

Le developpement de la législation contre les discriminations en Europe
Une comparaison entre les 25 États membres de L'Union

Septembre | 2005



Pour la diversité



Contre les discriminations

Une initiative de l'UE

LE RÉSEAU EUROPÉEN DES EXPERTS JURIDIQUES EN MATIÈRE DE NON-DISCRIMINATION



Le développement de la législation contre les discriminations en Europe

Une comparaison entre les 25 États membres de L'Union

préparée par Janet Cormack et Mark Bell
à l'intention du Réseau européen des experts indépendants en matière de non-discrimination

Septembre 2005
(sur la base d'information en cours au 1er janvier 2005)

Le contenu de cette publication ne reflète pas nécessairement l'opinion ou le point de vue de la Direction Générale Emploi, Affaires sociales & Egalité des chances de la Commission européenne. Ni la Commission européenne ni aucune personne agissant en son nom ne sont responsables de l'utilisation qui pourrait être faite des informations contenues dans cette publication.

La présente publication a été commanditée par la Commission européenne dans le cadre du Programme d'action de la Communauté européenne visant à lutter contre la discrimination (2001-2006). Ce programme a été établi en vue de soutenir la mise en œuvre efficace de la nouvelle législation relative à l'anti-discrimination de l'UE. Ce programme de six années cible toutes les parties prenantes qui peuvent contribuer à concevoir l'élaboration d'une législation et de politiques d'anti-discrimination appropriées et efficaces dans les 25 Etats que compte l'Union européenne, dans l'AELE et dans les pays candidats à l'adhésion à l'UE. Ce programme d'action poursuit trois objectifs principaux, à savoir:

- 1. Une meilleure compréhension des questions liées à la discrimination*
- 2. Le développement de moyens permettant de traiter efficacement la discrimination*
- 3. La promotion des valeurs qui sous-tendent la lutte contre la discrimination*

Pour plus d'information à ce sujet, on pourra se rendre sur le site: http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/index_en.htm

Production:

human european consultancy

Hooghiemstraplein 155

3514 AZ Utrecht

Pays-Bas

www.humanconsultancy.com

Migration Policy Group

Rue Belliard 205, boîte 1

1040 Bruxelles

Belgique

www.migpolgroup.com

Pour obtenir gratuitement un exemplaire par voie postale, veuillez envoyer votre demande à l'adresse suivante:

comparative@non-discrimination.net

© **Photographie et conception:** Ruben Timman / www.nowords.nl

Texte traduit par: Dominique Barbier et Evelyne Fremaux

ISBN 2-930399-23-6

Table des matières

Préface	7		
Sommaire	8		
1. Introduction	13		
2. Les motifs de discrimination	19		
A. Quels sont les motifs inclus?	20		
B. L'origine ethnique et raciale	21		
C. La religion ou les convictions	23		
D. Le handicap	24		
E. L'orientation sexuelle	25		
F. L'âge	26		
G. La discrimination supposée et associée	26		
3. La définition de la discrimination	29		
A. La discrimination directe	31		
B. La discrimination indirecte	32		
C. Le harcèlement	34		
E. Le comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes	36		
4. L'obligation de l'aménagement raisonnable	39		
5. Les champs d'application personnel et matériel des dispositions nationales	43		
A. Le champ d'application personnel	44		
B. Le champ d'application matériel	45		
6. Les exceptions au principe de l'égalité de traitement et l'action positive	53		
A. Les exigences professionnelles essentielles et déterminantes	54		
		B. Les employeurs ayant une philosophie basée sur la religion ou des convictions	55
		C. Les forces armées et autres professions spécifiques	57
		D. La discrimination fondée sur la nationalité	58
		E. Les allocations familiales	59
		F. La santé et la sécurité	60
		G. Les exceptions liées à la discrimination fondée sur l'âge	62
		H. La sécurité publique, l'ordre public, les infractions pénales, la protection de la santé, la protection des droits et libertés d'autrui	66
		I. Autres exceptions	66
		J. L'action positive	67
		7. Voies de recours et la mise en application	71
		A. Les procédures judiciaires et administratives	72
		B. La qualité pour agir en justice et les associations	76
		C. La charge de la preuve	79
		D. Les mesures de rétorsion	80
		E. Sanctions	82
		8. Les organismes de promotion de l'égalité de traitement	87
		9. La mise en oeuvre et la conformité	93
		A. Diffusion de l'information, dialogue social et dialogue avec la société civile	94
		B. Mise en conformité	97
		10. Conclusion	103

Les rapports nationaux et l'analyse comparative ont été préparés par une équipe se composant de:

Gestion du contenu:

Jan Niessen et Fiona Palmer

Gestion du soutien:

Evelyn van Royen

Comité scientifique:

Sandra Fredman, Christopher McCrudden et Gerard Quinn

Coordinateurs de motifs:

Christine Bell, Mark Bell, Isabelle Chopin, Mark Freedland et Lisa Waddington

Experts nationaux:

Dieter Schindlauer (Autriche), Olivier de Schutter (Belgique), Nikos Trimikliniotis (Chypre), Pavla Boucková (République tchèque), Niels-Erik Hansen (Danemark), Vadim Poleshchuk (Estonie), Timo Makkonen (Finlande), Sophie Latraverse (France), Susanne Baer (Allemagne), Nikos Gavallas (Grèce), András Kádár (Hongrie), Shivaun Quinlivan (Irlande), Alessandro Simoni (Italie), Gita Feldhune (Lettonie), Saule Vindrinskaite (Lituanie), François Moyses (Luxembourg), Tonio Ellul (Malte), Marianne Gijzen (Pays-Bas), Pawel Filipek (Pologne), Manuel Malheiros (Portugal), Zuzana Dlugosova (Slovaquie), Maja Katarina Tratar (Slovénie), Lorenzo Cachón (Espagne), Ann Numhauser-Henning (Suède) et Barbara Cohen (Royaume-Uni).

Preface

Dans un très grand nombre de pays européens, la législation relative à l'anti-discrimination a été réexaminée et modifiée au cours de ces deux dernières années. Cette opération majeure et sans précédent s'est amorcée par l'adoption en 2000 de deux actes de la législation européenne, la directive relative à l'égalité raciale et la directive relative à l'égalité en matière d'emploi. Le Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination a préparé une série de rapports nationaux décrivant la façon dont ces directives ont été transposées dans les 25 Etats membres de l'Union européenne. La mise sur pied et la gestion de ce réseau sont assurées par human european consultancy et le Migration Policy Group au nom de la Commission européenne.

Ces rapports ont été rédigés par des experts nationaux indépendants dans chacun des Etats membres. Les informations ont été fournies en réponse à des questions rédigées dans l'optique d'établir un format modèle épousant étroitement les dispositions des deux directives. Le conseil scientifique du Réseau, des coordinateurs de motifs (experts pour les cinq motifs de discrimination des directives) et un gestionnaire de contenu ont lu et commenté les divers projets des rapports. Le processus rédactionnel s'est inspiré aussi des commentaires de juristes de la Commission européenne. Les Etats membres ont bénéficié également de l'occasion de commenter le projet final, une possibilité dont ils n'ont profité que de façon minimale. Les 25 rapports traitent des nombreux changements apportés à la législation nationale, de la mise en place de mécanismes d'exécution et de l'adoption d'autres mesures. Ils contiennent aussi des informations courantes à compter du 1er janvier 2005. C'est la raison pour laquelle la présente analyse comparative se fonde uniquement sur la loi dans son état au 1er janvier 2005. En tant que tels, ils constituent une source d'information précieuse sur la législation nationale relative à l'anti-discrimination, une source qui sera remise à jour annuellement. On trouvera ces rapports sur le site web de la Commission, à l'adresse suivante:

http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/policy/aneval/legnet_en.htm#coun

La présente analyse comparative, préparée par Mark Bell (Université de Leicester) et Janet Cormack (Migration Policy Group) compare les informations présentées dans ces rapports nationaux sous un format reflétant celui des rapports eux-mêmes et tire certaines conclusions des informations qui s'y trouvent.

Le Réseau continuera à suivre les modifications apportées aux politiques et aux lois nationales d'anti-discrimination et en rendra compte dans la Revue bisannuelle de la législation européenne relative à l'anti-discrimination. Les rapports mis à jour seront publiés dans le courant de l'année 2006.

Il conviendrait de noter entre-temps que, comme le requièrent les directives, la Commission soumettra ses rapports officiels au Conseil et au Parlement fin de l'année 2005/milieu de l'année 2006 sur la mise en œuvre, respectivement, des directives 2000/43 et 2000/78.

Utrecht - Bruxelles

Juillet 2005

Sommaire

1. Dans la plupart des Etats membres, la législation relative à l'anti-discrimination dépasse les exigences de la législation européenne, qu'il s'agisse des motifs de discrimination interdits par la loi, du champ de protection ou des compétences de l'organisme spécialisé dans la promotion de l'égalité de traitement. Pourtant, bon nombre d'Etats connaissent encore d'importants vides juridiques.
2. Alors qu'avant la transposition de la directive relative à l'égalité raciale (2000/43/CE) et de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi (2000/78/CE) un grand nombre d'Etats membres de l'UE offraient une protection contre la discrimination au travers d'une mosaïque de clauses d'égalité - largement déclaratoires - dans une série d'instruments législatifs, la plupart d'entre eux ont adopté depuis une législation d'anti-discrimination spécifique plus visible. La plupart des Etats membres ont transposé les directives au travers du droit civil et de la législation du travail et une minorité d'entre eux au travers du droit pénal aussi. Deux Etats membres doivent encore procéder à l'adoption d'une législation principale.
3. La plupart des Etats membres ont inclus dans leur législation d'anti-discrimination nationale tous les motifs de discrimination inscrits dans les deux directives. Malgré quelques difficultés initiales, l'orientation sexuelle est désormais présente dans la grande majorité des législations nationales. La plupart des Etats membres ont choisi de ne pas définir les motifs de discrimination dans leur législation de mise en œuvre des directives. Un nombre considérable d'Etats membres ont choisi de ne pas restreindre les nouvelles lois d'anti-discrimination aux motifs cités dans les directives. Outre une extension de la liste des motifs de discrimination interdits, divers pays en ont fait une liste non exhaustive en y ajoutant une phrase telle que "ou toute autre circonstance".
4. Dans leur grande majorité, les Etats membres ont introduit une législation qui interdit explicitement la discrimination directe et la discrimination indirecte, le harcèlement et tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination. En outre, dans la plupart des cas, les définitions fournies dans la législation nationale sont très similaires à celles que l'on trouve dans les directives. Bon nombre d'Etats ont reproduit pour l'essentiel le texte des directives relatif à ces concepts principaux.
5. La mise en œuvre de la disposition de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi qui concerne l'aménagement raisonnable est inégale. Lorsque des dispositions nationales existent, elles varient considérablement entre les pays qui prévoient une obligation de base, comportant une légère élaboration de la façon dont elles devraient être mises en œuvre, et ceux qui donnent des indications plus précises quant à son application pratique.
6. Dans l'ensemble, la protection contre la discrimination fondée sur l'un des motifs stipulés dans les directives telle qu'elle est prévue dans les Etats membres est indépendante de la nationalité, de la citoyenneté ou du statut de résidence. Dans la majorité des Etats membres, les personnes, qu'elles soient physiques ou morales, sont protégées contre la discrimination. On ne trouve pas de divergences parmi les règles nationales quant à savoir qui doit être tenu responsable de la discrimination, particulièrement lorsqu'elle survient sur le lieu de travail.

7. Alors qu'une majorité d'Etats membres semblent rencontrer le champ d'application matériel des directives, des lacunes significatives subsistent quand même. Dans certains pays, la transposition ne touche que le secteur privé. Une omission est commune à tous les Etats membres, celle qui concerne le travail indépendant. Cinq Etats membres (la République tchèque, l'Estonie, la Lettonie, Malte et la Pologne) doivent encore transposer la directive relative à l'égalité raciale dans les domaines extérieurs à l'emploi. Globalement, la protection contre la discrimination au niveau des biens et services se restreint à ceux qui sont disponibles au public. Diverses façons de distinguer les biens disponibles au niveau public de ceux qui le sont au niveau privé sont apparues. Un certain nombre de pays prévoient le même champ d'application pour tous les motifs, allant donc plus loin que les directives.
8. Les exceptions au principe de l'égalité de traitement admises en vertu des directives ont été largement reprises dans la législation nationale. Dans certains cas, on peut suspecter que les exceptions sont plus larges que ce qu'autorisent les directives. La plupart des Etats membres prévoient des mesures d'action positive afin d'empêcher ou de compenser les désavantages liés à l'un des motifs de discrimination.
9. Tous les Etats combinent procédures judiciaires - selon le type de droit, civil, pénal, du travail et/ou administratif - et procédures extrajudiciaires. Certaines procédures extrajudiciaires sont d'applicabilité générale mais prévoient un forum effectif pour les cas de discrimination alors que d'autres ont été créées spécialement pour des cas de discrimination comme autre procédure de résolution des litiges devant les juridictions ordinaires. Alors que la plupart des Etats membres prévoient maintenant un transfert de la charge de la preuve dans les cas de discrimination, on peut suspecter l'existence d'incohérences par rapport aux dispositions des directives dans un certain nombre d'Etats membres. Il en va de même de l'interdiction des rétorsions. Il convient de considérer au cas par cas si les sanctions appliquées dans les Etats membres satisfont au test d'"effectivité, de proportionnalité et de dissuasion". Toutefois, quelques rares experts nationaux prédisent actuellement que les sanctions et voies de recours en vigueur dans leurs pays respecteront cette norme.
10. Tous les Etats membres pratiquement disposent actuellement d'organismes de promotion de l'égalité de traitement et ont confié les fonctions qui doivent être exécutées par de tels organismes à un organisme existant tel qu'un institut national des droits de l'homme. Une forte proportion d'organismes est compétente non seulement pour ce qui concerne la discrimination fondée sur l'origine raciale et ethnique mais aussi sur d'autres motifs. Dans bon nombre de pays, les fonctions des organismes spécialisés vont au-delà de celles énumérées dans la directive relative à l'égalité raciale. Il reste à voir toutefois si tous les organismes sont à même d'assurer l'exécution de leurs fonctions en toute indépendance, comme l'exige la directive.
11. Rares sont les Etats membres dont on peut estimer qu'ils ont transposé adéquatement les exigences des directives qui leur imposent de diffuser l'information sur les lois relatives à la discrimination, de promouvoir un dialogue social et d'encourager le dialogue avec les organisations non gouvernementales, des tâches souvent confiées à l'organisme spécialisé dans la promotion de l'égalité de traitement. L'on observe plus de cas de dialogues structurés pour le motif du handicap que pour les autres motifs de discrimination.

12. Rares aussi sont les pays qui ont veillé systématiquement à ce que tous les textes juridiques existants soient conformes au principe de l'égalité de traitement. Dans la plupart des pays, l'abrogation des lois discriminatoires sera l'effet d'une constatation de leur caractère discriminatoire par les juridictions. On rencontre plus fréquemment parmi les Etats membres une législation pouvant conduire à l'annulation de clauses discriminatoires dans les contrats ou les conventions collectives, les règlements internes d'entreprises ou les règlements régissant les professions et le travail d'indépendant ainsi que les organisations de travailleurs et d'employeurs.
13. Le problème qui se pose avec le plus d'acuité dans toute l'UE est celui de l'application correcte des lois d'anti-discrimination nationales et la mise en application active des droits dans la pratique.



Chapitre 1

Introduction

Ce rapport s'est fixé pour objectif de comparer et mettre en contraste les lois d'anti-discrimination que l'on trouve dans les 25 Etats membres de l'UE, telles qu'elles sont décrites en détail dans les rapports nationaux rédigés par le Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination et résumés dans la présente publication. Il identifiera les tendances et les composantes communes que l'on observe entre les divers pays au niveau de la mise en œuvre de la directive relative à l'égalité raciale (2000/43/CE) et de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi (2000/78/CE). Il traitera individuellement et collectivement les motifs de discrimination énumérés dans les directives, à savoir l'origine ethnique et raciale, la religion et les convictions, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle. On rappellera que ce rapport s'est fixé pour objectif d'offrir une vue générale des législations nationales dans l'ensemble de l'UE. Si les lecteurs souhaitent une information plus nuancée et plus approfondie sur la législation d'un pays en particulier, ils sont invités à se référer aux rapports nationaux détaillés¹.

Il n'appartient pas à la portée de ce rapport d'évaluer dans quelle mesure les Etats membres ont pleinement respecté les directives ni d'évaluer l'impact législatif des directives européennes sur les lois des Etats membres, bien qu'il puisse servir, parmi d'autres instruments, à une telle évaluation. Le processus de transposition a fait apparaître certaines ambiguïtés dans les directives, que le présent rapport ne cherchera pas à clarifier même s'il émettra certaines suggestions à cet égard lorsque cela lui semblera approprié.

La directive relative à l'égalité raciale devait être transposée dans la législation nationale pour le 19 juillet 2003 dans les 15 "anciens" Etats membres et pour le 1er mai 2004 dans les 10 nouveaux Etats membres, date de leur entrée dans l'UE. La directive relative à l'égalité en matière d'emploi devait être transposée pour le 2 décembre 2003 dans les "anciens" Etats membres et pour le 1er mai 2004 dans les nouveaux. A ce jour donc, on commence à voir poindre les manifestations de la mise en œuvre des directives et distinguer les domaines dans lesquels les Etats membres sont allés au-delà des exigences fixées par la législation européenne. Le présent exercice comparatif analysera aussi la conformité des législations en place, leur non-conformité suspectée et les cas où elles dépassent les exigences imposées par les directives.

Sur les 25 Etats membres, ils sont 17 à avoir généralement, si ce n'est totalement dans certains cas, transposé les deux directives dans leur législation nationale. Il s'agit de la Belgique, de Chypre, du Danemark, de la Finlande, de la France, de la Grèce, de la Hongrie, de l'Irlande, de l'Italie, de la Lituanie, des Pays-Bas, du Portugal, de la Slovénie, de la Slovaquie, de l'Espagne, de la Suède et du Royaume-Uni. La République tchèque, l'Estonie, la Lettonie, Malte et la Pologne ont transposé partiellement les directives mais une législation importante y fait encore défaut à cet égard, surtout en ce qui concerne le champ d'application de la directive relative à l'égalité raciale au-delà du domaine de l'emploi (article 3(1)(e)-(h)). La législation principale de mise en oeuvre des directives est attendue encore en Allemagne et au Luxembourg, où l'adoption d'une législation d'anti-discrimination générale est en souffrance. Une poignée d'Etats membres ont encore jusqu'à 2006 pour transposer les dispositions liées à l'âge et au handicap, ayant averti la Commission européenne qu'ils entendaient profiter de l'option des trois années supplémentaires octroyées pour

¹ Commission européenne

transposer ces dispositions (article 18 de la directive 2000/78). Il s'agit de la Belgique, de l'Allemagne, des Pays-Bas, de la Suède et du Royaume-Uni pour ce qui concerne le motif de l'âge et de la France et du Royaume-Uni pour le handicap.

En première observation, on peut identifier un certain nombre de méthodes de transposition différentes parmi les Etats membres:

Les lois d'anti-discrimination qui reproduisent plus ou moins littéralement les directives	Chypre (2 lois), la Grèce (1 loi pour les deux) et l'Italie (2 décrets)
Les lois d'anti-discrimination régissant plus de motifs de discrimination que les directives	L'Autriche, la Belgique, la Finlande, l'Irlande, la Hongrie, les Pays-Bas, la Slovaquie
Une combinaison de lois d'anti-discrimination à motifs multiples et de lois à motif unique	Le Danemark, les Pays-Bas, la Suède
Plusieurs actes de la législation d'anti-discrimination fondée sur un seul motif	Le Royaume-Uni
La combinaison d'une législation spécifique et de la législation du travail	La Slovénie
La combinaison d'une législation spécifique, du code pénal, de la législation du travail, d'une législation administrative	La France, la Lituanie, le Portugal
La transposition des directives dans une loi générale beaucoup plus large	L'Espagne
Une transposition se limitant pour l'instant à la législation du travail	L'Estonie, la République tchèque, la Lettonie, Malte, la Pologne
Une transposition encore en souffrance	L'Allemagne, le Luxembourg

Une seconde observation concerne les méthodes de mise en oeuvre relatives plus particulièrement à la discrimination fondée sur l'âge. La transposition de la directive 2000/78 concernant la discrimination fondée sur l'âge a posé quelques défis spécifiques par rapport aux autres motifs du fait que la grande majorité des Etats membres ne possédaient pas de législation générale contre la discrimination liée à l'âge et n'avaient pas mené de véritable débat sur la façon dont cette législation pourrait affecter les lois et pratiques existantes au niveau de l'accès à l'emploi des jeunes travailleurs et des travailleurs âgés ainsi qu'au niveau du départ à la retraite des travailleurs âgés. On peut identifier deux profils ou modèles contrastants quant à la manière dont les Etats membres ont choisi de faire face à ces défis spécifiques, bien qu'il convienne de souligner qu'il ne s'agit que de larges stéréotypes qui comportent d'importantes variantes.

L'une des réponses à ces défis consiste à promulguer directement ou presque directement dans la législation nationale les dispositions de la directive relatives à la discrimination fondée sur l'âge, sans élaborer d'adaptation aux pratiques existantes ni procéder à une modification détaillée de la législation existante. On a donné plus haut des exemples de lois d'anti-discrimination qui reproduisent plus ou moins littéralement les directives, comme à Chypre, en Grèce et en Italie. En ce qui concerne plus particulièrement la discrimination fondée sur l'âge, on pourrait y ajouter aussi le Danemark, l'Autriche, la Slovaquie et la Slovénie. Sous cette réponse, nous pouvons peut-être discerner une préférence pour un report partiel du processus d'adaptation détaillée des lois et pratiques existantes de manière à pouvoir le résoudre par décision judiciaire et interaction subséquente entre l'Etat membre et les organes communautaires.

Il existe un mode de réponse très différent consistant à s'engager dans un débat législatif plus élaboré au sein de l'Etat membre sur la façon dont les exigences de la directive relatives à la discrimination fondée sur l'âge pourraient être complètement et immédiatement intégrées dans la législation et la pratique existantes de l'Etat membre. Le débat législatif qui en résulte a tendance à être difficile et complexe, ce qui permet d'expliquer les cas précités de la Belgique, de l'Allemagne, des Pays-Bas, de la Suède et du Royaume-Uni qui ont recouru à l'option d'un délai supplémentaire pour la mise en œuvre plus particulièrement des exigences relatives à la discrimination fondée sur l'âge.

Dans l'ensemble, la plupart des Etats membres ont transposé les directives par le biais du droit pénal ou civil, une minorité d'entre eux ayant également introduit ou modifié des dispositions du droit pénal, comme la Belgique, par exemple. Alors que l'on trouve encore dans certains pays un "patchwork" de dispositions d'anti-discrimination dans les différents actes de leur législation, comme c'est le cas en Lettonie par exemple, cette méthode a largement été remplacée par des dispositions et une législation d'anti-discrimination plus générales.

Pour expliquer les retards qu'ils accusaient dans la transposition des directives, plusieurs Etats membres ont invoqué comme raison qu'ils voulaient s'assurer que la transposition des directives se fasse sur l'ensemble du territoire de l'Etat membre à tous les niveaux de gouvernement dotés des compétences concernées. Le Royaume-Uni a connu un retard dans sa transposition à Gibraltar. La Cour de justice des Communautés européennes a estimé récemment que la Finlande ne répondait pas à ses obligations communautaires en n'incluant pas les îles Åland dans sa transposition de la directive 2000/43.² En Autriche, alors que la législation fédérale est entrée en vigueur le 1er juillet 2004, cinq des neuf provinces que compte le pays doivent encore promulguer la législation. En Belgique, bien que toutes les régions et communautés pratiquement aient adopté maintenant la législation d'anti-discrimination, des lacunes importantes subsistent suite aux discussions incessantes entre Régions et

² Affaire C-327/04 *Commission c. Finlande*, du 24 février 2005. Le même jour, la Cour a également estimé que le Luxembourg avait enfreint le droit communautaire en n'ayant pas transposé la directive 2000/43, Affaire C-320/04 *Commission c. Luxembourg*. La Cour de justice des Communautés européennes a estimé que l'Allemagne (Affaire C-329/04) et l'Autriche (Affaire C-335/04) avaient enfreint le droit communautaire en n'ayant pas transposé la directive 2000/43.

Communautés concernant leurs compétences pour l'adoption des règles procédurales, telles que les sanctions, le locus standi pour les associations et la charge de la preuve. Les Etats fédérés allemands doivent encore procéder à la mise en œuvre des directives; ils attendent que le parlement fédéral adopte la législation d'anti-discrimination avant d'engager leur propre processus de transposition.

Ce rapport va se pencher maintenant sur les principales questions de fond des deux directives: les motifs de discrimination, la définition de la discrimination, l'obligation de l'aménagement raisonnable, les champs d'application personnel et matériel de la loi, les exceptions au principe de l'égalité de traitement et l'action positive, les voies de recours et la mise en application, les organismes de promotion de l'égalité de traitement et les questions de mise en application et de conformité.



Chapitre 2

Les motifs de discrimination

La directive relative à l'égalité raciale et la directive relative à l'égalité en matière d'emploi exigent des Etats membres qu'ils interdisent la discrimination fondée sur les motifs de l'origine raciale ou ethnique, de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge et de l'orientation sexuelle. Les directives ne contiennent aucune définition de ces motifs. La présente section examine comment les Etats membres ont intégré les différents motifs de discrimination dans leur législation nationale, ce qui pose des problèmes tels que celui de savoir s'il convient d'inclure plus de motifs que ceux mentionnés dans les directives; celui de savoir s'il convient de prévoir une définition de chacun des motifs; et celui de savoir comment traiter la discrimination fondée sur des caractéristiques présumées ou sur l'association avec des personnes possédant certaines caractéristiques.

