

Furciniti

Maximilien

M2 Droit Social

Droit social européen et discrimination

Peut-on invoquer l'ensemble des textes communautaires relatifs au droit social devant la Cour de cassation ou la CJCE (Cour de Justice de la Communauté Européenne) ? Quelle valeur ont ces textes ? Et s'il est possible de les amalgamer devant une juridiction ?

En d'autres termes, quelle est l'influence du droit social international et européen sur le droit national des états membres ?

Répondre à cette problématique revient à traiter, tout d'abord, la place des principaux textes relatifs au droit social communautaires, puis, les discriminations prohibées mises en avant dans ces textes internationaux et européens.

I) Les normes européennes face au droit français

Il semble primordial de définir et expliquer les apports des textes fondamentaux européens (A), puis enfin de révéler les compétences de l'Union Européenne ainsi que la valeur de ces textes sur le droit national (B).

A) Les textes fondamentaux européens et leur apport

Les normes européennes émanent de deux institutions. La plus connue est la CEE¹, devenue l'Union européenne (1), puis plus discret est le Conseil de l'Europe, dont la production normative revêt cependant une importance grandissante (2).

1) L'évolution des normes européennes concernant le droit social

A l'origine les pères fondateurs n'avaient pas vraiment envisagé le développement du droit du travail de l'UE². Ce qui explique que dans le traité de Rome, les compétences sociales de l'UE étaient très réduites.

En effet, trois points sont développés dans le traité de Rome de 1957 :

- L'idée est d'instituer un marché commun, unique entre les États membres³
- L'objectif est de lever les barrières entre les États pour favoriser les relations économiques et ainsi maintenir la paix.
- Le droit du travail n'est d'abord abordé que sous l'angle économique, plus précisément sous la libre circulation des travailleurs : Le traité de Rome va créer une liberté pour les travailleurs d'aller travailler dans les autres États membres de la communauté. On considère que si les entreprises et les activités économiques peuvent librement circuler il faut aussi permettre aux entreprises de faire venir des salariés d'autres États membres d'où la liberté de circulation des

travailleurs. Sous cet angle le droit du travail n'est qu'un instrument de la réalisation du marché commun.

Cette situation a perduré jusqu'en 1974, année qui a connu une crise économique grave suite au choc pétrolier de 1973, traduite par des conséquences sociales importantes pour les travailleurs. Cette crise économique a fait prendre conscience à la communauté que celle-ci devait prendre des mesures. Elle devait adopter des règles contraignantes en matière de droit du travail. Toutefois cette prise de conscience se heurtait à l'absence de bases juridique permettant à la communauté d'adopter des directives ou règlements en matière de droit du travail. Les institutions européennes ont donc mobilisées des dispositions permettant d'adopter des directives européennes lorsque cela est nécessaire pour le bon fonctionnement du marché intérieur. Sur la base de ces dispositions les premières directives de droit du travail ont été adoptées par la communauté européenne.

Ce premier pas, a par la suite été consacré par les traités successifs qui a permis l'élargissement des compétences sociales.

L'acte unique européen 1986 se voit apparaître une compétence en droit social et prise de conscience. Ce dernier a eu deux effets importants :

- L'apparition d'une base juridique en matière de droit du travail : Une compétence permettant ainsi à la communauté européenne d'adopter des normes obligatoires en matière de sécurité et santé du travailleur
- Et la reconnaissance de l'importance du dialogue sociale entre les partenaires sociaux européens.

Le traité de Maastricht de 1992 consacre la signature d'un accord donnant compétence à l'UE en matière sociale. Les avancés ne sont pas inscrites immédiatement dans le traité mais sont annexées dans un protocole « le protocole sur l'accord sur la Politique Sociale », les États membres ayant des difficultés à se mettre d'accord.

Les domaines d'intervention se voient élargis et surtout est introduit le vote à la majorité qualifiée pour adopter des directives en matière de droit du travail. L'opposition de certains États n'empêchant ainsi plus l'adoption de mesures. Cet accord sur la politique sociale renforce le rôle des partenaires sociaux au sein de la politique sociale.

Ce traité a procédé au changement d'appellation en Communauté européenne et consacre le principe de citoyenneté européenne, lançant ainsi le mouvement social.

Le traité d'Amsterdam de 1997 introduit dans le traité instituant la communauté européenne l'accord sur la politique sociale. Dorénavant tous les États membres vont être liés par l'adoption de directives en matière de droit du travail.

