



Congrès Européen Régional Dublin, 17-19 septembre 2014.

Les recours judiciaires et extra-judiciaires contre les discriminations*

Sylvaine Laulom, Professeure de droit privé à l'Université Lumière Lyon 2, IETL, Erds-CERCRID (UMR 5137)

S'intéresser aux recours judiciaires et extra-judiciaires contre les discriminations renvoie au problème plus général de la réalisation et de l'effectivité du droit, ici, du droit à ne pas être discriminé. Cette question n'est pas nouvelle en droit du travail. Si le recours individuel est le premier moyen, dans les relations de droit privé, pour faire sanctionner la violation d'un droit, le droit du travail a, dès l'origine, été confronté aux limites des recours judiciaires comme moyens de réalisation des droits reconnus par le législateur. Dans la relation contractuelle inégalitaire entre employeurs et salariés, ces derniers ne sont souvent pas en mesure d'initier une action judiciaire visant à sanctionner le non respect de leurs droits. Les raisons sont multiples et peuvent tout autant tenir aux moyens financiers déséquilibrés des parties qu'à la relation de pouvoir, inhérente au contrat de travail, qui rend difficile une action en justice, tant que la relation de travail n'est pas rompue. Dès l'origine du droit du travail, sa réalisation n'a donc pas reposé exclusivement sur des recours judiciaires individuels et l'application du droit du travail a pu être aussi confiée à une administration du travail ou a pu reposer sur des acteurs collectifs et, au premier chef, sur les organisations syndicales¹.

Le droit à ne pas être discriminé constitue une pièce majeure du droit social de l'Union européenne. Alors que celui-ci reste souvent parcellaire, le droit européen des discriminations se singularise aujourd'hui comme un ensemble assez complet et plutôt cohérent. Il est à l'origine de concepts qui ont connu une large diffusion, tels que la notion de discrimination indirecte, et il a joué un rôle souvent moteur au sein des Etats membres de l'Union européenne. Il constitue ainsi un cadre aujourd'hui commun à l'ensemble des Etats membres de l'Union, même si, nous le verrons, il laisse très largement subsister des spécificités nationales. C'est donc par l'analyse de ce cadre européen que nous traiterons ici de la question des recours judiciaires et extra-judiciaires contre les discriminations dans l'emploi.

En droit de l'Union européenne, la reconnaissance de l'interdiction de discriminer, en raison du sexe², d'abord, puis en raison d'autres critères³ (race et origine ethnique d'une part, religion et convictions, âge, handicap et orientation

* Ce texte a été présenté lors du Congrès Régional Européen, (ISLSSL XI European Regional Congress, 17-19 September 2014, Dublin). Je remercie Olivier Leclerc pour sa relecture et ses suggestions.

¹ J. Malmberg, « Enforcement of Labour Law », in B. Hepple & B. Veneziani, *The transformation of Labour Law in Europe*, Hart publishing, 2009, pp.263-287.

² Directive 75/117/CEE du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins ; Directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail (modifiée par la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002) ; Directive 79/7/CEE du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale ; Directive 86/378 du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale (modifiée par la directive 96/97/CE du 20 décembre 1996) ; directive 86/613 du 11 décembre 1986 sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une

sexuelle d'autre part), a très vite conduit à s'interroger sur les différents recours offerts par les droits nationaux pour assurer le respect de cette interdiction.

Reconnu d'abord essentiellement comme un droit individuel à ne pas être discriminé, il était logique que sa réalisation soit conçue sur le modèle d'un droit à un recours judiciaire individuel. Dans cette perspective, l'approche européenne du droit à ne pas être discriminé s'est intéressée à garantir ce droit en reconnaissant notamment aux particuliers la possibilité d'invoquer et de faire respecter effectivement leurs droits en la matière en introduisant une action en justice (I). Le droit de la non-discrimination a d'ailleurs été l'un des terrains sur lequel s'est construit le droit à une protection juridictionnelle effective⁴, reconnu comme un principe général du droit communautaire et aujourd'hui consacré par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Néanmoins les limites de cette approche sont assez rapidement apparues. Certaines sont liées au fonctionnement général des juridictions nationales qui rendent parfois les procédures longues et coûteuses. D'autres tiennent à la spécificité du contentieux des discriminations. Sa complexité, la difficulté d'apporter la preuve de la discrimination, la relation de pouvoir inhérente à la relation de travail sont autant de raisons qui peuvent, de fait, décourager les salariés à engager une action en justice⁵. Par ailleurs, si les recours individuels permettent de corriger et/ou de compenser une discrimination qui serait intervenue, ils ne permettent ni de corriger un ensemble de discriminations qui se serait produite à l'égard d'un groupe de salariés ni de prévenir l'existence de discriminations.

Confrontées à ces limites, la Cour de Justice et les directives adoptées à partir des années 2000 vont tenter d'apporter des correctifs à cette approche individuelle afin de garantir le droit à ne pas être discriminé (II). Certains visent à aider les victimes dans leurs recours. Des procédures extrajudiciaires peuvent également être favorisées. Néanmoins, la plupart des mesures adoptées ne remettent pas fondamentalement en cause la conception individuelle de la mise en œuvre du droit à ne pas être discriminé. Or, c'est précisément certaines limites de cette conception qui doivent être dépassées. Les discriminations sont souvent le produit de structures sociales qui ne peuvent être remises en cause par une approche qui resterait fondée sur un modèle de justice individuelle, reposant sur une initiative individuelle⁶. Il s'agit alors de définir des recours qui permettent précisément la remise en cause des discriminations systémiques et des cadres sociaux qui les sous-tendent afin d'assurer une réelle égalité des chances entre les individus. L'intervention de nouveaux acteurs dans le champ des relations de travail, comme les organismes de promotion de l'égalité de traitement ou les organisations représentant les intérêts des victimes de discrimination, participe à ce dépassement de l'approche individuelle. Néanmoins, si l'on trouve les prémices d'une telle approche dans les nouvelles directives, les réponses apportées sur ce point par le droit de l'Union demeurent pour l'heure embryonnaires.