La plupart des Etats membres ont choisi de définir les motifs de discrimination dans leur législation conçue pour mettre en œuvre les directives. Un petit groupe de pays ont inclus des définitions statutaires ou en ont donné des définitions dans la documentation d'accompagnement, telle que dans une note explicative accompagnant la législation. Au nombre de ces pays, on trouve l'Autriche, l'Irlande, les Pays-Bas, la Suède et le Royaume-Uni.

A. Quels sont les motifs inclus?

La plupart des Etats membres ont inclus dans leur législation d'anti-discrimination nationale (ou dans les projets de lois conçus pour assurer la mise en œuvre des directives) tous les motifs de discrimination mentionnés dans les directives. On ne trouve pas d'exemples d'une législation d'anti-discrimination excluant les motifs de l'origine ethnique ou raciale et de la religion ou des convictions. Malgré quelques difficultés initiales, le motif de l'orientation sexuelle est désormais présent dans la plupart des législations nationales. La Lettonie y fait encore exception. A deux reprises, l'orientation sexuelle a été supprimée des projets de lois d'anti-discrimination par le comité parlementaire concerné et remplacée par la création d'une liste non exhaustive de motifs interdits. C'est cette technique qu'a suivie initialement l'Etat de Malte dans sa Loi sur l'emploi et les relations professionnelles de 2002. Toutefois, la note juridique 461 de 2004 émise selon cette Loi exige que les tribunaux du travail prennent en compte la liste des motifs interdits en vertu de la directive 2000/78/CE, parmi lesquels celui de l'orientation sexuelle, pour décider s'il y a eu discrimination.

Les Etats membres avaient la possibilité de demander un délai jusqu'au 2 décembre 2006 pour la mise en œuvre des dispositions de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi qui concernaient le handicap et l'âge. Bon nombre d'entre eux n'ont pas voulu recourir à cette option mais plusieurs pays doivent encore adopter des mesures spécifiques portant sur l'âge et le handicap. C'est le cas de l'Autriche pour ce qui concerne le handicap (au niveau fédéral) et Royaume-Uni et de la Suède et du Royaume-Uni pour l'âge. Il va sans dire qu'il y a plusieurs autres pays, tels que l'Allemagne ou le Luxembourg, qui doivent encore adopter une législation générale portant sur tous les motifs de discrimination.

Un nombre considérable d'Etats membres ont choisi de ne pas restreindre les nouvelles lois d'anti-discrimination aux motifs mentionnés dans les deux directives. Lorsque les Etats ont décidé de dépasser les exigences minimales, ils se sont trouvés

confrontés à deux choix: quels motifs supplémentaires spécifier et faut-il établir une liste non exhaustive des motifs interdits. Concernant les motifs explicitement mentionnés dans la législation nationale, on trouve un très large éventail de motifs dans l'ensemble des Etats membres. C'est ainsi, par exemple, que la Slovénie a interdit la discrimination fondée sur des motifs d'éducation et de situation financière³ alors que le Portugal a interdit la discrimination fondée sur des motifs d'héritage génétique et de situation familiale (article 23 de la législation du travail). Il est significatif que plusieurs Etats aient choisi d'interdire la discrimination contre les travailleurs à temps partiel et à durée déterminée dans une loi générale sur la discrimination qui combine la mise en oeuvre des directives de l'article 13 avec la mise en oeuvre de la directive 97/81/CE⁴ sur le travail à temps partiel et de la directive 1999/70/CE⁵ sur le travail à durée déterminée. La Hongrie, les Pays-Bas et la Pologne comptent au nombre de ces pays.

Outre l'extension de la liste des motifs de discrimination interdits, divers pays ont rendu cette liste non exhaustive en y ajoutant une phrase telle que "ou toute autre circonstance", ce qui permet aux juridictions de reconnaître dans le futur des motifs supplémentaires de discrimination interdits de façon identique à la jurisprudence en évolution selon l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. On trouve ces listes non exhaustives en Finlande, en Hongrie, en Lettonie, en Pologne et en Slovénie. En Belgique, la législation fédérale de lutte contre les discriminations a mentionné les motifs suivants: le genre, ce que l'on appelle la race, la couleur, l'ascendance, l'origine ethnique ou nationale, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la richesse, l'âge, la conviction philosophique ou religieuse, l'état de santé réel ou futur, le handicap ou une caractéristique physique. La Cour d'arbitrage a jugé ultérieurement illégal le caractère exhaustif de cette liste.⁶ On ne pouvait trouver aucune justification raisonnable permettant d'expliquer l'exclusion des autres motifs, tels que la langue ou l'opinion politique, de sorte que la Cour a requis que la loi soit interprétée comme régissant tous les motifs de discrimination, y compris ceux qui n'étaient pas explicitement mentionnés.

B. L'origine ethnique ou raciale

Deux questions principales se posent en ce qui concerne la définition de "l'origine ethnique ou raciale". Tout d'abord, des débats traitent de l'utilisation du terme "race" dans la législation d'anti-discrimination. Deuxièmement, il existe des chevauchements avec d'autres caractéristiques personnelles, telles que la nationalité, la langue ou la religion.

³ Mise en oeuvre de la Loi sur le principe de l'égalité de traitement, Journal officiel, no. 50/2004.

⁴ [1998] J.O.L14/9.

⁵ [1999] J.O.L175/43.

⁶ Arrêt no. 157/2004 de la Cour d'arbitrage du 6 octobre 2004: <http://www.arbitrage.be/public//f/2004/2004-157f.pdf>

Le considérant 6 de la directive relative à l'égalité raciale déclare:

"L'Union européenne rejette toutes théories tendant à déterminer l'existence de races humaines distinctes. L'emploi du mot «race» dans la présente directive n'implique nullement l'acceptation de telles théories."

Certains Etats membres ont adopté pour point de vue que l'inclusion des termes "race" ou "origine raciale" dans la législation d'anti-discrimination renforce l'impression que les êtres humains peuvent être distingués en fonction de la "race" alors qu'une telle catégorisation ne repose sur aucun fondement scientifique. En Autriche, par exemple, le terme de "affiliation ethnique" a été adopté dans la Loi sur l'égalité de traitement fédérale par une décision consciente d'exclure le terme allemand de "Rasse". La Loi de non-discrimination finlandaise fait également référence au concept d'"origine ethnique ou nationale" (section 6(1)) alors que la Loi sur la discrimination ethnique suédoise fait référence à "l'appartenance ethnique" (section 3). Dans d'autres pays, la "race" a été incluse dans la législation mais elle est qualifiée. En France, les diverses dispositions légales font référence à une race "vraie ou supposée". Cette question a également été soulevée dans les débats sur le projet de législation au Luxembourg. Le *Conseil d'Etat* y a critiqué l'absence des adjectifs "vraie ou supposée" derrière le terme de "race". Une solution fréquemment apportée à de tels dilemmes consiste à lier l'interprétation du terme "race" à la définition que l'on en trouve dans la Convention internationale sur l'élimination de la discrimination raciale, en son article 1(1), lequel déclare:

"l'expression discrimination raciale vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique..."

On retrouve cette précision dans la documentation explicative de pays tels que l'Autriche, l'Allemagne, la Lettonie et les Pays-Bas.

L'un des domaines d'ambiguïté de la directive relative à l'égalité raciale consiste à savoir dans quelle mesure des caractéristiques telles que la couleur, l'origine nationale, l'appartenance à une minorité nationale, la langue ou l'origine sociale relèvent du champ d'application de "l'origine ethnique ou raciale". Les législations nationales adoptent des approches assez divergentes à cet égard. Bon nombre de législations nationales comprennent, comme caractéristiques minimales, la couleur et l'origine nationale. Le Royaume-Uni est le seul pays à estimer que "la couleur" ne tombe pas dans le champ d'application de la directive. Sa législation de mise en œuvre des directives régit uniquement la discrimination fondée sur la race, l'origine ethnique ou nationale.⁷ Alors que la législation préexistante interdit toujours la discrimination fondée sur les motifs de la couleur et de la nationalité,⁸ elle n'a pas été modifiée en vue de refléter les exigences posées par la directive relative à l'égalité raciale.

Une autre difficulté se pose au niveau de la délimitation des motifs d'origine ethnique ou raciale et de religion. Dans les directives, il est évident qu'il s'agit d'une distinction d'importance vu que le champ d'application matériel de la directive relative à l'égalité raciale est bien plus étendu que celui de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi. Néanmoins, la législation nationale

⁷ Loi sur les relations raciales (modifiée) Règlement 2003, S.I. 1626.

⁸ Loi sur les relations raciales d'origine 1976.

antérieure aux directives ne reflète pas toujours cette dichotomie. Aux Pays-Bas, le droit jurisprudentiel a reconnu la possibilité de contester une discrimination à l'égard des juifs⁹ et, dans certaines circonstances, à l'égard des musulmans¹⁰ en tant que discrimination raciale. Au Royaume-Uni, la discrimination contre les sikhs¹¹ ou les juifs¹² a été admise comme étant une discrimination fondée sur des motifs raciaux (spécifiquement, l'origine ethnique). En Suède, la législation relative à l'anti-discrimination définissait auparavant la conviction religieuse comme faisant partie de "l'affiliation ethnique"¹³ mais ce point a été modifié afin de faire de "la religion ou toute autre conviction" un motif de discrimination autonome.

C. La religion ou les convictions

Aucun Etat membre n'a tenté de fournir une définition complète de "la religion ou des convictions" dans la législation d'anti-discrimination. Même lorsqu'une définition existe, elle laisse souvent une large marge d'interprétation. En Irlande, par exemple, la "conviction religieuse" comprend un "arrière-plan ou une perspective de nature religieuse".¹⁴ Plusieurs Etats apportent quelques indications supplémentaires quant à la signification à donner au concept de "religion ou convictions" dans la documentation explicative qui accompagne la législation. En Grande-Bretagne, cette documentation stipule que "les juridictions peuvent prendre en considération un certain nombre de facteurs lorsqu'elles décident de ce qu'il faut entendre par "religion ou convictions" (par exemple, un culte collectif, un système de croyance clair, une conviction profonde touchant le mode de vie ou la conception du monde)".¹⁵ En Autriche, les notes explicatives de la Loi fédérale sur l'égalité de traitement fédérale établissent que: "pour qu'il y ait religion, il doit exister un minimum d'exigences concernant une déclaration de foi, certaines règles de mode de vie et un culte. Le terme de religion recouvre toute conviction religieuse, confessionnelle, l'appartenance à une Eglise ou une communauté religieuse."¹⁶ En Suède, diverses définitions ont été débattues sans qu'aucune définition ne soit finalement incluse.

Le terme de "conviction" a également fait l'objet d'un débat portant sur sa signification. En particulier, certains Etats membres ont cherché à limiter ce concept. Aux Pays-Bas, le terme de *levensovertuiging* [philosophie de vie] a été adopté parce que cette interprétation existait déjà dans la jurisprudence. Il comprend de vastes philosophies telles que l'humanisme mais ne s'étend pas à tout point de vue sur la société. De la même manière, la note indicative autrichienne déclare que: "la conviction est un système d'interprétation consistant en convictions personnelles relatives à la structure de base, la modalité et les fonctions du monde; ce

⁹ Avis 1998/48, Commission pour l'égalité de traitement.

¹⁰ Avis 1998/57, Commission pour l'égalité de traitement.

¹¹ *Mandla c. Dowell Lee* [1983] 2 AC 548.

¹² *Seide c. Gillette Industries Ltd.* [1980] IRLR 427.

¹³ Section 3, Loi sur la discrimination ethnique 1999.

¹⁴ Section 2(1), Loi sur l'égalité dans l'emploi 1998-2004.

¹⁵ Par. 9, Notes explicatives sur l'égalité dans l'emploi (religion ou convictions) Règlement 2003, à l'adresse: <http://www.dti.gov.uk/er/equality/eeregs.htm>

¹⁶ Nr. 307 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage - Materialien.

n'est pas un système scientifique. Tant que des convictions revendiquent la complétude, elles comprennent les perceptions de l'humanité, les conceptions de la vie et l'éthique."¹⁷ Ces définitions cherchent à associer la conviction à des philosophies de large envergure, par opposition à de simples opinions sur des questions spécifiques. L'opinion politique se situe dans une zone grise. Certaines convictions politiques pourraient être interprétées comme des philosophies de vie, comme le communisme. Dans le même temps, d'autres sont moins complètes par nature; ainsi en est-il, par exemple, du point de vue d'une personne sur le niveau de fiscalité approprié. Il est significatif qu'un grand nombre d'Etats membres aient également inclus l'opinion politique comme motif de discrimination interdit. Il s'agit notamment de Chypre, de la République tchèque, du Danemark, de l'Estonie, de la Finlande,¹⁸ de la France, de la Hongrie, de l'Italie, de la Lettonie, du Luxembourg, de Malte, des Pays-Bas, de la Pologne, du Portugal, de la Slovaquie, de l'Espagne et du Royaume-Uni (Irlande du Nord uniquement).

Enfin, il convient de remarquer que les définitions de "religion" se retrouvent communément hors de la loi sur l'anti-discrimination. On peut les retrouver plus spécifiquement dans des lois relatives à l'application de la liberté de religion ou dans les lois réglementant la relation entre l'Etat et les religions organisées.

D. Le handicap

A la différence des autres motifs de discrimination, on trouve une prolifération de définitions du handicap dans la législation nationale. Cela peut s'expliquer par plusieurs facteurs. Tout d'abord, la plupart des Etats membres offrent certains avantages sociaux aux personnes handicapées. Cela nécessite, bien entendu, une définition relativement détaillée de la personne qui pourra prétendre à de tels droits. Ailleurs, la législation nationale comprend souvent des programmes de quotas qui exigent que les employeurs comptent une certaine proportion de personnes handicapées au sein de leur personnel.¹⁹ Ici encore, il est nécessaire de définir le handicap afin de définir précisément quels sont les travailleurs qui pourront entrer dans ces quotas. Bien qu'il s'ensuive l'existence d'un grand nombre d'exemples de définitions du handicap dans la législation nationale, il est moins fréquent de trouver une définition spécifique du handicap dans la législation d'anti-discrimination.

On peut observer la présence d'un certain nombre d'éléments communs dans les définitions que donnent les législations nationales du handicap:

- Des exigences en matière de temps: caractère définitif ou durée de la déficience;
- Degré de déficience: seuils de gravité;
- Etat actuel: traitement des déficiences passées, présentes et futures.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ La Loi sur la non-discrimination (no.21/2004) se réfère à l'"opinion" alors que le code pénal comprend une "orientation politique".

¹⁹ Ces systèmes de quotas permettent souvent aux employeurs de prendre d'autres mesures telles que de verser des contributions à un Fonds d'Etat pour les personnes handicapées.

En ce qui concerne les exigences de temps, la loi peut exiger qu'une déficience existe pendant une certaine période pour pouvoir être traitée en tant que handicap. Au Royaume-Uni, par exemple²⁰, la déficience devrait durer depuis plus d'un an. En revanche, d'autres Etats exigent que la déficience soit d'une durée indéterminée (Chypre,²¹ Suède²²).

Dans certains Etats, il est exigé que la déficience atteigne un certain degré de gravité, lequel est parfois classé par seuil de pourcentage. Au Luxembourg, par exemple, la Loi sur les personnes handicapées de 2003 s'applique aux personnes qui présentent une réduction de la capacité de travail supérieure à 30%.²³ Il existe un autre moyen d'évaluer la gravité de la déficience, consistant à prendre pour référence la capacité de la personne à exécuter certaines fonctions. A Malte, la loi fait référence aux "activités vitales majeures"²⁴ et au Royaume-Uni aux "activités normales de la vie quotidienne".²⁵

Enfin, il existe des pratiques divergentes quant à savoir si le handicap englobe les déficiences passées ou futures. La législation irlandaise régit les motifs de discrimination qui existaient précédemment ainsi que les motifs qui pourraient surgir dans le futur.²⁶ La législation néerlandaise régit "un handicap effectif ou supposé ou une maladie chronique",²⁷ protégeant ainsi (par exemple) une personne atteinte auparavant d'un cancer mais ne présentant plus aucun symptôme.

Globalement, on peut observer une variation considérable au niveau des définitions du handicap que l'on trouve dans les différents Etats membres. Dans la plupart des cas, un *modèle médical* du handicap est enchâssé dans la loi, lequel se concentre sur la capacité fonctionnelle de la personne comme cause de la déficience. En revanche, un *modèle social* considère le handicap comme résultant de l'interaction d'une personne avec son handicap et son environnement. Dans cette perspective, le handicap peut être provoqué par une organisation inaccessible de l'environnement.

E. L'orientation sexuelle

Le nombre d'Etats à avoir défini l'orientation sexuelle dans leur législation d'anti-discrimination est très faible. La législation irlandaise relative à l'égalité définit l'orientation sexuelle comme "une orientation homosexuelle, hétérosexuelle ou bisexuelle".²⁸

²⁰ Section 1(1), Loi relative à la discrimination fondée sur le handicap de 1995.

²¹ Loi 127(I)/2000.

²² Section 2, Loi relative à la discrimination fondée sur le handicap de 1999.

²³ Loi 51/2003 sur l'égalité des chances.

²⁴ Loi relative à l'égalité des chances (personnes handicapées) de 2000.

²⁵ Section 1(1), Loi relative à la discrimination fondée sur le handicap de 1995.

²⁶ Section 6(1)(a), Loi relative à l'égalité dans l'emploi, 1998-2004.

²⁷ Art. 1(b), Loi du 3 avril 2003 concernant la création de la Loi relative à l'égalité de traitement fondée sur le handicap ou la maladie chronique, *staatsblad* 2003, 206.

²⁸ Section 2(1), Loi relative à l'égalité dans l'emploi, 1998-2004.

Dans le même esprit, la législation britannique fait référence à "une orientation sexuelle vers (a) les personnes du même sexe, (b) les personnes du sexe opposé, ou (c) les personnes du même sexe et du sexe opposé".²⁹

Une autre question concerne la discrimination à l'encontre des couples homosexuels. Les notes explicatives qui accompagnent la Loi fédérale autrichienne relative à l'égalité de traitement spécifient qu'un traitement moins favorable des couples homosexuels par rapport aux couples de sexes opposés *non mariés* constitue une discrimination illégale fondée sur l'orientation sexuelle.³⁰ Une approche différente a été adoptée en Finlande. La Loi de non-discrimination contient une liste non exhaustive de motifs. Dans le premier cas, relatif à un acte de discrimination commis à l'égard d'une demandeuse d'emploi du fait qu'elle vivait en couple avec une autre femme, le tribunal administratif a jugé que le fait d'être dans une relation homosexuelle était un motif de discrimination *autonome*.³¹ Bien que n'étant pas mentionné dans la législation, ce motif était implicitement couvert.

F. L'âge

L'âge est généralement présumé être une caractéristique objective revêtant une signification naturelle de sorte que l'on n'en trouve pas de définition dans les lois. Alors qu'il existe de larges exceptions en ce qui concerne ce motif de discrimination, la Loi relative à l'égalité dans l'emploi irlandaise semble être la seule à restreindre son entière application aux "personnes d'un âge supérieur à celui auquel une personne est tenue de fréquenter l'école".³²

G. La discrimination supposée et associée

Une discrimination peut parfois survenir sur la base d'une supposition à propos d'une autre personne, supposition qui peut se révéler correcte ou fautive dans les faits, comme de supposer, par exemple, qu'une femme est lesbienne. Une personne peut également se trouver confrontée à une discrimination parce qu'elle est associée à d'autres personnes ayant une caractéristique particulière. Par exemple, un homme qui n'est pas Rom peut se voir refuser l'accès à un bar parce qu'il est accompagné d'amis qui appartiennent à la communauté rom. Dans bon nombre d'Etats, l'application à ces scénarios de la législation relative à la discrimination n'est pas vraiment résolue dans la législation et dépendra de l'interprétation judiciaire ultérieure. Tel est le cas de l'Autriche, de la Belgique, de Chypre, du Danemark, de la Finlande, de l'Italie, de la Lettonie, de Malte, de la Pologne, de la Slovénie et de l'Espagne.

²⁹ Règlement 2(1), Règlement relatif à l'égalité dans l'emploi (orientation sexuelle) de 2003, S.I. 1661.

³⁰ Nr. 307 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage - Materialien.

³¹ Tribunal administratif de Vaasa, 27.8.2004, Réf. No. 04/0253/3.

³² Section 6(f)(3).

L'Irlande offre un rare exemple d'un pays où la législation interdit explicitement la discrimination lorsqu'un motif est "censé" exister et que la discrimination est imputable à une association.³³ Comme mentionné précédemment, dans plusieurs Etats, la législation fait référence à la "race réelle ou supposée "(par exemple en France) ou à un handicap qui existait dans le passé ou pourrait exister dans le futur (Pays-Bas).

³³ Section 6(1)(b), Loi relative à l'égalité dans l'emploi, 1998-2004.



Chapitre 3

La définition de la discrimination

Les directives relatives à l'égalité raciale et à l'égalité en matière d'emploi identifient quatre formes de discrimination interdite: la discrimination directe, la discrimination indirecte, le harcèlement et le comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes. Si l'on considère globalement la mise en oeuvre des directives dans les Etats membres, on observe clairement qu'un domaine enregistre des progrès considérables. Dans leur grande majorité, les Etats membres ont introduit une législation qui interdit explicitement chacune de ces quatre formes de discrimination. De plus, dans la plupart des cas, les définitions données dans la législation nationale sont très similaires à celles que l'on trouve dans les directives. Bon nombre d'Etats ont choisi de reproduire dans leur essence les textes des Directives sur ces concepts fondamentaux. Cette section examinera la réglementation de chaque type de discrimination au travers des systèmes juridiques nationaux. Avant de procéder à cette analyse détaillée, il convient d'émettre quelques observations préliminaires.

Bien que la grande majorité des Etats aient choisi de suivre le schéma des directives, on relève un petit nombre d'exceptions. Aux Pays-Bas, la loi relative à la discrimination liée à l'âge comprend une interdiction combinée de la discrimination directe et de la discrimination indirecte:

"Dans cette Loi, on entendra par distinction une distinction fondée sur les motifs de l'âge ou sur les motifs d'autres caractéristiques ou comportements et qui donne lieu à une discrimination fondée sur l'âge."³⁴

Comme la directive relative à l'égalité en matière d'emploi autorise la justification ouverte de la discrimination fondée sur l'âge,³⁵ le gouvernement néerlandais a estimé qu'il n'était pas nécessaire de séparer la discrimination directe de la discrimination indirecte en matière d'âge. Cette position a été contestée par certains commentateurs. Le Royaume-Uni, quant à lui, a adopté un cadre différent en ce qui concerne la discrimination fondée sur le handicap. Ici, les formes principales de la discrimination sont les suivantes:

- La discrimination due à un traitement moins favorable pour une raison liée au handicap de la personne handicapée;
- Le non-respect d'une obligation de procéder à des aménagements raisonnables.³⁶

Il conviendrait de noter aussi que, dans certains Etats, la législation d'anti-discrimination du droit civil se complète de dispositions du droit pénal à l'égard de la discrimination. Certaines lois pénales sont plus générales dans leur définition de la discrimination. En Finlande, par exemple, la section 11(9) du code pénal [rikoslaki (391/1889)] définit la discrimination comme "le fait de mettre une personne dans une situation manifestement inégale ou dans une situation sensiblement moins favorable que celle réservée aux autres, sans raison acceptable".³⁷

³⁴ Art. 1(1), Loi du 17 décembre 2003 relative à l'égalité de traitement fondée sur l'âge dans l'emploi, le travail et la formation professionnelle, *staatsblad* 2004, 30.

³⁵ Art. 6, Directive 2000/78.

³⁶ Section 3A, Loi relative à la discrimination fondée sur le handicap de 1995.

³⁷ Voir également la définition de la discrimination dans la loi belge du 30 juillet criminalisant certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

Nonobstant ces exemples, dans la grande majorité des Etats membres, le modèle que l'on trouve dans les directives est respecté. En outre, le terme de "discrimination" est très communément adopté. Dans un petit nombre de cas, une autre terminologie est utilisée mais sans aucune intention manifeste de suggérer une signification différente. C'est ainsi, par exemple, que le terme d'"égalité de traitement" est utilisé dans les législations danoise et estonienne. En revanche, la législation d'anti-discrimination néerlandaise distingue les concepts de "discrimination" et de "distinction". Les diverses lois mettant en oeuvre les directives n'interdisent pas la "discrimination" mais se réfèrent plutôt à la "distinction" illégale. La discrimination est fortement associée à une preuve d'intention de la part du discriminateur et est liée à la protection ciblée de groupes défavorisés de personnes. Par contre, la distinction est un concept plus neutre, applicable à tout type de différence de traitement injustifiée entre personnes (c'est-à-dire qu'elle protège toutes les personnes plutôt que seulement celles qui sont issues de groupes vulnérables à la discrimination).

Enfin, il convient de noter que, bien que l'on puisse décrire les Etats membres en disant qu'ils suivent les définitions que l'on trouve dans les directives, on observe souvent de légères différences entre le texte même de la législation nationale et celui des directives. En raison de l'absence fréquente de jurisprudence interprétant la législation récemment adoptée, il est difficile d'estimer si de légères différences d'ordre linguistique sont des points qui se résoudront au travers d'une interprétation judiciaire intentionnelle ou s'il existe des vides juridiques importants au niveau de la mise en application nationale. En Belgique,³⁸ par exemple, le test permettant de justifier une discrimination indirecte ne mentionne pas la nécessité de montrer que la disposition, le critère ou la pratique est *nécessaire* alors que cette exigence se trouve explicitement stipulée dans le texte des directives.³⁹ Néanmoins, tous les tribunaux nationaux sont soumis à une obligation générale "d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive".⁴⁰

A. La discrimination directe

La plupart des Etats membres ont adopté une législation qui reflète étroitement la définition de la discrimination directe que l'on trouve dans les directives. On y relève plusieurs éléments communs:

- La nécessité de prouver qu'il y a eu traitement moins favorable;
- L'exigence d'une comparaison avec une autre personne se trouvant dans une situation similaire mais présentant des caractéristiques différentes (par exemple en termes d'origine ethnique, de religion, d'orientation sexuelle);
- La possibilité d'utiliser un modèle de comparaison tiré du passé (par exemple, un ancien employé) ou un modèle de comparaison hypothétique;
- Une discrimination directe ne peut être justifiée.