Le traité apporte également des améliorations sur l'extension des objectifs sociaux de l'UE (promotion emploi, amélioration des conditions de vie au travail, dialogue social), une nouvelle compétence en matière d'emploi avec la création d'une stratégie européenne pour l'emploi. L'UE ne peut pas imposer des normes obligatoires dans ce domaine de l'emploi⁴ et une nouvelle compétence de l'Union en matière¹ de lutte contre la discrimination.

Le traité de Nice de 2001 permet un passage possible pour d'autres domaines à la majorité qualifiée.

Concernant le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, celui-ci renforce l'autonomie des partenaires sociaux avec son article 152 du TFUE⁵.

Et enfin, la charte des droits fondamentaux de l'UE de 2000 (« adaptée » en 2007) a une vocation générale. Les droits sociaux énumérés par la charte dispose de la même valeur et la même portée que les droits civils et politiques également consacrés par la charte. Les droits sociaux ne sont

plus considérés comme inférieurs aux droits civils et politiques. C'est la première fois qu'ils sont placés sur un pied d'égalité. La charte est organisée autour de six valeurs défendues par l'UE⁶. Au titre de la solidarité ont été intégré des nouveaux droits sociaux comme le droit à la négociation collective et le droit à la grève.

Cette charte est désormais dotée de la force obligatoire depuis le traité de Lisbonne dans son article 6 et donc elle peut imposer des obligations aux États membres ; les travailleurs et employeurs vont pouvoir invoquer cette charte à l'encontre de l'État, voir dans les litiges privés⁷. La cour de justice a commencé son œuvre d'interprétation. La cour de justice s'est fondée sur la charte pour reconnaître de manière très claire le droit de grève dans deux arrêts : *11 décembre 2007, Viking*, reconnaissance du droit fondamental du droit de grève et l'arrêt du *19 janvier 2010, Küçükdeveci*, reconnaissance du principe de non-discrimination à raison de l'âge qui devient un PGDUE⁸.

2) Les normes instituées par le Conseil de l'Europe

Il semble opportun dans un premier temps de rappeler quelques notions concernant le Conseil de l'Europe. Ce dernier siège à Strasbourg, regroupe aujourd'hui 47 pays membres, la quasi-totalité du continent européen. Créé le 5 mai 1949 par 10 États fondateurs, il a pour objectif de favoriser en Europe un espace démocratique et juridique commun, organisé autour de la Convention européenne des droits de l'homme et d'autres textes de référence sur la protection des droits fondamentaux de l'individu.

Le Conseil de l'Europe a notamment créé la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs 1989. Cette charte ne concerne que les droits sociaux des travailleurs. Elle a été conclue par l'ensemble des États membres sauf le Royaume-Uni. Elle n'a pas de force obligatoire, et ne tend pas à s'imposer de manière obligatoire. Elle énonce des droits que les États devraient mettre en œuvre. C'est une affirmation solennelle de la part des États qu'ils entendent garantir ses droits. Cette charte a tout de même permis d'enclencher un mouvement législatif européen.

A partir de 1989 des directives, encore appliquées aujourd'hui, ont été adoptées. Ces directives entendent mettre en œuvre l'un ou l'autre des droits énumérés dans la charte. Cette charte a donc permis de relancer ce processus législatif.

B) L'influence de l'Union Européenne et la valeur de ces normes sur le droit national

Il existe toujours une volonté de gouverner l'Europe en fonction de principes fondamentaux inscrits dans les Traités et consacrés régulièrement par la CJUE⁹. Ces principes annoncent les compétences de l'Union Européenne (1), et gèrent les articulations et conflits entre le droit européen-communautaire et le droit national (2).

1) La compétence de l'Union Européenne

L'Union européenne suit une ligne directrice de 3 principes fondamentaux. Ces derniers sont :

- Le principe de spécialité :

L'Union européenne agit dans les limites des compétences qui lui sont confiées. En tant qu'organisation internationale, l'Union européenne est forcément gouvernée par un principe. Elle n'a qu'une compétence d'attribution et n'exerce ses compétences que dans les domaines limitativement mentionnées dans les traités et pour lesquels les États ont opéré un transfert de compétence. Trois types de compétences peuvent être distingués :

- les compétences exclusives (par exemple, en matière de politique commerciale commune) ;
 - les compétences partagées, exercées en commun par les États membres et l'Union européenne (par exemple en matière de politique sociale ou de l'environnement) ;
 - les compétences réservées, qui n'impliquent pas de transfert à l'Union européenne (par exemple, la fiscalité directe), où seuls les États peuvent intervenir.
- Le principe de subsidiarité :

Avec ce principe, l'Union européenne n'intervient que dans la mesure où l'action menée par les États membres n'est pas suffisante, applicable qu'en présence de compétences partagées.