1. Le droit à un recours juridictionnel des victimes de discrimination

activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité (modifiée par la directive 2010/41/UE) ; Directive 97/80/CE du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe ; Directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et de services ; Directive 2006/54/CE 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). Cette dernière directive regroupe dans un même texte les directives 75/117, 76/207, 86/378 et 97/80.

³ Directive 2000/43/CE 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 ; Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

⁴ Voir par exemple le célèbre arrêt Johnston de la Cour (CJCE, 15 mai 1986, aff. 222/84, Johnston).

⁵ S. Fredman, *Making Equality Effective : the role of proactive measures*, European Commission, European Network of Legal Experts in the field of gender equality, 2009. Une autre limite tiendrait également à la faible qualité de certaines décisions de justice, qui peut découler d'un manque de connaissance des juges en matière de discrimination. Le manque de visibilité du contentieux des discriminations et sa rareté peuvent également exercer un effet dissuasif sur les victimes qui peuvent craindre que leurs recours n'aboutissent pas.

⁶ B. Hepple, « Equality at work », in B. Hepple & B. Veneziani, *The transformation of Labour Law in Europe*, Hart publishing, 2009, pp. 129-163.

Si la définition des voies de recours et des sanctions relève en principe des Etats membres, leur liberté n'est pas totale et des limites ont été posées par la Cour de Justice. Ainsi, selon les principes généraux découlant du droit à une protection juridictionnelle effective des droits conférés aux justiciables par le droit communautaire, principes que la Cour a pu élaborer dans des affaires mettant notamment en cause le droit de la non-discrimination, les principes d'équivalence et d'effectivité doivent s'appliquer. Il en résulte que les modalités procédurales des recours, destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire, ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de droit interne (principe d'équivalence). Elles ne doivent également pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité)⁷.

Au-delà de l'application des principes généraux du droit de l'Union européenne, des précisions ont également été apportées en matière de non-discrimination. Les premières directives relatives à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, les directives 75/ et 76/207, contenaient peu de dispositions relatives aux voies de recours et aux sanctions. Ainsi, l'article 6 de la directive 76/207 prévoyait simplement que « *les Etats membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par la non-application à son égard du principe de l'égalité de traitement au sens des articles 3, 4 et 5 de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle, après éventuellement, le recours à d'autres instances compétentes* ». Dans cette perspective, la directive applique bien la maxime « un droit, un recours », tout en respectant l'autonomie procédurale des Etats membres. C'est sur le fondement de ces premiers textes, que la Cour de Justice développera une jurisprudence sur les voies de recours qui sera largement reprise par les directives adoptées dans les années 2000 et qui vient encadrer la liberté des Etats membres (A). Deux arrêts récents permettent d'illustrer la nature du contrôle opéré sur les mécanismes nationaux (B).

A. Des voies recours qui relèvent largement des droits nationaux

La directive refonte 2006/54, 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, a synthétisé les principes issus de la jurisprudence de la Cour. Selon son article 17.1, « *les Etats membres veillent à ce que, après un recours éventuel à d'autres instances compétentes, y compris, lorsqu'ils l'estiment approprié, à des procédures de conciliation, des procédures judiciaires visant à faire respecter les obligations découlant de la présente directive soient accessibles à toutes les personnes qui s'estiment lésées par la non-application à leur égard du principe de l'égalité de traitement, même après que les relations dans lesquelles la discrimination est présumée s'être produite ont cessé* ». Le même article ajoute que ce principe est « *sans préjudice des règles nationales relatives aux délais impartis pour former un recours en ce qui concerne le principe de l'égalité de traitement* ». Concernant l'indemnisation ou la réparation du préjudice, l'article 18 de la directive indique que « *les Etats membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour veiller à ce que le préjudice subi par une personne lésée du fait d'une discrimination fondée sur le sexe soit effectivement réparé ou indemnisé selon les modalités qu'ils fixent, de manière dissuasive et proportionnée par rapport au dommage subi. Une telle compensation ou réparation ne peut être a priori limitée par*

⁷ Pour un exemple de l'application de ce principe à une affaire de discrimination voir CJCE, 29 octobre 2009, aff. C-63/08, Potin. La Cour de Justice indique, dans cette affaire, que si le droit de l'Union européenne ne s'oppose pas à la législation d'un Etat membre qui prévoit une voie de recours spécifique relative à l'interdiction du licenciement des travailleuses enceintes, exercée selon des modalités procédurales propres à ce recours, c'est à la condition que cette voie de recours ne soit pas moins favorable que celle afférente à des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) et ne soit pas aménagée de manière à rendre pratiquement impossible l'exercice des droits reconnus par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité). En l'espèce, la Cour européenne va considérer qu'un délai de forclusion de quinze jours, tel que celui institué à l'article L. 337- 1, paragraphe 1, quatrième alinéa, du code du travail luxembourgeois, n'apparaît pas de nature à satisfaire à cette condition, ce qu'il appartient cependant à la juridiction de renvoi de vérifier.

un plafond maximal, sauf dans les cas où l'employeur peut prouver que le seul dommage subi par un demandeur comme à la suite d'une discrimination au sens de la présente directive est le refus de prendre en considération sa demande d'emploi ». Pour garantir le droit au recours juridictionnel, la directive prévoit également une protection contre les mesures de rétorsion. Ainsi l'article 24 indique que « les Etats membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires prévues par la législation et/ou les pratiques nationales, pour protéger les travailleurs, y compris leurs représentants, contre tout licenciement ou tout autre traitement défavorable par l'employeur en réaction à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement ». Enfin, concernant les sanctions, la directive, reprenant une formulation qui n'est pas propre aux directives relatives aux discriminations, précise que les « Etats membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales adoptées conformément à la présente directive et prennent toute mesure nécessaire pour assurer l'application de ces sanctions. Les sanctions, qui peuvent comprendre le versement d'indemnités à la victime, doivent être effectives, proportionnées et dissuasives ».