³⁸ Art. 2(2), Loi fédérale du 25 février 2003.

³⁹ Art. 2(2)(b), Directives 2000/43 et 2000/78.

⁴⁰ Affaire 14/83, *Van Colson*, Recueil 1984, p. 1891.

On trouvera généralement ces éléments dans la législation des pays suivants: l'Autriche, Chypre, le Danemark, l'Estonie, la Finlande, la Grèce, l'Italie, l'Irlande, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg (projet de loi), Malte, le Portugal, la Slovaquie, la Slovénie, la Suède et le Royaume-Uni. On notera encore que cette législation ne s'applique pas nécessairement au champ d'application matériel complet exigé par les directives et qu'elle peut coexister avec une autre législation contenant différentes définitions de la discrimination directe. En outre, la plupart des Etats ont profité de la possibilité, prévue dans l'article 6 de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi, de permettre une justification de la discrimination directe fondée sur l'âge.

En République tchèque, on trouvera les dispositions d'anti-discrimination disséminées dans un large éventail de lois. Dans certains cas, la définition de la discrimination directe est proche de celle que l'on trouve dans les directives. En France et aux Pays-Bas, la discrimination directe est interdite mais elle n'est pas définie davantage dans la législation. Il existe, toutefois, une jurisprudence préexistante aux Pays-Bas qui laisserait suggérer que le concept de "distinction directe" est similaire à la définition de la discrimination directe que l'on trouve dans les directives.

En ce qui concerne les modèles de comparaison, les lois en Espagne⁴¹ et en Hongrie⁴² ne permettent pas explicitement l'utilisation d'un modèle de comparaison hypothétique ou passé. En Irlande, l'exigence d'un modèle de comparaison a été clarifiée par la jurisprudence. En effet, il s'avère que c'est le seul Etat membre où la jurisprudence a examiné en détail quel pouvait être le modèle de comparaison approprié dans les cas de discrimination fondée sur l'âge. Le modèle de comparaison s'avère dépendre ici fortement des faits de l'affaire. Dans *Perry c. Commissaire Garda*,⁴³ le litige concernait un plan de départ à la retraite volontaire. En comparant la situation d'une personne âgée de 59 ans à celle d'une personne âgée de 60 ans, il est apparu que la personne âgée de 59 ans recevrait un versement supplémentaire de quelque 7.618 euros. Dans d'autres cas, une plus grande différence d'âge entre les modèles de comparaison a été exigée.

B. La discrimination indirecte

Une grande proportion d'Etats membres ont introduit une définition de la discrimination indirecte qui reflète généralement la définition adoptée dans les directives. Il s'agit des Etats suivants: l'Autriche, la Belgique, Chypre, le Danemark, l'Estonie, la Finlande, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg (projet de loi), Malte, le Portugal, la Slovaquie, la Slovénie, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni.

Comme pour la discrimination directe, la France ainsi que les Pays-Bas n'ont pas inclus une définition détaillée de la discrimination indirecte dans leur législation nationale. Il existe toutefois une importante jurisprudence néerlandaise interprétant

⁴¹ Art. 28(1)(b), Loi 62/2003.

⁴² Art. 8, Loi relative à l'égalité de traitement et à la promotion de l'égalité des chances de 2003.

⁴³ DEC-E2001-02.

le concept de discrimination indirecte de manière similaire à celle exigée par la directive. En République tchèque, il existe des dispositions d'anti-discrimination disséminées au travers d'une série de lois, qui contiennent diverses définitions de la discrimination indirecte.

Les directives définissent la discrimination indirecte par référence aux dispositions, critères ou pratiques qui soumettent les personnes appartenant à une origine ethnique ou raciale particulière, d'une religion ou de convictions données, d'un âge spécifique, atteintes d'un handicap ou ayant une orientation sexuelle spécifique "à un désavantage particulier par rapport à d'autres personnes".⁴⁴ Le seuil du "désavantage particulier" prend diverses formes dans la législation nationale et il est difficile d'évaluer à ce stade si celles-ci reflètent précisément l'approche adoptée par les directives. En Hongrie, la discrimination indirecte survient si une disposition "place des personnes à titre individuel ou des groupes de personnes ayant des caractéristiques spécifiées dans l'article 8 [les motifs interdits] dans une situation marquée par un désavantage significativement disproportionné par rapport à une personne ou à un groupe dans une situation comparable."⁴⁵ En Lettonie, la législation se réfère aux mesures qui donnent lieu à des "effets contraires" plutôt qu'à un "avantage particulier"⁴⁶. L'approche adoptée en Lituanie consiste à examiner si les mesures engendrent des *avantages* discriminatoires. La discrimination indirecte se produit lorsque des mesures "qui sont officiellement égales peuvent engendrer, engendrent ou pourraient engendrer cependant, lors de leur mise en oeuvre ou de leur adaptation, une restriction effective de l'exercice de droits ou de l'octroi de privilèges, une priorité ou un avantage pour les personnes d'un certain âge, d'une certaine orientation sexuelle, d'un handicap, d'une origine raciale ou d'un groupe ethnique donnés, d'une religion ou de convictions spécifiques".⁴⁷

Les directives prévoient une comparaison entre l'effet de la mesure sur les personnes d'une origine ethnique particulière, etc. et son impact sur d'autres personnes. Une nouvelle fois, les législations nationales varient dans l'approche adoptée de la comparaison requise en vue d'établir l'existence d'une discrimination indirecte. Pour pouvoir l'établir, la législation polonaise exige que la mesure cause un préjudice à l'ensemble ou à un nombre important de travailleurs appartenant au groupe particulier de personnes.⁴⁸ Au Royaume-Uni, la définition la plus courante de la discrimination indirecte exige que l'on puisse prouver que la mesure a défavorisé la personne plaignante ainsi que le groupe auquel elle appartenait.⁴⁹ En Irlande, la référence à un modèle de comparaison hypothétique n'est pas autorisée dans le cas de plaintes pour discrimination indirecte en matière de rémunération.⁵⁰

⁴⁴ Art. 2(2)(b), Directives 2000/43 et 2000/78.

⁴⁵ Art. 9, Loi relative à l'égalité de traitement et à la promotion de l'égalité des chances de 2003.

⁴⁶ Art. 29(6), Législation du travail.

⁴⁷ Loi sur l'égalité de traitement de 2003.

⁴⁸ Art. 18, Législation du travail.

⁴⁹ Par exemple, section 1(1A) Loi relative aux relations raciales d'origine, 1976.

⁵⁰ Section 29, Loi relative à l'égalité dans l'emploi, 1998-2004.

C. Le harcèlement

Le harcèlement est défini dans les directives comme étant un comportement indésirable lié à (l'origine ethnique ou raciale, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle) qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.⁵¹ La majorité des Etats membres ont adopté des définitions du harcèlement qui semblent similaires à celles contenues dans les directives. Il s'agit de la Belgique, de Chypre, de la République tchèque (lois diverses), de la Finlande, de la Grèce, de la Hongrie, de l'Irlande, de la Lettonie, de la Lituanie, du Luxembourg (projet de loi), de Malte, des Pays-Bas, de la Pologne, du Portugal, de la Slovénie, de l'Espagne et du Royaume-Uni.

Dans certains Etats membres, la définition du harcèlement semble plus restrictive que celle que l'on trouve dans les directives. C'est en Lettonie que cette constatation est la plus manifeste. Le harcèlement y est défini comme survenant:

"lorsqu'un acte ou un comportement indésirable, qu'il soit verbal, non verbal ou physique, se produit à l'égard d'une personne dans le cadre d'une relation de subordination ou de dépendance..."⁵²

Cette définition semblerait exclure la protection contre le harcèlement exercée par d'autres travailleurs d'un même rang ou par ceux qui se trouvent à des postes subalternes alors que les directives ne limitent pas l'interdiction du harcèlement aux actes des supérieurs hiérarchiques. En outre, les directives font référence à "un comportement indésirable ... qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne".⁵³ Cela suggère que le harcèlement puisse se produire même lorsque la dignité de la victime n'a pas été atteinte, si tel était le but recherché par le comportement. En revanche, les législations d'Autriche⁵⁴ et de Suède⁵⁵ exigent que la dignité de la victime ait réellement été atteinte. L'autre élément qui fait partie de la définition du harcèlement dans les directives est que le comportement crée "un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant" (caractère italique ajouté).⁵⁶ La législation italienne remplace le mot "ou" par "et", en faisant donc un test cumulatif et posant un seuil apparemment plus difficile à atteindre par la partie plaignante.⁵⁷

Les directives ne prévoient pas de règles spécifiques quant à la façon de déterminer si le comportement est tel qu'il porte atteinte à la dignité d'une personne ou crée un environnement intimidant, etc. Plusieurs Etats ont cherché à clarifier ce point dans leur

⁵¹ Art. 2 (3).

⁵² Art. 10(4), Loi sur les contrats de travail.

⁵³ Art. 2(3), Directives 2000/43 et 2000/78.

⁵⁴ § 21(2), Loi relative à l'égalité de traitement de 2004.

⁵⁵ Loi relative à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle de 1999, Loi relative à l'égalité de traitement des étudiants universitaires de 2001, Loi sur l'interdiction de la discrimination de 2003.

⁵⁶ Art. 2(3), Directives 2000/43 et 2000/78.

⁵⁷ Décret législatif, 9 juillet 2003, no. 215 (Gazzetta Ufficiale no. 186, 12 août 2003); décret législatif, 9 juillet 2003, no. 216 (Gazzetta Ufficiale no. 187, 13 août 2003).

législation nationale. En Slovaquie, la législation fait référence à un traitement "que la personne peut percevoir à juste titre" comme étant un harcèlement.⁵⁸ Cela laisse entendre que l'on mette l'accent sur la perception de la victime, bien que les tribunaux puissent également prendre en compte une norme de caractère raisonnable. De même, en République tchèque, le projet de loi fait référence à un "comportement objectivement perçu par la personne concernée comme indésirable, inapproprié ou offensant".⁵⁹ Au Royaume-Uni, une évaluation subjective et objective combinée du comportement est exigée par les juridictions: "le comportement ne sera censé avoir l'effet spécifié ... que si, compte tenu de toutes les circonstances, dont plus particulièrement la perception qu'en a B [la victime], il faudrait raisonnablement considérer qu'il produit un tel effet."⁶⁰

Un autre domaine est laissé ouvert par les directives. Il s'agit de la responsabilité de l'employeur pour des actes de harcèlement commis par d'autres travailleurs ou par des tiers, tels que les clients. Dans un grand nombre de pays, les employeurs peuvent être tenus responsables des actes de leurs travailleurs à des degrés divers. Certains Etats membres ont choisi de soumettre les employeurs à une obligation spécifique de prendre des mesures afin de prévenir et réparer le harcèlement sur le lieu de travail. En Finlande, par exemple, lorsqu'un employeur prend connaissance de la présence d'un harcèlement sur le lieu de travail, il est tenu de mener une enquête et de prendre des mesures destinées à faire cesser ce comportement.⁶¹ On trouve une obligation similaire en Suède mais ici elle s'étend au-delà des travailleurs pour inclure également les obligations des universités vis-à-vis de leurs étudiants.⁶² En France, l'article L122-52 de la législation du travail crée une obligation pour l'employeur de prendre toutes les mesures nécessaires afin de mettre fin au harcèlement sur le lieu de travail. Au Royaume-Uni et en Irlande, on ne trouve pas d'obligation explicite pour les employeurs de prendre des mesures afin d'empêcher le harcèlement. Néanmoins, les employeurs ne seront pas tenus responsables du harcèlement commis par leurs travailleurs s'ils peuvent démontrer qu'ils ont pris des "mesures raisonnablement réalisables" pour empêcher que cela se produise.⁶³

Il importe de noter qu'un chevauchement peut exister entre le harcèlement comme élément de la loi d'anti-discrimination et d'autres dispositions légales destinées à combattre le harcèlement en général. Ce dernier, parfois décrit comme harcèlement moral, comprend non seulement le harcèlement discriminatoire mais aussi le comportement harcelant exempt de tout élément discriminant (par exemple, les brimades). En Belgique, le harcèlement est illégal à la fois dans la législation d'anti-discrimination mais aussi en vertu de la législation spécifique qui vise le harcèlement sexuel et moral.⁶⁴ En France, le harcèlement n'est pas spécifiquement inclus dans les dispositions légales relatives à la discrimination mais est traité exclusivement dans la législation

⁵⁸ Section 2(5), Loi sur l'anti-discrimination, no. 365/2004.

⁵⁹ Section 3(5), projet de loi sur l'anti-discrimination.

⁶⁰ Par exemple, section 3A, Loi relative aux relations raciales d'origine de 1976.

⁶¹ Section 28, Loi relative à la santé et la sécurité professionnelle, no. 738/2002.

⁶² Art. 6, Loi relative à l'égalité de traitement des étudiants universitaires de 2001.

⁶³ Irlande: section 15(3), Loi relative à l'égalité dans l'emploi, 1998-2004; Royaume-Uni: par exemple, section 32(3), Loi relative aux relations raciales d'origine de 1976.

⁶⁴ Loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail, *Moniteur belge*, 22 juin 2002.

relative au harcèlement sexuel et moral. Le harcèlement moral est défini comme consistant en "agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits et à la dignité d'une personne, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel."⁶⁵

Enfin, on dispose de peu de preuves à ce jour attestant que les Etats membres ont cherché à compléter les définitions juridiques du harcèlement par des codes de pratiques offrant des indications permettant d'orienter les employeurs et les prestataires de services en cette matière. Alors qu'il s'agit d'un instrument familial dans la loi sur le harcèlement sexuel, on ne trouve mention de codes de pratiques sur le harcèlement appartenant au champ d'application des directives qu'en Irlande et au Royaume-Uni.

E. Le comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes

Les directives contiennent une disposition stipulant que "tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes ... est considéré comme une discrimination."⁶⁶ Une disposition similaire a été incluse dans la législation nationale de la grande majorité des Etats membres, à de très rares exceptions près.

En France, il n'existe pas de disposition spécifique rendant illégale un tel comportement d'incitation à la discrimination. Toutefois, les principes juridiques généraux sur la complicité et la responsabilité peuvent produire des effets similaires. Au Royaume-Uni, la situation juridique est complexe. Les consignes, la pression et l'incitation enjoignant à agir de façon discriminante constituent des actes illégaux dans la législation d'anti-discrimination régissant les motifs de discrimination de la race, du handicap et de la religion (uniquement en Irlande du Nord). La mise en application des dispositions sur la race et le handicap en Grande-Bretagne est, toutefois, réservée aux organismes de promotion de l'égalité de traitement concernés, à savoir: la Commission pour l'égalité raciale et la Commission des droits des personnes handicapées. Une personne victime de discrimination ne peut pas tenter une action pour contester le comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes. En outre, la nouvelle législation relative à la discrimination fondée sur les motifs d'orientation sexuelle et de religion ou de convictions ne comporte aucune disposition spécifique interdisant les comportements consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes.

⁶⁵ Loi du 17 janvier 2002.

⁶⁶ Art. 2(4), Directives 2000/43 et 2000/78.



Chapitre 4

L'obligation de l'aménagement raisonnable

La directive relative à l'égalité en matière d'emploi oblige les employeurs à "prendre les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée."⁶⁷ Cette obligation n'existait pas antérieurement dans la majorité des Etats membres et représente l'un des éléments les plus novateurs des directives, ce que peut expliquer la mise en œuvre inégale de cette partie de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi.

L'Estonie, l'Italie et la Pologne n'ont pas intégré cette obligation de l'aménagement raisonnable dans leurs législations nationales. En Hongrie, les obligations légales sont plus fortes à l'égard des personnes déjà employées que vis-à-vis de celles qui recherchent un emploi. En Autriche, une législation fédérale sur la discrimination liée au handicap doit encore être adoptée mais la loi régissant les licenciements exige d'un employeur qu'il procède à un aménagement raisonnable avant que le licenciement d'une personne handicapée ne puisse être justifié. En République tchèque et au Luxembourg, une obligation d'aménagement raisonnable est incluse dans une législation en instance.

Les Etats suivants disposent de clauses juridiques qui se rapprochent de l'obligation d'aménagement raisonnable que l'on trouve dans la directive: la Belgique, Chypre, le Danemark, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Irlande, la Lettonie, la Lituanie, Malte, les Pays-Bas, le Portugal, la Slovaquie, la Slovénie, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni. On y observe des divergences notables, entre les Etats qui prévoient une obligation de base, avec peu d'élaboration quant à la façon dont elle devrait être mise en œuvre (en Lituanie, par exemple), et les Etats qui donnent des indications plus amples sur son application pratique (comme le Royaume-Uni, par exemple). En général, on trouve très peu de jurisprudence en cette matière de sorte qu'il est difficile de prévoir comment les concepts clés seront appliqués dans la pratique.

Alors que la définition de l'obligation varie, elle est ordinairement soumise à la restriction qu'elle ne devrait pas engendrer une "charge disproportionnée" à l'employeur. C'est le cas en Belgique, à Chypre, en France, en Allemagne, en Irlande, en Lettonie, en Lituanie, aux Pays-Bas, au Portugal, en Slovaquie et en Espagne. A Malte, un aménagement raisonnable ne devrait pas porter indûment préjudice au fonctionnement des activités commerciales ou des affaires de l'employeur.⁶⁸

Le préambule de la directive offre une indication concernant les critères qui doivent être pris en compte dans la détermination du caractère raisonnable d'un aménagement particulier. Le considérant 21 identifie trois éléments à prendre en considération, lesquels sont souvent intégrés dans la législation nationale:

- Les frais financiers et autres subséquents: Chypre, la Finlande, l'Irlande, Malte, l'Espagne et le Royaume-Uni;
- L'échelle des ressources financières de l'organisation ou de l'entreprise: Chypre, la Finlande, l'Irlande, Malte, le Royaume-Uni;

⁶⁷ Art. 5, Directive 2000/78.

⁶⁸ Art. 7(4), Loi sur l'égalité des chances (Personnes handicapées) de 2000.

- La possibilité d'obtention d'un financement public ou de toute autre assistance: Chypre, la Finlande, l'Irlande, Malte, les Pays-Bas, le Portugal, l'Espagne et le Royaume-Uni.

Certains Etats ont intégré des critères supplémentaires dans leur législation nationale. A Malte, par exemple, il convient de prendre en considération le nombre de travailleurs exigeant un aménagement.⁶⁹ A Chypre, la situation financière de l'Etat peut être prise en compte dans des affaires intentées contre l'Etat.⁷⁰ Aux Pays-Bas, la législation ne spécifie pas comment faire pour évaluer la nature raisonnable de l'aménagement mais la note explicative a proposé que cette estimation se fasse en fonction du caractère: (a) approprié, (b) nécessaire et (c) proportionné de la mesure par rapport à l'employeur. En Suède, l'employeur est tenu de faire ce qui "peut être raisonnablement exigé".⁷¹

Le fait de savoir si l'absence d'aménagement raisonnable doit être traitée comme une forme de discrimination illégale constitue souvent une zone d'ambiguïté dans la législation nationale (c'est le cas en France, en Hongrie, en Lettonie, par exemple). En Suède, l'absence d'aménagement raisonnable est liée au concept de discrimination directe. Si un aménagement raisonnable peut supprimer les effets du handicap d'une personne, l'employeur sera tenu de prendre en compte ce handicap sous peine de se rendre coupable de discrimination directe.⁷² En revanche, l'absence d'aménagement raisonnable est traitée comme une discrimination indirecte en Slovaquie⁷³ et en Espagne⁷⁴ alors qu'au Royaume-Uni, elle sera définie comme une forme spécifique de discrimination.⁷⁵

On trouve très peu d'exemples d'obligations d'aménagement raisonnable s'appliquant au-delà du motif du handicap. En Suède, les employeurs sont soumis à l'obligation d'adopter des mesures actives visant à rendre le lieu de travail plus intégrant pour les personnes appartenant à des communautés ethniques et religieuses différentes.⁷⁶ En Flandre, la définition de l'aménagement raisonnable que l'on trouve dans la directive relative à l'égalité en matière d'emploi est incorporée dans la loi mais n'a pas été restreinte au motif du handicap.⁷⁷

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Section 9(2), Loi 127(I)/2000.

⁷¹ Section 6, Loi relative à la discrimination fondée sur le handicap de 1999.

⁷² Sections 3 et 6, Loi relative à la discrimination fondée sur le handicap de 1999.

⁷³ Section 7, Loi sur l'anti-discrimination de 2004.

⁷⁴ Art. 37.3, Loi 13/1982 sur l'intégration sociale des personnes handicapées (comme modifiée).

⁷⁵ Section 3A(2), Loi relative à la discrimination fondée sur le handicap de 1995.

⁷⁶ Section 4, Loi relative à la discrimination ethnique de 1999.

⁷⁷ Art. 5(4), Decreet houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt, 8 mai 2002.



Chapitre 5

Les champs d'application personnel et matériel des dispositions nationales

A. Le champ d'application personnel

La directive relative à l'égalité raciale et la directive relative à l'égalité en matière d'emploi s'appliquent à toutes les personnes, ce qui implique que les législations d'anti-discrimination nationales devraient s'appliquer à toutes les personnes présentes sur le territoire d'un Etat membre, qu'il s'agisse de ressortissants de l'UE ou de ressortissants de pays tiers. Dans l'ensemble, la protection contre la discrimination fondée sur l'un des motifs des directives telle qu'elle est assurée dans les Etats membres ne peut dépendre de la nationalité, de la citoyenneté ou du statut de résidence.⁷⁸

Le considérant 16 de la directive relative à l'égalité raciale déclare qu'il importe de protéger toutes les personnes physiques contre la discrimination et que les Etats membres devraient également prévoir, selon les besoins et conformément à leurs pratiques et traditions nationales, une protection des personnes juridiques lorsqu'elles souffrent de discrimination fondée sur les motifs de l'origine raciale ou ethnique de leurs membres. La directive relative à l'égalité en matière d'emploi ne comporte pas de considérant équivalent mais l'on ne trouve aucune raison interdisant d'englober, dans cette directive aussi, les personnes physiques ainsi que juridiques dans le terme de "personnes". Dans la plupart des pays, les personnes, qu'elles soient physiques ou juridiques, jouissent d'une protection contre la discrimination. Lorsque la loi n'établit pas de distinction explicite entre les deux, on la suppose, comme c'est le cas en Lettonie ou en Grèce, par exemple. Les personnes juridiques restent catégoriquement sans protection dans les législations lituanienne et suédoise⁷⁹. En Autriche, la formulation de la législation implique que la protection contre la discrimination n'est offerte qu'aux personnes physiques alors qu'en Estonie, la tradition juridique locale implique que seules les personnes physiques puissent être reconnues victimes de discrimination.

Aucune des deux directives n'indique si l'on doit comprendre qu'elles rendent les personnes physiques et juridiques responsables d'actes discriminatoires. Elles ne disent pas davantage qui devrait être précisément tenu responsable d'un comportement discriminatoire. Cette question est discutée ci-dessus dans le cadre du harcèlement. La question de la responsabilité est particulièrement pertinente dans les affaires de discrimination dans l'emploi, l'employeur portant souvent la responsabilité des actions de ses travailleurs, comme dans les cas, par exemple, d'un acte discriminatoire à l'égard d'un client ou

⁷⁸ En France, le principe de l'égalité de traitement est applicable aux non-ressortissants à moins que le législateur puisse justifier une différence de traitement qui soit fondée sur des conditions d'intérêt public, cfr. Conseil constitutionnel, 22 janvier 1990, 296 DC, R.F.D.C. no. 2 1990, obs Favoreu.

⁷⁹ En Suède, cette question est actuellement considérée par un Comité public d'enquêtes relatives à la discrimination.

du harcèlement d'un travailleur sur un autre. En Irlande⁸⁰, aux Pays-Bas⁸¹ et en Suède, la législation d'anti-discrimination est dirigée vers les employeurs et habituellement l'auteur même de l'acte discriminatoire ne peut être tenu personnellement responsable de son acte. En Lituanie, par contre, la responsabilité en matière de discrimination est personnelle et seule la personne qui a agi de façon discriminatoire est tenue pour responsable devant la loi et non pas l'employeur ou le prestataire de services.

Il est moins courant de rendre les employeurs responsables d'actes commis par des tiers tels que des locataires ou clients qui agissent de façon discriminatoire à l'égard de leurs travailleurs. Au Portugal, par exemple, les employeurs et prestataires de services ne peuvent être tenus responsables d'actions commises par des tiers que lorsqu'une obligation spéciale de soins est imposée par la loi ou que lorsqu'une relation spéciale peut être établie, comme dans le cas de sous-traitance, par exemple⁸². De la même manière, aux Pays-Bas, les procès-verbaux des débats parlementaires sont conçus pour clarifier qu'il n'était pas dans l'intention du législateur néerlandais de rendre la législation d'anti-discrimination applicable contre un collègue ou une tierce partie sur la base du fait qu'il n'y a pas de contrat ou de relation d'autorité entre les parties.⁸³

Les syndicats et autres organisations professionnelles ou commerciales ne sont généralement pas responsables des actes de discrimination commis par leurs membres.

