

Discrimination multiple: sexe et âge

Prof. Christa Tobler, docteur en droit, LL.M.
Instituts de l'Europe des universités de Bâle et
de Leiden (Pays-Bas)

8e Conférence COC
20 novembre 2014, Aarau

Pour commencer

Trouvé dans la presse: le cas Anna Stoehr

- Article dans la NZZ du 15 octobre 2014: „Femme de 114 ans trop âgée pour Facebook“.
- Madame Anna Stoehr de Minnesota (USA), âgée de 114 ans, souhaite d'inscrire sur Facebook, qui ne propose pas son année de naissance sur le formulaire d'inscription. Elle est obligée de prétendre qu'elle a 99 ans.
- Il s'agit d'une femme âgée. S'agit-t-il d'un cas de multidiscrimination en raison de l'âge et du sexe?
 - Age: de toute évidence.
 - Sexe? Moins évident. Peut-être indirectement dans la mesure où il existe nettement plus de femmes très âgées que d'hommes?

Aperçu

Structure de l'exposé

- Approche du phénomène juridique de la multidiscrimination: du principe d'égalité aux interdictions de discrimination.
- Multidiscrimination.
- En particulier: sexe et âge.
- Il s'agit d'un exposé de droit comparé: droit suisse (votre domaine de travail) et droit européen (mon domaine de travail).

Littérature

Recommandations de publications récentes

- Tarek Naguib, ‚Mehrdimensionalität im schweizerischen Antidiskriminierungsrecht: Eine _ Leerstelle?‘, dans: Simone Philipp u.a. (Hrsg.), *Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung. Soziale Realitäten und Rechtspraxis*, Baden-Baden: Nomos / Zurich/St-Gall: Dike / facultas.wuv: Vienne 2014, 231-260.
- Dagmar Schiek/Victoria Chege, *European Union Non-Discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, Londres/New York: Routledge-Cavendish 2009.
- Susanne Burri/Dagmar Schiek, *Multiple Discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities 2009; http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/multiplediscriminationfinal7september2009_en.pdf.

Principe d'égalité (1)

Principe du droit de non-discrimination

- Souvent formulé de façon générale, par ex. dans une constitution ou un document consacré aux droits fondamentaux d'une communauté ou d'une organisation.
- Deux exemples:
 - Art. 8, al. 1 de la Constitution fédérale suisse (CF):
„Tous les êtres humains sont égaux devant la loi.“
 - Art. 20 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne :
„ Toutes les personnes sont égales en droit.“
- Mais:
Qu'est-ce que cela signifie? – Une interprétation s'impose ...

Principe d'égalité (2)

Interprétation classique selon Aristote

- Aristote (IVe s. av.J.-C.):
„La justice c'est de traiter également des personnes égales et inégalement des personnes inégales et que par conséquent dans certains cas l'inégalité est juste et l'égalité injuste“
- Amène à la définition classique de l'égalité devant la loi et à la notion inverse de discrimination.
- Discrimination:
 - Traiter inégalement ce qui est égal.
 - Traiter également ce qui est inégal.
 - Traiter inégalement ce qui est inégal, mais pas proportionnellement à l'inégalité.

Principe d'égalité (2)

Formulation ouverte

- Accent sur la comparabilité, c.-à-d. sur les différences juridiques importantes, pour lesquelles aucune mesure n'est fixée. L'interprétation varie au cours du temps et selon la société.
- Critique:
 - Par ex. Peter Westen: „empty formula“.
 - Par ex. Catherine MacKinnon: dans les principaux aspects, les femmes et les hommes ne sont pas comparables.
- Reste pourtant la conception prédominante dans le monde occidental (exceptions intéressantes: le Canada depuis la décision de la Court suprême dans l'affaire *Andrews* de 1989).
- Comment remédier?

Interdictions de discriminer (1)

Remède par une approche concrète

- Précision de la formulation ouverte au moyen de l'introduction d'interdictions spécifiques de discriminer.
- Par ex. „ L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail égal et de valeur égale“ et „interdiction de discriminer quelqu'un du fait de son sexe“:
 - L'accent est mis sur la première partie de la formule d'Aristote (traitement égal), ce qui implique que les traitements inégaux doivent être justifiés.
 - L'accent est mis sur une raison de discrimination. Celle-ci implique que dans le secteur pertinent, la différence effectivement existante du sexe n'a aucune importance du point de vue juridique.