Les directives 2000/43 et 2000/78 comprennent des dispositions similaires. Il existe néanmoins une différence troublante entre la directive de 2006 et ces deux directives. Celles-ci semblent, en effet, laisser aux Etats membres le choix entre des « procédures judiciaires et/ou administratives »⁸. On peut néanmoins admettre au regard du contexte général du droit de l'Union européenne et du droit à une protection juridictionnelle effective, que ces deux directives « doivent être interprétés comme établissant dans tous les cas un recours judiciaire qui peut être complété par d'autres voies de recours »⁹, les directives cherchant surtout à encourager les législateurs nationaux à prendre en considération d'autres types d'approches, telles que les procédures administratives ou de conciliation qui seraient d'un accès plus aisé.

En résumé, le droit de l'Union européenne requiert donc des Etats membres la protection des personnes (victimes et témoins) contre des mesures de rétorsion qui seraient liées à une plainte ou à action en justice, l'accès pour les victimes à une procédure judiciaire, l'indemnisation du dommage subi par ces dernières et que des sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives » soient prises à l'encontre de l'auteur d'une discrimination.

A condition de respecter ces principes généraux, le droit de l'Union européenne laisse aux Etats membres une très grande liberté dans la définition des recours ouverts aux victimes de discrimination, ainsi que dans le choix des sanctions. De fait, les analyses des situations nationales font apparaître un très large éventail de recours et de sanctions¹⁰. Sans entreprendre une synthèse impossible ici des situations nationales, quelques indications peuvent néanmoins être données. Tout d'abord, si les directives européennes n'imposent pas un recours à la médiation ou à des formes alternatives de résolutions des litiges dans le domaine des discriminations, celles-ci se retrouvent très fréquemment au sein des Etats membres. Ainsi, il apparaît que « tous les Etats membres combinent procédures judiciaires - selon le type de droit, civil, pénal, du travail et/ou administratif – et procédures extrajudiciaires. Les

⁸ Article 7 de la directive 2000/43 et article 9 de la directive 2000/78.

⁹ En ce sens, C. Tobler, *Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne*, (également en anglais), Commission européenne, Réseau européen des experts juridiques en matière de non discrimination, 2005. Voir également E. Ellis, *Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, 2005, p. 260.

¹⁰ Sur ces questions, les réseaux européens des experts juridiques en matière de non-discrimination et en matières d'égalité des genres publient régulièrement des rapports. Voir notamment: C. Tobler, *op.cit.* I. Chopin and C. Germaine Sahl, *Developing Anti-discrimination Law in Europe*, European Commission, oct. 2013 (pour la dernière édition, ce rapport est publié annuellement). S. Burri, S. Prechal, *EU Gender Equality Law*, European Commission, Update 2013 (rapport également annuel). Sur des questions plus spécifiques : J. C. Suk, « Criminal and civil enforcement of antidiscrimination law in Europe », *European Anti-Discrimination Law Review*, n° 14, 2012. I. Aendenboom and N. Denies, « What place for mediation and conciliation/negotiation in discrimination cases ? *ibid.* J. Debrecéniova, « Ex officio investigations into violations of the principle of equal treatment : the role of labour inspectorates and other bodies », *European Anti-Discrimination Law Review*, n° 17, 2013. R. Holtmaat, « Des catalyseurs du changement ? Les organismes de promotion de l'égalité de traitement aux termes de la directive 2000/43/CE – Existence, indépendance et efficacité », Commission européen, mars 2006.

médiation ou conciliation constituent parfois une étape obligatoire de la procédure judiciaire (...), elles peuvent également constituer une alternative aux actions en justice. Certaines procédures extrajudiciaires sont d'applicabilité générale mais permettent de traiter efficacement les cas de discrimination. D'autres constituent des méthodes de règlement alternatif des litiges spécifiquement conçues pour traiter ce type d'affaires, parallèlement aux tribunaux ordinaires. Parmi les procédures extra-judiciaires générales figurent les inspections du travail, les médiateurs et les instituts des droits de l'homme »¹¹. De même, en matière de sanctions, « il existe en pratique un large éventail de sanctions envisageables, qui varient par exemple en fonction du domaine du droit concerné (sanctions civiles, pénales, administratives par exemple), du caractère punitif ou non punitif des sanctions »¹². La variété des situations nationales rend la comparaison difficile.

En matière de réparation du dommage subi, la Cour de Justice a également précisé qu'en cas de licenciement discriminatoire, la ou les réparations doivent en tout état de cause comprendre la réintégration dans les fonctions ou des dommages et intérêts. En outre les dommages et intérêts éventuellement infligés doivent compenser l'intégralité du préjudice subi¹³. Néanmoins, il apparaît que le montant des dommages et intérêts reste souvent faible.

Si le droit de l'Union européenne ne définit pas ce que pourraient être les recours et sanctions adéquates, la Cour de Justice opère un contrôle sur les mesures nationales et sanctionne celles qui manifestement ne permettent pas une protection juridictionnelle effective.