B. Le champ d'application matériel

L'article 3(1) des deux directives énumère les domaines dans lesquels le principe de l'égalité de traitement doit être respecté. Quatre sections sont communes aux deux directives et donc aux cinq motifs de discrimination: les conditions d'accès à l'emploi, le travail d'indépendant ou une profession indépendante, y compris les critères de sélection et de recrutement; l'accès à tous les types d'orientation et de formation professionnelles, y compris l'expérience professionnelle pratique; l'emploi et les conditions de travail, y compris les licenciements et les rémunérations; et l'appartenance à ou l'engagement dans des organisations de travailleurs, des organisations patronales et des organisations professionnelles. La directive relative à l'égalité raciale étend le champ d'application de la protection contre la discrimination fondée sur le motif de l'origine ethnique ou raciale à la protection

⁸⁰ La plupart des dispositions de la Loi sur l'égalité de traitement irlandaise de 1998-2004 visent l'employeur et aucune disposition claire n'est créée pour permettre des actions contre le ou les auteurs de discrimination. Font exception à cette règle la section 14 de la Loi, qui mentionne la responsabilité imposée à la personne responsable d'avoir produit ou tenté de produire une discrimination, et la section 10 qui mentionne la responsabilité imposée à une personne qui expose des publicités à caractère discriminatoire.

⁸¹ La législation néerlandaise en matière d'emploi est orientée vers les employeurs, les organisations patronales, les organisations de travailleurs, les offices de l'emploi, les agences d'emplois publiques, les institutions de formation, les écoles, les universités, etc.

⁸² Article 617(2) de la législation du travail.

⁸³ Note explicative accompagnant la Loi sur l'égalité de traitement fondée sur le motif de l'âge dans l'emploi, le travail et la formation professionnelle (Loi sur l'égalité de traitement fondée sur le motif de l'âge dans l'emploi), seconde chambre du parlement, 2001-2002, 28 170, nr., 3, p.19.

sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé, les avantages sociaux, l'enseignement ainsi que l'accès aux biens et services et la fourniture des biens et services disponibles au public, y compris le logement.

La relation aux dispositions constitutionnelles est complexe. Dans la majorité des Etats membres, les garanties d'égalité constitutionnelles s'appliquent de manière générale, régissant donc théoriquement le champ d'application matériel des directives au moins dans le secteur public. Toutefois il est fortement improbable que les dispositions constitutionnelles assurent une transposition suffisante des directives. Lorsque le protocole 12 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, qui contient une interdiction générale de tout acte de discrimination exercé par l'Etat sur un nombre ouvert de groupes, est applicable dans la législation nationale, comme à Chypre et en Finlande, par exemple, le champ d'application de la législation nationale est large, au moins pour ce qui concerne le secteur public (à Chypre, le protocole 12 a une application générale qui dépasse le champ du droit public). En termes de dispositions législatives concrètes, cependant, la plupart des pays se montrent bien plus restrictifs et établissent une liste exhaustive des secteurs dans lesquels la législation d'anti-discrimination s'applique.

Les experts nationaux respectifs du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination sont généralement satisfaits de voir le champ d'application des directives respecté en Autriche (à l'exception du handicap et d'une certaine législation provinciale), à Chypre, au Danemark, en Finlande, en France, en Hongrie, en Irlande, en Italie, aux Pays-Bas, au Portugal, en Slovaquie, en Slovénie et en Espagne. Le champ d'application de la législation belge reste incomplet en raison de vides juridiques dans la législation des communautés et des régions (en ce qui concerne l'orientation et la formation professionnelles ainsi que la protection dans l'emploi pour ce qui concerne le personnel des Régions et des Communautés et de l'enseignement).

Pour répondre aux exigences des directives, la loi sur l'anti-discrimination nationale doit s'appliquer aux secteurs public et privé, y compris aux organes publics. Tous les Etats membres ne répondent pas à cette exigence actuellement. A Malte, les directives ont été mises en œuvre dans la législation du travail pour le secteur privé seulement; seules des dispositions plus générales de la Constitution et de la Loi sur la Convention européenne s'appliquent au secteur public. Mais, comme on le souligne en Lettonie, où l'égalité de traitement dans le service public n'est régie également que par la Constitution, même si le principe de l'égalité de traitement est d'application, les normes de mise en application telles que la charge de preuve font défaut. Les modifications apportées pour appliquer aux relations du service public la même protection que celle que garantit la législation du travail lettonne ont été esquissées. Au Portugal, les dispositions relatives à l'égalité et la non-discrimination de la législation du travail s'appliquent actuellement aussi bien aux travailleurs du secteur public qu'à ceux du secteur privé et continueront à le faire jusqu'à ce que des réglementations spécifiques différentes soient adoptées pour ce dernier secteur (article 1(2) de la Loi 35/2004). Les projets de loi discutés actuellement au Parlement du Luxembourg ne couvrent pas le secteur public et le Conseil d'Etat a averti que le Luxembourg risquait pour cela d'être tenu responsable d'une transposition insuffisante du droit communautaire.

En Hongrie, par contre, tous les acteurs du secteur privé ne sont pas couverts par la Loi sur l'égalité de traitement de 2003. Le législateur hongrois a adopté une approche unique parmi les Etats membres de l'UE, en ce sens qu'il n'énumère pas les domaines tombant sous son champ d'application mais cite plutôt les instances publiques et privées qui doivent respecter l'exigence de

l'égalité de traitement dans tous leurs actes. Il s'agit essentiellement des organes publics, comprenant notamment les entités gouvernementales autonomes d'Etat, locales et minoritaires, les pouvoirs publics, l'armée, les services pénitentiaires, les services douaniers, les associations et fondations publiques, les organismes assurant des services publics, les écoles et universités, les personnes et institutions assurant des services sociaux et de protection de l'enfance, des musées, des bibliothèques, des régimes de pension privés, des régimes d'assurance mutuelle volontaire, des prestataires de services de santé, des partis politiques et d'autres organes financés par le budget central (article 4). Quatre groupes d'acteurs privés sont mentionnés (article 5): (i) ceux qui offrent un contrat public ou font une offre publique; (ii) ceux qui offrent des services publics ou vendent des biens; (iii) les entrepreneurs, les entreprises et autres entités juridiques privées qui utilisent le soutien de l'Etat et (iv) les employeurs et contractants.

L'égalité doit être garantie dans tous les secteurs de l'emploi et du travail des secteurs public et privé, y compris le travail à la tâche, le travail indépendant, le service militaire et l'office de droit public. Un certain nombre de pays ne parviennent pas à assurer cette protection. Le service militaire n'est pas compris dans le champ d'application de la législation lettone de transposition des directives alors qu'aux Pays-Bas, la loi relative à la discrimination fondée sur l'âge ne s'applique pas encore au service militaire (ce qu'elle devrait faire pour le 1er janvier 2008 au plus tard). En Estonie, en Grèce, en Lettonie, en Lituanie, à Malte, en Suède et au Royaume-Uni, l'emploi et/ou la fonction d'indépendant ne sont pas complètement couverts et ne sont pas repris non plus dans les projets de loi du Luxembourg. La législation maltaise ne s'applique pas au personnel militaire ou aux personnes qui travaillent ou dispensent des services à titre professionnel ou en qualité d'entrepreneur pour une autre personne lorsque le travail ou le service n'est pas réglementé par un contrat de services spécifique. En ce qui concerne les personnes qui détiennent un office de droit public, la loi ne s'appliquera que si la personne concernée détient un contrat de travail.

La loi estonienne ne s'applique qu'aux contrats de travail et ne réglemente donc pas le travail de ceux qui travaillent en vertu d'autres arrangements, y compris les fonctionnaires publics et les travailleurs indépendants. De même, la loi tchèque ne s'applique pas encore au travail, au contrat de travail ou à la fonction d'indépendant et ne s'applique que partiellement à l'emploi public. Aux Pays-Bas, le terme de "profession libérale" a été utilisé à la place de "travail indépendant" et devra recevoir une interprétation plus large afin de garantir que non seulement les médecins, les architectes, etc. sont couverts par cette loi mais également les free-lances, les commerçants indépendants, les entrepreneurs, etc.

Il existe d'autres lacunes au niveau de la protection dans le domaine de l'emploi, parmi lesquelles l'absence de référence aux "conditions de travail" dans la législation suédoise; seules "les conditions d'emploi" y sont explicitement incluses, impliquant un champ d'application plus limité, couvrant les conditions qui sont régies par un contrat de travail mais pas les circonstances dans lesquelles le travail est exécuté. La législation lettone n'interdit pas la discrimination fondée sur les motifs de l'âge, du handicap ou de l'orientation sexuelle dans la formation ou l'orientation professionnelle au niveau du service public. La législation lituanienne ne couvre pas l'appartenance à ou l'engagement dans des organisations patronales, des organisations de travailleurs et des organisations professionnelles. En Estonie, il n'existe pas de dispositions spécifiques concernant l'accès à l'affiliation à des organisations de travailleurs et la législation lettone ne mentionne pas l'affiliation à ou l'engagement dans des organisations professionnelles.

Comme on l'a déjà noté, la République tchèque, l'Estonie, la Lituanie, Malte et la Pologne doivent encore transposer la directive relative à l'égalité raciale au-delà de la sphère de l'emploi. En Lituanie, d'autres lois garantissent que la discrimination raciale soit jugée illégale dans une certaine mesure au niveau de l'éducation, de la protection sociale et des avantages sociaux mais pas au niveau des biens et services. En Irlande, on peut se demander si la protection sociale, les avantages sociaux et l'éducation sont couverts par le champ d'application de la Loi sur l'égalité des statuts de 2000-2004. La loi lituanienne ne couvre pas la protection sociale ou les avantages sociaux.

L'article 3(3) de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi prévoit que le champ d'application de la directive ne s'étend pas aux "paiements de toute nature effectués par les programmes publics ou similaires, y compris les programmes publics de protection sociale ou de sécurité sociale". Cette exception ne se retrouve pas dans la directive relative à l'égalité raciale, laquelle en revanche mentionne la "protection sociale" dans son champ d'application (article 3(1)(e)). Certains Etats membres ont reproduit l'article 3(3) de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi dans leur législation d'anti-discrimination, comme la Finlande, la Grèce et Chypre, par exemple. Toutefois, dans l'ensemble de ces pays, il est probable que d'autres lois assurent une protection contre la discrimination au niveau de la sécurité sociale et des soins de santé. Invoquant l'article 3(3), le décret italien transposant la directive 2000/78 prévoit que son contenu ne portera pas atteinte aux dispositions déjà en vigueur dans le domaine de la sécurité sociale et de la protection sociale. Pourtant, la Loi sur l'immigration de 1998 offre également une protection contre la discrimination fondée sur la religion et la nationalité dans ce domaine. D'autres Etats membres n'ont pas explicitement inclus l'article 3(3) dans leur législation mais ne semblent pourtant pas protéger contre la discrimination dans le domaine de la protection sociale fondée sur d'autres motifs que l'origine ethnique et raciale, comme c'est le cas de Malte et du Portugal, par exemple.

Au Luxembourg, les projets de loi visant la transposition des directives reprennent la formulation exacte des directives en termes de champ d'application lié à l'emploi, y compris l'exception de l'article 3(3). Cependant, le champ d'application de la directive relative à l'égalité raciale hors de l'emploi n'est pas reproduit, ce qui laisserait la protection sociale, les avantages sociaux et l'éducation sans protection. Le code pénal interdit déjà la discrimination au niveau des biens et services dans le domaine public ainsi que dans certaines situations liées à l'emploi mais comporte d'importantes lacunes. Aucune modification du code pénal n'a été proposée.

Le terme "avantages sociaux" n'est généralement pas défini dans les législations nationales. Aux Pays-Bas, dans sa note explicative jointe à la Loi générale sur l'égalité de traitement, le gouvernement observe que cette notion doit être interprétée à la lumière de la jurisprudence de la CJCE rendue dans le contexte du règlement 1612/68 sur la libre circulation des travailleurs.⁸⁴ Selon le point de vue du gouvernement néerlandais, la notion d'avantages sociaux se réfère aux avantages de type économique et culturel qui peuvent être accordés aussi bien par les instances publiques que privées. Il peut s'agir de bourses d'étudiants, de réductions dans le transport public et de réductions portant sur des événements culturels ou autres. Les avantages offerts par les instances privées sont, par exemple, des réductions sur le prix d'entrée au théâtre ou au cinéma.

⁸⁴ Par exemple, Affaire CJCE C-261/83 *castelli* du 12 juillet 1984 et Affaire C-249/83 *hoecx* du 27 mars 1985, comme mentionné dans la note explicative néerlandaise jointe à la Loi sur la mise en œuvre de la CE, seconde chambre du parlement 2002-2003, 28 770, nr. 3, p.15.

En Suède, la discrimination liée à l'éducation n'est interdite que dans l'enseignement supérieur.⁸⁵ Toutefois, une enquête récente du gouvernement a examiné comment la discrimination devrait être interdite dans le système scolaire et a proposé une augmentation des responsabilités pour ce qui concerne les violations de l'intégrité des étudiants en général, ce qui signifiera que les gouvernements locaux ou autres qui mènent des activités scolaires seront responsables des dommages subis par des étudiants discriminés par l'école pour motifs de genre, d'appartenance ethnique, de religion ou d'autres convictions, d'orientation sexuelle ou de handicap. Cette proposition fait actuellement l'objet d'une procédure de consultation.

La directive relative à l'égalité raciale interdit uniquement les biens et services, dont le logement, qui sont disponibles au public. Les limitations de cette interdiction ont suscité un débat dans de nombreux pays et la plupart des Etats membres limitent effectivement la protection aux biens et services disponibles au public. Chypre, la France, l'Italie, la Slovaquie et l'Espagne font exception. La législation n'y établit pas de distinction entre les biens et services disponibles au public et ceux qui sont disponibles au niveau privé, de sorte que l'on peut supposer qu'elle s'applique aux deux. Quelques assemblées législatives ont prévu des définitions permettant de délimiter les circonstances dans lesquelles la discrimination est interdite. En Belgique, les travaux préparatoires de la loi précisent que la discrimination est interdite chaque fois que des biens ou services sont proposés sur le marché, autrement dit, ne sont pas réservés à un cercle fermé. La législation suédoise interdit la discrimination au niveau des biens et services, y compris le logement, qui sont fournis à titre professionnel de sorte que la loi ne s'applique pas aux transactions privées, par exemple lorsqu'une personne refuse à titre privé de vendre un appartement à une autre personne en raison de l'une des caractéristiques énumérées. Un Comité gouvernemental suédois examine actuellement si la Loi relative à l'interdiction de la discrimination de 2003 devrait s'appliquer aux personnes privées.

La Loi relative à la non-discrimination finlandaise régit la "fourniture ou l'accès en matière de logement et de services et biens mobiliers et immobiliers et de services proposés à la vente ou disponibles au grand public autres que concernant les relations entre les personnes privées". C'est ainsi, par exemple, que sont couverts les services d'assurance et bancaires, les services de transport, les services de réparation ainsi que la vente et la location de bâtiments destinés au commerce. Il est significatif de voir que les travaux préparatoires prévoient que les pouvoirs de la Communauté européenne et les fondements des directives doivent être pris en considération lors de l'interprétation de cette disposition. Le projet de loi sur l'anti-discrimination allemand reproduit l'article 3(1)(h) de la directive relative à l'égalité raciale mais y inscrit de larges exceptions: dans les cas de discrimination raciale présumée, ce projet de loi couvre tous les contrats privés, à l'exception des contrats de succession et de famille et des contrats qui constituent une "relation particulièrement proche ou de confiance des parties et de leurs parents", y compris les contrats de location pour l'espace de vie sur le même territoire ou le même espace; les contrats pour services personnels y échappent également. Pour tous les motifs régis par la directive, il est permis d'agir de façon discriminatoire dans un contrat de location afin de maintenir ou d'établir "des structures d'habitants socialement stables et des structures d'implantation équilibrées

⁸⁵ Loi de 2001 sur les étudiants universitaires, fondée sur les motifs de l'origine ethnique mais aussi sur ceux de la religion ou des convictions, du genre, de l'orientation sexuelle et du handicap.

ainsi que des structures culturelles, sociales et économiques équilibrées". Dans le contexte du débat mené en Allemagne, il est probable que cet élément sera utilisé pour justifier une différence de traitement fondée sur la race, l'âge ou le handicap. La législation portugaise prévoit que les associations privées ont le droit de ne réserver les biens et services qu'à leurs membres. La législation slovène ne couvre pas explicitement le logement.

Bon nombre d'Etats membres ont maintenu la divergence entre les champs d'application des deux directives, ne déclarant explicitement illégale que la discrimination en matière de protection sociale, d'avantages sociaux, d'éducation et de biens et services disponibles au public en ce qui concerne la discrimination fondée sur l'origine ethnique ou raciale. Toutefois, un certain nombre d'Etats membres prévoient la même protection aussi pour d'autres motifs de discrimination, sinon pour tous, allant bien au-delà des exigences posées par les directives. On trouvera ci-dessous une illustration des domaines dans lesquels les Etats membres dépassent les dispositions juridiques européennes:

- Alors que, dans la législation fédérale autrichienne, la distinction entre le champ d'application des deux directives est conservée, dans un législation provinciale, elle est nivelée vers le haut: les lois d'anti-discrimination de Vienne et de Carinthie protègent contre la discrimination perpétrée dans le cadre de la protection sociale, des avantages sociaux, de l'enseignement et des biens et services, y compris du logement, fondée sur tous les motifs de discrimination mentionnés dans les directives (hormis celui du handicap dans la législation viennoise). Comme les provinces sont de très grands propriétaires, cette réglementation revêt un caractère extrêmement important.
- En Belgique, tous les motifs de discrimination sont également prévus par la législation dans la Loi fédérale de 2003, dont le champ d'application comprend une série de circonstances non répertoriées dans le champ d'application matériel des directives, comme l'accès à, la participation dans et l'exercice de toute activité économique, sociale, culturelle ou politique normalement accessible au grand public.
- Le projet de loi de la République tchèque prévoit la même protection pour tous les motifs des directives.
- Le Danemark élargit l'interdiction de la discrimination hors de l'emploi à la religion ou aux convictions et à l'orientation sexuelle.
- La Loi de non-discrimination finlandaise interdit toute discrimination dans l'accès à l'éducation/la formation selon une grande diversité de motifs, dont l'âge, l'origine ethnique ou nationale, la nationalité, la langue, la religion, les convictions, l'opinion, la santé, le handicap et l'orientation sexuelle ainsi que "d'autres caractéristiques personnelles".⁸⁶ Le parlement finlandais a voté une motion requérant que le gouvernement prépare une nouvelle proposition de législation de promotion de l'égalité afin de rehausser le niveau de la protection pour tous les motifs en termes de champs d'application et de mécanismes d'application.⁸⁷ Un nouveau projet de loi est requis pour prendre comme point de départ le principe voulant que tous les motifs de discrimination soient traités de façon égale.

⁸⁶ Cette loi contient pourtant une clause limitative: la section 3 prévoit que cette loi ne s'applique pas aux objectifs ou au contenu de l'enseignement ou du système éducatif. Selon les *travaux préparatoires*, celle-ci prend en compte l'article 149(1) du Traité CE, lequel établit notamment que la communauté respectera pleinement la responsabilité des Etats membres pour la teneur des matières enseignées et l'organisation des systèmes éducatifs.

⁸⁷ PTK 107/2003 vp, p.7, TyVM //2003 vp.

- En France, le principe général de l'égalité dans le service public garantit l'égalité de traitement dans la protection sociale pour tous les motifs de discrimination. Tous les motifs bénéficient aussi d'une protection au niveau des biens et services, y compris le logement.
- Le projet de loi allemand propose une protection contre la discrimination au niveau des "transactions de masse" dans le domaine des biens et services selon les motifs de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi. Le terme "transactions de masse" n'est pas défini.
- La législation hongroise dispose d'un champ d'application matériel pratiquement illimité, traitant tous les motifs de discrimination de façon égale.
- La législation irlandaise dispose d'un champ d'application matériel couvrant neuf motifs de discrimination.
- Le champ d'application de la Loi sur l'immigration italienne de 1998 est ouvert et couvre donc le champ complet de la directive relative à l'égalité raciale et plus encore pour ce qui concerne la discrimination fondée sur la race, l'appartenance ethnique, la religion et la nationalité.
- La législation lituanienne interdit la discrimination pour tous les motifs dans le domaine de l'enseignement et des biens et services.
- Dans la législation slovaque, le droit aux soins de santé est également garanti pour toute personne indépendamment de sa religion ou de ses convictions, de son statut familial ou de son état civil, de sa couleur de peau, de sa langue, de son opinion politique ou autre, de ses activités syndicales, de son statut social ou national, d'un handicap, de son âge, de ses biens ou d'un autre statut, y compris le genre et l'origine raciale ou ethnique. La Loi sur l'anti-discrimination interdit toute discrimination en matière de logement fondée sur les motifs du genre, de l'origine raciale, nationale ou ethnique. La discrimination dans le domaine des marchés publics est également illégale: l'Office des marchés publics peut annuler la décision d'une autorité adjudicatrice si la discrimination est prouvée.⁸⁸
- En Slovénie, tous les motifs des directives et d'autres motifs bénéficient d'une protection contre la discrimination dans le domaine de la protection sociale, des avantages sociaux, de l'éducation et des biens et services.
- La législation espagnole interdit la discrimination en matière d'avantages sociaux ainsi que celle qui se fonde sur les motifs de la religion ou des convictions, du handicap et de l'orientation sexuelle.
- En Suède, la discrimination est interdite dans le domaine de l'assistance sociale et de la sécurité sociale, y compris les allocations de chômage et les prestations en nature de maladie et soins de santé, pour les motifs de l'origine ethnique, de la religion ou des convictions et de l'orientation sexuelle. La discrimination en matière de biens et services est interdite pour tous ces motifs ainsi que pour celui du handicap.
- Au Royaume-Uni, la discrimination fondée sur les motifs de la race, de l'origine ethnique ou nationale, de la nationalité et de la couleur est interdite sous toutes les formes et tous les niveaux d'enseignement. La discrimination pour motifs de religion ou convictions et d'orientation sexuelle est déclarée illégale dans l'enseignement complémentaire et supérieur. La discrimination fondée sur le handicap dans les écoles est déclarée illégale. La discrimination fondée sur le motif de handicap dans les biens, équipements et services est interdite (en Irlande du Nord également pour les motifs de religion ou d'opinion politique).

⁸⁸ On trouvera les renseignements détaillés dans la Loi No. 523/2003 Coll. sur les marchés publics.



Chapitre 6

Les exceptions au principe de l'égalité de traitement et l'action positive

A. Les exigences professionnelles essentielles et déterminantes

L'article 4 de la directive relative à l'égalité raciale et l'article 4(1) de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi autorisent les États membres à "prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à [l'un des motifs des directives] ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée". La majorité des États membres, à savoir l'Autriche, la Belgique, Chypre, la République tchèque, le Danemark, la Finlande, l'Allemagne, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, la Pologne, le Portugal, la Slovaquie, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni, ont choisi d'autoriser de telles exceptions au principe de l'égalité de traitement pour tous les motifs couverts par les directives. Bon nombre d'entre eux ont adopté littéralement la formulation de la directive mais parmi ceux qui s'écartent de la formulation de la directive, nombreux sont ceux qui risquent de prendre l'exception au-delà de ce que permettent les directives.

Au Royaume-Uni notamment, le test utilisé pour justifier l'exigence professionnelle essentielle s'avère moins rigoureux que dans les directives en ce qu'il n'existe pas d'obligation de prouver que l'imposition de l'exigence poursuivait un objectif légitime. La disposition estonienne relative aux exigences professionnelles essentielles, qui permet aux employeurs de ne poser des exigences qu'en ce qui concerne l'âge et le handicap mais pas pour d'autres motifs des directives, ne mentionne pas explicitement l'objectif légitime ou le principe de proportionnalité de l'exigence professionnelle. La disposition polonaise de transposition de l'article 4(1) est plus large que la directive, prévoyant que le principe de l'égalité de traitement dans l'emploi n'est pas violé par le chômage d'une personne sur la base d'un ou de plusieurs motifs mentionnés dans la définition de la discrimination, s'il est justifié par le type de travail, les conditions de travail ou les exigences professionnelles imposées aux travailleurs.⁸⁹ La législation slovène énumère les activités professionnelles pour lesquelles une distinction fondée sur les motifs de religion, de genre, d'âge et de handicap est autorisée, notamment l'armée, la police et l'ordre judiciaire.

L'application judiciaire des lois sera essentielle pour tester l'étendue des exceptions nationales. Ainsi, le remplacement de l'exigence de "l'objectif légitime" par "le caractère raisonnable" dans la législation italienne a été critiqué comme étant plus large que l'exception des directives mais il se pourrait bien que les tribunaux estiment que la signification est la même. Le droit italien est également critiqué pour pousser l'exigence professionnelle et essentielle trop loin en permettant des "tests d'adéquation du travail" pour les motifs de la religion ou des convictions, de l'âge, du handicap et de l'orientation sexuelle. Ces tests restent hors de portée de la loi d'anti-discrimination et peuvent manifestement être discriminatoires dans l'admission à des postes spécifiques. Les tribunaux lettons feront eux aussi l'objet d'une surveillance étroite quant à la façon dont ils interprètent la "condition préalable objective et justifiée à l'exécution du travail concerné ou à l'obtention de l'emploi concerné".⁹⁰

⁸⁹ Art. 183b par 2 point 1, Législation du travail

⁹⁰ Article 29(2) et (9) de la législation du travail.