Il a pour finalité de préserver les compétences des États et des régions contre une intervention non justifiée des institutions communautaires.

- Le principe de proportionnalité :

Enfin, l'action de l'Union européenne ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du traité. Il invite les institutions européennes à privilégier les mesures les moins restrictives et les moins dommageables. Ce principe a été consacré très tôt comme un principe général du droit par la jurisprudence¹⁰.

Le contrôle du respect de ces principes est donc, a priori, opéré par la CJUE, mais de manière très variable selon les principes.

Concernant la politique sociale européenne, cette dernière porte sur divers points comme :

- l'amélioration du milieu du travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs,
- les conditions de travail,
- la Sécurité sociale et la protection sociale,
- la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail,
- l'information et la consultation des travailleurs,
- la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs,
- les conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers sur le territoire de l'Union européenne,
- l'égalité entre hommes et femmes ;
- la lutte contre l'exclusion sociale.

2) Articulations et conflits entre le droit européen-communautaire et le droit national

La place du droit communautaire dans l'ensemble du système juridique étant complexe, il convient de délimiter ses frontières par rapport aux autres normes.

Rappelons les différentes normes de l'Union européenne :

- Le droit originaire qui correspond aux traités fondateurs, qualifiés de droit originaire qui constituent la première source juridique.
- Le droit dérivé constitué par les actes juridiques de l'Union, dont les plus importants sont les règlements, textes de portée générale directement applicable, et les directives, instrument privilégiés du droit européen en matière sociale, qui fixent un résultat à atteindre en laissant aux États toute liberté quant aux moyens à mettre en œuvre. Et enfin les décisions qui n'ont pas de valeur générale, ce sont plus des recommandations et des avis.
- Enfin vient le droit complémentaire constitué par les négociations des accords collectifs européens.

Ici c'est le droit dérivé, et plus particulièrement la directive qui attire notre attention car c'est l'instrument essentiel de la politique sociale de l'Union. En effet, la directive impose un résultat à

atteindre et laisse le choix aux Etats membres de la forme et des moyens à mettre en œuvre pour y parvenir. Les directives produisent ainsi leurs effets par l'intermédiaire des mesures d'application que les États sont tenus de mettre en place, dans un délai qui est déterminé par la directive.

Les États ont l'obligation de transposer les directives, mais le choix de la norme adéquate destinée à produire l'effet utile leur incombe. Ils ont également l'obligation d'informer la Commission des mesures qu'ils ont prises. Si le droit interne est déjà conforme à la directive, aucune disposition n'a lieu d'être prise.

La transposition s'effectue par voie législative ou réglementaire, ou encore par voie de négociation collective entre les partenaires sociaux, sous réserve qu'il soit assuré que tous les travailleurs concernés puissent bénéficier des protections prévues et que l'Etat puisse garantir une transposition complète. En France, seul un accord collectif national interprofessionnel étendu pourrait répondre à cette condition.

Cependant, contrairement aux règlements, l'effet direct des directives est plus délicat dans la mesure où ces actes juridiques nécessitent un acte de transposition par les États membres destinés à permettre la prise d'effet de ces normes. En matière de droit social, la transposition sera assurée par une loi ou un règlement, ou encore un accord collectif¹¹, et en principe, la directive ne peut être invoquée directement en justice, elle s'efface une fois que l'État a satisfait à son obligation de résultat et ne peut produire d'effet direct.

Si la directive a été transposée, les litiges seront donc directement fondés sur l'application du droit interne. Dans un litige opposant un salarié à son employeur, soit entre deux personnes physiques, c'est sur le texte ayant opéré la transposition de la directive que seront fondées les demandes. Cependant, si l'acte de transposition soulève un problème d'interprétation, il sera néanmoins possible d'invoquer les termes mêmes de la directive, et le juge national aura l'obligation d'interpréter le contenu de la norme nationale conformément au contenu de la directive. C'est le principe de l'interprétation conforme posé par la Cour de justice, qui peut aboutir à renforcer ou adapter les normes nationales. Ce principe a été déterminé pour la première fois par la CJCE¹² s'agissant de la détermination du montant d'une indemnité due en cas de discrimination à l'encontre des femmes à l'embauche.

La situation est différente lorsque les directives n'ont pas été transposées¹³ ou mal transposées. Dans ce cas, la Cour de justice a reconnu qu'il importait de reconnaître un effet direct aux dispositions des directives à condition qu'elles soient suffisamment claires, précises, complètes et créatrice de droit¹⁴.