B. Le contrôle de la Cour de Justice sur les voies de recours nationales

Deux arrêts récents permettent d'illustrer la nature mais aussi les limites du contrôle opéré par la Cour de Justice sur les voies de recours et les sanctions nationales. Les deux arrêts concernent des déclarations, racistes dans le premier arrêt, et homophobes dans le second, relatives à la politique de recrutement d'une entreprise. Dans le premier arrêt, l'arrêt Feryn¹⁴, le directeur d'une entreprise avait déclaré ne pas vouloir embaucher de Marocains en raison des réticences présumées de sa clientèle à leur égard. La juridiction belge de renvoi interrogeait la Cour sur la nature des sanctions adéquates dans un tel contexte. La question était très explicitement formulée : « *Que faut-il entendre par des sanctions 'effectives, proportionnées et dissuasives' au sens de l'article 15 de la directive 2000/43[...] ? La condition prévue à l'article 15 de la directive 2000/43[...] permet-elle à la juridiction nationale de se contenter de constater qu'il y a bien eu discrimination directe, compte tenu des faits du litige au principal ? Ou bien cette condition impose-t-elle à la juridiction nationale de rendre une ordonnance de cessation, comme prévu par le droit national ? Dans quelle mesure la juridiction nationale doit-elle ordonner la publication de la décision à intervenir à titre de sanction efficace, proportionnée et dissuasive, compte tenu des faits du litige au principal ?* ».

La Cour ne répond pas directement à la question et se contente de renvoyer à la juridiction nationale le soin d'analyser si, lorsqu'il n'y a pas de victime identifiable¹⁵, comme c'était le cas en l'espèce, le régime des sanctions nationales est bien effectif, proportionné et dissuasif. Elle donne néanmoins quelques lignes directrices à la juridiction nationale en indiquant que les sanctions peuvent « *le cas échéant, et si cela paraît adapté à la situation en cause au principal, consister dans le constat de la discrimination par la juridiction ou l'autorité administrative compétente, assorti du degré de publicité adéquat, le coût de celle-ci étant alors à la charge de la partie défenderesse. Elles peuvent*

¹¹ I. Chopin and C. Germaine Sahl, *Developing Anti-discrimination Law in Europe*, European Commission, oct. 2013, p. 84.

¹² Ibid, p. 107. Sur les avantages comparés des procédures civiles et pénales, voir J. C. Suk, « Criminal and civil enforcement of antidiscrimination law in Europe », *European Anti-Discrimination Law Review*, n° 14, 2012. L'auteur conclut ainsi : « Under the traditional frameworks of criminal and civil proceedings, victims of discrimination confront a criminal civil catch : while criminal proceedings facilitate access to proof and lower financial burdens and risks for the victim as compared to civil proceedings, criminal law can only reach discrimination that is intentional and proceeds from a strong presumption of the defendant's innocence ».

¹³ CJCE, 2 août 1993, aff. C-271/91, Marshall.

¹⁴ CJCE, 10 juillet 2008, aff. C-54/07, Firma Feryn NV.

¹⁵ Nous reviendrons sur cette question ultérieurement.

également consister dans l'injonction faite à l'employeur, selon les règles posées par le droit national, de cesser la pratique discriminatoire constatée, assortie, le cas échéant, d'une astreinte. Elles peuvent en outre consister dans l'octroi de dommages et intérêts à l'organisme qui a mené la procédure ».

Alors même que la juridiction nationale de renvoi l'interrogerait précisément sur le type de sanctions à mettre en œuvre, la Cour ne définit pas positivement ce que sont des sanctions adéquates. Négativement, en revanche, elle peut censurer celles qui n'en sont pas¹⁶, ce qui était le cas dans le second arrêt, *Asociatia Accept*¹⁷. La décision a pour origine les déclarations violemment homophobes d'un ancien dirigeant du club de football de Bucarest. M. Becali, homme d'affaire, ex-député européen et député de son pays depuis 2012, avait déclaré à la presse ainsi que le rapporte la Cour : « *Quitte à dissoudre le FC Steaua, je ne prendrai pas un homosexuel dans l'équipe... Il n'est peut-être pas homosexuel. Mais s'il l'est ? ... Dans ma famille, on ne veut rien avoir à faire avec un gay et le FC Steaua est ma famille. Plutôt qu'avoir un gay, mieux vaut que nous jouions avec un joueur de l'équipe junior. Pour moi, ce n'est pas de la discrimination. Personne ne peut m'obliger à travailler avec qui que ce soit. Moi aussi, j'ai le droit de travailler avec qui je veux, tout comme eux ont aussi des droits* ». Selon le droit roumain applicable, une action en responsabilité civile de l'association, qui avait été à l'origine du recours, était possible. En revanche, la seule autre sanction possible était un avertissement, car l'amende contraventionnelle qui était également prévue était soumise à un délai de prescription de six mois à compter de la date du déroulement des faits. Comme le note la Cour, ce délai commence à courir en même temps que le délai de recours qui est d'une année. Un plaignant peut donc saisir l'autorité indépendante compétente entre 6 mois et 12 mois après les faits à l'origine de la plainte, alors même que la sanction contraventionnelle ne pourra plus être appliquée. Quand bien même l'action serait introduite très vite, il est possible que la décision de l'autorité indépendante intervienne après l'expiration du délai de 6 mois. Dans cette hypothèse, la seule sanction restant ouverte était une mise en garde verbale ou écrite assortie d'une « recommandation de respecter les dispositions légales ». Tout en entourant sa décision des précautions d'usage et en laissant à la juridiction roumaine le soin au final d'apprécier la conformité des sanctions en cause à la directive, la Cour laisse entendre qu'en l'espèce, la sanction est insuffisante : la rigueur des sanctions doit être en adéquation avec la gravité des violations qu'elles répriment, notamment en assurant un effet réellement dissuasif ; une sanction purement symbolique ne saurait être considérée comme étant compatible avec la mise en œuvre correcte et efficace de la directive 2000/78. La Cour ajoute également que la simple existence d'un recours en responsabilité civile ne saurait pallier d'éventuelles insuffisances, sur le plan de l'effectivité, de la proportionnalité ou du caractère dissuasif de la sanction.

On le voit donc le droit de l'Union européenne ne remet pas en cause les spécificités nationales en matières de voies de recours et sanctions. Garantissant l'existence d'un droit effectif à une action en justice, le droit européen ne pourra être mobilisé que si les voies de recours et les sanctions nationales apparaissent insuffisantes au regard des standards européens. Sans assurer une quelconque uniformité des voies de recours et des sanctions, les règles européennes permettent néanmoins d'opérer un contrôle minimal sur les normes nationales de transposition des directives.