Interdictions de discriminer (2)

Exemples de raisons de discrimination

- Art. 8, al. 2 CF:
„ Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son **sexe**, de son **âge**, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique.“
- Art. 21 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta:
„ Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le **sexe**, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'**âge** ou l'orientation sexuelle.“

Interdictions de discriminer (3)

Passage du niveau de la constitution à celui de la loi

- Problème pratique: De telles dispositions ne sont souvent pas applicables immédiatement et/ou très générales.
- D'où davantage de précision au niveau de la loi:
 - Suisse:
 - Suisse – Loi sur l'égalité 1995: activité lucrative.
 - Age: pas d'autres précisions au niveau de la loi (!).
 - Union européenne:
 - Sexe - Art. 157 TFUE et directives 2006/54 (activité lucrative, sécurité sociale), 79/7 (protection sociale légale), 2010/41 (activité indépendante) et 2004/113 (accès biens et services).
 - Age: directive 2000/78 sur l'égalité en matière d'emploi et de travail (+ un projet de directive portant sur d'autres secteurs).

Interdictions de discriminer (4)

Systemes fermés et combinaisons

- Nombre limité de causes de discrimination dans lesquelles il faut „caser“ les cas.
- Quelques défis:
 - Que signifient les notions contenues dans les causes de discrimination? Dans quelle mesure se prêtent-elles à des interprétations?
 - Que faire des cas qui semblent concerner plus d'une cause de discrimination, donc une combinaison de causes?
 - Amène éventuellement au problème de la multidiscrimination.
 - Concernant le droit européen, cf. **Charte 10/9** (de: Christa Tobler/Jacques Beglinger, Essential EU Law in Charts, 3e éd., HVG-Orac: Budapest 2014).
 - Notion: discrimination cumulative contre discrimination intersectionnelle – cf. page suivante.

Multidiscrimination (1)

Notions

- Discrimination cumulative:
 - Deux ou plusieurs causes de discrimination sont invoquées.
 - L'importance réside dans le **cumul des causes**.
 - Par ex. refus d'un poste de travail parce que la candidate est une femme ayant dépassé un certain âge (ni les femmes ni les hommes au-delà de la limite d'âge en question ne sont engagés).
- Cas particulier de la discrimination intersectionnelle:
 - Notion selon Kimberlé Williams Crenshaw (1989).
 - Deux ou plusieurs causes de discrimination sont invoquées.
 - L'importance réside dans le **recoupement des causes**.
 - Par ex. refus d'un poste de travail parce que la candidate est noire et femme (il n'est par contre pas refusé à d'autres femmes ni à d'autres hommes noirs).

Multidiscrimination (2)

Défis

- Analyse des faits:
Identifikation des causes de discrimination déterminantes.
- Analyse juridique:
 - Domaine d'application des lois (éventuellement) déterminantes.
 - Combinaison de différents types de discrimination.
 - Diverses possibilités de justification.
- Protection juridique:
 - Exigences de preuve diverses.
 - Différences de conséquences entre les dispositions (par ex. conséquence immédiate).
 - Définition de sanctions adéquates.

Multidiscrimination (3)

Pratique: *The Glimmer Man*

- *Maughan v. The Glimmer Man*, Equality Tribunal irlandais (2001).
- Faits:
Un rom malvoyant avec chien-guide souhaite entrer au club “The Glimmer Man” en compagnie de son épouse et de son fils âgé de 13 ans. L'accès leur est refusé (club interdit aux mineurs). Une fois que le fils a été renvoyé à la maison, l'accès leur est encore refusé à cause du chien (animaux non admis). L'homme a l'impression que le fait qu'il est rom joue un rôle.
- Argument:
Discrimination simultanée en raison du “family status”, “disability” und “membership of the traveller community”.
- Décision:
L'*Equality Officer* examine chaque cause séparément ..., évitant ainsi tout problème de cumul. Décision: seule cause admise “family status”.