La France n'a pas inclus l'exception des exigences professionnelles, partant du principe que la Constitution exige qu'aucune disposition du droit français ne puisse créer une inégalité de traitement sur la base de l'origine. La note explicative jointe à la législation autrichienne demande que cette exception soit interprétée étroitement et donne l'exemple d'un acteur ou d'une actrice appartenant à un certain groupe ethnique. Elle dit aussi que cette exception couvre les considérations de sécurité et de santé, tout spécialement les clauses de protection qui réglementent une obligation de porter des uniformes ou des casques pour des raisons de sécurité.

Les Pays-Bas ne prévoient l'exception de l'exigence professionnelle et essentielle que pour l'apparence raciale d'une personne, contrairement à une caractéristique liée à l'origine ethnique ou raciale.⁹¹ Toutefois, l'exception va au-delà des situations d'emploi: la Loi générale relative à l'égalité de traitement ne s'applique pas "aux cas où l'apparence raciale d'une personne constitue un facteur déterminant à condition que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée à cet objectif"⁹² et les exceptions autorisées sont élaborées de manière exhaustive dans un décret gouvernemental de 1994.⁹³ La loi néerlandaise n'autorise pas de telles exceptions pour la religion ou les convictions, le handicap ou l'orientation sexuelle. Elles peuvent être autorisées dans le cadre de la discrimination fondée sur l'âge mais celle-ci serait traitée plutôt comme un cas objectivement justifié de discrimination directe.

B. Les employeurs ayant une philosophie basée sur la religion ou les convictions

En vertu de l'article 4(2) de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi, les Etats membres peuvent maintenir les lois et pratiques nationales qui avaient cours avant l'adoption des directives et permettaient aux Eglises et autres organisations publiques ou privées, dont la philosophie était fondée sur la religion ou les convictions, de traiter les personnes différemment en fonction de leur religion ou de leurs convictions: ce traitement différencié ne constituera pas une discrimination lorsque, en raison de la nature de ces activités ou du contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions d'une personne constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée compte tenu de la philosophie de l'organisation. Cette exception n'autorise un traitement différencié que pour les motifs de la religion ou des convictions et ne peut servir à justifier une discrimination fondée sur un autre motif, comme l'orientation sexuelle, par exemple.

⁹¹ Article 2(4)b) Loi générale sur l'égalité de traitement, telle qu'insérée par la Loi de mise en œuvre CE de 2004 EC.

⁹² Article 2(4)a) Loi générale sur l'égalité de traitement, telle que modifiée par la Loi sur la mise en œuvre CE de 2004. Avant la modification de 2004, les situations professionnelles étaient régies par cette clause générale.

⁹³ *Besluit Gelijke Behandeling* du 18 août 1994, Stb 657 (Décret gouvernemental sur l'égalité de traitement, du 18 août 1994, *Journal juridique* 657): a. La profession ou l'activité d'un acteur, d'un danseur ou d'un artiste pour autant que la profession ou l'activité concerne l'exécution d'un certain rôle; b. les mannequins, modèles pour photographes, artistes etc., pour autant que les exigences puissent être imposées raisonnablement aux apparences extérieures; c. La participation à des concours de beauté pour autant que les apparences liées à la race d'une personne soient cruciales à la lumière des objectifs du concours; d. La prestation de services qui ne peuvent être dispensés qu'à des personnes ayant certaines apparences extérieures.

Les Etats membres qui n'ont pas choisi de transposer cette exception sont la République tchèque, l'Estonie, la France, la Lituanie, la Slovénie et la Suède. L'exception prévue dans l'article 4(2) n'a pas été explicitement mise en œuvre dans la législation portugaise (bien qu'il s'agisse d'une pratique légale en usage dans les instances religieuses de licencier un travailleur qui ne se conforme pas à leur religion professée ou aux convictions ou à la philosophie religieuse établies en général). L'Autriche, Chypre, le Danemark, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, l'Irlande, la Lettonie, Malte, les Pays-Bas, la Pologne, la Slovaquie et le Royaume-Uni ne possèdent pas de dispositions mettant en œuvre l'article 4(2). En revanche, le législateur finlandais avait l'intention de régir les situations correspondant à l'article 4(2) par la disposition plus générale de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante.⁹⁴

Un certain nombre d'Etats suscitent quelques inquiétudes quant au fait que les exceptions fondées sur l'article 4(2) y sont trop larges. L'exception prévue par la législation grecque semble permettre des exceptions concernant toutes les personnes qui travaillent pour des organisations publiques ou privées ayant une philosophie basée sur une religion ou des convictions, indépendamment de la nature de leurs activités ou du contexte dans lequel elles sont exercées. En Italie, la loi implique que l'exception s'applique aussi aux organisations qui ne possèdent pas une philosophie fondée sur la religion ou les convictions et introduit une exception qui va au-delà des règles nationales déjà en vigueur, ce que n'autorisent pas les directives. En Slovaquie, l'exception pour les organisations à philosophie religieuse est jugée trop large car elle autorise des différences de traitement en fonction de l'âge, du sexe, de la religion ou des convictions et de la constatation de l'orientation sexuelle plutôt que seulement de la religion ou des convictions et constitue une exception générale que les organisations religieuses peuvent appliquer à tout travailleur, quelle que soit la nature du travail.

Il existe des mises en garde concernant la formulation des exceptions de philosophie religieuse dans les projets de lois luxembourgeois et allemands actuellement présentés au parlement. Le Conseil d'Etat du Luxembourg a prévenu que la disposition contenue dans le projet de loi transposant la directive 2000/78 introduirait, dans sa formulation actuelle, de nouvelles restrictions à la liberté de religion et à la liberté d'expression et violerait donc la directive, les exceptions de l'article 4(2) n'étant autorisées que si elles consistent en des lois existantes ou des pratiques incorporant les pratiques nationales existantes. Le paragraphe 9 du projet de loi allemand sur l'anti-discrimination autorise les entités et institutions religieuses et de convictions qui leur sont associées à traiter les travailleurs potentiels différemment en fonction de leur religion indépendamment de la légitimité et de l'adéquation des exigences relatives à l'emploi. Il permet des exceptions selon des règles qui demandent "le comportement loyal et fidèle des travailleurs".

⁹⁴ HE 44/2003 [Proposition gouvernementale 44/2003], p. 45

C. Les forces armées et autres professions spécifiques

Le considérant 18 de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi déclare que la directive ne saurait, notamment, avoir pour effet d'astreindre les forces armées ainsi que les services de police, pénitentiaires ou de secours à embaucher ou à maintenir dans leur emploi des personnes ne possédant pas les capacités requises pour remplir l'ensemble des fonctions qu'elles peuvent être appelées à exercer au regard de l'objectif légitime de maintenir le caractère opérationnel de ces services. L'article 3(4) spécifie que les États membres peuvent prévoir que la directive relative à l'égalité en matière d'emploi ne s'applique pas aux forces armées pour ce qui concerne les discriminations fondées sur l'handicap et l'âge. Les États membres devraient donc déclarer activement une exception pour les forces armées fondée sur ces motifs s'ils envisagent d'invoquer cet article. Quelques États membres ont inclus une exemption explicite pour les forces armées dans leur législation, en ce qui concerne, par exemple, l'âge et le handicap en France, en Grèce, en Irlande, à Malte⁹⁵ et en ce qui concerne le handicap au Royaume-Uni, mais d'autres États, tels que le Portugal, la Slovaquie et l'Espagne, ont simplement conservé les exigences de l'âge et du handicap dans leurs réglementations applicables aux forces armées sans déclarer explicitement une exemption au principe de l'égalité de traitement. Cette exception n'a pas été utilisée en Finlande, en Allemagne, en Hongrie, en Lituanie, aux Pays-Bas, au Portugal ou en Suède.

La législation irlandaise prévoit des dérogations sur la base de l'âge en ce qui concerne la police, les services pénitentiaires ou les services de secours⁹⁶. Les lois de la République tchèque réglementant les forces armées et de sécurité (y compris les pompiers, les douaniers, les fonctionnaires de police et de prison) n'incluent pas les motifs de l'âge ou du handicap dans leurs clauses d'anti-discrimination, impliquant qu'une telle discrimination est autorisée. En Slovaquie, les dispositions de la Loi sur l'anti-discrimination portant sur le handicap et l'âge sont explicitement sans préjudice des réglementations applicables au service des douaniers, des membres des forces armées, des services de sécurité armés, des services armés, de l'Office de la sécurité nationale, du Service de renseignements slovaque et des Services de secours et de pompiers.⁹⁷

Le décret italien transposant la directive relative à l'égalité en matière d'emploi estime explicitement comme non discriminatoire "l'évaluation de ces caractéristiques [l'âge, le handicap, l'orientation sexuelle, la religion ou les convictions] lorsqu'elles sont pertinentes pour établir si une personne convient pour exercer les fonctions que les forces armées et les services de police, de prison et de secours peuvent être appelés à exécuter". Cette exception semble aller plus loin que ne l'autorise le considérant 18.

⁹⁵ On trouve cette exemption dans l'avis juridique 461 de 2004. Cependant, les forces armées ne sont pas exclues du champ d'application de la Loi sur l'égalité des chances (Personnes handicapées)

⁹⁶ Section 37, Loi sur l'égalité dans l'emploi 1998-2004

⁹⁷ Section 4, paragraphe 1(b) de la Loi d'anti-discrimination

D. La discrimination fondée sur la nationalité

L'article 3(2) des deux directives prévoit que " la directive ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et s'entend sans préjudice des dispositions et conditions relatives à l'admission et au séjour des ressortissants de pays tiers et des personnes apatrides sur le territoire des États membres et de tout traitement lié au statut juridique des ressortissants de pays tiers et personnes apatrides concernés." C'est aussi ce que déclarent les paragraphes 12 et 13 des préambules respectivement des directives relatives à l'égalité en matière d'emploi et à l'égalité raciale. Néanmoins, dans plusieurs États membres de l'UE, parmi lesquels les Pays-Bas (Loi générale sur l'égalité de traitement), le Portugal (législation du travail, Loi 134/99, Loi 18/2004 du 11 mai) et l'Espagne (OL 4/2000), la nationalité est un motif de discrimination d'application générale interdit. La Loi relative à l'égalité de traitement hongroise contient une liste ouverte de motifs interdits et la discrimination fondée sur la nationalité, étant interdite par la Constitution, peut être supposée comprise dans cette liste. En Irlande, la définition statutaire de la race comprend la nationalité, l'origine ethnique ou nationale⁹⁸ et au Royaume-Uni, les motifs raciaux sont définis comme étant la race, la couleur, la nationalité et l'origine ethnique ou nationale.⁹⁹ En Autriche, à Chypre et en Suède notamment, il convient de distinguer la nationalité comme motif de discrimination de l'origine nationale, qui est un motif interdit.

Lorsque la discrimination fondée sur la nationalité est interdite, elle tend à s'accompagner d'exceptions explicites telles que le fait de travailler à certains postes du secteur public ou de représenter le pays dans le domaine du sport.

Un certain nombre d'États membres ont explicitement exclu du champ d'application de leur législation de mise en œuvre des directives la discrimination fondée sur la nationalité et l'admission et le séjour de ressortissants de pays tiers et de personnes apatrides et tout traitement qui résulte du statut juridique de ces personnes. Chypre, la Grèce, l'Italie, Malte et le Luxembourg (projet de loi) l'incluent et le projet de loi d'anti-discrimination tchèque exclut l'admission et le séjour des ressortissants de pays tiers. La Loi britannique relative aux relations raciales interdit la discrimination dans les fonctions liées à l'immigration et à la nationalité fondée sur les motifs de la race ou de la couleur (section 19B et 57A) et aussi de la nationalité et des origines nationales ou ethniques mais ces derniers motifs sont soumis à des exceptions potentiellement larges (ss 19C et 19D).

Alors que la discrimination fondée sur la nationalité est interdite en Italie en vertu de la Loi sur l'immigration de 1998, laquelle prévoit une protection similaire à celle qu'offrent les directives, elle est explicitement exclue des décrets transposant les directives. Les dispositions concernées de la Loi sur l'immigration sont toutefois explicitement laissées en vigueur par les décrets. Cette technique de transposition est préoccupante. On trouve une incohérence potentielle par rapport au droit européen dans la Loi sur la non-discrimination finlandaise, laquelle incorpore cette exception mais omet de faire la distinction entre les étrangers

⁹⁸ Section 6(2)(h) Loi sur l'égalité dans l'emploi 1998-2004

⁹⁹ Loi sur les relations raciales d'origine (s.3) et Ordonnance sur les relations raciale d'origine (art.5), S.78/art. 2 définissent la "nationalité " comme incluant la citoyenneté.

qui sont citoyens des pays de l'UE et ceux qui ne le sont pas: la section 3 prévoit que cette loi ne s'applique pas à "l'application de dispositions régissant l'admission et le séjour des étrangers dans le pays ou le placement des étrangers dans une position différente pour une raison dérivant de leur statut juridique en vertu de la loi".

Il existe certaines craintes que les exceptions de l'article 3(2) puissent servir à dissimuler ce qui est réellement une discrimination d'origine raciale ou ethnique sous le couvert d'une discrimination fondée sur la nationalité qui est légitime. Le climat qui règne actuellement dans bon nombre de pays européens veut que les "étrangers" se trouvent souvent confrontés à des discriminations. En Autriche, il est souligné que ces types de cas seront plutôt difficiles à traiter devant les tribunaux si l'exemption pour motif de nationalité est interprétée d'une façon large par les tribunaux; il est probable que la charge de la preuve incombera principalement au plaignant, lequel devra prouver le fondement raciste de ces actions. En Italie, la discrimination raciale est souvent maquillée en un traitement différent à l'égard de non-ressortissants de l'UE, pouvant conduire à une discrimination indirecte fondée sur des motifs d'origine ethnique.

E. Les allocations familiales

La mise en application des directives arrive au moment où un nombre croissant d'Etats membres autorisent les couples de même sexe à se marier ou à enregistrer les partenariats et bénéficier des mêmes avantages que les couples mariés. En vertu de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi, il semblerait de prime abord que tous les avantages liés au travail qui sont disponibles aux couples de sexe opposé devraient toujours être mis à la disposition des couples de même sexe, sous peine de constituer une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Toutefois, le considérant 22 de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi dit que "cette directive est sans préjudice des lois nationales relatives à l'état civil et des prestations qui en dépendent".

Certains Etats membres ont incorporé ce considérant dans leur législation de mise en oeuvre, comme l'Italie, par exemple. En Autriche, la note explicative jointe à la Loi sur l'égalité de traitement fait référence au considérant 22, établissant que "la discrimination à l'égard de partenariats homosexuels par rapport aux partenariats hétérosexuels non mariés est interdite; les prestations sociales volontaires doivent être octroyées à tous les partenariats ou uniquement aux couples mariés. Les privilèges réservés au mariage restent admissibles". Le Royaume-Uni invoque le considérant 22 dans ses Réglementations sur l'orientation sexuelle (rég. 25) et les réglementations sur l'orientation sexuelle d'Irlande du Nord (rég. 28), introduisant une exception spécifique pour les prestations qui dépendent de l'état matrimonial. Toutefois, une discrimination dans l'emploi contre les partenaires civils (partenaires de même sexe enregistrés) a été interdite. Il existe en Irlande des exceptions explicites à l'interdiction de la discrimination fondée sur les motifs de l'orientation sexuelle et de l'état matrimonial dans la Loi sur l'égalité dans l'emploi de 1998-2004 et la Loi sur les pensions de 1990-2004, permettant à l'employeur de limiter toutes les "allocations familiales" aux partenaires mariés et aux enfants qui sont juridiquement ou biologiquement associés à ce travailleur.

Il n'est fait nulle mention de prestations liées au mariage exemptes de la loi d'anti-discrimination nationale à Chypre, en Estonie, en Pologne, en Lettonie, en Lituanie ou en Slovénie mais généralement toutes les prestations de travail liées à la famille ne s'appliquent qu'au mariage hétérosexuel et les prestations liées au mariage sont supposées ne pas être touchées par les lois d'anti-discrimination. En Slovaquie, l'état matrimonial est un motif protégé de discrimination dans la législation du travail.

Les différences de traitement entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels ne sont pas admissibles en Belgique, où les couples hétérosexuels et les couples homosexuels ont pu entrer en "cohabitation légale" depuis 1998 et où le mariage civil des personnes de même sexe est reconnu par la loi depuis février 2003. La loi n'autorise pas l'exclusion des couples homosexuels des allocations familiales liées au travail. De la même manière, en Finlande, la Loi relative à la relation enregistrée (950/2001) a éliminé la plupart des cas de traitement différencié entre couples hétérosexuels mariés et couples homosexuels enregistrés. L'enregistrement d'un partenariat aura les mêmes effets juridiques que la conclusion d'un mariage, à moins qu'une loi ne le décrète autrement (section 8). Toutefois, la Loi sur le partenariat enregistré n'a pas d'implications directes pour les dispositions de conventions collectives, qui contiennent souvent des dispositions relatives à l'assurance-vie de groupe et aux vacances, par exemple, bien que, de nos jours, la plupart des allocations en conventions collectives font référence aux personnes qui vivent sous le même toit. Au Danemark, en Hongrie, aux Pays-Bas, au Portugal ou en Suède, il n'est pas admissible de traiter les couples de même sexe différemment des couples de sexe différent. La Loi sur le partenariat enregistré suédoise (1994:1117) a été introduite afin de créer un cadre juridique pour les couples homosexuels qui correspond à celui du mariage civil des hétérosexuels. Les conséquences juridiques d'un partenariat enregistré selon la loi suédoise sont très similaires à celles d'un mariage.

F. La santé et la sécurité

En ce qui concerne les personnes handicapées, l'article 7(2) de la directive 2000/78 autorise les Etats membres à conserver ou adopter des dispositions sur la protection de la santé et de la sécurité au travail et des mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou facilités destinées à sauvegarder ou promouvoir leur intégration dans l'environnement de travail. Les législations chypriote, irlandaise, grecque, lituanienne et portugaise reflètent cette exception à l'interdiction de la discrimination fondée sur le handicap, tout comme éventuellement le projet de loi du Luxembourg transposant la directive 2000/78. La différence de traitement est explicitement autorisée aux Pays-Bas si elle est nécessaire pour assurer la protection de la sécurité et la santé publiques¹⁰⁰; en Irlande, lorsqu'une personne présente un handicap qui, sous des circonstances particulières, pourrait nuire à cette personne ou à d'autres, le fait de traiter cette personne différemment dans une mesure raisonnablement nécessaire pour empêcher un tel préjudice ne constitue pas une discrimination.¹⁰¹ On peut interpréter cela comme une exception au principe de l'égalité de traitement.

¹⁰⁰ Article 3(1)a) de la Loi sur la discrimination fondée sur le handicap

¹⁰¹ Section 4(4) Loi sur l'égalité des statuts 2000-2004. La section 7(4)(b) de la même loi exclut les dispositions de la loi qui concernent le service de l'enseignement dispensé où le respect des dispositions de non-discrimination rendrait impossible ou aurait un effet gravement néfaste sur le service d'enseignement dispensé aux autres étudiants. Ces deux dispositions ne déterminent pas clairement qui prend la décision qu'une personne représente un préjudice pour elle-même ou les autres et sur la base de quelles normes.

Au Royaume-Uni, la Loi sur la discrimination fondée sur le handicap ne prévoit pas d'exceptions spécifiques pour des raisons de santé et de sécurité mais lorsque, après un aménagement raisonnable, il subsiste un risque essentiel en termes de santé et de sécurité, un employeur peut invoquer cet élément pour justifier un traitement moins favorable de la personne handicapée. En Finlande, les préoccupations relatives à la santé et à la sécurité peuvent être prises en considération lorsqu'il s'agit d'évaluer si les mesures nécessaires pour s'adapter au handicap d'une personne doivent être jugées raisonnables: les *travaux préparatoires* de la Loi de non-discrimination indiquent que les mesures ne seraient pas considérées comme raisonnables si elles modifiaient trop le fonctionnement du lieu de travail et compromettaient dans le même temps la santé et sécurité professionnelles.

En Belgique, il n'existe pas d'exceptions explicites dans les instruments législatifs qui mettent en œuvre les directives. Toutefois, on pourrait soutenir qu'en vertu de l'article 3 de la Loi fédérale du 25 février 2003, stipulant qu'il ne sera pas porté atteinte à l'obligation de respecter les libertés et les droits fondamentaux reconnus en Belgique, toute restriction au principe d'égalité de traitement serait justifiée par le besoin de protéger la santé et la sécurité d'autrui (les collègues de travail et le grand public) ou même de la personne concernée.

L'article 8(4) de la Loi sur l'égalité des chances maltaise de 2000 (personnes handicapées) prévoit que rien n'empêchera un employeur d'une personne handicapée d'informer, s'il le juge nécessaire, le personnel de premiers secours et de sécurité en ce qui concerne tout traitement d'urgence qui pourrait être exigé par un tel requérant en raison de son handicap ou par rapport à toutes les précautions spéciales qui pourraient devoir être prises en raison dudit handicap.

En Autriche, les exigences en matière de santé et de sécurité peuvent être considérées comme des exigences professionnelles essentielles, en particulier "les clauses de protection réglementant une obligation de porter des uniformes ou des casques pour des raisons de sécurité". Cette exception n'est pas restreinte à la discrimination fondée sur le handicap mais pourrait s'appliquer à tous les motifs traités par la Loi sur l'égalité de traitement.

Dans un esprit similaire, les juridictions de certains pays peuvent autoriser les préoccupations de santé et de sécurité pour justifier objectivement une discrimination indirecte alléguée. Au Royaume-Uni, un certain nombre d'affaires alléguant une discrimination indirecte fondée sur des motifs raciaux ont été portées devant les tribunaux, dans lesquelles l'employeur ou l'institution d'enseignement avaient imposé, pour des motifs d'hygiène et de sécurité, un code vestimentaire qui désavantageait les membres de certains groupes raciaux particuliers, incapables de s'y conformer. Il s'agissait, par exemple, de l'interdiction de porter la barbe, lorsqu'il était question de préparation alimentaire, pour des questions d'hygiène¹⁰² ou d'une exigence imposée aux ouvriers chargés de la réparation des voies ferrées de porter un casque de protection.¹⁰³ Dans ce type de cas, l'employeur doit montrer que la nécessité des règles imposées compense son impact discriminatoire, en examinant s'il n'existe pas d'autres moyens, non discriminatoires, qui permettraient de gérer le risque pour la santé et la sécurité.

¹⁰² Panesar -c.- Nestle' Co. Ltd. [1980] IRLR 64; Blakerd -c.- Elizabeth Shaw Ltd. [1980] IRLR 64

¹⁰³ Singh -c.- British Rail Engineering Ltd. [1986] ICR 22

G. Les exceptions liées à la discrimination fondée sur l'âge¹⁰⁴

On trouve un certain nombre de pratiques communes dans les Etats membres qui se basent sur la différence de traitement des personnes en raison de leur âge. Il s'agit, par exemple, d'exigences d'un âge minimal ou maximal pour obtenir un emploi ou pour bénéficier de prestations basées sur les années de service. La directive relative à l'égalité en matière d'emploi autorise explicitement les Etats membres à recourir à une discrimination directe fondée sur l'âge, stipulant dans son article 6(1) que "les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires." Elle énumère ensuite des exemples de différences qui pourraient être autorisées, dont la fixation de conditions minimales en termes d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté pour accéder à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi. En vertu de l'article 6(2), les États membres peuvent prévoir que ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité, à condition que cela ne se traduise pas par des discriminations fondées sur le sexe.

Plusieurs Etats membres ont directement transposé l'article 6 de la directive 2000/78 dans la législation nationale. C'est le cas de l'Autriche, de Chypre, de la Grèce, de Malte, du Portugal¹⁰⁵ et de la Slovaquie. Etant donné les hésitations qui marquent la discrimination fondée sur l'âge et la complexité des problèmes, il n'est peut-être pas surprenant de voir certains Etats membres autoriser les exceptions maximales. Les projets de lois du Luxembourg et d'Allemagne cherchent également à transposer directement l'article 6 (hormis l'article 6(1)(c) au Luxembourg, qui a été exclu parce que jugé inutile). La France, l'Italie et la Slovénie possèdent également des dispositions qui ressemblent à l'article 6.

L'Article 6 a été étroitement suivi dans la Loi sur l'égalité dans l'emploi irlandaise de 1998-2004 et dans l'article 7(1) de la Loi de non-discrimination finlandaise. Cette dernière omet toutefois de mentionner l'exigence voulant que le moyen utilisé pour atteindre des objectifs légitimes soit "approprié et nécessaire". On estime cependant que le principe juridique général de proportionnalité peut produire le même effet. Une législation régionale belge reflète l'article 6 et, comme la Belgique a jusqu'au 2 décembre 2006 pour transposer complètement la directive 2000/78 dans la mesure où elle concerne l'âge, il est possible que l'article 6 se voie également incorporé dans la législation fédérale. La Suède et le Royaume-Uni doivent encore mettre en application la directive 2000/78 en ce qui concerne l'âge.

¹⁰⁴ Un rapport thématique sur ce thème rédigé par le Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination en offre une analyse plus détaillée, cf. Etude thématique sur "La discrimination fondée sur l'âge et la législation européenne" par Colm O'Cinneide. Certaines conclusions de cette étude sont reproduites dans cette section.

¹⁰⁵ L'article 33(4) de la Loi 35/2004 prévoit que les règles juridiques ou les conventions collectives autorisant toutes mesures de ce genre doivent être évaluées et modifiées si elles ne peuvent plus être justifiées.

Comme les législations hongroise et lettone autorisent que la discrimination directe fondée sur *quelque* motif soit justifiée, il n'existe pas de test de justification supplémentaire pour ce qui concerne spécifiquement la discrimination liée à l'âge. La législation néerlandaise ne fait aucune distinction entre la discrimination directe et indirecte fondée sur l'âge, permettant une justification objective pour tous les types de discrimination fondée sur l'âge et autorisant explicitement la prise en compte de considérations liées à l'âge dans un certain nombre de circonstances. Le système juridique polonais autorise la discrimination directe fondée sur l'âge dans certaines situations bien spécifiées mais ne dispose pas de clause générale à cet égard.