Le droit de l'Union européenne ne garantit pas uniquement l'existence de voies de recours accessibles à toutes les personnes qui s'estiment victimes de discrimination. Très vite, les limites de ce droit sont apparues. La Cour de Justice et les directives ont alors défini une série de mesures destinées à faciliter les recours en justice. A cet égard, les

¹⁶ Ainsi selon H.W. Micklitz, « *the test is in essence a negative one. The ECJ tends to eliminate barriers which hinder the effective enforcement of subjective rights in anti-discrimination law (and not here alone). The ECJ however is not willing to strive for the availability of adequate remedies which would entail the need for upgrading or levelling up the set of national remedies (...). However, the ECJ is not willing to establish as a rule or as a threshold that Member States have to provide for adequate remedies* », in « *Judicial Activism of the European Court of Justice and the Development of the European Social Model in Anti-Discrimination and Consumer Law* », in U. Beergaard, R. Nielsen and L. Roseberry (eds), *The role of Courts in Developing a European Social Model*, Djof Publishing, 2010, p.25 and p.55.

¹⁷ CJUE, 25 avril 2013, aff. C-81/12.

directives adoptées dans les années 2000 montrent une évolution importante dans l'appréhension de la mobilisation du droit à ne pas être discriminée qui reflète une évolution de la conception même de ce droit.

II. Tempérer les obstacles aux recours judiciaires : vers un dépassement du recours individuel ?

Plusieurs voies se dessinent dans les directives qui tendent soit à faciliter le recours individuel des salariés soit à imaginer d'autres voies de réalisation du droit à ne pas être discriminé. La preuve des discriminations constitue, on le sait, un frein important à l'action en justice et très vite le régime de la preuve a été aménagé afin d'alléger la charge pesant sur les salariés (A). Une autre voie peut consister à offrir des formes de règlements alternatifs à l'action en justice, réputées moins onéreuses, plus rapides et plus accessibles (B). Enfin, une des évolutions les plus importantes du droit de l'Union européenne tient sans nul doute à l'intervention d'autres acteurs dans la mobilisation des droits à la non-discrimination qui ne sont pas les acteurs traditionnels du droit du travail (C). Il s'agit là d'une particularité du droit à la non-discrimination. Il n'en demeure pas moins, que le modèle prédominant d'intervention reste celui du modèle individuel du recours en justice et que les avancées pour aller au-delà sont encore embryonnaires.

A. L'aménagement de la charge de la preuve

On le sait, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement¹⁸. Ce régime ne s'applique cependant pas aux actions pénales, sauf si les Etats membres en disposent autrement. L'établissement par le salarié des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination reste une opération délicate. Un arrêt récent montre ainsi que l'accès aux informations nécessaires demeure problématique pour des salariés qui souhaitent établir l'existence d'une discrimination à leur égard¹⁹.

Dans l'arrêt Meister, une candidate à un emploi se prétend victime d'une discrimination à l'embauche, sans que l'on sache précisément s'il s'agit d'une discrimination fondée sur le sexe, l'âge ou l'origine. Elle se heurte au refus de l'entreprise de lui communiquer les informations relatives aux autres candidats et qui lui auraient permis d'établir des faits laissant présumer l'existence d'une discrimination. La Cour refuse d'admettre que les différentes directives reconnaissent un droit pour les personnes d'accéder à des informations détenues par l'employeur (relatives ici à une procédure de recrutement). En revanche pour la Cour, le refus de l'employeur de fournir ces informations doit être pris en compte et peut, en lui-même, constituer un fait laissant présumer l'existence d'une discrimination. La Cour semble parvenir à une solution assez équilibrée mais l'on peut regretter que la juridiction européenne n'ait pas saisi l'opportunité qui lui était offerte de clarifier la question de l'accès à des informations, dont certaines peuvent être des informations personnelles. L'arrêt Meister montre une lacune importante du droit de l'Union : celle de l'accès aux informations détenues par l'employeur dans les contentieux des discriminations.

Plus largement également la question peut se poser de l'existence de données notamment statistiques qui permettraient de rendre visibles certaines discriminations. Au niveau national, certaines procédures peuvent permettre un accès à ces informations (dans le cadre des règles en matière de procédure civile par exemple²⁰). D'autres permettent à une autorité indépendante (inspecteurs du travail ou organes de promotion de l'égalité de traitement) de mener des

¹⁸ Article 19 de la directive refonte 2006/54 ; article 8 de la directive 2000/43 et article 10 de la directive 2000/78.

¹⁹ CJUE, 19 avril 2012, aff. C-415/10, Meister. Voir le commentaire critique de Lilla Farkas, « Getting it right the wrong way ? The consequences of a summary judgment : the Meister case », *European Anti-Discrimination Law Review*, n° 15/2012, p. 29.

²⁰ Voir art. 145 CPC, Cass. soc. 19 déc. 2012, n°10-20526 et 10-20528.

enquêtes préalables²¹. L'obligation d'informer les représentants des travailleurs (voir infra) peut également être un moyen de révéler certaines inégalités dans l'entreprise. Seul, un salarié aura les plus grandes difficultés à accéder et/ou à construire cette information.

