HAL
open science

Apport philosophique et contribution pratique du droit européen en matière de lutte contre les discriminations

Daniel Borrillo

To cite this version:

Daniel Borrillo. Apport philosophique et contribution pratique du droit européen en matière de lutte contre les discriminations. Eric Fassin; Jean-Louis Halpérin. Discriminations. Pratiques, Savoirs, Politiques., La Documentation Française, 2008, 978-2-11-007503-1. hal-01240017

HAL Id: hal-01240017

https://hal.science/hal-01240017

Submitted on 9 Dec 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

entre les impératifs économiques et la lutte contre les discriminations[23]. Les juristes ont pu souvent apparaître comme réticents à l'égard de ces transformations : il est relativement facile de s'arrêter à une vision fixée et datée de l'égalité pour dénoncer ensuite les dérives législatives ou l'éclatement des jurisprudences, les discriminations positives qui paraissent choquantes sont souvent celles auxquelles nous n'étions pas habitués. Pour un positiviste, c'est le pouvoir politique qui fixe, par la Constitution, la loi et les règlements, la frontière entre les discriminations admises et celles qui sont interdites. S'il revient au juge d'apprécier au cas par cas le respect du principe d'égalité, il ne saurait être question d'en rester à une interprétation « originaliste » de la Déclaration de 1789 (rappelons qu'au moment de son vote, l'Assemblée constituante maintenait l'esclavage dans les colonies et instituait un suffrage de type censitaire). Les règles de droit ne sont que des moyens au service de ce que le peuple et ses représentants souhaitent faire en matière de discriminations.

23. M.-A. Moreau (2002), « Les justifications des discriminations », *Droit social*, décembre, n° 12, p. 1112-1124 qui traite aussi des obligations d'accommodement raisonnable au Canada. Sur les divergences d'appréciation entre le juge européen et le juge administratif français (CE 29 décembre 2004, *D'Amato*) relativement aux primes de bonification de pension (loi du 21 août 2003), Alexis Zarca (2006), « Le Conseil d'État, le traité CE et l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes », *Droit social*, janvier, n° 1, p. 82-90.

CHAPITRE 2

Apport philosophique et contribution pratique du droit européen en matière de lutte contre les discriminations

Daniel Borrillo

À la question : « Connaissez-vous vos droits si vous faites l'objet d'une discrimination ou d'un harcèlement ? » seuls 29 % des Français ont répondu par l'affirmative[24]. Cette proportion est particulièrement alarmante dans un pays comme la France qui dispose de l'un des dispositifs juridiques les plus complets en matière de lutte contre les discriminations.

Le droit est certes nécessaire, mais pas suffisant ; encore faut-il que le dispositif juridique soit connu et appliqué. En matière d'égalité des chances, bien que la France dispose depuis longtemps d'une protection légale théoriquement accomplie, c'est surtout grâce à l'impulsion du droit européen que les outils juridiques de lutte contre les discriminations sont devenus plus efficaces. En effet, malgré un arsenal pénal sévère, on dénombrait uniquement quinze décisions en matière de discrimination directe fondée sur le sexe et une seule fondée sur l'orientation sexuelle avant l'adoption des directives communautaires. Outre la prééminence de la sanction pénale, symboliquement importante mais assez inopérante (sur 617 000 signalements à l'ancien numéro téléphonique « 114 », il y a eu seulement sept condamnations pénales[25]), le système français reposait traditionnellement sur la vision enchantée, héritée de la Révolution française, selon laquelle il suffisait de poser le principe d'égalité de tous devant la loi pour mettre fin aux discriminations. Puis, ce fut la conception classique de l'État-providence qui a guidé les politiques publiques, conception selon laquelle la fin de l'exclusion sociale et de la précarité économique allait mettre un terme aux problèmes de discrimination et d'intégration[26].

24. Eurobaromètre spécial n° 263, *La discrimination dans l'Union européenne*, janvier 2007.

25. Le 114 était un numéro vert d'information, d'écoute et d'orientation des personnes victimes ou témoins de discrimination raciale. Il a été mis en place le 16 novembre 2001 conformément à la loi n° 2001-1066 relative à la lutte contre les discriminations. Ce numéro a été remplacé par le 08 1000 5000 (HALDE).

26. Comme le souligne J. Chevallier, « l'État-providence est sous-tendu par le souci de lutter, non pas contre les discriminations, mais contre les inégalités de toute nature ». « Lutte contre les discriminations et État-providence » *in* D. Borrillo (dir.) (2003), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, p. 41.

Or, ni la République, ni l'État-providence n'ont pu mettre fin aux discriminations. En effet, au lieu de les affaiblir, la République et l'État-providence ont parfois occulté leurs racines profondes et sous-jacentes.

