Communauté pour édicter du droit antidiscriminatoire dans certains domaines. Le cas de l'éducation est paradigmatique.
- On puisse introduire, de manière uniforme, certains développements doctrinaux et jurisprudentiels que la matière a connus depuis 2000. Ainsi, et dans le cadre des discussions actuellement en cours, il est éventuellement question d'introduire

explicitement, dans le dispositif de la nouvelle directive, les concepts de « discrimination par association » et « discrimination par supposition », ou encore, par « imputation ». Pour éviter toute incohérence et velléité d'interprétation *a contrario*, on gagnerait à introduire ces nouveaux concepts dans la totalité du droit antidiscriminatoire existant. *Idem* pour ce qui concerne la suggestion qui a été faite, dans la foulée de l'arrêt *Feryn*, d'introduire dans la nouvelle directive un droit d'action en justice au profit de l'organisme de promotion de l'égalité de traitement, ou encore, un droit d'action collectif en l'absence de victime identifiable ;

- On puisse apporter une réponse juridique, cohérente et complète, à la question des « discriminations multiples ».

Une réforme globale est-elle en vue ? Elle a d'ores et déjà été annoncée par Barroso, devant le Parlement européen, en 2004. Dans son avis du 2 avril 2009, le Parlement européen a rappelé le Président de la Commission à ses promesses. Affaire à suivre.

De telles réformes globales sont le rêve des juristes. Elles sont cependant risquées. Le risque est évidemment qu'elles soient le prétexte de remises en cause de l'acquis. La directive 2000/43/CE ne constituerait plus l'idéal à atteindre dans un processus de nivellement par le haut, mais le précédent qu'il conviendrait de détricoter dans une stratégie de nivellement par le bas.

6° Et dans l'immédiat ?

Une réforme globale du droit antidiscriminatoire européen, avec les risques qu'elle comporte, pourrait aboutir à éradiquer, ou à tout le moins, atténuer, les hiérarchies injustifiées qui le caractérise actuellement. Pareille réforme prendrait cependant du temps, si tant est même que les États acceptent de s'y lancer. À supposer même qu'elle aboutissent, elle laissera intacte le problème de la *hiérarchie ratione personae* qui caractérise le droit antidiscriminatoire européen. Sauf à envisager une modification de l'article 13 TCE dans le sens d'un élargissement de sa liste de critères – ce qui est très improbable –, jamais en effet le droit dérivé antidiscriminatoire européen n'offrira une protection à la victime d'une discrimination fondée sur son appartenance syndicale ou sa filiation, p. ex.

Des solutions temporaires et des solutions de complément doivent donc être trouvées. Elles peuvent l'être dans le droit national, dans le droit « primaire » de l'Union elle-même, ou dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Dans le droit national : la surenchère constitutionnelle

L'étude publiée par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne sur le thème de *l'Homophobie et de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle* (2008), a montré que les États membres, dans le cadre de la transposition des directives 2000/78/CE, 2000/43/CE et 2004/113/CE, ont répondu aux « approches européennes différenciées » par une « générosité nationale à géométrie variable ».

Certains d'entre eux ont procédé à un nivellement « par le haut » : leur législation antidiscriminatoire, intégrant l'ensemble des motifs de discrimination visés par l'article 13 TCE, se donne un champ d'application *ratione materiae* intégrant (et, le cas échéant, dépassant) celui de la directive la plus ambitieuse, à savoir, la directive 2000/43/CE. À l'opposé, d'autres États se sont dotés d'une législation qui, de manière minimale, se contente de reproduire fidèlement les approches différenciées du droit de l'Union. Dans l'entre-deux, se situent une série d'États qui, sans pour autant opérer un nivellement total par le haut, pratiquent, de manière ponctuelle et spécifique, quelques « générosités » en comparaison des exigences communautaires minimales.

La Belgique a nivelé par le haut, et de manière spectaculaire.

Telle que « corrigée et complétée » par la Cour constitutionnelle (2009), Sa législation fédérale, datée du 10 mai 2007, prohibe la discrimination sur base d'une vingtaine de critères : la prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, la nationalité, le sexe (et les critères y assimilés, à savoir, l'état de grossesse, la maternité, l'accouchement, et le fait d'avoir subi une opération de conversion sexuelle), l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, les opinions politiques, la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une caractéristique physique, une caractéristique génétique, l'origine sociale et les convictions syndicales

Cette législation s'applique, de manière uniforme pour chaque critère, dans des domaines vastes, qui intègrent et dépassent le champ d'application de la directive 2000/43 CE :

- 1° l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public;
- 2° la protection sociale, en ce compris la sécurité sociale et les soins de santé;
- 3° les avantages sociaux;
- 4° les régimes complémentaires de sécurité sociale;
- 5° les relations de travail;
- 6° la mention dans une pièce officielle ou dans un procès-verbal;
- 7° l'affiliation à et l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou toute autre organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations;
- 8° l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public

Il est important de voir qu'une telle extension/dépassement n'a pas été le fruit d'une générosité « spontanée » du législateur belge ; elle fut aussi, et pour partie, imposée par la Constitution belge.