B. Les recours extra-judiciaires

Un moyen, souvent invoqué, d'améliorer les systèmes de recours peut consister à offrir des formes alternatives de règlements des litiges. Les directives relatives à la non-discrimination n'instituent pas d'obligations en ce sens. Si elles mentionnent le recours éventuel à des procédures de conciliation, et si elles ont pu inciter les Etats membres à mettre en place de telles procédures, parfois dans le cadre des organismes de promotion de l'égalité, elles ne vont pas au-delà. Le décalage est ici flagrant avec le droit de la consommation où la directive 2013/11/UE, relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, définit les conditions d'accès aux procédures extra-judiciaires et les exigences applicables aux entités de règlement extra-judiciaire des litiges²². Selon les termes du préambule de cette directive, « *il s'agit d'assurer un accès à des moyens simples, efficaces, rapides et peu onéreux de résoudre certains types de litiges* ». « *Le règlement extrajudiciaire des litiges (REL) permet d'offrir une solution simple, rapide et peu onéreuse aux litiges entre consommateurs sans qu'ils aient à intenter une action en justice. Or, le REL n'est pas encore suffisamment ni systématiquement développé dans l'Union* ». Il s'agit également d'assurer la qualité des procédures de REL.

Pour autant qu'une telle intervention soit politiquement envisageable, serait-il pertinent d'envisager l'extension de ces procédures aux litiges relatifs à la non-discrimination ? Il convient d'être prudent quant à leur capacité à mieux protéger les individus qu'une procédure judiciaire. De même, leur opportunité et la réalité de leur faible coût mérite d'être considérées avec précaution²³. Les contentieux de la non-discrimination sont complexes. Le recours aux REL, dans un contexte où, en droit du travail en général, se dessinent des évolutions tendant à éviter ou à exclure le recours aux juges, ou à limiter son office²⁴, doit être envisagé avec prudence. Il pourrait, par exemple, être développé, dans le domaine des discriminations, dans le cadre des organismes de promotion de l'égalité de traitement.

C. Le recours à de nouveaux acteurs dans le domaine de la lutte contre les discriminations

Concernant l'assistance aux victimes de discrimination, l'une des évolutions les plus importantes du droit de l'Union européenne tient sans nul doute à l'intervention d'autres acteurs dans la mobilisation des droits à la non-discrimination. La particularité du droit de la non-discrimination est que ce ne sont pas nécessairement les acteurs traditionnels du droit du travail, l'inspection du travail et les organisations syndicales ou plus largement les représentants des travailleurs, qui sont désignés par les directives comme pouvant intervenir dans ce champ.

Certes, les directives n'ignorent pas les organisations syndicales. Elles leur reconnaissent une compétence en dehors de toute action contentieuse. Les Etats membres ont ainsi la responsabilité de favoriser le dialogue social avec les partenaires sociaux ainsi qu'avec les organisations non gouvernementales concernées en vue de promouvoir l'égalité de traitement²⁵. Les partenaires sociaux sont incités à conclure des accords collectifs, au niveau approprié, établissant des règles de non-discrimination. On sort ici d'une approche purement individuelle en incitant les acteurs collectifs à se saisir des questions de discrimination. La directive de 2006 comporte quelques précisions supplémentaires car elle

²¹ J. Debrecéniova, « Ex officio investigations into violations of the principle of equal treatment : the role of labour inspectorates and other bodies », *European Anti-Discrimination Law Review*, n° 17, 2013.

²² La directive est complétée par le règlement n° 524/2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation.

²³ C. Aubert de Vincelles, « Protection des consommateurs dans les litiges de consommation », *Revue Trimestrielle de droit européen*, 2013, p. 575.

²⁴ Une analyse comparée des évolutions des droits du licenciement fait apparaître une tendance à la remise en cause du contrôle du juge ce qui peut être une source d'insécurité importante pour les salariés (voir S. Lau lom, « Dismissal law under challenge: new risks for workers », *European Labour Law Journal*, 2014-3).

²⁵ Articles 11 et 12 de la directive 2000/43, 13 et 14 de la directive 2000/78 et 21 et 22 de la directive 2006/54.

ajoute qu'afin de nourrir la négociation collective « *les employeurs sont encouragés à fournir, à intervalles réguliers appropriés, aux travailleurs et/ou à leurs représentants, des informations appropriées sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'entreprise. Ces informations peuvent contenir une synthèse portant sur les pourcentages d'hommes et de femmes aux différents niveaux de l'entreprise, les rémunérations et les écarts de rémunération, et les mesures possibles pour améliorer la situation, en coopération avec les représentants des travailleurs* ». Un droit à l'information est donc ici accordé qui peut également se révéler utile dans un contentieux individuel (voir supra). C'est ici la reconnaissance que, seules, les actions contentieuses ne peuvent suffire à éradiquer les discriminations. Les acteurs privés et notamment les organisations syndicales sont invités à jouer un rôle actif en la matière.

Les directives reconnaissent aussi un rôle aux associations et aux organisations non gouvernementales. Ainsi, selon les termes des nouvelles directives, les Etats membres doivent désormais prévoir que « *les associations, les organisations ou les personnes morales qui ont, conformément aux critères fixés par leur législation nationale, un intérêt légitime à assurer que les dispositions de la présente directive sont 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 de la présente directive* »²⁶. Il s'agit là d'un droit important dans la mesure où l'intervention des organisations peut suppléer aux carences des actions individuelles. Là encore les directives laissent aux Etats membres une liberté importante quant aux critères d'identification des personnes morales habilitées à fournir une assistance et à la nature de l'aide que ces organisations peuvent apporter aux victimes de discrimination. Concernant le type d'organisations qui peuvent accompagner une victime, on peut regretter que les directives ne fassent pas mention des organisations syndicales. Certes, les termes généraux utilisés permettent de les englober. Limiter ces droits aux organisations syndicales ne serait par ailleurs pas suffisant, dans la mesure où les organisations syndicales ne s'intéressent pas toujours aux questions de discriminations ou à certaines formes de discriminations. Dans cette perspective, il est préférable que des organisations non gouvernementales spécialisées dans la lutte contre les discriminations puissent également intervenir. La question qui se pose alors est celle des garanties que doivent présenter ces organisations amenées à représenter les intérêts des salariés.