La particularité du droit européen, et plus spécifiquement du droit communautaire, est justement d'avoir abordé la question sous un angle nouveau[27]. Comme pour l'État-providence, l'objectif macroéconomique de la lutte contre les discriminations est clairement affirmé : l'élimination des discriminations vise à « favoriser une participation sociale plus étendue et, en particulier, le développement de la capacité d'insertion professionnelle des personnes, et les aider aussi à exploiter leur potentiel en termes économiques et sociaux[28] ». Soulignons que l'un des premiers dispositifs antidiscriminatoires du droit communautaire (article 119 du traité de Rome), outre son inspiration dans les dispositions de l'Organisation internationale du travail, a été sans doute le résultat d'une demande de la France soucieuse que la protection dont les femmes bénéficiaient dans son droit national ne défavorise pas les entreprises installées sur son territoire[29]. Le droit communautaire part du principe selon lequel la discrimination introduit un élément irrationnel dans le processus économique et par conséquent empêche le développement de toutes les potentialités du marché. C'est pourquoi, selon cette conception de la lutte contre les discriminations, le coût de l'intégration professionnelle des groupes discriminés doit se répartir entre l'État et les agents économiques privés. Aussi, comme le note O. De Schutter : « L'entreprise doit assumer une responsabilité sociale, puisqu'elle bénéficie d'un ensemble d'avantages présents dans son environnement et que la collectivité lui fournit (infrastructures matérielles, cadre juridique, éducation, ressources humaines...), il semble normal que l'on puisse exiger de l'entreprise qu'elle contribue à l'objectif d'intégration de certains segments de la population exclus de l'emploi dès lors que les entreprises seraient les premières à en bénéficier[30]. »

Toutefois, à la différence de l'État-providence, pour mener à bien sa politique, le dispositif européen nécessite l'identification des groupes sociaux, souvent minoritaires, dont les membres sont susceptibles de subir des inégalités parfois structurelles. Alors que l'État-providence croit en la politique de redistribution pour combattre les inégalités, la logique sous-jacente des politiques européennes va plus loin. La logique européenne « est le fruit d'un processus de mobilisation sociale : elle implique que les catégories ou groupes concernés aient pris conscience des

27. Pour une analyse approfondie de la politique européenne en la matière, voir l'article de Daniel Borrillo, « La politique antidiscriminatoire de l'Union européenne » *in* Borrillo (dir.) (2003), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, Paris.

28. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement, 1999.

29. La CJCE confirme ce point de vue dans l'arrêt *Defrenne* du 8 avril 1976 : « Compte tenu de la différence du degré d'évolution des législations sociales dans les différents États membres, l'article 119 a pour fonction d'éviter que, dans la compétition intracommunautaire, les entreprises établies dans des États membres qui ont effectivement réalisé le principe de l'égalité de rémunération, ne subissent un désavantage concurrentiel par rapport aux entreprises situées dans des États qui n'ont pas encore éliminé la discrimination salariale au détriment de la main-d'œuvre féminine. »

30. O. De Schutter (2001), *Discriminations et marché du travail, liberté et égalité dans les rapports d'emploi*. Bruxelles, PIE, Peter Lang.

discriminations qui les frappent et qu'ils s'organisent pour le besoin d'une action collective[31] ». Enfin, à la différence de la lutte contre les inégalités, propre à l'État-providence, la lutte contre les discriminations dépasse le cadre traditionnel de l'État-Nation et s'inscrit dans une logique transnationale.

Avant de présenter spécifiquement le droit européen en matière d'égalité d'opportunités et de non-discrimination[32], arrêtons-nous brièvement sur ses caractéristiques générales.

Droit européen et droit communautaire

Le droit européen désigne l'ordre juridique du Conseil de l'Europe (droit européen proprement dit) et celui de l'Union européenne (droit communautaire). La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950 (CESDH) signée par 47 pays et les traités constitutifs de l'Union européenne (27 pays) sont les piliers de l'ordre juridique européen. Le droit européen n'est pas une branche du droit international, il est d'application obligatoire sur le territoire de la République au même titre que les lois adoptées par l'Assemblée nationale[33] ; de surcroît, les normes du droit communautaire jouissent d'un statut supraconstitutionnel *(CJCE : arrêt Costa c/ENEL, 1964)*. Les dispositions normatives de la CESDH peuvent être invoquées directement devant le juge français et les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), organe judiciaire d'application de la CESDH, sont d'application obligatoire pour l'ensemble des pays signataires. Le droit communautaire fait donc partie de l'ordre juridique des États membres qui sont obligés de prévenir ou supprimer toute contradiction entre leur droit interne et le droit communautaire. Les mesures du droit communautaire constituent une protection minimale : rien n'empêche les États membres d'aller plus loin que ce qui est exigé par les directives.