Multidiscrimination (4)

Pratique: cas du *port du foulard* neerlandais

- *Oordeel* 2010-78 de la *Commissie Gelijke Behandeling* de l'époque.
- Faits:
Une femme ne trouve pas de place de stage parce qu'elle porte le foulard par conviction religieuse (musulmane).
- Argument:
Discrimination en raison de sa religion et de son sexe.
- Décision:
 - Domaine: éducation, formation.
 - Traitement indirect inégal en raison de la religion, qui, dans les circonstances précises, n'est pourtant pas interdite.
 - Une discrimination indirecte en raison du sexe aboutirait au même résultat et ne doit pas être examinée plus à fond.
- N.B.: la plupart des cas de port du foulard sont traités dans le cadre d'une discrimination religieuse.

Sexe et âge (1)

Droit européen: ancienne pratique de la CJUE

- Problème pratique:
Le droit européen relatif à la discrimination pour cause d'âge n'existe que depuis 2000.
- Cf. par ex. les fameux cas *Defrenne* des années 70:
 - Faits:
Sabena a licencié l'hôtesse de l'air Gabrielle Defrenne en raison de son âge. Il n'existe aucune règle équivalente pour les stewards.
 - Décision de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) :
Ne pouvait prendre position que par rapport à la discrimination en raison de l'âge.

Sexe et âge (2)

Aujourd'hui: remarques explicites dans le droit européen

- Préambules des directives européennes 2000/43 et 2000/78:
Les femmes sont plus souvent victimes de multidiscriminations. (Mais: c'est tout.)
- Les cas tels que *Meister* (2012) échouent souvent pour des raisons pratiques:
 - Faits:
La Russe Galina Meister, la mi-quarantaine, postule pour un poste pour lequel elle est parfaitement qualifiée. Elle n'est pas convoquée à des entretiens, le poste est remis en concours.
 - Argument ou plutôt supposition:
Discrimination en raison du sexe, de l'âge et de l'origine.
 - Mais: aucune preuve.

Sexe et âge (3)

Pratique judiciaire suisse

- Selon Naguib (2014):
 - Il n’y a pas de pratique explicite, ni dans les arrêts de tribunal ni dans le cadre de procédures de médiation liées à la loi sur l’égalité (!);
 - Les raisons de ce “_ vide” sont par ex. des tâches aveugles et le pragmatisme forensique;
 - Il faut un “intersectional turn”.
- Naguib cite des exemples de multidiscrimination potentielle:
 - Ceux-ci ne concernent la plupart du temps pas le sexe et l’âge, mais, par ex. lors d’une naturalisation, l’éthnie en association avec un handicap ou la religion.
 - Exception: arrêt V 98 245 du tribunal administratif du canton de Lucerne.

Sexe et âge (4)

Suisse: arrêt V 98 245 du tribunal administratif du canton de Lucerne

- **Faits:**
La mère d'un enfant en bas âge n'est pas engagée dans une entreprise. Justification: l'enfant entraîne plus d'absences, une nouvelle grossesse ne peut pas être exclue. Une femme plus âgée est engagée à la place.
- **Tribunal:**
Les femmes de différents âges sont victimes de différentes discriminations.
- **Naguib:** = analyse pluridimensionnelle implicite, mais sans fondement théorique et sans conséquences particulières. Pas d'argument correspondant du représentant légal.
- (Pour mémoire: pas de loi en matière de discrimination pour cause d'âge!)

Le mot de la fin

Des cas pour réfléchir ... et encore plus de complexité

- S'agit-il de cas de multidiscrimination?
 - Encore une fois: Facebook et Anna Stoehr (NZZ 15.10.2014).
 - Conditions d'admission à l'université de Bâle pour les femmes en 1890: „Les Suissesses de plus de 18 ans ainsi que [...] les étrangères [...] au bénéfice d'un parcours scolaire suivi dans le canton (de Bâle) “.
 - ... “Inventez” d'autres exemples “rigolos”!
- Et de nouvelles perspectives de complexité, voir par ex.: Jacqueline Granleese/Gemma Sayer, ‘Gendered ageism and lookism: a triple jeopardy for female academics’, *Women In Management Review* 21 (2006), p. 500-517.

Je vous remercie de votre
attention !

Contact:

christa.tobler@unibas.ch

OU

r.c.tobler@law.leidenuniv.nl