La Cour constitutionnelle belge a énoncé en 2004, et confirmé en 2009, que les articles 10 et 11 de la Constitution (principe d'égalité et de non-discrimination), font obstacle à ce que le législateur, lorsqu'il édicte une législation antidiscriminatoire, « discrimine » certaines victimes de discrimination en les privant de protection. C'est sur base de ce principe constitutionnel d' « égalité des victimes de discrimination » que la Cour constitutionnelle a estimé, en 2009, que la législation belge devait étendre sa protection aux victimes de discriminations fondées sur leur appartenance syndicale, ce que cette législation n'avait pas envisagé au départ.

Certes, la Cour constitutionnelle a affirmé que ce principe d' « égalité des victimes de discrimination » n'est pas absolu et sans limites. Des différences de traitement sont autorisées, des « géométries variables » sont tolérées. Mais elles doivent être justifiées. Et visiblement, la Cour constitutionnelle ne semble pas considérer que le simple fait que le droit dérivé européen connaisse lui-même des géométries variables, est en soi une justification suffisante.

Il y a donc, ici, une surenchère du droit constitutionnel national par rapport aux exigences européennes, ce qui permet de combler les lacunes de celles-ci.

Dans le droit de l'Union européenne : la surenchère des principes généraux du droit ?

Les principes généraux du droit communautaire, comme sources de droit autonomes et distinctes par rapport au droit communautaire dérivé de la lutte contre la discrimination, pourraient-ils en combler toute ou partie des lacunes et corriger de la sorte les hiérarchies injustifiées qui l'affectent ?

Une perspective en ce sens avait été ouverte par l'arrêt *Mangold* de 2005, dont l'audace avait suscité la perplexité d'une partie de la doctrine.

La jurisprudence postérieure à l'arrêt *Mangold* a cependant effectué une « courbe rentrante », ou, plus exactement, a « recadré » l'arrêt *Mangold* en démentant le bien-fondé des lectures les plus généreuses qui en avaient été faites. Il fut rappelé que les principes généraux du droit communautaire – en ce compris celui relatif à l'égalité et à la non-discrimination – ne s'impose aux États que lorsqu'ils « mettent en œuvre le droit de l'Union ». Ce n'est certes pas neuf. La particularité de la jurisprudence communautaire *post-Mangold* est cependant d'avoir pratiqué une interprétation étroite du lien pareillement exigé. L'arrêt *Bartsch*, est, de ce point de vue, particulièrement éloquent.

Dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme : la surenchère conventionnelle ?

Une dernière piste pourrait alors consister à rechercher, dans le droit de la « Grande Europe », de quoi compléter les lacunes du droit de la « Petite Europe ».

En l'occurrence, le salut serait recherché dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, et l'obligation qu'elle impose aux États membres de protéger les individus contre les discriminations qu'ils pourraient subir dans les relations « horizontales » qu'ils nouent avec d'autres personnes privées.

L'existence d'une telle obligation étatique de protection est attestée de manière explicite, mais néanmoins particulièrement prudente, dans le rapport explicatif du protocole additionnel n°12. Celui-ci n'a cependant été ratifié que par 17 des 47 États membres du Conseil de

l'Europe.

Néanmoins, la Cour européenne des droits de l'Homme a d'ores et déjà déduit une telle obligation de protection au départ de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme. On trouve les prémises discrètes d'une application horizontale du principe d'égalité dans un arrêt *Pla et Puncernau* de 2004, à propos de l'interprétation d'une clause testamentaire discriminatoire. L'obligation de protection contre la discrimination entre personnes privées apparaît cependant en toute clarté dans un arrêt *Danilenkov c. Fédération de Russie* du 30 juillet 2009. En l'occurrence, la Fédération de Russie fut condamnée pour avoir insuffisamment protégé des travailleurs contre les actes de discrimination et de harcèlement dont ils faisaient l'objet en raison de leur appartenance syndicale.

La protection pareillement offerte par l'article 14 de la Convention a ceci d'intéressant qu'elle est nettement plus étendue, *ratione personae et ratione materiae*, que celle du droit communautaire dérivé, et qu'elle s'impose aux États dans toute matière.

La protection de la CEDH est cependant nettement moins « dense » que celle du droit communautaire, car moins précise. Ce que l'on gagne en surface, on le perd inévitablement en profondeur ? Les choses ne sont cependant pas figées. On sait en effet que la Cour européenne des droits de l'Homme s'inspire fortement du droit communautaire pour interpréter la Convention et son article 14 (cfr. *D.H. et autres c. République Tchèque*). Cette « inspiration » a d'ores et déjà abouti à introduire, dans le droit de la Convention, les concepts de « discrimination indirecte » et de « harcèlement discriminatoire », ainsi qu'un dispositif de partage de la charge de la preuve. Les emprunts pourraient se poursuivre à l'avenir, et concerner par exemple la protection contre les représailles et le droit d'action collectif. Après la « surenchère constitutionnelle », viendrait la « surenchère conventionnelle ». Affaire à suivre.