La lutte contre les discriminations

Traditionnellement, c'était le droit européen (proprement dit) qui s'occupait de la question des discriminations avec les instruments classiques des droits de l'homme. En matière de lutte contre les discriminations, la CEDH dispose d'une jurisprudence bien établie sur la base de l'article 14 de la CESDH. La Cour considère qu'il y a violation de l'article 14 « lorsque les États traitent différemment des

31. J. Chevallier (2002), *op. cit.* p. 51.

32. « Droit européen relatif à la non-discrimination » est la dénomination consacrée par le réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique, l'âge, le handicap, la religion ou les convictions et l'orientation sexuelle, mis en place par la Direction générale Emploi, Affaires sociales et Égalité de chances de la Commission européenne.

33. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) dans un arrêt *Van Gend en Loos (1963)* a statué que le droit communautaire de par sa nature même est immédiat, c'est à dire qu'il entre dans le droit national sans aucune forme de « réception » dans l'ordre juridique national.

personnes qui se trouvent dans des situations analogues sans fournir de justification objective et raisonnable ».

La première référence concrète à la lutte contre les discriminations du droit communautaire apparaît dans l'article 12 du traité instituant la Communauté européenne qui prévoit l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité parmi les citoyens européens[34]. Le deuxième domaine se rapporte à la discrimination fondée sur le genre en matière d'emploi (article 141, ancien article 119[35]). Outre l'emploi, les discriminations basées sur le sexe sont également prohibées dans les domaines de la sécurité sociale (directive 76/207 ; 79/7 et 86/378) et du congé parental (directive 96/34). En plus, la figure du harcèlement a été introduite par le biais des discriminations sexuelles : celui-ci est aujourd'hui considéré comme une forme de discrimination, que les victimes soient des femmes ou des hommes, hétérosexuels ou homosexuels.

Le traité d'Amsterdam s'efforcera plus tard de renforcer le dispositif antidiscriminatoire par l'adoption d'un article 13 statuant que « le Conseil peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les croyances, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». Une déclaration spécifique insérée dans l'Acte final du traité dispose que « lorsque la Communauté arrête des mesures concernant le rapprochement des législations des États membres, ses institutions tiennent compte des besoins des personnes handicapées ».

La discrimination doit être vue non seulement comme une atteinte aux libertés fondamentales (notamment la liberté de circulation) mais aussi comme une entrave à l'activité économique et à la cohésion sociale de l'Union européenne (O. De Schutter, 2001). La discrimination n'est pas seulement l'acte matériel consistant

34. Article 12 : « Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité. » Outre la protection générale de l'article 12, l'article 39 (2) garanti le droit à la libre circulation. Ainsi, la directive 68/360 de 1968 établit que les travailleurs des pays membres doivent jouir des mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux. Jusqu'à la signature du traité d'Amsterdam ce furent ces deux situations qui avaient trouvé une protection juridique en droit communautaire.

35. Article 141 : « 1) Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur. 2) Aux fins du présent article, on entend par rémunération le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimal, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique : a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure ; b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail. 3) Le Conseil, statuant selon la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité économique et social, adopte des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, y compris le principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur. 4) Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle. »

à traiter quelqu'un d'une façon moins favorable en raison des critères prohibés et d'une manière injustifiée, mais aussi le discours incitant à discriminer.

La construction du dispositif de lutte contre les discriminations du droit communautaire est fondamentalement de nature prétorienne. En effet, c'est la CJCE qui a élaboré progressivement un ensemble de règles visant à combattre les discriminations à partir des cas concrets de la vie courante, comme par exemple la retraite, la conciliation de la vie professionnelle et de la vie personnelle, l'accès aux biens et services, l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes et l'insertion professionnelle des personnes handicapées.

Après la lutte contre les discriminations fondées sur la nationalité entre les citoyens européens et le genre, le troisième domaine d'intervention des institutions européennes a été celui des discriminations raciales[36]. En 1990, le Conseil élabore une résolution relative à la lutte contre le racisme et la xénophobie qui sera suivi par de nombreuses autres résolutions du Parlement européen. Le 2 juin 1997, l'Union européenne crée un Observatoire des phénomènes racistes et xénophobes, véritable baromètre du degré de tolérance de la société européenne et des mécanismes qu'elle met en place pour se protéger contre ce type de fléaux. Enfin, n'oublions pas que l'article 13 du traité d'Amsterdam a été conçu d'abord comme un instrument de lutte contre le racisme.