Une action en justice de demande d'application directe de la directive peut donc être entreprise par un particulier contre l'État défaillant, ce qui consacre un droit direct aux particuliers de s'en prévaloir. Cependant, cet effet direct ne peut être exercé que de façon verticale, d'un particulier contre l'Etat mais n'a pas été reconnu de façon horizontale, entre deux particuliers, en vertu du principe que seuls les États ont l'obligation de transposer les directives et sont responsables de leurs manquements. La directive concerne les Etats membres et non les particuliers, notion qui inclut salariés et entreprises. Ainsi, un salarié ne peut poursuivre son employeur¹⁵ sur le fondement d'une directive européenne qui n'aurait pas été transposée et ne serait appliquée ; il ne pourrait se retourner que contre l'État¹⁶. Malgré des critiques, la Cour de justice a maintenu cette position de ne pas permettre un effet direct horizontale des directives¹⁷.

Enfin, l'application directe du droit de l'Union soulève la question du conflit entre son contenu et des dispositions contraires du droit national. Ce conflit ne peut être résolu que si l'un des deux ordres juridiques s'efface devant l'autre. La Cour de justice a reconnu le principe de la primauté du droit de l'Union, sans lequel il ne pourrait y avoir d'ordre juridique européen et une application uniforme dans tous les Etats membres. En conséquence, il a primauté sur toutes les dispositions juridiques des Etats membres qui seraient contraires, qu'elles soient antérieures ou postérieures.

II) Les discriminations internationales s'intègrent au droit national

Tout d'abord, il convient d'identifier la nature de ces discriminations (A), puis, de déterminer la frontière entre égalité de traitement et non discrimination (B).

A) La nécessité de caractériser ces discriminations

Dans un premier temps, nous allons montrer l'évolution du droit européen concernant ces discriminations (1), puis dans un second temps, identifier les discriminations les plus récurrentes (2).

1) L'évolution du droit européen sur les discriminations

L'Europe communautaire n'était initialement compétente qu'en matière de discrimination liée à la nationalité et de manière ponctuelle en matière de rémunération entre les femmes et les hommes. Depuis le Traité d'Amsterdam, l'Union européenne est également compétente au regard des critères « race » ou origine ethnique, religion ou conviction, handicap, âge et orientation sexuelle.

A coté de l'interdiction de la discrimination liée à la nationalité, le Traité de Rome avait posé une seconde règle spéciale de non-discrimination : « Chaque Etat membre assure (...) l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail » (ancien article 119 du Traité).

Cet article fut adopté pour une raison économique. Les employeurs français considéraient que leurs couts salariaux étaient devenus bien supérieurs à ceux d'autres employeurs européens, du fait d'une meilleure égalité entre femmes et hommes en France, et qu'il y avait donc là une concurrence inacceptable au sein de Marché commun. Au cours des années 1960, rien ne fut entrepris par les gouvernements nationaux pour le faire appliquer ; alors que l'article 119 devrait être mis en œuvre à la fin de la première étape, fin 1961, la date en a été reportée à 1964.

Ce texte communautaire était en régression par rapport au texte international¹⁸. Il ne visait que la notion de « même travail », certains Etats membres ne voulant pas étendre cette règle à la notion de travail de valeur égale, limitant la portée du texte aux seuls emplois mixtes, soit un champ d'application réduit.

Cependant, à la fin des années 1960, Éliane Vogel-Polsky, avocate belge spécialisée en droit du travail et féministe, persuadée qu'il y avait quelque chose à faire avec cet article 119, rencontre sa compatriote Gabrielle Defrenne, ancienne hôtesse de l'air de la compagnie aérienne belge Sabena, contrainte à la retraite à 40 ans, comme toutes les hôtesse de l'air. Il n'en était pas de même pour les hommes stewards qui pouvaient prolonger leur carrière de 15 ans de plus, ce qui leur permettait d'atteindre des niveaux de salaire et de retraite bien supérieurs. Les femmes hôtesse de l'air et les hommes stewards, faisaient le « même travail » mais les femmes, en plus, se devaient d'être et de rester jeunes et jolies. La discrimination sexuelle se cumule fréquemment avec une discrimination liée à l'apparence physique¹⁹.