Ce sont également des compétences minimales qui ont été définies par les directives. Si la plupart des Etats ont bien prévu la possibilité d'une assistance par ces organisations, beaucoup moins ont prévu qu'elles puissent présenter une action « pour le compte » de la victime. Les directives restent surtout silencieuses sur un type de recours qui pourraient grandement faciliter le respect du droit à la non-discrimination : les recours collectifs. Si ce type de recours intéresse les institutions de l'Union européenne depuis quelques années, c'est essentiellement dans le domaine de la protection des consommateurs et de l'application des règles de la concurrence. Le droit européen des discriminations qui a pendant longtemps joué un rôle moteur est ici en retrait. Ainsi, en 2011, lorsque la Commission européenne a lancé une consultation publique horizontale « *Renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectifs* »²⁷, les questions de discrimination sont ignorées. Suite à cette consultation, la Commission a publié une communication, en 2013, « *Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs* » qui n'évoquait les discriminations que de manière tout à fait incidente²⁸. Face aux risques d'incohérence des instruments du droit de l'Union, elle y reconnaît l'intérêt d'une approche horizontale qui permettrait de dépasser les approches sectorielles et elle indique que « *le recours collectif est, en effet, un outil procédural susceptible de présenter un intérêt pour les politiques de l'UE dans des domaines autres que la concurrence ou la protection des consommateurs. Les services financiers, la protection de l'environnement, la protection des données ou la non-discrimination en sont de bons exemples* ». Parallèlement à la communication, la Commission a adopté une recommandation qui suggère des principes communs horizontaux régissant le recours collectif dans l'Union européenne auxquels tous les États

²⁶ Article 7 de la directive 2000/43, Article 9 de la directive 2000/78 et Article 17 de la directive 2006/54.

²⁷ SEC (2011) 173 final, 4 février 2011.

²⁸ COM (2013) 401 final, 11.6.2013. Voir également la Résolution du Parlement européen du 2 février 2012, « Vers une approche européenne cohérente en matière de recours collectif ».

membres devraient se conformer²⁹. Dans la recommandation, le recours collectif est défini comme « *i) un mécanisme juridique garantissant la possibilité, pour plusieurs personnes physiques ou morales ou pour une entité ayant qualité pour agir en représentation, de demander collectivement la cessation d'un comportement illicite (recours collectif en cessation) ou ii) un mécanisme juridique garantissant la possibilité, pour plusieurs personnes physiques ou morales qui prétendent avoir subi un préjudice dans le cadre d'un préjudice de masse ou pour une entité ayant qualité pour agir en représentation, de demander collectivement réparation (recours collectif en réparation)* ». Le préjudice de masse est défini « *comme une situation dans laquelle plusieurs personnes physiques ou morales prétendent avoir subi un préjudice à l'origine d'une perte en raison même activité illicite menée par une ou plusieurs personnes physiques ou morale* ». La recommandation invite également les Etats à mettre en place des modes alternatifs de règlement des conflits collectifs.

L'introduction de recours collectifs, qui existe pour l'heure dans une douzaine de pays³⁰ et semble se diffuser, présenterait un intérêt indéniable dans le domaine des discriminations³¹. Il se heurte toutefois aux réticences des entreprises qui mettent en avant les risques d'abus que feraient naître de tels recours. Pour l'heure l'adoption d'un texte contraignant n'est pas envisagée dans un futur très proche. La recommandation invite les Etats membres à mettre en œuvre les principes qui en sont issus dans un délai de deux ans. La Commission européenne procédera à une évaluation des mesures adoptées à l'issue de ce délai. Elle étudiera alors l'opportunité de proposer des mesures contraignantes, en fonction de la mise en œuvre effective de ces principes.

Les organisations syndicales (et plus largement les partenaires sociaux) et les organisations non gouvernementales ne sont pas les seuls acteurs à avoir vocation à intervenir dans le domaine de la lutte contre les discriminations. L'une des innovations majeures des directives 2000/43 et 2006/54³² a été la définition d'une nouvelle obligation pesant sur les Etats membres de mettre en place un organisme de promotion de l'égalité de traitement, les Etats membres ayant la faculté d'intégrer ces organismes au sein d'organes chargés de défendre à l'échelon national les droits de l'homme ou de protéger les droits des personnes³³.

Selon les termes de la directive 2000/43, ces organismes doivent pouvoir apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination, conduire des études indépendantes concernant les discriminations, publier des rapports indépendants et émettre des recommandations sur toutes les questions liées à ces discriminations. La directive de 2006 a simplement ajouté à ces compétences, l'échange d'informations disponibles avec des organismes européens homologues.

On le voit, les directives définissent deux types de compétences de nature assez différentes. La première est essentiellement juridictionnelle et consiste à assister les victimes dans les différents recours qu'elles pourraient introduire. Ici, il s'agit donc essentiellement de renforcer le modèle toujours fondé sur les plaintes en espérant que le soutien de l'organisme permettra de favoriser les recours individuels et leurs aboutissements. Il n'en demeure pas moins que les directives restent particulièrement imprécises quant à la nature de l'aide que les organismes de

²⁹ Recommandation de la Commission du 11 juin 2013, relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, 2013/396/UE, JOUE, 26/07/2013, L201/60.

³⁰ I. Chopin and C. Germaine Sahl, *Developing Anti-discrimination Law in Europe*, European Commission, oct. 2013 p. 96.

³¹ L. Pécaut-Rivollier, *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Ed. Ministère du droit des femmes, déc. 2013.

³² Et avant elle la directive 2002/73. On retrouve une même disposition dans la directive 2010/41/UE concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante (article 11).