Deux directives et un plan d'action parachèvent le dispositif communautaire. La première directive[37] complète les mécanismes d'interdiction des discriminations fondées sur l'origine raciale ou ethnique dans les domaines de l'emploi, l'éducation, l'accès aux biens et aux services, la protection et sécurité sociale, la culture, etc., et fournit une protection juridique aux victimes[38]. La deuxième[39] interdit toute forme de discrimination fondée sur la religion, les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Les domaines concernés sont : l'accès à un emploi ou à une profession, la promotion, la formation professionnelle, les conditions d'emploi et de travail ainsi que l'affiliation à certains organismes professionnels. Une définition commune de la discrimination illicite est fournie ainsi qu'un niveau minimum de recours. Toutefois, au niveau européen (ce n'est pas le cas au niveau français) et dans l'état actuel du droit communautaire, la protection contre les discriminations n'est pas la même pour tout le monde. En effet, si un commerçant

36. D'autres sources de discriminations étaient formellement condamnées mais cette condamnation n'impliquait pas une intervention contraignante des autorités communautaires. Le handicap représentait l'une de ces sources de discrimination reprouvée. En effet, le 21 décembre 1981 le Conseil approuve une résolution relative à l'intégration sociale des handicapés à laquelle suivront des nombreuses autres résolutions, décisions et recommandations allant dans le même sens. Abordé exclusivement sous l'angle de la retraite, l'âge a également constituée assez tôt une préoccupation communautaire. Dès 1982, une recommandation du Conseil et deux rapports de la Commission verront le jour.

37. 2000/43/CE relative à l'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique.

38. L'étendue de cette directive dans le domaine des discriminations raciales montre la place privilégiée de la lutte contre le racisme. L'égalité de traitement instituée par cette directive va au-delà de l'emploi et du travail pour s'élargir à la santé, la protection sociale, l'éducation et l'accès aux biens et services, y compris le logement.

39. Directive 2000/78/CE en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

refuse de vendre un produit à une Asiatique ou si une agence immobilière ne loue pas un appartement à un Tzigane, tous deux sont susceptibles d'être condamnés par la norme communautaire. Les mêmes comportements à l'égard d'un mormon, d'un communiste ou d'une lesbienne ne seront pas sanctionnés par cette norme. Les directives viennent ainsi instaurer une hiérarchie dans les comportements réprouvés. Pour le droit communautaire, « il vaut mieux », en quelque sorte, être homophobe que raciste : les chances de se voir condamner par le juge communautaire dans le premier cas sont bien plus réduites.

Le système de protection européenne contre les discriminations est complété par l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux qui statue :

« Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. » Enfin, soulignons que la Charte sociale européenne introduit en 1996 un article « E » rédigé comme suit : « Une différence de traitement fondée sur un motif objectif et raisonnable n'est pas considérée comme discriminatoire. » À la différence de la CEDH et la CJCE, les réclamations devant le Comité européen des droits sociaux (CEDS) peuvent se faire uniquement de manière collective par le biais d'organisations internationales patronales et syndicales, les organisations non gouvernementales dotées d'un statut consultatif auprès du Conseil de l'Europe et les organisations patronales et syndicales nationales (M. Bell, 2006). L'État peut se voir rappeler à l'ordre par violation d'une ou plusieurs dispositions de la Charte (*Autisme-Europe c. France* 4/11/2003 ou *Fédération internationale des ligues des droits de l'homme c. France*, 8/9/2004[40]).

Contribution pratique du droit européen

La nouvelle approche philosophique du droit européen, éloignée de la conception républicaine et dépassant la vision de l'État-providence a eu d'importantes conséquences pratiques[41], au moins sur huit points :

1 – l'introduction de la notion de « discrimination indirecte » ;
2 – la modification de la charge de la preuve ;
3 – l'introduction du mécanisme d'aménagement raisonnable ;
4 – la sanction du harcèlement moral ;
5 – la possibilité de se substituer aux victimes dans le procès ;
6 – la création d'alternatives à la voie judiciaire (médiation...) ;
7 – la promotion des politiques de prévention ;
8 – la permission de l'action positive.

40. Ce mécanisme de protection devant le CEDS s'approche des dispositifs traditionnels mis en place par l'État-providence.
41. Les directives ont été transposées par diverses lois qui se sont intégrées dans le Code du travail, le Code pénal et le Code de la procédure civile principalement.

LA NOTION DE « DISCRIMINATION INDIRECTE »

L'apport principal de cette notion est de penser la discrimination non seulement comme un phénomène individuel, mais également comme le résultat d'une situation sociale (y compris au sein des institutions de l'État). L'élaboration de la notion de « discrimination indirecte » par le droit communautaire est une des créations les plus importantes en matière du droit de l'égalité de chances. Ce dispositif a été d'abord conçu en matière d'égalité des sexes et s'est par la suite étendu aux autres formes de discriminations. Selon le droit communautaire, la discrimination est indirecte « lorsqu'une disposition, un critère, une pratique apparemment neutre, est susceptible d'entraîner un effet défavorable pour une personne ou un groupe de personnes en raison d'un critère prohibé par la loi[42] ». Par définition, dans la discrimination indirecte, l'intention de discriminer n'est pas prise en compte : c'est uniquement en relation au résultat qu'elle est analysée. Autrement dit, indépendamment de la volonté de discriminer, il existe une discrimination lorsqu'il y a un effet discriminant. Sont assimilés à une discrimination, selon les directives communautaires, non seulement tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes pour des raisons prohibées par les directives (race, âge, religion, orientation sexuelle, etc.), mais aussi le harcèlement résultant de ce qu'un « comportement indésirable lié à la race ou à l'origine ethnique, la religion, l'orientation sexuelle, etc., se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant[43] ».