En 1968, Gabrielle Defrenne considéra donc qu'une discrimination lui était faite en raison de sa qualité de femme et, sur le fondement de l'article 119 du traité, elle fit remonter l'affaire, au delà des tribunaux internes (belges), jusqu'à la CJCE, par le biais de questions préjudicielles à trois reprises. Ces arrêts « Defrenne²⁰ » sont fondateurs de la jurisprudence du juge communautaire en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et ensuite plus largement en matière de non-discrimination, quel que soit le critère. De plus, ces arrêts participent à l'affirmation de la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux.

Depuis le Traité d'Amsterdam (1997), l'Union européenne est compétente de manière élargie pour agir contre les discriminations : « Sans préjudice des autres dispositions des traités et dans les limites

des compétences que ceux-ci confèrent à l'Union, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après approbation du Parlement européen, 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 convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle »²¹.

2) Les discriminations les plus récurrentes

En droit communautaire, il y a lieu d'entendre par « principe de l'égalité de traitement » l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur l'un des motifs énoncés par ce droit. Une discrimination est un traitement défavorable illite. Dans ce cadre, le droit communautaire définit les notions de discriminations directes et indirectes :

- La discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable sur la base de l'un des motifs interdits.
- La discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'un sexe, d'une race, d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle, donnés par rapport à d'autres personnes²².

S'ajoute à ces discriminations deux autres formes assimilées pour protéger les victimes. La directive de 2000 introduit :

- le harcèlement discriminatoire, c.à.d. le harcèlement lié à un motif interdit : Cela permet aux personnes harcelées en raison d'un motif discriminatoire d'être réellement protégé. En France le législateur avait déjà appliqué le même régime au harcèlement moral ou discriminatoire.
- « l'injonction de discriminer », c.à.d. le comportement qui consiste à ordonner à quiconque de discriminer. Cela permet de sanctionner la personne qui pratique la discrimination mais aussi l'employeur ou le dirigeant qui a donné l'ordre d'appliquer une telle mesure qui s'est révélée discriminatoire.

Exemple : *CJCE, 17 juillet 2008 Coleman* : La cour de justice dégage la « discrimination par association » dans une affaire au Royaume-Uni : Une salariée en congé de maternité, a mis au monde un enfant handicapé et a donc sollicité à son retour dans l'entreprise des mesures particulières dont des aménagements d'horaire qui lui ont toujours été refusés et l'employée a subi des insultes en raison du handicap de son fils. La salariée a considéré qu'il s'agissait d'une discrimination en raison du handicap. L'employeur contestait cette définition. La cour de justice a retenu l'option de la salariée en se fondant sur la définition de la discrimination directe, c.à.d. une décision « prise sur la base d'un motif discriminatoire ». Il n'est pas précisé que c'est le salarié qui doit être lui-même victime d'un handicap. La discrimination en raison d'une personne qui lui est associé, proche est également interdite. Solution valable pour tous les critères discriminatoires.

Est-il possible d'instaurer des discriminations positives, autrement dit de favoriser des personnes en raison d'un critère discriminatoire ?

En droit de l'UE, ces discriminations positives sont appelés « actions positives » et ne sont pas négatives. Elles permettent simplement de rétablir un équilibre : « ce sont des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un ou l'autre motifs »

L'Union européenne a instauré une action positive pour les femmes et maintenant pour les personnes présentant des critères discriminatoires. Ces mesures sont conçues par la CJCE comme des principes de non discrimination. Cependant, les quotas rigides sont exclus à savoir la garantie absolue d'obtenir

un emploi. Les quotas souples sont autorisés, c.à.d. ceux qui favorise les défavorisés, notamment par des clauses d'ouverture.

Cette jurisprudence sur les actions positives est transposable, mais le législateur français est peu enclin à pratiquer ce type de mesures, seules les femmes et les personnes handicapées peuvent bénéficier de ce type de traitement comme par exemple des aménagements d'emploi du temps de travail.

Il y a 6 discriminations qui sont souvent pointées du doigt :

- Discrimination liée au sexe :

Les règles applicables figurent dans la directive n° 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), telle qu'interprétée par le juge de l'Union européenne.

Sont comprises dans cette discrimination sexuelle, les discriminations liées à la maternité, au transsexualisme, ou encore dans une activité professionnelle indépendante.

- Discrimination liée à la nationalité, race ou origines ethniques :

Le Traité de Rome disposait l'interdiction de toute discrimination liée à la nationalité d'un Etat membre, afin d'assurer la « libre circulation des travailleurs » au sein de l'espace du Marché commun (art 45 TFUE). Le Traité prévoit également que « dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discriminations exercée en raison de la nationalité (...) »²³.

Donc ici deux principes sont applicables : la liberté de circulation des travailleurs qui doit s'accompagner de l'égalité de traitement²⁴.