L'article 6(1)(b) autorise explicitement les lois qui cherchent à promouvoir l'intégration professionnelle ou à assurer la protection des jeunes, des travailleurs âgés et des personnes qui ont des responsabilités de prise en charge totale et l'on observe effectivement que ces lois sont très courantes dans les Etats membres de l'UE. Tous les Etats membres pratiquement disposent d'une législation qui vise à protéger les jeunes travailleurs, comme l'Estonie, la Finlande, la France, la Hongrie, l'Irlande, Malte, la Pologne, le Portugal, la Slovaquie et la Slovénie, par exemple. La Hongrie aussi possède des mesures spéciales de carrières, dont la protection contre les licenciements de personnes qui ont des responsabilités de prise en charge globale d'un enfant ou d'un parent proche. En Lituanie, au nombre des personnes qui se voient accorder des garanties supplémentaires sur le marché du travail, on trouve les personnes du groupe d'âge de 16 à 25 ans dans leur premier emploi, les personnes qui sont à moins de cinq ans de l'âge de la pension et les parents seuls qui ont la charge d'enfants de moins de huit ans.¹⁰⁶ En Lettonie, dans la sélection des personnes à licencier en vue d'éviter des sureffectifs, la priorité de non-licenciement est donnée notamment aux personnes qui ont la charge d'un enfant de moins de 14 ans ou d'un enfant handicapé de moins de 16 ans, aux personnes ayant au moins deux personnes à charge et aux personnes qui sont à moins de cinq ans de l'âge de la pension.¹⁰⁷ La Loi sur les relations professionnelles slovènes prévoit que l'absence temporaire d'un travailleur pour des raisons de charge d'un membre de la famille ou d'une personne handicapée ne peut être un critère dans la sélection des personnes qui devraient être licenciées pour cause de sureffectifs.

Les exigences d'âge minimal et maximal, en particulier au niveau de l'accès à l'emploi, semblent largement admises. Elles peuvent être décrites comme des exigences fondées sur l'âge alors que l'exigence d'un nombre d'années d'expérience constitue une exigence indirecte en matière d'âge. La République tchèque offre des exemples d'exigences d'âge directes (exigences d'un âge minimal pour l'emploi et la fonction d'indépendant et les limites d'âge maximal fixées pour certaines professions) et des exigences d'âge indirectes (conditions salariales en fonction des années d'expérience, exigence d'un certain niveau d'enseignement et d'une période minimale de formation pour accéder à certaines professions). Au Royaume-Uni, bon nombre d'entreprises et de professions diverses fixent des âges minimaux pour l'admission en qualité de stagiaires et, dans certains cas, elles imposent également un âge maximal d'admission. Lors de la fixation de limites d'âge, l'on attend des employeurs qu'ils évitent de pratiquer une discrimination illégale fondée sur d'autres motifs. En Allemagne, un âge maximal est fixé pour l'accès à l'assistance publique des études à l'université et un âge minimal pour le décompte des années de service en vue de pouvoir bénéficier de prestations.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Article 92 part 2 Législation du travail

¹⁰⁷ Art.108 Législation du travail

¹⁰⁸ 17 ans, selon le § 6 de la Loi sur le soutien des fonctionnaires publics.

Des problèmes de discrimination fondée sur l'âge se sont également posés suite à l'imposition d'un âge de départ à la retraite obligatoire mais une comparaison directe de la situation dans les différents Etats membres se voit entravée en grande partie par la grande incertitude qui pèse sur la question des âges de la retraite et la question de savoir dans quelle mesure les dispositions de la directive relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi qui concernent la discrimination fondée sur l'âge exigent une modification des pratiques nationales existantes. Le terme "âge de la retraite" génère en soi une certaine confusion, imputable aux terminologies variables en usage dans toute l'UE. Toute comparaison d'échelle européenne exige qu'une distinction claire soit établie entre l'âge donnant droit à la pension de retraite,¹⁰⁹ l'âge de la retraite imposé par l'Etat et l'âge de la retraite imposée par l'employeur ou de caractère contractuel. L'âge donnant droit à une pension de retraite est l'âge fixé par un Etat membre auquel les personnes obtiennent le droit de prétendre à une pension d'Etat (se distinguant de l'âge auquel les personnes quittent leur emploi) et les règles relatives à la retraite d'Etat fondée sur l'âge échappent au champ d'application de la directive relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi (article 3(3)). En ce qui concerne les âges de la retraite obligatoires imposés par l'Etat, on ne peut dire clairement si ces âges sont autorisés, la situation relevant de la directive relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi étant totalement ambiguë. Le considérant 14 déclare que "La présente directive ne porte pas atteinte aux dispositions nationales fixant les âges de la retraite." Cependant, on ne trouve dans le texte même de la directive aucune référence d'une exemption automatique pour toute forme d'âge de la retraite. Les âges de la retraite obligatoires imposés par l'Etat peuvent faire l'objet d'une exemption en vertu de l'article 3(3) s'ils peuvent être classés comme faisant partie des plans de sécurité sociale de l'Etat, à défaut de quoi ils doivent être justifiés en vertu de l'article 6(1). Certains Etats imposent des âges de la retraite obligatoires à certaines catégories de citoyens, principalement dans le secteur public. A Chypre, par exemple, tous les fonctionnaires publics peuvent prendre leur retraite à l'âge de 55 ans s'ils le souhaitent mais sont obligés de prendre leur retraite à 60 ans. En Espagne, la Loi 30/1984 sur la réforme de la fonction publique (article 33) impose un âge de la retraite obligatoire de 65 ans pour la fonction publique, moyennant quelques exceptions.

Une question fondamentale concerne le fait de savoir si les employeurs sont habilités à fixer des âges de la retraite obligatoires par contrat, par convention collective ou unilatéralement. Dans certains Etats membres, la législation autorisent les employeurs à fixer les âges de la retraite. C'est le cas de l'Estonie, par exemple, où l'article 120 de la Loi sur la fonction publique prévoit qu'un employeur a généralement le droit de résilier le contrat de travail d'un travailleur si celui-ci atteint l'âge de 65 ans. Dans d'autres Etats membres, les employeurs peuvent être habilités à fixer les âges de la retraite du fait que la législation prive les travailleurs dépassant cet âge de la protection contre le licenciement abusif assurée par la loi. Tel est le cas à Chypre, où, en vertu de la section 4 de la Loi sur le licenciement abusif, le droit à la protection face au licenciement abusif devient caduc lorsque l'on atteint l'âge de la retraite. C'est également le cas au Royaume-Uni à présent. D'autres pays, dont la France, prévoient la perte de la protection contre le licenciement abusif lorsque les droits à la pension de retraite sont intégralement dus (article L122-14-13 du code du travail français). En ce qui concerne les âges de la retraite imposés par l'employeur ou fixés par contrat, une exigence de départ à la retraite d'un travailleur à un âge donné équivaut à un traitement moins favorable pour motif d'âge et est à ce titre illégal à

¹⁰⁹ Certains Etats membres utilisent de façon interchangeable les termes d'âge de la retraite et d'âge de pension/droit à la pension de retraite.

moins qu'il ne soit justifiable en vertu de l'article 6(1). Il en va de même pour d'autres préjudices tels que la perte de la protection contre le licenciement abusif. Cela signifie que les âges de la retraite doivent être justifiés objectivement et raisonnablement par un objectif légitime et que les moyens pour atteindre cet objectif doivent être appropriés et nécessaires (article 6(1)). Le point crucial qui se pose actuellement pour ce qui concerne cette question consiste à savoir si les Etats membres sont autorisés à promulguer une exemption générale pour les âges de la retraite qui sera censée être automatiquement justifiée aux fins de l'article 6(1) ou si une autre justification explicite est encore nécessaire pour introduire un "âge de la retraite par défaut", dont la preuve serait à apporter soit par l'Etat membre sur une base nationale pour l'ensemble de la main-d'œuvre soit par chaque employeur au cas par cas.

En Espagne, le 3 décembre 2004, les organisations patronales et les syndicats sont parvenus à un accord avec le gouvernement quant à l'amendement du statut des travailleurs et l'habilitation des partenaires sociaux à inclure dans les conventions collectives des clauses portant sur la résiliation des contrats de travail lorsque les travailleurs atteignent l'âge ordinaire de la retraite (65 ans) pourvu que certaines conditions et exigences soient rencontrées. Le gouvernement cherche à présent à adopter une législation contenant le texte littéral de cet accord afin de permettre l'insertion de clauses de retraite obligatoire dans les conventions collectives, précisant qu'elles ne doivent pas être jugées discriminatoires car elles sont liées à "des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle" et donc objectivement et raisonnablement justifiées.

Il semble que la transposition des directives ait donné lieu à peu de discussion au sein des Etats membres quant au caractère légal de certaines dispositions et pratiques existantes et l'on peut s'attendre qu'avec le temps, des remises en question juridiques susciteront plus de débats sur la question de savoir quel type de différence de traitement fondée sur l'âge devrait être admis. Les critères de sélection pour licenciement économique font partie de ces questions. Prendre l'ancienneté en compte dans le choix des travailleurs qui seront désignés pour le licenciement permet d'éviter plus facilement les éventuelles difficultés de réinsertion sur le marché de l'emploi que peuvent rencontrer les travailleurs âgés mais équivaut potentiellement à une discrimination indirecte à l'égard des jeunes travailleurs. En Autriche, à Chypre, en Grèce, en Estonie, en Lettonie, aux Pays-Bas, au Portugal, en Espagne, en Slovénie, en Suède et au Royaume-Uni, la législation nationale autorise la prise en compte de l'âge ou de l'ancienneté/des années de service pour sélectionner les travailleurs qui devront être licenciés pour cause de sureffectifs. L'âge lui-même peut être pris en considération en Suède et au Royaume-Uni. Conformément à la doctrine de la législation du travail en Allemagne, l'âge et l'ancienneté doivent être pris en considération dans les cas de licenciement massifs et la Cour suprême grecque a jugé que l'âge et l'ancienneté devaient être pris en ligne de compte par les employeurs lors de la sélection des travailleurs à licencier pour motif de sureffectifs. En Hongrie et en Pologne, les travailleurs sont protégés du licenciement au cours des années qui précèdent la retraite (respectivement cinq et quatre années). Toutefois, en vertu de la loi sur l'égalité dans l'emploi irlandaise de 1998-2004, l'employeur ne peut sélectionner une personne à licencier pour motif de sureffectifs en se basant sur l'un des motifs de discrimination interdits par la Loi, dont celui de l'âge.

En Autriche ou en Slovaquie, lors de la fixation des montants de l'indemnité pour mise au chômage économique, l'âge du travailleur ne peut motiver une différence de traitement mais le nombre d'années de travail au service de l'employeur le peut. Au Royaume-Uni, le régime statutaire actuel d'indemnisation pour licenciement économique ou licenciement abusif prévu dans la Loi relative aux droits en matière d'emploi de 1996 est fondée sur l'âge du travailleur ainsi que sur sa durée d'emploi. Aucune indemnité n'est possible si le travailleur est âgé de 65 ans ou plus. En Estonie, en Grèce, en Italie, en Lettonie, aux Pays-bas, au Portugal et en Espagne, la durée d'emploi constitue un critère fondamental pour la fixation de l'indemnité.

H. La sécurité publique, l'ordre public, les infractions pénales, la protection de la santé, la protection des droits et libertés d'autrui

L'article 2(5) de la directive relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi stipule: "La présente directive ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui." L'article 2(5) est reproduit dans les législations de Chypre, de Grèce, de Malte et de Slovaquie et est largement intégré en Italie. La loi fédérale d'anti-discrimination belge ne porte pas atteinte à l'obligation de respecter les libertés et droits fondamentaux reconnus en Belgique.

La législation d'Irlande du Nord prévoit une exception pour un acte commis en vue de sauvegarder la sécurité nationale ou de protéger la sûreté publique ou l'ordre public.¹¹⁰ Le projet de loi en matière d'anti-discrimination allemand permet explicitement l'inégalité de traitement fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, l'identité sexuelle ou le genre dans les contrats où cette inégalité prévient un danger, un dommage ou un effet similaire (§21 No1).

Au Portugal, comme ailleurs, même si les lois mettant en œuvre les directives ne comprennent pas d'exceptions spécifiques concernant la sûreté publique, l'ordre public ou des fins similaires, ces exceptions sont considérées comme implicites. Les tribunaux sont accoutumés à sopeser les droits fondamentaux par rapport aux exigences en matière de sécurité publique.

I. Autres exceptions

Dans un pays, une observation mentionnait que la législation sur l'égalité n'était pas encore suffisamment sophistiquée pour admettre des exceptions significatives au principe de l'égalité de traitement. En effet, il s'avère que plus la loi est détaillée et dépasse les directives de la CE et plus nombreuses sont les exceptions.

¹¹⁰ Ordonnance sur les relations raciales d'origine (art. 41) , Ordonnance sur le traitement et l'emploi équitables (art 79) et Réglementations sur l'orientation sexuelle d'Irlande du Nord (rég. 26)

La législation irlandaise prévoit un nombre considérable d'exceptions. Deux d'entre elles méritent plus particulièrement d'être mentionnées pour le problème qui se pose quant à leur compatibilité avec les directives. Tout d'abord, la section 35 de la loi sur l'égalité dans l'emploi de 1998-2004 autorise les employeurs à offrir un barème inférieur à une personne handicapée si "en raison du handicap, la quantité de travail effectué par le travailleur handicapé durant une période donnée est inférieure à celle que réalise ou que réaliserait, selon une estimation raisonnable, durant cette période un travailleur sans handicap." Deuxièmement, il existe une exemption à la définition du travailleur pour "les personnes employées au domicile d'une autre personne pour y dispenser des services personnels à des personnes résidant dans cette demeure lorsque les services en question touchent la vie privée et personnelle de ces personnes."¹¹¹ Le terme de "services personnels" relatifs à de tels services dispensés dans le domicile d'une personne comprend, mais sans limitations, les services qui, par leur nature, appartiennent aux services in loco parentis ou qui impliquent les soins des personnes résidant au domicile." Les exceptions prévues en vertu de la Loi sur l'égalité des statuts de 2000-2004 comprennent un certain nombre d'exceptions au droit à l'égalité de traitement dans l'éducation, particulièrement en ce qui concerne la religion, et des différences dans le traitement des personnes fondées sur le motif de la religion en ce qui concerne les biens ou les services fournis à des fins religieuses.

La législation néerlandaise prévoit aussi une exemption pour les établissements de l'enseignement privé, lesquels sont libres d'imposer des exigences régissant l'admission ou la participation à l'enseignement dispensé par l'établissement.¹¹²

La Loi sur l'égalité de traitement lituanienne compte des exceptions notables, dont l'exigence de connaître la langue du pays, l'interdiction de prendre part aux activités politiques et une différence au niveau des droits appliquée en fonction de la citoyenneté.

J. L'action positive

L'article 5 de la directive relative à l'égalité de traitement sans distinction de race et l'article 7(1) de la directive relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi autorisent les Etats membres à maintenir ou adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser les désavantages liés à l'un des motifs visés en vue d'assurer une pleine égalité dans la pratique. Dans la plupart des Etats membres, il est légal d'introduire des mesures d'action positive. C'est le cas en Autriche, en Belgique, à Chypre, en République tchèque, en Estonie, en Finlande, en Grèce, en Hongrie, en Irlande, en Italie, à Malte, aux Pays-Bas, en Pologne, au Portugal, en Slovaquie, en Espagne, en Suède et au Royaume-Uni. En Italie, alors que les mesures d'action positive vont dans le sens de la Constitution, les décrets transposant les directives ne comportaient pas de dispositions sur ce point et on ne trouve pour l'heure que des mesures liées au genre et au handicap et, dans une certaine mesure, à la religion. La loi sur l'égalité de traitement hongroise contient à la fois une disposition générale permettant une action positive et des dispositions plus explicites sur l'action

¹¹¹ Section 3 de la Loi sur l'égalité de 2004.

¹¹² Article 7(2) de la Loi générale sur l'égalité de traitement

positive en matière d'emploi, de système social et de soins de santé, d'enseignement et de formation. Selon la jurisprudence de la Cour suprême française, une action positive en France est fondée sur des motifs neutres et généraux de distinction tels que le sexe, le handicap, la situation territoriale ou socio-économique.¹¹³ Alors que la France ne base pas l'action positive sur la race ou l'origine, les personnes discriminées pour des motifs liés à leur origine seront indirectement aidées par de telles mesures.

La Cour constitutionnelle belge (Cour d'arbitrage) a fixé quatre conditions pour que des mesures d'action positive soient considérées non discriminatoires¹¹⁴ : Premièrement, il faut que ladite mesure constitue une réponse à des situations d'inégalité manifeste; deuxièmement, il faut que le législateur ait identifié le besoin de remédier au déséquilibre entre les groupes c'est-à-dire que l'initiative doit être fondée sur un mandat législatif; troisièmement, les mesures doivent être de nature temporaire et cesser dès que leur objectif - la réparation de ce déséquilibre - est atteint; quatrièmement, ces mesures correctives ne doivent pas aller au-delà de ce qui est requis.

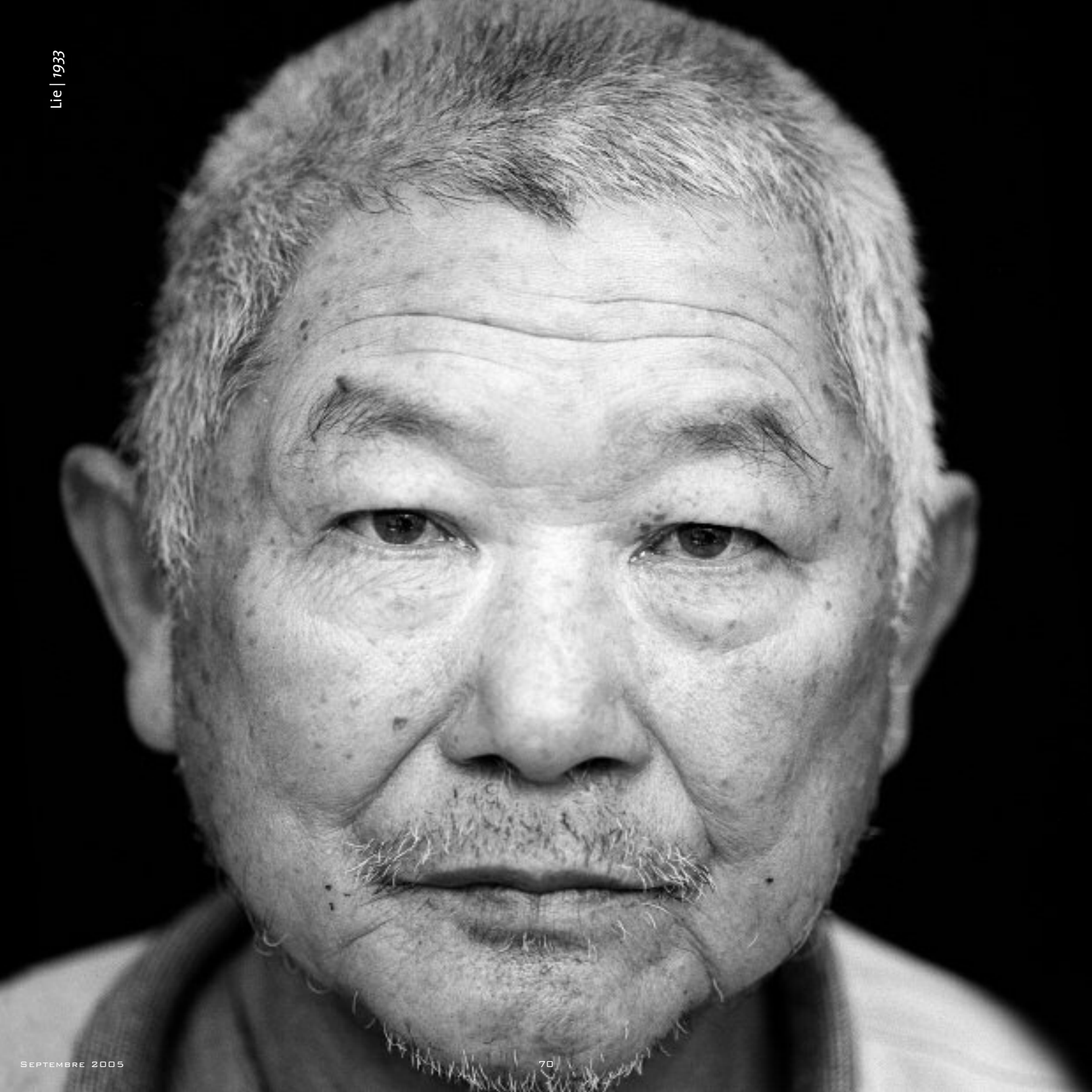
La disposition de la République slovaque sur l'action positive dans la nouvelle loi d'anti-discrimination est actuellement contestée par le gouvernement devant la Cour constitutionnelle de sorte qu'il faut voir encore si ces mesures y seront autorisées. En Grèce, l'adoption des mesures positives destinées à promouvoir l'égalité est une obligation imposée à l'Etat en vertu de l'article 116.2 de la Constitution révisée. La loi finlandaise va au-delà des directives en contraignant tous les pouvoirs publics à encourager l'égalité. Les pouvoirs publics du Royaume-Uni sont assujettis à une obligation similaire de promouvoir l'égalité raciale dont l'exécution est assurée par la Commission pour l'égalité raciale. La loi suédoise oblige les employeurs à prendre des mesures destinées à garantir une pleine égalité à l'égard de l'origine ethnique.

L'article 7(2) de la directive relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi autorise les Etats membres à maintenir ou adopter des dispositions sur la protection de la santé et de la sécurité au travail ou des mesures visant à créer ou maintenir des dispositions ou facilités destinées à sauvegarder ou promouvoir l'intégration des personnes handicapées dans l'environnement du travail. Le handicap est le motif pour lequel il existe probablement le plus de mesures spéciales ou d'action positive en place. On les retrouve dans la grande majorité des Etats membres. Il existe un système de quotas pour l'emploi des personnes handicapées en Autriche, en Belgique (uniquement dans le secteur public), à Chypre, en République tchèque, en France, en Allemagne, en Grèce, en Italie, en Lituanie, à Malte, en Pologne, au Portugal, en Slovénie et en Espagne. Toutefois, des alternatives sont presque toujours offertes à l'emploi d'un quota de personnes handicapées, telles que le versement d'une redevance ou d'une taxe. En Irlande, il existe une politique gouvernementale portant le nom de cible des 3%, qui considère souhaitable que les services public et civils tentent de s'assurer que 3% de leur main-d'œuvre soient constitués de personnes handicapées.

¹¹³ Conseil d'Etat, 1996, *rapport public* n° 48, p. 86 et 91).

¹¹⁴ Identifié par la Cour d'Arbitrage, 27 janvier 1994, Affaire n° 9/94, considérant B.6.2, confirmé par l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 6 octobre 2004, considérant B.79.

On trouve également un grand nombre d'exemples d'action positive à l'intention des minorités ethniques ou raciales, en particulier des Roms. L'Autriche dispose de mesures d'action positive pour toutes les minorités reconnues, dont les Roms. La Grèce a créé un programme de protection spécial visant à promouvoir l'intégration sociale des Roms depuis 1996 et a pris des initiatives législatives majeures ayant le caractère d'actions positives bien que sans grand effet. Les programmes destinés aux Roms en République tchèque sont habituellement instaurés par décrets gouvernementaux et visent généralement à promouvoir l'intégration des Roms, par exemple en combattant le chômage et en traitant les problèmes sociaux liés à l'exclusion. Il existe un système en place destiné à soutenir les étudiants roms dans l'enseignement supérieur au moyen de subventions financières spéciales de l'Etat. En Slovaquie, en dépit du débat mené autour de la constitutionnalité de l'action positive, il existe des mesures d'assistance des Roms, en particulier. La République tchèque, la Hongrie et la Slovaquie sont impliquées dans la Décennie pour l'intégration des Roms, ce qui exige de leurs gouvernements qu'ils créent et mettent en œuvre des plans d'action sur une période de dix ans. En 2004, le gouvernement polonais a annoncé la mise en œuvre d'un programme sur dix ans destiné à la communauté rom, doté d'un budget d'approximativement 1,4 million d'euros pour 2004 et d'approximativement 2,38 millions d'euros pour chaque année ultérieure. Le programme fournira une assistance aux Roms dans le domaine de l'éducation, des soins de santé, des conditions de vie, de la culture et de la lutte contre le chômage et sera mis en application par les autorités locales et des organisations non gouvernementales (ONG). La Slovénie a également mis en œuvre des mesures visant à générer une égalité effective pour les Roms.



Chapitre 7

Voies de recours et application du droit

A. Les procédures judiciaires et administratives

L'article 7, paragraphe 1, de la directive 2000/43 et l'article 9, paragraphe 1, de la directive 2000/78 disposent que « les États membres veillent à ce que des procédures judiciaires et/ou administratives, y compris, lorsqu'ils l'estiment approprié, des procédures de conciliation, visant à faire respecter les obligations découlant [des présentes directives] soient accessibles à toutes les personnes qui s'estiment lésées par le non-respect à leur égard du principe de l'égalité de traitement, même après que les relations dans lesquelles la discrimination est présumée s'être produite se sont terminées ». Il n'existe aucun État membre où les conflits relatifs à des actes discriminatoires se résolvent uniquement par la voie judiciaire. Tous les États membres ont mis en place, parallèlement aux procédures judiciaires - relevant du droit civil, du droit pénal, du droit du travail ou du droit administratif - des procédures extrajudiciaires, auxquelles il est généralement plus facile d'accéder. Les médiations ou les conciliations constituent parfois une étape obligatoire de la procédure judiciaire, comme c'est le cas en France, au Portugal et en Espagne. Elles peuvent également constituer une alternative aux actions en justice, comme c'est le cas en Hongrie et en Slovaquie, par exemple. Certaines procédures ne concernent que les plaintes émanant du secteur privé ou du secteur public, d'autres concernent les deux types de plaintes.