D'après O. De Schutter, « à la lecture des directives communautaires deux approches de la discrimination indirecte apparaissent : la première approche est celle de l'impact disproportionné, c'est-à-dire lorsqu'une mesure apparemment neutre frappe en fait un nombre plus important des membres d'un groupe déterminé. C'est cette approche que retient la directive 97/80 relative à la charge de la preuve dans le domaine de l'égalité des rémunérations des hommes et des femmes (exemple, calcul de retraite pour les femmes travaillant à temps partiel ; affaire *Bilka* CJCE 1986). L'autre approche est celle des mesures intrinsèquement suspectes : la CJCE considère qu'il n'est pas nécessaire pour cette approche de constater que la disposition en cause affecte, en pratique, une proportion plus importante d'un groupe déterminé, il suffit de constater que la mesure est susceptible de produire un tel effet[44] ». La discrimination indirecte vise ainsi un système producteur d'inégalités et non pas une volonté individuelle discriminante.

42. Article 2 b) Directive 2000/43/CE
43. Article 2-3 de la Directive 2000/43/CE et article 2 b) de la directive 2000/78/CE.
44. O. De Schutter, *op. cit.*

LA MODIFICATION DE LA CHARGE DE LA PREUVE

Dès lors qu'une personne s'estime victime d'une discrimination et établit (devant une juridiction ou toute autre instance compétente) des faits qui permettent d'en présumer l'existence, il incombe au défendeur « de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ». La jurisprudence communautaire procède ainsi à un renversement de la charge de la preuve en matière de discriminations indirectes.

Par ailleurs, en la matière, le Conseil a adopté le 15 décembre 1997 la directive relative à la charge de la preuve dans le domaine de l'égalité des rémunérations et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes que la Commission avait présentée le 27 mai 1988 (dir. 97/80/CE relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe : JOCE n° L. 14, 20 janvier 1998, p. 6). Ces principes ont été étendus à d'autres hypothèses de discriminations, en ce qui concerne les convictions, la religion, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle[45]. Toutefois, cet aménagement de la preuve ne s'applique pas au procès pénal. Par ailleurs et afin d'éviter d'éventuelles mesures de rétorsion, les États doivent introduire « dans leur système juridique interne les mesures nécessaires pour protéger les personnes contre tout traitement ou toute conséquence défavorable en réaction à une plainte ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement[46] ».

L'AMÉNAGEMENT RAISONNABLE

L'aménagement est compris comme la mise en place des mesures spéciales garantissant que des groupes ayant des besoins spécifiques puissent jouir de l'égalité des chances dans tous les secteurs de la vie publique. Raisonnable signifie que les mesures à prendre doivent être proportionnées aux capacités ou aux ressources de la personne responsable. Traditionnellement l'aménagement raisonnable était associé à la garantie d'accès physique pour les personnes handicapées[47], mais il s'est étendu à toute personne qui peut faire l'objet d'une discrimination. En termes de religion par exemple, l'aménagement raisonnable au travail pourrait être assuré par des horaires flexibles permettant aux personnes appartenant à une religion minoritaire de prendre un congé religieux ou de ne pas travailler certains jours

45. 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.

46. 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.

47. Ainsi, l'article 5 de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi dispose que les employeurs ont l'obligation de procéder à des aménagements raisonnables pour les candidats et employés handicapés. Cela signifie que les employeurs sont tenus de prendre les mesures qui s'imposent pour permettre à une personne handicapée d'accéder à l'emploi ou à la formation, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Des aménagements raisonnables comprendraient, par exemple, la mise en place d'un accès pour les fauteuils roulants, l'ajustement des horaires de travail, l'adaptation des équipements de bureau ou, simplement, la redistribution des tâches entre les différents membres d'une équipe.

particuliers. Le manque d'aménagement raisonnable pourrait constituer une discrimination indirecte. Hormis la protection des personnes handicapées, on trouve peu de dispositions relatives à l'aménagement raisonnable pour d'autres groupes.

LE HARCÈLEMENT MORAL

La directive communautaire 2000/78 définit le harcèlement moral comme une forme de discrimination « lorsqu'un comportement indésirable [...] a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». La loi n° 2002-73 de Modernisation sociale du 17 janvier 2002, suivant la directive, introduit de nouveaux articles qui visent « les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits du salarié et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel[48] ». Ces dispositions précisent qu'aucun salarié ne doit subir de tels agissements, ni être sanctionné pour en avoir témoigné ou les avoir relatés.