- Discrimination liée à la religion ou aux convictions :

La directive n° 2000/78 du 27 novembre 2000 prévoit une dérogation de droit. « Les États membres peuvent maintenir dans leur législation nationale en vigueur à la date d'adoption de la présente directive ou prévoir dans une législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente directive des dispositions en vertu desquelles, dans le cas des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. Cette différence de traitement doit s'exercer dans le respect des dispositions et principes généraux du droit communautaire, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre critère (notamment sexe/genre, mais également origine raciale, handicap, etc.).

- Discrimination liée à un handicap :

Le handicap peut se définir comme une limitation résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle. Ce n'est donc pas une maladie et même les maladies graves ne sont pas considérées comme des handicaps²⁵.

- Discrimination liée à l'âge :

Il y a beaucoup de jurisprudence sur ce point en droit du travail. Un grand nombre de dispositifs sont fondés sur l'âge comme :

- Des CDD particuliers réservés aux seniors²⁶,
- La mise à la retraite²⁷,
- Ces dispositions sont potentiellement interdites car elles se fondent sur l'âge. On trouve également de plus en plus de dispositions concernant un âge minimum pour accéder à un emploi²⁸.

L'arrêt de *CJUE 19 janvier 2010 Küçükdeveci* a consacré l'interdiction des discriminations à raison de l'âge comme un Principe Général de Droit de l'Union Européenne (PGDUE). De ce fait même dans le cadre d'un litige interne entre particulier on peut invoquer cette directive, ce PGDUE.

Les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge qui ne sont pas des discriminations lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées dans le cadre du droit national par un objectif légitime : politique de l'emploi, marché du travail et de la formation professionnelle et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires.

- Discrimination liée à l'orientation sexuelle :

C'est la directive 2000/78 qui interdit aux employeurs de discriminer un salarié en raison de ses préférences sexuelles²⁹.

B) La détermination de la frontière entre « égalité de traitement » et « non-discrimination »

Il conviendra d'abord de parler de l'étroite frontière entre ces deux notions (1), puis sur l'appréhension des motifs discriminatoires par le juge (2).

1) Une étroite frontière entre « égalité de traitement » et « non-discrimination »

Initiée notamment dans le cadre du droit du travail, l'affirmation d'une distinction au plan technique juridique entre les règles de l'égalité et de non-discrimination va s'accroissant. Plusieurs arguments formels viennent étayer cette proposition doctrinale qui progressivement trouve écho auprès de la Cour de cassation.

En premier lieu, les règles d'égalité et de non-discrimination n'auraient pas la même portée. Le principe d'égalité impose de traiter des situations équivalentes de manière identique et prohibe toutes distinctions arbitraires. Au contraire, une règle de non discrimination serait alors de prédéterminer l'illicéité de certains motifs de différenciation, tels le sexe, la religion, l'handicap, l'état de santé, l'âge. Pour la technique juridique, il y aurait là un critère a priori pour distinguer deux types de règles. Cependant, cette logique ne rend qu'imparfaitement compte des distinctions prétoriques. En effet, cette séparation ne se traduit pas de la même façon selon les domaines de droit.

En matière sociale, la nécessité de distinguer les règles d'égalité et de non-discrimination n'a pas été immédiate, si bien que les deux notions ont souvent été confondues. En droit du travail, la discrimination est première. A cet égard, dans les relations entre personnes privées ne prévaut pas un principe général de non-discrimination. L'interdiction des discriminations a d'abord été abordée par la voie pénale ; puis sous l'influence du droit communautaire, est apparue dans le Code du travail, un texte prohibant les discriminations³⁰, dont la portée a été élargie tant quant aux situations visées qu'aux motifs de discrimination considérés. Progressivement, des règles d'égalité ont cependant émergé, comme la règle d'égalité entre les salariés à temps partiel et ceux à temps complet³¹, et surtout, la règle à « travail égal, salaire égal ».

C'est à partir de cette règle prétorienne, dégagée par la chambre sociale dans un célèbre arrêt *Ponsolle*³² du 29 octobre 1996, que s'est progressivement affirmée une différenciation entre règle d'égalité et règle de non-discrimination. La chambre sociale a donc imposé une distinction ferme : « Une différence de traitement entre les salariés d'une même entreprise ne constitue pas une discrimination au sens de l'article L. 122-45 du code du travail »³³.