Certaines procédures extrajudiciaires sont d'ordre général, 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 extrajudiciaires générales figurent les inspections du travail, les médiateurs et les instituts des droits de l'homme.

Les inspections du travail sont chargées de veiller à l'application du droit du travail et notamment des dispositions relatives à l'égalité de traitement en Finlande, en Hongrie, en Lettonie, en Lituanie, en France, en Grèce, au Portugal et en Espagne. En Lituanie, des commissions de règlement des conflits du travail sont également instaurées conformément aux dispositions du code du travail en tant qu'organes prioritairement chargés de résoudre les conflits du travail. C'est à l'employeur qu'il incombe de créer une commission de règlement des conflits du travail au sein d'une entreprise, d'une agence ou d'une organisation. Ces commissions comptent un nombre égal de représentants des employeurs et travailleurs. En Espagne, les victimes peuvent également introduire une plainte auprès de l'inspection de l'enseignement, tandis qu'en Hongrie, elles peuvent s'adresser à l'inspection chargée de la protection des consommateurs.

En Lettonie, l'Office national des droits de l'homme examine les plaintes dénonçant des violations des droits de l'homme et tente de résoudre les conflits en organisant des conciliations suivies, en cas d'échec, par des recommandations non contraignantes. À Chypre, le Commissaire à l'administration (médiateur) peut formuler des recommandations contraignantes et imposer des amendes d'un montant réduit. En Espagne, les victimes d'actes discriminatoires commis par l'administration publique peuvent s'adresser au Médiateur général (tant au niveau national que régional). En outre, la loi 51/2003 relative à l'égalité des chances pour les personnes handicapées prévoit une procédure extrajudiciaire pour les cas de discrimination, qui anticipe sur la mise en place d'une procédure d'arbitrage volontaire visant à résoudre les conflits susceptibles de se présenter en matière d'égalité des chances et de discrimination (article 17).

En Estonie, le Chancelier des affaires juridiques organise une procédure de conciliation pré-judiciaire impartiale à la demande de la victime, à laquelle l'auteur présumé de l'acte discriminatoire peut toutefois refuser de participer. Si l'acte discriminatoire a été commis par un organisme public, le Chancelier des affaires juridiques peut engager une procédure judiciaire soit à la demande de la victime, soit de sa propre initiative. Toutefois, en l'absence de dispositions légales suffisamment détaillées, le Chancelier des affaires juridiques éprouvera vraisemblablement des difficultés à traiter les discriminations fondées sur des motifs autres que le sexe et intervenant dans des domaines autres que l'emploi.

En Belgique, l'article 31, premier alinéa, de la loi du 25 février 2003 autorise le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme à ester en justice, mais celui-ci s'efforcera dans un premier temps de trouver une solution à l'amiable. Au Portugal, le Haut Commissaire à l'immigration et aux minorités ethniques peut organiser une médiation pour tenter d'éviter une procédure judiciaire. Il peut également engager une procédure administrative. Après avoir entendu les parties et le comité permanent de la Commission pour l'égalité des chances, il peut éventuellement décider d'infliger une amende dont il déterminera le montant. La partie défenderesse peut former un recours en justice contre les amendes infligées par le Haut Commissaire. Ni la victime, ni les associations n'ont le droit d'introduire un recours ou d'intervenir dans la procédure de recours.

En Slovénie, un Avocat du principe de l'égalité de traitement a commencé, au sein du Bureau pour l'égalité des chances, à instruire des plaintes dénonçant des actes discriminatoires dans le cadre d'une procédure informelle gratuite. En Hongrie, l'Autorité pour l'égalité de traitement récemment créée peut prendre des mesures contre tout acte discriminatoire et sanctionner sévèrement les personnes physiques ou morales ayant porté atteinte au principe de non-discrimination. Le Médiateur des droits civils (Médiateur général) et le Médiateur des droits des minorités nationales et ethniques (Médiateur des minorités) sont également habilités à instruire des plaintes portant sur des actes discriminatoires commis par des organismes publics. En République tchèque, le projet de loi sur la protection contre la discrimination propose la mise en place d'une procédure de conciliation spéciale qui devrait être supervisée par le Protecteur public des droits.

En Finlande, des plaintes relatives à des discriminations fondées sur l'origine ethnique commises dans un domaine autre que l'emploi peuvent être adressés au Médiateur des minorités et/ou au Comité pour la lutte contre la discrimination. Le Comité pour la lutte contre la discrimination peut entériner l'accord intervenu entre les parties, interdire le comportement discriminatoire ou les mesures de rétorsion, ou encore ordonner à une partie de s'acquitter de ses obligations sous peine d'amende. À la demande d'une partie, des deux parties, du Médiateur des minorités, d'une juridiction, des pouvoirs publics ou d'une ONG, ce comité peut également émettre un avis exposant l'interprétation qu'il convient de donner à la législation d'antidiscrimination. Les procédures engagées devant cet organe sont gratuites et le plaignant ne doit pas nécessairement se faire représenter par un conseil. Le Médiateur peut émettre un avis sur tous les cas de discrimination dont il est saisi, transmettre, le cas échéant, la plainte aux autorités compétentes et, si le plaignant y consent, fournir une assistance judiciaire et organiser la procédure de conciliation.

À Malte, la Commission nationale des personnes handicapées peut instruire les plaintes faisant état du non-respect de la loi de 2000 relative à l'égalité des chances (personnes handicapées) et, le cas échéant, organiser une procédure de conciliation.

L'Autriche et les Pays-Bas ont tous deux mis en place une Commission pour l'égalité de traitement habilitée à émettre des avis non contraignants. Cela n'empêche cependant pas les plaignants d'engager une procédure judiciaire en vue d'obtenir une décision de justice ayant force exécutoire. Les tribunaux doivent alors tenir compte de l'avis rendu par la Commission et motiver clairement toute décision en sens contraire.

Plusieurs pays ont mis en place des procédures judiciaires spéciales. En Espagne, une procédure en référé peut être introduite devant les tribunaux du travail en cas de violation des droits fondamentaux et des libertés civiles. Au Royaume-Uni, les tribunaux du travail et les conseils de prud'hommes sont habilités à trancher tous les litiges en matière d'emploi, y compris ceux qui portent sur des actes discriminatoires. En Italie, la loi de 1998 sur l'immigration a instauré une procédure spéciale, qui est désormais applicable à toutes les formes de discrimination. La victime ne doit pas nécessairement se faire représenter par un avocat et peut saisir directement le juge de son domicile (et non le juge du domicile du défendeur) pour obtenir une sentence condamnant l'acte discriminatoire et infligeant des dommages et intérêts. L'audience « évite toute formalité inutile » et le juge peut recueillir les preuves selon la méthode qui lui semble la plus appropriée. En cas d'extrême urgence, il peut prononcer un jugement provisoire, dont le non-respect (au même titre que le non-respect du jugement définitif) constitue un délit. Les décrets qui assurent la transposition des directives prévoient également la possibilité d'organiser une médiation pré-judiciaire et autorisent le juge à ordonner, lors du prononcé de sa décision, l'élaboration d'un plan visant à éliminer la discrimination, ainsi que la publication du jugement dans un grand quotidien.

En Irlande, un tribunal spécial pour l'égalité des chances est chargé d'instruire les plaintes. Cette procédure est informelle. Les plaignants peuvent se représenter eux-mêmes et les frais de procédure ne peuvent être mis à charge de quiconque. En 2004, la compétence en matière de licenciement a été transférée du tribunal du travail au tribunal pour l'égalité des chances, qui peut désormais imposer des sanctions, y compris la réintégration.¹¹⁵ L'article 78 de la loi de 1998-2004 relative à l'égalité en matière d'emploi prévoit la possibilité d'organiser une médiation. L'accord intervenu entre les parties à l'issue d'une médiation est contraignant et ses modalités peuvent être entérinées par le tribunal itinérant.¹¹⁶ En Pologne, l'article 183d du code du travail permet, depuis le 1er janvier 2004, d'introduire une plainte en dommages et intérêts : la victime d'un acte discriminatoire peut engager une procédure judiciaire et réclamer des dommages et intérêts d'un montant au moins égal à son salaire minimum. Le tribunal du travail fixe le montant des dommages et intérêts en fonction de la nature et de la gravité de l'acte discriminatoire. Cette procédure spécifique a été mise en place pour éviter l'utilisation des voies de recours plus générales, comme celles basées sur l'article 415 du code civil (disposition générale relative aux dommages et intérêts), dont l'application n'est toutefois pas totalement exclue.

¹¹⁵ Article 46 de la loi de 2004 relative à l'égalité.

¹¹⁶ Article 91(2) de la loi de 1998-2004 relative à l'égalité en matière d'emploi.

Les plaintes dénonçant des actes commis dans le secteur public sont généralement traitées par des instances différentes de celles amenées à examiner les plaintes émanant du secteur privé. En Italie, les affaires qui mettent en cause des fonctionnaires sont portées devant les tribunaux civils. En Lituanie, les actes administratifs, ainsi que les actes et omissions commis par les fonctionnaires et les employés municipaux dans le domaine de l'administration publique, notamment en ce qui concerne la protection sociale, les avantages sociaux, l'enseignement, l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services au public, peuvent faire l'objet d'une plainte adressée à une Commission de résolution des conflits avec l'administration ou aux tribunaux administratifs. En Lettonie, les plaintes faisant état d'actes discriminatoires commis par les pouvoirs publics peuvent être introduites auprès de l'autorité publique ayant infligé le traitement discriminatoire, d'une autorité située à un échelon supérieur, d'un tribunal administratif ou du ministère public. En France, les tribunaux administratifs peuvent examiner les plaintes introduites par les fonctionnaires et les agents contractuels de la fonction publique, ainsi que par les citoyens qui intentent une action contre l'État ou qui contestent une décision prise par un représentant de l'État. Aux Pays-Bas, les actes discriminatoires commis dans le secteur public peuvent faire l'objet d'une procédure devant les tribunaux administratifs ordinaires.

La rareté de la jurisprudence en matière de discrimination dans la plupart des États membres pourrait témoigner de l'existence d'obstacles à la justice, qu'ils soient réels ou perçus comme tels. Le processus de transposition contribuera à améliorer cette situation, grâce aux dispositions des directives relatives aux sanctions (voir plus loin) et à l'utilisation de plus en plus fréquente des procédures civiles en lieu et place des procédures pénales, auxquelles les victimes ont le plus souvent recours, mais qui posent des problèmes au niveau de la charge de la preuve et des compétences du ministère public. En dépit des mesures de transposition, une série d'éléments dissuasifs et d'obstacles potentiels à la justice peuvent toutefois être identifiés dans les États membres. Tout d'abord, d'aucuns craignent que la complexité de la législation d'antidiscrimination n'ait un effet dissuasif sur les victimes en Autriche, au Luxembourg et au Royaume-Uni. La mise en place de services compétents et expérimentés d'aide aux victimes pourrait contribuer à résoudre ce problème, mais ce type d'infrastructure n'est guère répandu (contrairement aux services de conseil et de représentation par des professionnels dont bénéficient généralement les parties défenderesses). Parallèlement à la question de l'aide judiciaire, citons l'insuffisance des moyens financiers dont disposent les victimes pour introduire une action en justice, second obstacle cité par plusieurs États membres. En République tchèque, en Lituanie et en Slovaquie, par exemple, l'aide judiciaire n'est assurée que dans un nombre très limité de cas, ce qui ne contribue guère à faciliter l'accès aux tribunaux.

La brièveté des délais d'introduction des recours pourrait également constituer un obstacle. Les directives laissent au législateur national le soin de fixer les délais qui lui semblent appropriés (article 7, paragraphe 3, de la directive relative à l'égalité raciale, article 9, paragraphe 3, de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi). En Irlande, l'action en justice doit être introduite dans les six semaines en vertu de la loi sur l'égalité en matière d'emploi et dans les deux mois en vertu de la loi sur l'égalité. Même si ce délai peut être prolongé pour des motifs raisonnables, il y a tout lieu de craindre que sa brièveté pose un problème aux victimes, surtout s'il s'agit de personnes handicapées. En outre, la longueur et la complexité des procédures peuvent avoir un effet dissuasif sur les personnes qui souhaitent obtenir la réparation d'un préjudice, comme c'est le cas, semble-t-il, au Portugal.

Les simples aménagements des procédures judiciaires et des immeubles qui permettraient de répondre aux besoins des personnes handicapées font souvent défaut, ce qui pourrait exercer un effet dissuasif. L'accès physique aux tribunaux et à d'autres bâtiments publics n'est pas garanti en Irlande,¹¹⁷ en Slovaquie et en Slovaquie. Bien que la loi l'exige en Hongrie et au Portugal, l'accès aux bâtiments publics n'est pas toujours garanti en pratique. La communication d'informations en braille ou en langage des signes est obligatoire en Lituanie et au Portugal, mais non en République tchèque, à Malte, en Slovaquie et en Slovaquie. En Irlande, l'interprétation en langage des signes est obligatoire devant les juridictions pénales, mais non devant les tribunaux civils. En Espagne et en Hongrie, le langage des signes est utilisé au tribunal, mais le braille est rare. Il convient de signaler un obstacle supplémentaire en Estonie, où les tribunaux rejettent généralement les plaintes en langue russe alors que les plaignants ont droit à l'assistance d'un(e) interprète à l'audience. Aucun pays ne mentionne l'existence de règles de procédure spécialement destinées aux personnes éprouvant des difficultés d'apprentissage.

Enfin, la rareté des procédures en soi exerce un effet dissuasif sur les victimes d'actes discriminatoires, qui pourraient avoir l'impression que leurs plaintes n'ont guère de chances d'aboutir. Plus les médias se feront l'écho de ce type d'affaires, plus les victimes seront informées de leurs droits et des moyens dont elles disposent pour les faire valoir. En Allemagne, par exemple, les principaux obstacles rencontrés par les plaignants ne seraient pas d'ordre financier, mais seraient plutôt liés au manque d'information des intéressés, au fait qu'ils n'ont pas qualité pour agir en justice et à leur intime conviction que leur recours est pratiquement voué à l'échec.

B. La qualité pour agir en justice et les associations

L'article 7, paragraphe 2, de la directive 2000/43 et l'article 9, paragraphe 2, de la directive 2000/78 disposent que « les États membres veillent à ce 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 [des présentes directives] 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 [des présentes directives] ». Les États membres qui doivent transposer ces dispositions bénéficient d'une certaine marge de manœuvre en ce qui concerne la nature de l'aide que les associations seront autorisées à offrir aux victimes. L'apport d'un « appui » aux victimes est plus fréquent que le pouvoir d'engager une procédure « pour le compte » de celles-ci.

Au Danemark, en Finlande, en Lituanie, en Suède et au Royaume-Uni, il n'existe aucune réglementation habilitant les associations à engager une procédure pour discrimination. Des juristes (travaillant au service d'une organisation) peuvent représenter en justice les victimes qui ont donné leur approbation et, partant, leur offrir un « appui », tandis que les syndicats et les organisations d'employeurs peuvent représenter leurs membres. En Lituanie, il ressort de l'article 56(3) du code de procédure civile que des

¹¹⁷ Le projet de loi de 2004 relatif aux personnes handicapées devrait toutefois réglementer cette question.

organisations non gouvernementales peuvent participer à des procédures au civil, bien qu'aucune participation n'ait été signalée dans le contexte qui nous occupe. En Suède, le code de procédure autorise toute personne à engager une procédure ou à intervenir à l'appui d'une plainte. En pratique, les règles de procédure civile applicables en Grande-Bretagne permettent aux plaignants de bénéficier du soutien des organismes chargés des questions d'égalité, des syndicats, des conseils pour l'égalité raciale, d'autres organismes bénévoles de conseil et d'organisations d'aide aux plaignants. Les règles de procédure du tribunal du travail et de la cour du travail permettent aux plaignants de se représenter eux-mêmes ou de se faire représenter par un tiers.

En vertu de la nouvelle loi d'antidiscrimination grecque, les personnes morales qui ont un intérêt légitime à faire respecter le principe de l'égalité de traitement peuvent représenter des personnes devant toute instance judiciaire ou administrative, pour autant qu'elles aient obtenu le consentement écrit des intéressés (article 13, paragraphe 3, de la loi 304/2005). Elles doivent agir en justice par l'intermédiaire de juristes agréés. En Irlande, un plaignant peut autoriser une personne physique ou morale à le représenter devant le tribunal pour l'égalité des chances ou devant le tribunal du travail (article 77(11) des lois de 1998-2004 sur l'égalité en matière d'emploi). En Estonie, dans le cadre des procédures de conciliation menées au Bureau du Chancelier des affaires juridiques, toute personne ayant un intérêt légitime à faire respecter le principe de l'égalité de traitement peut également représenter une victime (article 23(2) de la loi sur le Chancelier des affaires juridiques). La loi d'antidiscrimination slovaque permet également aux victimes de se faire représenter par des personnes morales habilitées par une loi spécifique (c'est notamment le cas du Centre national des droits de l'homme).

Rares sont les États qui autorisent des associations à engager des procédures judiciaires « pour le compte » des victimes d'actes discriminatoires. En Espagne, la loi 62/2003, qui assure la transposition des directives, prévoit, en son article 31, que lorsque la discrimination ne concerne pas l'emploi, « les personnes morales légalement habilitées à défendre des droits et intérêts collectifs légitimes peuvent engager, au nom du plaignant et avec son approbation, toute procédure judiciaire en vue d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique ». Il n'existe pas de disposition correspondante en matière d'emploi, où seuls les syndicats et les organisations d'employeurs sont habilités à intenter une action en justice. Les syndicats peuvent agir en justice au nom et dans l'intérêt des membres dont ils ont obtenu le consentement. Par ailleurs, la Constitution prévoit que toute personne physique ou morale qui fait valoir un intérêt légitime peut être partie à des procédures concernant des violations des libertés et droits fondamentaux. Elle autorise également les personnes morales ayant un intérêt légitime à engager des procédures administratives.

En Pologne, les dispositions générales du code de procédure civile autorisent les organisations sociales bénévoles à déposer plainte au nom des particuliers ou à se joindre à des procédures devant les tribunaux du travail et les tribunaux administratifs. Elles peuvent également intervenir en qualité d'*amicus curiae* et soumettre leur avis au tribunal.¹¹⁸ La loi hongroise sur l'égalité de traitement autorise « les organisations sociales et les organisations représentatives d'intérêts », ainsi que l'Autorité pour l'égalité

¹¹⁸ Article 63 du code de procédure civile.

de traitement à intenter, au nom des victimes, des actions en justice pour cause de violation du principe d'égalité de traitement et à engager des procédures administratives. Les organisations sociales et les organisations représentatives d'intérêts, l'Autorité pour l'égalité de traitement et le ministère public peuvent également introduire des *actio popularis*, pour autant que la violation du principe d'égalité de traitement soit fondée sur une caractéristique essentielle de la personne et qu'elle affecte une vaste catégorie de personnes ne pouvant être identifiée avec précision. La législation maltaise stipule que rien ne s'oppose à ce qu'une personne morale ayant un intérêt légitime à assurer le respect de la réglementation engage une procédure pour le compte ou à l'appui d'un plaignant ayant donné son consentement.

Les États disposent également d'une marge de manœuvre considérable pour fixer les critères d'identification des personnes morales habilitées à fournir une assistance. La loi française du 16 novembre 2001 autorise les organisations syndicales et les organisations non gouvernementales constituées depuis cinq ans au moins à exercer en justice une action en faveur d'un salarié ou d'un candidat à une période de formation en entreprise, à un stage ou à un recrutement, qui affirme avoir été victime d'un acte discriminatoire. Toute personne ayant un intérêt légitime à ce qu'une action civile soit rejetée ou accueillie a le droit d'engager une procédure devant les tribunaux civils, et les organisations non gouvernementales qui luttent contre la discrimination fondée sur l'origine ethnique, la race ou la religion peuvent se constituer parties civiles dans certaines procédures pénales.

Les « organisations sociales et les organisations représentatives d'intérêts » hongroises susmentionnées couvrent toutes les organisations sociales et toutes les fondations dont l'objet, défini dans les statuts, consiste à promouvoir l'égalité des chances en matière sociale des groupes désavantagés ou à lutter pour la protection des droits de l'homme. Sont également visés, les gouvernements autonomes des minorités nationales et ethniques, de même que les syndicats pour ce qui est de la situation matérielle, sociale et culturelle des travailleurs, ainsi que de leurs conditions de vie et de travail (article 3(f) de la loi relative à l'égalité de traitement). En Belgique, le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, les établissements d'intérêt public, les associations qui jouissent de la personnalité juridique depuis au moins cinq ans et qui ont pour objet la défense des droits de l'homme ou la lutte contre la discrimination, ainsi que les organisations de travailleurs et d'employeurs, peuvent engager des procédures judiciaires pour discrimination. S'il existe une victime identifiable, le consentement de celle-ci est requis.

En Italie, lorsque la discrimination est fondée sur la race et l'origine ethnique, les associations et organisations de lutte contre la discrimination qui figurent sur une liste approuvée par les ministères de l'Emploi, des Affaires sociales et de l'Égalité des Chances peuvent engager une procédure à l'appui ou pour le compte des plaignants. Les critères d'inscription sur la liste sont « l'objet et la persistance de l'action » des organismes concernés. Par contre, lorsque la discrimination est fondée sur la religion, les convictions, l'âge, le handicap ou l'orientation sexuelle, seuls les syndicats sont habilités à ester en justice. Au Portugal, les associations n'ont pas le droit d'intervenir dans des procédures administratives et judiciaires relatives à des discriminations en matière d'emploi, alors que dans des procédures civiles et pénales relatives à des discriminations fondées sur la race et l'origine ethnique, la loi 18/2004 prévoit que « les associations dont l'objet consiste à défendre le principe d'égalité sans distinction de race ou d'origine ethnique ont le droit d'engager des procédures judiciaires pour le compte ou à l'appui des intéressés, avec leur approbation » (article 5).

La situation est différente en Autriche, où toute personne peut représenter une victime d'actes discriminatoires dans le cadre de la procédure informelle devant la Commission pour l'égalité de traitement, mais où une seule et unique organisation - l'Association du contentieux des organisations non gouvernementales luttant contre la discrimination - est habilitée à engager une procédure judiciaire au nom de plaignants ayant donné leur consentement (article 62 de la loi relative à l'égalité de traitement). Toutes les organisations non gouvernementales spécialisées peuvent s'affilier à cette association, mais celles qui n'en sont pas membres n'ont pas le droit d'ester en justice. Les droits sont relativement limités, dans la mesure où l'association ne peut supporter les coûts et les risques de la procédure, qui doivent rester à charge du plaignant.

En Allemagne, l'article 24 du projet de loi accorde le droit d'engager des procédures judiciaires aux seules associations sans but lucratif établies de longue date qui comptent plus de 75 membres ou plus de sept organisations membres. Leur soutien est toutefois limité au premier degré d'instance et aux procédures civiles et administratives.

C. La charge de la preuve

Puisqu'il est souvent difficile pour les victimes d'apporter la preuve d'une discrimination, l'article 8 de la directive relative à l'égalité raciale et l'article 10 de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi exigent simplement des personnes qui s'estiment lésées par le non-respect à leur égard du principe de l'égalité de traitement qu'elles établissent, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination. Il appartient alors à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. Le niveau de preuve requis peut donc être moins élevé que celui habituellement exigé devant les juridictions civiles. Cette disposition n'est pas applicable aux procédures pénales (article 8, paragraphe 3 et article 10, paragraphe 3) et les États membres peuvent décider de ne pas l'appliquer aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction (article 8, paragraphe 5 et article 10, paragraphe 5). C'est ainsi que la France, par exemple, a décidé de ne pas renverser la charge de la preuve dans les procédures administratives, qui sont inquisitoires, et que le Portugal n'applique ce principe ni aux procédures pénales, ni aux procédures dans lesquelles la loi prévoit que l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à toute autre instance. Aux Pays-Bas, la législation néerlandaise renverse la charge de la preuve dans les procédures judiciaires, mais non devant la Commission pour l'égalité de traitement, qui a toutefois pris l'initiative de reporter la charge de la preuve sur la partie défenderesse.

La législation belge va jusqu'à fournir des exemples d'éléments entraînant un renversement de la charge la preuve : l'article 19 de la loi du 25 février 2003 indique que des « données statistiques » et des « tests de situation »¹¹⁹ invoqués devant la juridiction inciteront le juge à présumer l'existence d'une discrimination, ce qui obligera la partie défenderesse à renverser cette présomption en démontrant l'absence de discrimination.

¹¹⁹ Les tests de situation visent à apporter la preuve d'une discrimination grâce à des mises en situation réelle de personnes, et notamment de membres du personnel des organismes de promotion de l'égalité, qui permettent de vérifier si une personne adopte ou non un comportement discriminatoire.