Il appartient au chef d'établissement de prendre toutes les mesures nécessaires à la prévention du harcèlement moral. En outre, une procédure de médiation peut être engagée par toute personne s'estimant victime de harcèlement moral[49].

Comme pour les discriminations, il appartient au salarié d'établir des faits permettant de présumer qu'il est victime de harcèlement, tandis que le défendeur, au vu de ces éléments, devra apporter la preuve que les agissements en cause ne constituent pas un harcèlement moral. Par ailleurs, il faut rappeler que cette même loi a introduit la répression du harcèlement moral dans le Code pénal[50].

SUBSTITUTION DES VICTIMES

Les mesures que nous venons de présenter ne suffisant pas toujours, il convient que « les associations, les organisations ou les personnes morales qui ont un intérêt légitime à assurer que les dispositions soient respectées puissent, pour le compte ou à l'appui du plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue pour faire respecter les obligations découlant des directives[51] ». Le droit communautaire permet ainsi aux groupes d'intérêt d'agir au nom et en représentation des victimes. Les directives établissent que les États membres doivent veiller à ce que les associations ou les personnes morales qui ont un intérêt légitime (par exemple les syndicats) puissent pour le compte ou à l'appui du plaignant et avec son approbation engager toute procédure judiciaire et ou administrative pour assurer l'application de la norme antidiscriminatoire.

48. Articles L. 122-49 à L. 122-54 du Code du travail.
49. Article L. 122-54 du Code du travail.
50. Article 222-33-2.
51. Directive 2000/43/CE.

ALTERNATIVES À LA VOIE JUDICIAIRE

Le droit communautaire prévoit uniquement la création d'agences pour l'égalité en matière de lutte contre les discriminations raciales. Certains pays ont choisi de créer une agence par catégorie discriminée (Royaume-Uni, Suède[52]); d'autres, comme la France, ont opté pour la création d'une seule autorité universelle. Soulignons que la HALDE va plus loin que ce qui est demandé par la directive aussi bien par rapport aux champs prohibés (outre l'emploi, elle connaît des discriminations dans le logement, l'accès à l'administration, l'éducation, les loisirs, etc.) qu'aux catégories couvertes. En effet, outre la nationalité, l'origine, le sexe, le handicap, l'orientation sexuelle, l'âge, la religion ou les convictions, la HALDE traite aussi des discriminations fondées sur l'activité syndicale, la situation de famille, la grossesse, l'apparence physique, le patronyme, l'état de santé, les caractéristiques génétiques et les mœurs.

Selon les informations fournies par la HALDE : « Les exemples étrangers d'autorité chargée de lutter contre les discriminations et de promouvoir l'égalité peuvent être classés selon trois modèles distincts : une commission quasi judiciaire spécialisée (Pays-Bas); une commission et un tribunal spécialisés (Irlande et Canada); une commission spécialisée et des tribunaux de droit commun (Belgique, Royaume-Uni, Suède). Exception faite de la Commission hollandaise qui cumule pouvoir d'enquête et pouvoir de décision (non contraignante mais exécutée en pratique), toutes les autres commissions doivent saisir les tribunaux pour obtenir une décision. En Irlande et au Canada (Québec), les commissions détiennent des pouvoirs d'enquête importants et saisissent un tribunal spécialisé. Pour les autres, qui ne détiennent pas de réels pouvoirs d'enquête, il faut distinguer selon le régime juridique. Au Royaume-Uni, les règles de procédure civile permettent au plaignant l'accès aux documents détenus par la partie adverse, l'audition contradictoire des témoins avant le procès et la réalisation d'expertise indépendante. En Belgique, dont le système juridique est comparable à celui de la France, la recherche d'éléments de preuve est principalement à la charge de la victime. La loi de février 2003 a cependant introduit (comme en France avec la loi du 16 novembre 2002 relative à la lutte contre les discriminations) un aménagement de la charge de la preuve en matière civile tel qu'il est prévu par les directives communautaires. Elle a également validé officiellement l'utilisation de tests de situation établis en présence d'un huissier (ou *testing*) ainsi que le recours aux indices statistiques[53] ».

POLITIQUES DE PRÉVENTION

Le droit communautaire invite les États membres à prendre « les mesures appropriées afin de favoriser le dialogue entre les partenaires sociaux en vue de promouvoir

52. La Suède est en train d'unifier l'ensemble de ses agences dans une seule institution compétente pour toutes les catégories.

53. http://www.halde.fr/discriminations-10/documentation-13/fiches-pratiques-55/lutte-contre-8574.html.

l'égalité de traitement, y compris par la surveillance des pratiques sur le lieu de travail, par des conventions collectives, des codes de conduite, et par la recherche ou l'échange d'expériences ou de bonnes pratiques ». Il encourage également les partenaires sociaux à conclure des accords établissant des règles de non-discrimination[54]. Le droit communautaire s'efforce également de favoriser « le dialogue avec les organisations non gouvernementales concernées qui ont un intérêt légitime à contribuer à la lutte contre la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique » (*idem*, article 12). Enfin, il oblige les États membres à désigner « un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes sans discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique » (*idem*, article 13).