Alors que la règle de non-discrimination n'est invocable qu'à raison d'un nombre de motifs restreints, la règle « à travail égal, salaire égal »³⁴ est, quant à elle, invocable quel que soit le motif de la décision de l'employeur. En revanche, le champ d'application de la règle de non-discrimination est plus vaste puisqu'elle englobe toute mesure imposée par l'employeur au salarié, tandis que la règle d'égalité ne concerne que tout avantage.

Néanmoins, il faut relativiser cette opposition. L'exercice de ces deux types de règles demeure soumis à un régime de la charge de la preuve. La preuve de la discrimination est facilitée, en effet, le salarié qui s'estime victime d'une discrimination doit seulement présenter au juge des éléments de faits en laissant supposer l'existence. Il appartiendra à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination³⁵.

Invariablement, le contrôle du pouvoir patronal s'exerce par comparaison des situations et examen des motifs de différenciation. Alors que la preuve d'une violation de la règle « à travail égal, salaire égal » semble par définition impliquer le recours à une comparaison, ce n'est pas le cas de la preuve d'une discrimination. Selon la Cour, « l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés »³⁶. Toutefois, la proximité entre ces deux règles reste importante.

2) L'appréhension des motifs discriminatoires par le juge

Les discriminations sont caractérisées par le fait qu'elles interdisent des actes ou des actions faits en raison d'un motif que le droit prohibe. Encore faut-il comprendre la manière dont les juges appréhendent ces raisons d'agir dans les litiges. Les juges répondent à ces litiges selon trois attitudes différentes :

- Dans certains cas, le juge va chercher à déterminer l'intention des parties. La rédaction des textes ne l'exige plus vraiment aujourd'hui, mais il est clair qu'en cherchant l'existence d'une discrimination, les juges cherchent à savoir si l'employeur a eu des pratiques discriminatoires, en particulier dans le cadre des litiges portant sur les discriminations sexistes ou racistes. Dans d'autres cas, ils seront tentés de nier l'existence d'un acte discriminatoire en raison de l'attitude accommodante de l'employeur à l'égard des groupes « minoritaires » ;
- Dans d'autres cas, le juge se contentera d'indices permettant d'établir un lien entre un acte ou une action et un motif discriminatoire. En ce cas, plutôt que de chercher des mobiles, il s'attachera à découvrir la raison probable à travers la conjonction entre deux faits.
- Enfin dans de très nombreux cas, on observe que les juges ne cherchent pas à appréhender les raisons qui sont à l'origine des actes ou des actions discriminatoires. Le juge peut alors déduire l'existence d'une discrimination de la seule comparaison entre la situation d'un salarié et celles d'autres salariés. De ce point de vue, il apparaît que l'action en discrimination est souvent difficile à distinguer des actions fondées sur des règles d'égalité ou d'égalité de traitement.

La question de l'effectivité du principe de non-discrimination concerne la possibilité d'obtenir l'exécution des obligations imposée par le droit de l'UE, ou de faire valoir, le principe de non discrimination ou le droit de ne pas être discriminé, en justice.

Cette question renvoie à des compétences qui relèvent en principe des États membres, les voies de recours et sanctions applicables, régimes de la preuve sont des domaines qui ne font pas l'objet d'une

action de l'UE, mais relative au champ de compétence de la procédure civile propre à chaque État.

Néanmoins, certaines dispositions européennes précisent certains points notamment pour garantir l'effectivité.

Il existe une garantie à l'accès à la justice qui impose aux États membres d'ouvrir des voies de recours accessibles à toutes les victimes d'une discrimination et impose de prévoir que les associations qui ont un intérêt légitime à agir et les syndicats aient un droit de former un recours à l'appui ou à la place du plaignant, autrement dit, ces associations et ces syndicats doivent pouvoir aider les victimes ou exercer à leur place l'action judiciaire.

En droit français c'est prévu par le code du travail ; quant au droit de l'UE, il impose un allègement de la charge de la preuve incombant au travailleur.

Autrement dit, le plaignant doit simplement apporter des faits qui laissent présumer une discrimination. L'employeur doit alors prouver l'absence de discrimination en invoquer des motifs étrangers à toute discrimination : c'est un renversement de la charge de la preuve.

Si au cours du litige, lors de l'action en justice, la preuve de la discrimination résulte des débats, ils appliquent ensuite les sanctions prévues.

En conséquence, en fonction de l'appréhension des motifs discriminatoires, le juge décidera de la sanction applicable à l'employeur et surtout du montant de la réparation du préjudice subi pour la victime, soit d'une discrimination, soit d'une rupture inégale d'égalité.