³³ Sur l'application par les Etats membres voir notamment R. R. Holtmaat, « Des catalyseurs du changement ? Les organismes de promotion de l'égalité de traitement aux termes de la directive 2000/43/CE – Existence, indépendance et efficacité », Commission européen, mars 2006. M. Ammer, J. Edthofer, B. Liegl, K. Wladasch, K., *Equality bodies country fiche, Austria, Study on equality bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC, VT/2009/012*, Commission européenne, non publié, 2010.

promotion de l'égalité sont susceptibles d'apporter. La seconde mission ne relève plus d'une approche « individuelle » de l'égalité. En chargeant les organismes de promotion de l'égalité de conduire des études indépendantes concernant les discriminations, de publier des rapports indépendants et d'émettre des recommandations, la directive pose les prémices d'une approche collective et préventive de l'égalité. Il ne s'agit plus uniquement de définir des droits à non-discrimination et de garantir que les victimes de discrimination puissent disposer de recours pour faire sanctionner le non-respect de ces droits, il s'agit de faire de ces organismes de promotion des organes susceptibles d'identifier les facteurs systémiques de ces discriminations et de proposer des solutions.

Le problème est que les dispositions européennes paraissent aujourd'hui beaucoup trop imprécises et lacunaires pour garantir que ces organismes puissent effectivement remplir leurs missions, qui mériteraient également d'être mieux définies. L'imprécision des directives engendre également une très grande variété dans la mise en œuvre de ces dispositifs par les Etats membres. De fait, les modalités d'action des organismes de promotion de l'égalité de traitement varient d'un Etat à l'autre. Les formes d'appui aux victimes peuvent être très différentes ; certaines institutions peuvent mener des enquêtes, organiser des médiations, parfois prendre des sanctions. Globalement il semble également que la plupart des organismes interviennent principalement en appui aux victimes de discrimination et/ou en enquêtant et en statuant sur des cas de discrimination. La réalisation d'études et rapports et la formulation de recommandations sont une activité bien plus marginale du fait parfois de ressources insuffisantes.

Une lacune importante des textes communautaires tient également au champ limité d'intervention de ces organismes. L'obligation de les mettre en place n'existe qu'à l'égard des discriminations liées à la race et au sexe, la directive 2000/78 n'ayant pas prévu de dispositions analogues. Fort heureusement, la plupart des Etats membres ont reconnu aux institutions mises en place une compétence qui couvre l'ensemble des discriminations interdites par le droit de l'Union européenne et peuvent également aller au-delà lorsque les droits nationaux interdisent d'autres motifs de discrimination. On assiste également au sein des Etats membres à une tendance à fusionner les différents organes spécialisés qui pouvaient exister au sein d'une même institution qui devient désormais compétente pour un ensemble de discriminations.

Il serait certainement souhaitable que des standards de fonctionnement et des compétences plus précises soient définis au niveau européen. Concernant les compétences, la possibilité pour les organismes de promotion de l'égalité de traitement d'agir en leur nom, de mener des enquêtes, d'obtenir des informations auprès des institutions suspectées de pratiques discriminatoires pourrait constituer un premier socle de droits. Concernant par exemple la possibilité d'agir de ces organes, deux arrêts montrent cette lacune actuelle du droit de l'Union. Dans les arrêts *Feryn*³⁴ et *Asociatia Accept*³⁵ que nous avons déjà évoqués, aucune victime identifiable ne pouvait engager une action. Dans l'arrêt *Feryn*, c'est l'organisme belge de promotion de l'égalité qui a engagé le recours et dans l'arrêt *Asociatia Accept*, il s'agissait d'une organisation non gouvernementale dont l'objet est de promouvoir et de protéger les droits des personnes lesbiennes, gay, bisexuelles et transsexuelles. Ces deux décisions montrent à la fois l'importance des dispositions des directives destinées à assurer un meilleur recours au droit et notamment le droit pour des associations ou pour des organismes de promotion de l'égalité de pouvoir agir pour le compte d'une victime mais également les limites de ces textes qui n'imposent pas que ces organes puissent engager des procédures sans agir au nom d'un plaignant déterminé ou en l'absence de plaignant identifiable.

Conclusion

La question de la défense des droits notamment par un recours judiciaire n'est pas nouvelle en droit du travail mais le champ des discriminations montre aussi que des solutions innovantes peuvent émerger. Ces dernières emportent l'intervention d'acteurs peu familiers des spécialistes du droit du travail. Alors que la mise en œuvre des droits prend

³⁴ CJCE, 10 juillet 2008, aff. C-54/07, *Firma Feryn NV*.

³⁵ CJUE, 25 avril 2013, aff. C-81/12.

traditionnellement appui sur les organisations syndicales ou plus généralement sur les représentants des travailleurs dans les entreprises et sur l'inspection du travail, le domaine des discriminations, voit intervenir d'autres acteurs : d'une part les organisations non gouvernementales qui représentent les intérêts des personnes discriminées et, d'autre part, les organismes de promotion de l'égalité de traitement. Il convient alors de s'interroger sur les manières dont s'articulent les interventions des différents acteurs dont les actions doivent être complémentaires.

Si le droit européen garantit un accès au juge pour les victimes de discrimination et s'il a défini une série de mécanismes destinés à soutenir la victime, il demeure encore incomplet sur plusieurs points. A telle enseigne que l'on peut se demander si le droit européen des discriminations continuera à l'avenir à jouer le rôle moteur qui a été le sien jusqu'à présent. Alors même que beaucoup de pays de l'Union européenne connaissent toujours une situation économique difficile qui contribue à multiplier les inégalités de traitement et les phénomènes d'exclusion, une intervention législative européenne renforçant le droit de la non-discrimination demeure toujours peu probable. Parallèlement, ce droit de la non-discrimination joue un rôle qui n'est pas négligeable dans les pays où l'on assiste à une remise en cause des droits du travail nationaux. Ce droit constitue un minimum de droits qui ne peut être remis en cause et peut devenir, de ce fait, un axe central du droit du travail³⁶. Le droit à la non discrimination s'érige ainsi en l'une des dernières protections des salariés en même temps qu'il renouvelle les modalités d'articulation entre l'individuel et le collectif.

³⁶ Ainsi les pays qui remettent en cause le droit du licenciement maintiennent des règles spécifiques en matière de non-discrimination, voir S. Laulom, *op. cit.*