La politique de prévention se fonde à la fois sur une logique d'assimilation visant l'égalité de traitement par la valorisation d'un point de vue indifférentialiste sur l'ensemble des employés et une gestion de la diversité par la valorisation de la différence, dans une logique d'individualisation (présence de handicapés, de femmes, de minorités visibles...).

L'ACTION POSITIVE

Les actions positives sont encouragées par le droit européen afin de neutraliser ou tout au moins d'affaiblir les effets de la discrimination historique et de garantir l'égalité des chances. L'action positive s'entend du traitement préférentiel accordé aux membres d'un groupe désavantagé, afin de compenser les désavantages qui, pour ces membres, résultent de cette appartenance. L'action positive, comme le souligne Olivier de Schutter, « relève d'une justice de groupe et non d'une justice purement interindividuelle ». Elle est une mesure correctrice et temporaire qui tend à instaurer une égalité matérielle entre les différents groupes sociaux. C'est dans le paragraphe 4 de l'article 2 de la directive 76/207 que nous trouvons la première référence du droit communautaire à la discrimination positive : « La présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes... » Les directives 2000/43 dans son article 5 et 2000/78 dans son article 7 le confirment : « Pour assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés (aux motifs protégés). »

Constituent des exemples d'actions positives les places réservées aux diplômés d'origine rom dans les stages de la Commission européenne, les quotas de catholiques réservés dans la police de l'Irlande du Nord ou les places réservées aux étudiants des ZEP à l'Institut d'études politiques de Paris.

54. Dir. n° 2000/43/CE, 29 juin 2000, article 11 § 2.

Conclusion

Incontestablement, l'adoption des directives communautaires a permis la mise en place d'un dispositif juridique plus efficace de lutte contre les discriminations. Il a fallu, pour ce faire, dépasser le cadre traditionnel propre à la vision républicaine ou à celle de l'État-providence, enracinées dans la tradition française. La création de la HALDE constitue également un pas significatif dans l'action publique d'affirmation de l'égalité des chances et la lutte contre les discriminations. Cependant, il reste encore beaucoup à faire sinon pour éliminer tout au moins pour affaiblir le phénomène discriminatoire. Outre la voie répressive, il est nécessaire de développer des véritables stratégies préventives. La recherche et l'éducation me semblent les chemins privilégiés pour y parvenir. En effet, il est nécessaire de bien connaître l'origine et les manifestations de la discrimination pour la combattre intelligemment. Les études scientifiques doivent, en ce sens, se concevoir non seulement comme des traités permettant la connaissance des discriminations mais aussi comme des outils susceptibles d'aider à la construction de la preuve des discriminations indirectes.

Une fois le diagnostic établi, le remède éducatif s'impose non seulement à l'école mais aussi au sein de l'entreprise, un lieu où se reproduisent encore les préjugés et continuent à se développer les discriminations de tout genre. Pour mettre en terme à cette situation, la mobilisation conjointe des syndicats, de la médecine du travail et des services de ressources humaines semble essentielle[55].

55. Voir en ce sens la charte de la diversité (http://www.institutmontaigne.org/medias/Dossier%20de%20presentation%20Charte.pdf).

Références bibliographiques

Banks K. (1991), « L'égalité de rémunération et de traitement entre hommes et femmes en droit communautaire », *Europe sociale*, nº 3, p. 62.

Bell M. (2006), « Combattre la discrimination par la voie des réclamations collectives déposées en vertu de la Charte sociale européenne », *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, nº 3, avril, p. 13-20.

Berthou K. (2000), « Sur les discriminations positives », *Droit social*, p. 901.

Berthou K. (2001), « La CJCE et l'égalité de traitement, quelles orientations ? » *Droit social*, p. 879.

Berthou K., Masselot A. (1999), « Égalité de traitement et maternité », *Droit social*, p. 942.

Boch C. (1998), « Où s'arrête le principe d'égalité ou de l'importance d'être bien-portante, à propos de l'arrêt Larsson de la Cour de justice », *Cahiers de droit européen*, p. 177.

Bonnechère M. (1991), « Égalité de traitement en droit communautaire et travail de nuit des femmes », *Dr. ouvrier*, p. 351.

Borrillo D. (dir.) (2003), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, Paris.

Borrillo D. (2004), « Étude comparative franco-canadienne sur les politiques publiques de lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle », *Rapport pour le gouvernement canadien*, février.

Borrillo D. (2004), « Combating sexual orientation discrimination in employment in France », Report of the European Group of Experts about the implementation up to April 2004 of Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, Universiteit Leiden, E. M. Meijers Institute of Legal Studies, November, p. 183-207.