La sanction applicable se doit d'être effective, proportionnée, dissuasive: formulation générale car l'UE ne peut imposer le type de sanction à prescrire. Cependant, l'UE donne des exemples qui pourraient correspondre à une sanction avec ces trois critères comme le versement d'indemnisation à la victime.

La CJUE impose que la personne victime d'une discrimination avérée bénéficie le même traitement que la catégorie privilégiée, c'est une transposition au régime des discriminations fondées sur la nationalité³⁷.

Ces dispositions s'appliquent pour l'avenir. La CJUE admet des sanctions plus légères : simple constat judiciaire de la discrimination assorti du degré de publicité adéquate, autrement dit, comme en droit français, des sanctions complémentaires comme la publication de la décision judiciaire dans les journaux. Cette sanction est considérée comme effective, proportionnée et dissuasive³⁸.

¹ : Communauté Économique Européenne

² : Union Européenne

³ : Aujourd'hui c'est le marché intérieur

⁴ : Pas politique mais stratégique

⁵ : Traité sur le fonctionnement de l'UE

⁶ : Dignité, égalité, solidarité par exemple

⁷ : Cette question n'étant pas totalement résolue par la cour de cassation

⁸ : Principe générale de droit de l'Union Européenne

⁹ : Cour de Justice de l'Union Européenne

¹⁰ : *Exemple : CJCE 20 février 1979 Buitoni aff C-122/78*

¹¹ : Sauf si le droit interne est déjà conforme

¹² : *CJCE, 10 avril 1984, Von Colson et Kamann*

¹³ : Une fois les délais prescrits dépassés

¹⁴ : *CJCE 4 décembre 1974, affaire Van Duyn*

¹⁵ : Sauf s'il est l'État ou un organisme lié ; *CJUE 24 janvier 2012*

¹⁶ : *Cas du travail de nuit des femmes*

¹⁷ : *CJCE 5 octobre 2004, affaire Pfeiffer à propos de la directive sur l'aménagement du temps de travail*

-
- ¹⁸ : Convention n°100 de l'OIT de 1951
¹⁹ : La théorie du lookisme
²⁰ : *CJCE I du 25 mai 1971, CJCE II du 8 avril 1976, C-43/75, et CJCE III du 15 juin 1978, C-149/77*
²¹ : Article 19§1 TFUE
²² : Définition dégagée par la cour de justice dans un arrêt en rapport au temps partiel
²³ : Article 18 TFUE
²⁴ : Règlement n° 1612/68 et directive n° 68/360 du 15 octobre 1968
²⁵ : *CJCE 11 juillet 2006, Chacon Navas* : la maladie n'est pas associée à un handicap, et n'est pas un critère discriminatoire européen
²⁶ : *CJCE 22 novembre 2005 Mangold*
²⁷ : *CJCE 16 octobre 2007 Palacios de la Villa*
²⁸ : Par exemple un seuil d'âge à l'emploi ou limite d'âge pour l'exercice d'une activité professionnelle (dentiste), *CJUE 12 janvier 2010 Wolf*
²⁹ : *CJCE 1^{er} avril 2008 Tadao Maruko c/ Versorgungsweg der deutschen Bühnen, C-267/06* : cet arrêt concerne une pension de réversion en Allemagne. Cette pension n'est versée qu'au veuf ou veuve, autrement dit la personne mariée avec la personne décédée ce qui exclut les partenaires. Le partenariat étant réservé aux couples homosexuelles. L'avantage de la pension de réversion exclut les partenariats.

La cour de justice a considéré que même si la disposition n'est pas clairement fondée sur une discrimination, l'orientation sexuelle n'est pas pointée en tant que telle, mais en visant uniquement les personnes mariées la disposition exclut les personnes homosexuelles donc de ce fait elle crée une discrimination

- ³⁰ : L'article L 122-45 (devenu L 1131-1 s.),
³¹ : L 3123-9 Code du travail
³² : *Soc. 29 octobre 1996, Dr. Soc. 1996. 1013, note A. Lyon-Caen*
³³ : *Soc. 27 octobre 1999, bulletin civ V n°422*
³⁴ : Consacrée par l'article L 3221-2 du Code du travail
³⁵ : *Soc 28 septembre 2004, Dr. Soc. 2004. 1144, obs. C. Radé*
³⁶ : *Soc 10 novembre 2009, D, 2009. Pan. 672, obs. J. Porta*
³⁷ : *CJCE, 28 septembre 1994, Smith*
³⁸ : *CJCE, 10 juillet, Feryn*, pas de victime identifiée, simple annonce de recherche d'emploi.