Borrillo D. (2004), « Droit et politique européenne du genre et de l'orientation sexuelle », *Gender Law and Policy Annual Review*, vol. 2, p. 7-16.

Borrillo D. (2005), « La lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit européen et français », *Droit et Cultures*, nº 49 (1), Paris, p. 129-145.

Borrillo D. (2007), « Mapping study on existing national legislative measures to combat discrimination in fields where Community legislation has not been introduced such as social protection, social services and advantages, education, and access to and supply of goods and services », *Rapport Human European Consultancy*.

Borrillo D., Formond Th. (2007), *Homosexualité et discrimination en droit privé*, La Documentation française, Paris.

Charpentier M.-L. (1996), « L'arrêt Kalanke, expression du discours dualiste de l'égalité », *RTDE*, p. 494.

Darmon M., Huglo J.-G. (1992), « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, un univers en expansion », *RTDE*, p. 1.

De Schutter O. (2001), *Discriminations et marché du travail, liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles, PIE, Peter Lang.

Garrene P. (1994), « La discrimination indirecte en droit communautaire, vers une théorie générale », *RTDE*, p. 425.

Guiguet B. (1999), « Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires du même sexe », *Cahiers de droit européen*, p. 537.

Labayle H. (1990), « Égalité des sexes et traitement du sexe le plus favorisé dans la Communauté, propos sur une jurisprudence récente de la Cour de justice », *RMC*, p. 39

Lanquetin M.-Th. (1995), « La preuve de la discrimination, l'apport du droit communautaire », *Droit social*, p. 435.

Lanquetin M.-Th. (1996), « De l'égalité des chances », *Droit social*, p. 494.

Lanquetin M.-Th. (1998), « Discriminations à raison du sexe, commentaire de la directive n° 97/80 du 15 décembre 1997 », *Droit social*, p. 688.

Lanquetin M.-Th., Masse-Dessen H. (1989), « Les droits particuliers pour les hommes dans les conventions collectives », *Droit social*, p. 551.

Maastricht (1992), « Consolidation ou remise en cause des principes en matière d'égalité professionnelle », *Droit social*, p. 386.

Lenaerts K. (1991), « L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples », *Cahiers de droit européen*, p. 3.

Martin D. (1998), « « Discriminations », « entraves » et « raisons impérieuses » dans le traité CE, trois concepts en quête d'identité », *Cahiers de droit européen*, p. 261 et 561.

Martin Ph. (1996), « Droit social et discriminations sexuelles, à propos des discriminations générées par la loi », *Droit social*, p. 562.

Masse-Dessen H., Moreau M.-A. (1999), « À propos du travail de nuit des femmes, nouvelle contribution sur l'application des directives européennes », *Droit social*, p. 391.

Masselot A. (2002), « La CJCE, et les droits des salariées enceintes dans le cadre d'un contrat à durée déterminée », *Droit social*, p. 450.

Masselot A. et K. Berthou (2000), « La CJCE, le droit de la maternité et le principe de non-discrimination, vers une clarification ? » *Cahiers de droit européen*, p. 637.

Crudden C. Mc (1994), « L'efficacité des normes communautaires relatives à l'égalité entre les hommes et les femmes », *Droit social*, p. 604.

Miné M. (2000), « Brefs propos sur les apports du droit communautaire en matière de droit social », *Dr. ouvrier*, p. 97.

Moreau-Bourlès M.-A. (1989), « La jurisprudence européenne en matière d'égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins », *Droit social*, p. 541.

Pollmann C. (1991), « Entre le poids des précédents et les intérêts financiers, l'évolution du concept d'égalité », *RTDE*, p. 47.

Quintin O. (1985), « L'égalité entre hommes et femmes, une réalisation spécifique de la politique sociale communautaire », *RMC*, p. 309.

Van Raeppenbusch S. (1993), « Droit communautaire et conventions internationales », *RJS* x/, p. 687.

Van Raeppenbusch S. (1994), « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes », *RJS*, 1 p. 3 (*RJS*, 1/1999, p. 7).

Rambaud P. (1998), « L'égalité des sexes en droit social communautaire », D., chron. p. 111.

Schmitt M. (2001), « Une nouvelle approche du principe d'égalité professionnelle, les actions positives selon la CJCE », *Droit ouvrier*, p. 56.

Sermet L. (1990), « Le contentieux d'origine britannique relatif à l'égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle devant la Cour de justice », *RMC*, p. 578.

Supiot A. (1992), « Principe d'égalité et limites du droit du travail, en marge de l'arrêt Stoeckel », *Droit social*, p. 382.

Heynig GE. (1965), « L'égalité des salaires des travailleurs masculins et des travailleurs féminins dans le Marché commun », *RMC*, p. 194.