Plusieurs États membres n'ont pas transposé correctement les dispositions des directives relatives à la charge de la preuve. En Autriche, la législation fédérale qui allège le fardeau n'est toutefois pas considérée comme étant conforme aux directives¹²⁰. En Italie, le décret qui assure la transposition des directives contient des règles spécifiques concernant l'établissement de la preuve, mais celles-ci ne vont pas jusqu'à opérer un renversement. En Lettonie et en Pologne, le renversement de la charge de la preuve n'est applicable que dans les procédures pour discrimination en matière d'emploi, car ces pays n'ont pas encore adopté de réglementation applicable aux domaines autres que l'emploi énumérés dans la directive relative à l'égalité raciale. La Lituanie, le Luxembourg et Malte n'ont pas adopté de dispositions renversant expressément la charge de la preuve dans les procédures ayant trait aux motifs de discrimination prohibés par les directives. En Estonie, on constate avec inquiétude que les dispositions nationales relatives à la charge de la preuve sont moins rigoureuses que les directives. En effet, lorsque la charge de la preuve est renversée, la législation oblige simplement les employeurs à justifier leur comportement ou leur décision. Les dispositions relatives à la charge de la preuve dont l'Allemagne s'est dotée ne concernent que les cas de discrimination fondée sur le sexe et sur le handicap et, contrairement aux directives, la loi d'antidiscrimination oblige les plaignants à apporter la preuve du désavantage qu'ils ont subi « par rapport à d'autres personnes ».

La loi hongroise relative à l'égalité de traitement semble exiger, en son article 19(1), un niveau de preuve supérieur à celui prévu par les directives, dans la mesure où les victimes doivent non seulement établir les faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination, mais également démontrer qu'elles ont subi un désavantage et qu'elles présentent la caractéristique protégée sur laquelle la discrimination est fondée. Il faut espérer que la jurisprudence permettra de combler le fossé existant entre le texte des dispositions nationales et le libellé du droit communautaire.

En ce qui concerne les procédures relatives aux rétorsions, la charge de la preuve est renversée en Autriche, en Belgique, en Irlande et en Slovaquie, mais non au Danemark, en Finlande, en France, en Lettonie et aux Pays-Bas. On pourrait avancer que l'article 8 de la directive relative à l'égalité raciale et l'article 10 de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi ne s'appliquent pas aux mesures de rétorsion, dans la mesure où celles-ci ne constituent pas une forme de discrimination directe ou indirecte prohibée par les directives.

D. Les mesures de rétorsion

Les États membres doivent veiller à protéger les personnes contre tout traitement ou toute conséquence défavorable en réaction à une plainte ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement (article 9 de la directive relative à l'égalité raciale; article 11 de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi). Dans les États membres, deux éléments sont généralement en contradiction avec ce principe. Tout d'abord, la protection mise en place dans un certain nombre d'États (Belgique, France, République tchèque, Malte, Lettonie, Pologne, Portugal, Espagne, Luxembourg) est uniquement prévue dans le

¹²⁰ Le gouvernement élabore toutefois un amendement destiné à mettre cette disposition en conformité avec la directive.

domaine de l'emploi, et non dans les autres domaines visés par la directive relative à l'égalité raciale. Ensuite, plusieurs États limitent cette protection aux personnes ayant introduit une plainte ou une action en justice et négligent de protéger toute autre personne susceptible de subir un traitement défavorable, comme les témoins, par exemple. Leur législation ne tient pas compte du libellé des directives, qui évoque la protection des personnes physiques et pas seulement des plaignants. En Belgique, en Grèce, en Pologne et au Portugal, la législation ne protège que les « travailleurs » qui ont déposé une plainte pour discrimination ou qui ont introduit une action en justice. Il en va également ainsi en République tchèque, mais le projet de loi d'antidiscrimination prévoit d'étendre la protection contre les mesures de rétorsion à toutes les initiatives prises par toute personne qui cherche à faire respecter par toutes voies légales le principe de l'égalité de traitement dans son propre intérêt ou dans l'intérêt d'autrui, ainsi qu'aux témoignages, à la fourniture d'explications ou à toute autre forme de participation à des procédures visant à assurer une protection contre la discrimination.

Au Royaume-Uni, il est précisé que l'auteur d'une mesure de rétorsion ne doit pas nécessairement avoir été mis en cause dans la plainte initiale. Par exemple, un employeur qui refuse d'embaucher une personne qui s'est plainte d'une discrimination ou qui est venue en aide à une victime dans le cadre d'un précédent emploi peut se voir accuser de rétorsion. Ces dispositions britanniques posent toutefois un problème, dans la mesure où la définition qu'elles donnent des mesures de rétorsion oblige le plaignant à démontrer que le traitement qui lui a été accordé était moins favorable que celui réservé à une personne de référence réelle ou hypothétique, ce qui n'est pas prévu par les directives. La jurisprudence a montré à quel point il est difficile de trouver une personne de référence appropriée.¹²¹ En outre, la protection contre les rétorsions mise en place au Royaume-Uni est exclusivement rétroactive : la loi n'exige pas de prendre les mesures préventives implicitement requises par les directives européennes. En revanche, la protection instaurée en Slovaquie est bien axée sur la prévention : dès qu'il conclut à l'existence d'une discrimination dans le cadre de la procédure dont il est saisi, l'Avocat du principe de l'égalité de traitement ordonne par écrit à l'entreprise ou à toute autre personne morale ayant commis l'acte discriminatoire de prendre les mesures qui s'imposent en vue de protéger la victime contre toutes représailles ou toutes conséquences défavorables en réaction à la plainte. Si l'auteur de l'acte discriminatoire ne se conforme pas à cette injonction et si la victime continue de faire l'objet de mesures de rétorsion, l'inspecteur doit imposer des mesures appropriées pour protéger la victime ou ordonner qu'il soit remédié aux conséquences des représailles.

La législation française comporte une lacune supplémentaire dans la mesure où elle ne protège les personnes que contre les sanctions disciplinaires ou le licenciement décidés par l'employeur et non contre tout traitement ou toute conséquence défavorable, comme l'exigent les directives. La situation est assez semblable en Belgique, où la protection n'est accordée que contre le licenciement ou la modification des conditions de travail. Le code du travail polonais interdit toute dénonciation et dissolution d'un contrat d'emploi conclu avec un travailleur qui a fait usage de ses droits pour dénoncer une inégalité de traitement (art. 183e du code du travail), mais ces dispositions ne condamnent pas les autres conséquences défavorables possibles. Les décrets italiens considèrent simplement les mesures de rétorsion comme un élément à prendre en considération

¹²¹ Voir, par exemple, l'affaire *Aziz -v- Trinity Taxis* [1989] QB 463 et l'affaire *Chief Constable of the West Yorkshire Police -v- Khan* [2001] IRLR 830.

pour calculer le montant des dommages et intérêts (bien que les dispositions générales relatives au licenciement abusif offrent une certaine forme de protection). En Suède, la protection contre les actes discriminatoires ou les mesures de représailles n'est pas intégralement applicable aux travailleurs indépendants. En Estonie et en Lituanie, l'interdiction de prendre des mesures de rétorsion ne s'applique qu'à la discrimination fondée sur le sexe.

E. Sanctions¹²²

Le non-respect de la législation d'antidiscrimination doit faire l'objet de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui peuvent comprendre le versement d'indemnités à la victime (article 15 de la directive relative à l'égalité raciale et article 17 de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi). La notion de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives a été développée par la Cour de justice des Communautés européennes dans le contexte de la discrimination fondée sur le sexe. Cette jurisprudence s'applique également à la directive relative à l'égalité raciale et à la directive relative à l'égalité en matière d'emploi, qui sont toutes deux assez proches de la réglementation européenne concernant la discrimination fondée sur le sexe. En tout état de cause, le sens qu'il convient de donner à cette notion dépend des circonstances de chaque espèce. À ce stade, rares sont les experts qui estiment que les sanctions prévues dans leur pays sont effectives, proportionnées et dissuasives (seuls les experts italien et finlandais se sont exprimés en ce sens). Il existe en pratique un vaste éventail de sanctions envisageables, qui varient notamment en fonction du domaine du droit concerné (sanctions civiles, pénales ou administratives), qui ont un caractère punitif ou non, qui sont axées sur le passé ou sur l'avenir (dans ce dernier cas, elles sont destinées à modifier un comportement futur) et qui sont destinées à être appliquées à divers niveaux (au niveau de la personne/micro-niveau ou du groupe/macro-niveau). Ces sanctions peuvent être infligées dans le cadre de diverses voies de recours parfois complémentaires (procédures administratives, procédures de règlement des conflits du travail et procédures judiciaires). En fonction de ces caractéristiques, les sanctions prévues par un ordre juridique donné reflètent différentes (combinaisons de) théories des sanctions (justice réparatrice, compensatoire, répressive ou préventive, par exemple), ainsi que différentes significations de la notion d'égalité (modèle de la justice personnelle, modèle de la justice de groupe ou modèle basé sur l'égalité en tant que participation). Par conséquent, toute approche globale garantissant la bonne application des lois doit non seulement tenir compte de la procédure et de la substance des sanctions (réparation pour les victimes de discriminations), mais également intégrer d'autres aspects tels que les mesures de rétorsion, l'exécution des mesures, l'intégration dans les politiques et les actions positives, ainsi que d'autres mesures innovantes, comme la fiscalité correctrice. Le dédommagement des victimes consistera (le plus souvent) en une indemnisation du préjudice passé et futur, une indemnisation du préjudice moral, une indemnisation du préjudice corporel prenant éventuellement la forme de dommages psychiatriques, ou (plus rarement) en des dommages et intérêts exemplaires visant à punir l'auteur de la discrimination.

¹²² Un rapport thématique sur ce sujet publié par le Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination présente une analyse plus détaillée. Voir l'étude thématique rédigée par Christa Tobler et intitulée : "Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law, Effective, proportionate and dissuasive sanctions and remedies, with particular reference to upper limits on compensation to victims of discrimination", dont certaines conclusions sont reproduites dans la présente section.

Dans l'ensemble, aucun système destiné à garantir la bonne application de la loi ne se caractérise par une démarche véritablement globale. Tous adoptent une approche individuelle et réparatrice plutôt que préventive. Plusieurs États membres ont néanmoins mis en place des mécanismes intéressants. La législation irlandaise prévoit un vaste éventail de sanctions, y compris des dommages et intérêts, la réintégration dans les fonctions ou dans l'entreprise, ainsi que des ordonnances enjoignant aux employeurs d'adopter des mesures particulières. Une jurisprudence relative à l'exécution de ces injonctions s'est également développée : élaboration d'une politique d'égalité des chances, formation du personnel à la problématique du handicap; révision des procédures relatives à l'embauche; révision des procédures relatives au harcèlement sexuel; formation officielle des commissions d'embauche; révision des pratiques de service à la clientèle; formation du personnel aux questions liées à l'égalité de traitement; invitation des plaignants et de leurs conjoints à un dîner ou à un apéritif de courtoisie.

Dans certains États membres, l'organisme spécialisé saisi d'une plainte peut infliger des sanctions après avoir constaté l'existence d'une discrimination. Le Commissaire à l'administration (médiateur) chypriote, par exemple, peut infliger des amendes d'un montant limité, y compris lorsque ses recommandations n'ont pas été appliquées dans les délais prescrits (sous réserve de recours devant la Cour suprême de Chypre). Il peut également délivrer des injonctions, publiées au journal officiel, dans lesquelles il impose une marche à suivre pour mettre un terme dans un délai donné à la situation ayant entraîné la discrimination. Les rapports du Commissaire peuvent être invoqués dans le cadre d'une action en dommages et intérêts introduite auprès du tribunal régional ou du tribunal du travail. En Grande-Bretagne, la Commission pour l'égalité raciale peut, de même que son homologue d'Irlande du Nord, faire usage de son pouvoir d'enquête auprès d'entreprises suspectées de commettre des actes discriminatoires. Si elle parvient à la conclusion que de tels actes ont effectivement été commis, elle peut alors émettre une notification de non-discrimination ordonnant à l'entreprise de mettre un terme aux discriminations et de prendre, dans un certain délai, des mesures destinées à prévenir leur réapparition. Si les discriminations jugées illégales persistent ou si sa notification n'est pas suivie d'effet, la Commission peut saisir le tribunal de comté ou le tribunal de grande instance en vue d'obtenir une injonction (article 62 de la loi relative aux relations raciales, article 59 du règlement de 2003 relatif aux ordonnances sur les relations raciales). Il semble toutefois que de telles injonctions n'aient jamais été émises.

Les sanctions administratives mises en place au Portugal présentent un certain intérêt. Dans l'ensemble, le système portugais réunit les composantes habituelles de la justice personnelle sous la forme de sanctions civiles (réintégration, dommages et intérêts), de sanctions pénales pour certaines formes de discrimination (discrimination fondée sur la race, sur la couleur, sur l'origine ethnique et nationale, ainsi que sur la religion) et de sanctions administratives. À cet égard, les amendes administratives s'accompagnent notamment des mesures suivantes, qui sont applicables à toutes les formes de discrimination : publication de la décision; blâme de l'auteur des pratiques discriminatoires; confiscation de biens; interdiction d'exercer une profession ou une activité comportant une charge publique ou dépendant de l'autorisation ou de l'approbation officielle des pouvoirs publics; privation du droit de participer à des foires commerciales; privation du droit de participer à des marchés publics; interdiction d'accéder aux locaux; suspension des licences et autres autorisations; privation du droit aux avantages octroyés par des autorités ou services publics.

Dans certains cas, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes donne des indications précises concernant les sanctions prescrites par le droit communautaire. C'est ainsi qu'en cas de licenciement discriminatoire, la ou les sanctions imposées 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 subi. Aucun plafond ne peut être fixé, hormis dans les cas où le préjudice est également imputable à des motifs autres que la discrimination. Le plafonnement des dommages et intérêts semble être prévu par la législation estonienne (six mois de salaire en cas de licenciement discriminatoire lorsque la victime a renoncé à la réintégration), hongroise (douze mois de rémunération moyenne, en plus de la réintégration en cas de licenciement discriminatoire), irlandaise (104 semaines de rémunération; 12.697 euros lorsque la victime des actes discriminatoires n'est pas salariée; 6.348,69 euros en vertu de la loi sur l'égalité) et suédoise (32 mois de salaire en cas de licenciement après 10 années d'ancienneté; 48 mois si la victime est âgée de 60 ans ou plus). Un plafond officieux semble être appliqué en Finlande (15.000 euros; cette limite peut être dépassée pour des raisons particulières). Le plafonnement des dommages et intérêts moraux semble prévu par la législation belge (six mois de salaire en cas de rétorsion, lorsqu'il est établi que le licenciement est une forme de représailles) et maltaise (200 livres maltaises, ce qui correspond à 465 euros). En Grèce, la nouvelle loi d'antidiscrimination ne prévoit pas de dédommagement pour la victime, mais seulement, dans certaines circonstances, le paiement à l'État d'amendes d'un montant limité. Des dommages et intérêts peuvent être réclamés en vertu des dispositions du code civil. En République tchèque, en Allemagne (d'après le projet de loi toujours en débat au Parlement), en Italie, au Luxembourg, aux Pays-Bas, en Pologne, au Portugal, en Slovaquie, en Espagne et au Royaume-Uni, la législation ne semble pas imposer de limites en matière de dommages et intérêts et de réparation du préjudice moral. Aucun plafond n'est actuellement applicable en Lettonie, mais cette situation pourrait changer (un projet de loi prévoit de plafonner la réparation du préjudice moral : 3.000 ou 5.000 lats, ce qui correspond à 4.310 et 7.184 euros, respectivement, en cas de préjudice moral grave; 10.000 lats, soit 14.369 euros, en cas d'atteinte grave à la vie, à l'intégrité physique ou à la santé). Enfin, la législation autrichienne plafonne à 500 euros l'indemnité versée en cas de non-recrutement ou de non-promotion, si l'employeur démontre que la victime n'aurait de toute façon pas été recrutée ou promue. Parmi les pays qui appliquent des plafonds, l'Irlande se distingue par le fait que sa législation n'instaure aucune limite comparable pour les dommages et intérêts destinés à sanctionner une discrimination fondée sur le sexe.



Chapitre 8

Les organismes de promotion de l'égalité de traitement

À ce jour, la grande majorité des pays ont désigné un organisme spécialisé chargé de promouvoir l'égalité de traitement sans discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique, comme l'exige l'article 13 de la directive relative à l'égalité raciale. Les pays qui font exception à cette règle sont les suivants : la République tchèque, où le projet de loi d'antidiscrimination prévoit de désigner le Médiateur en tant qu'organe spécialisé; le Luxembourg, où le gouvernement a déclaré son intention d'élargir le mandat de la Commission consultative pour les droits de l'homme pour y inclure l'égalité de traitement; Malte, où ce mandat devrait être confié à la Commission pour la promotion de l'égalité entre hommes et femmes (créée en vertu de la loi de 2003 relative à l'égalité entre hommes et femmes); et l'Allemagne, où le projet de loi prévoit la création d'un nouvel organisme fédéral spécialisé dans la lutte contre la discrimination, qui collaborerait avec les organismes existants au niveau de l'État fédéral et des Länder. Les États membres qui ont instauré des organismes entièrement nouveaux sont le Danemark,¹²³ la France,¹²⁴ la Hongrie¹²⁵, l'Italie¹²⁶ et la Slovénie.¹²⁷ De nouveaux organismes seront également créés par la législation de transposition en Grèce¹²⁸ et en Espagne¹²⁹. Les instances préexistantes qui viennent d'être désignées en tant qu'organismes visés par l'article 13 sont les suivantes : le Médiateur à Chypre, le Chancelier des affaires juridiques en Estonie, le Bureau des droits de l'homme en Lettonie, le Médiateur pour l'égalité des chances en Lituanie, le Plénipotentiaire pour l'égalité entre femmes et hommes en Pologne (où le Commissaire aux droits des citoyens est également compétent) et le Centre national des droits de l'homme en Slovaquie. Dans certains États membres, les fonctions visées à l'article 13 sont exercées par plusieurs organismes ou partagées entre plusieurs organisations (c'est notamment le cas en Grèce, par exemple).

Les États membres sont au minimum tenus de disposer d'un ou de plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement entre les personnes sans discrimination fondée sur la race et l'origine ethnique qui a) apportent aux victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination, b) conduisent des études indépendantes concernant les discriminations et c) publient des rapports indépendants et émettent des recommandations sur toutes les questions liées à ces discriminations. Nombreux sont les États membres qui ont été au-delà de ces dispositions en ce qui concerne non seulement les motifs de discrimination couverts, mais également les pouvoirs conférés à ces organismes pour lutter contre la discrimination. La Commission pour l'égalité de traitement et le Bureau pour l'égalité de traitement en Autriche, le Médiateur chypriote, le Chancelier des affaires juridiques en Estonie, la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour

¹²³ Comité des plaintes pour l'égalité ethnique, au sein du Centre danois des droits de l'homme

¹²⁴ Haute Autorité contre la discrimination et pour l'égalité

¹²⁵ Autorité pour l'égalité de traitement

¹²⁶ Bureau national pour la lutte contre la discrimination raciale

¹²⁷ Avocat du principe de l'égalité de traitement et Conseil pour l'application du principe de l'égalité de traitement

¹²⁸ Comité pour l'égalité de traitement et Service pour l'égalité de traitement, qui auront pour mission de promouvoir le principe de l'égalité de traitement de concert avec le Médiateur, l'inspection du travail et le Comité économique et social.

¹²⁹ Le Conseil pour la promotion de l'égalité de traitement de toutes les personnes sans discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique a été instauré par la loi 62/2003 assurant la transposition des directives. Il n'est pas encore opérationnel, dans la mesure où sa structure et ses fonctions doivent encore être définies par un décret royal.

l'égalité en France, l'Autorité pour l'égalité en Irlande, la Commission pour l'égalité de traitement aux Pays-Bas, le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme en Belgique, l'Autorité pour l'égalité de traitement en Hongrie, le Médiateur pour l'égalité des chances en Lituanie, les instances administratives grecques et l'Avocat du principe de l'égalité de traitement et le Conseil pour la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement en Slovénie, sont tous compétents pour de nombreux motifs de discrimination. En Irlande du Nord, la Commission pour l'égalité est compétente pour la discrimination fondée sur la race, les convictions religieuses et politiques, le sexe, l'orientation sexuelle, le statut matrimonial, le handicap et l'âge. En Grande-Bretagne, la Commission pour l'égalité raciale, la Commission pour les droits des personnes handicapées et la Commission pour l'égalité des chances seront remplacées dans quelques années par une Commission pour l'égalité et les droits de l'homme. Il existe des organismes uniquement compétents en matière de discrimination fondée sur la race et l'origine ethnique : le Comité des plaintes au Danemark (instauré au sein de l'institut danois des droits de l'homme), le Médiateur des minorités en Finlande, le Bureau national contre la discrimination raciale en Italie, le Haut Commissaire à l'immigration et aux minorités ethniques au Portugal et le Conseil pour la promotion de l'égalité de traitement de toutes les personnes sans discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique en Espagne. En Suède, le Médiateur des discriminations ethniques est compétent en matière d'origine ethnique et de religion, tandis que les discriminations fondées sur le sexe, le handicap et l'orientation sexuelles relèvent de la compétence d'autres médiateurs.

En ce qui concerne les pouvoirs dont ces organismes spécialisés sont investis, il y a lieu de remarquer qu'ils offrent diverses formes d'appui aux victimes de discriminations. Certains apportent leur concours pour introduire une action en justice - c'est le cas en Belgique, en Finlande, en Hongrie, en Irlande, en Italie, en Irlande du Nord, en Grande-Bretagne et en Suède. D'autres donnent leur avis - qui n'est généralement pas contraignant - lorsqu'ils sont saisis d'une plainte. C'est notamment le cas des Commissions pour l'égalité de traitement en Autriche et aux Pays-Bas, de la Commission pour les plaintes ethniques au Danemark, du Médiateur chypriote, de l'Autorité pour l'égalité de traitement en Hongrie, du Bureau national pour les droits de l'homme en Lettonie, du Médiateur pour l'égalité des chances en Lituanie, du Médiateur et du Comité pour l'égalité de traitement en Grèce et de l'Avocat pour le principe de l'égalité en Slovénie. Ces procédures n'empêchent pas les victimes d'engager ultérieurement une procédure judiciaire en vue d'obtenir une décision de justice contraignante.

Plusieurs organismes spécialisés - en Autriche, à Chypre, en France, en Hongrie, en Irlande, en Lituanie et en Suède - peuvent mener des enquêtes lorsqu'ils sont saisis d'une plainte pour discrimination et peuvent généralement obliger toutes les personnes concernées à répondre à leurs questions. En France, la Haute Autorité peut clore son enquête en présentant des conclusions et des recommandations aux parties, qui disposent d'un certain délai pour s'y conformer. En cas de non-respect, cet organisme peut attirer l'attention de l'opinion publique sur ses recommandations. Il peut également informer les autorités compétentes lorsqu'il est saisi d'une affaire exigeant des sanctions disciplinaires contre la partie défenderesse. En Hongrie, l'Autorité pour l'égalité de traitement peut infliger des sanctions au terme de son enquête. En Irlande, l'Autorité pour l'égalité peut, au terme de son enquête, délivrer une « notification de non-discrimination », dans laquelle elle peut décrire le comportement discriminatoire et préciser les mesures à prendre pour prévenir toute discrimination future. Le non-respect de cette notification dans les cinq ans à compter de

sa délivrance constitue un délit. Durant cette période, l'Autorité pour l'égalité peut également inviter le tribunal à délivrer une injonction pour prévenir toute autre violation ou mettre un terme au non-respect de la notification.

La plupart des organismes peuvent organiser des procédures de conciliation entre les parties et la grande majorité d'entre eux peuvent examiner les projets de loi et les projets de réforme législative, puis formuler des recommandations.

Certaines compétences utiles et intéressantes, qui ne sont pas énumérées à l'article 13, paragraphe 2, de la directive, méritent d'être mentionnées :

- En Belgique, le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme a le pouvoir d'intenter une action en justice dans l'intérêt général. Lorsque la victime de la discrimination présumée est identifiable (personne physique ou morale)¹³⁰, le Centre ne peut agir que s'il a reçu son accord (art. 31, in fine, de la loi).
- En France, la Haute Autorité joue le rôle d'un « auxiliaire de la justice » et les tribunaux pénaux, civils et administratifs peuvent solliciter son avis dans le cadre des affaires dont ils sont saisis. Elle peut également demander à pouvoir présenter ses observations dans des procédures pénales.
- Aux Pays-Bas, les employeurs peuvent demander à la Commission pour l'égalité de traitement d'émettre un avis sur le point de savoir si leurs pratiques en matière d'emploi sont ou non contraires à la législation d'antidiscrimination.
- En Hongrie, l'Autorité pour l'égalité de traitement peut intenter une action en justice dans l'intérêt général afin de protéger les personnes et les groupes de personnes dont les droits ont été violés.
- En Irlande, l'Autorité pour l'égalité de traitement peut déposer, au tribunal pour l'égalité, une plainte dénonçant des pratiques discriminatoires, des publicités discriminatoires ou des clauses discriminatoires d'une convention collective. L'Autorité peut également réaliser des études analysant le niveau d'égalité existant dans une entreprise ou un secteur d'activité. Les résultats de cette analyse servent ensuite de base à l'élaboration d'un programme d'actions à entreprendre dans le domaine de l'emploi ou des pratiques commerciales pour promouvoir l'égalité des chances. Si l'entreprise compte plus de 50 travailleurs, l'Autorité peut ouvrir une enquête de sa propre initiative et préparer un programme d'action. Si celui-ci n'est pas appliqué, l'Autorité peut délivrer une notification dans laquelle elle décrit en détail les mesures à prendre. Le non-respect de cette notification peut amener la haute cour ou le tribunal itinérant à imposer son exécution.

Signalons enfin que certains pays suscitent quelques préoccupations. Au Danemark, il semblerait que la transposition de l'article 13 de la directive relative à l'égalité raciale n'ait pas respecté le principe de non-régression mentionné à l'article 6, paragraphe 2,

¹³⁰ Il arrive parfois que la loi soit violée sans qu'il n'y ait de victime : tel serait par exemple le cas si un employeur se vantait en public qu'aucun homosexuel ne sera jamais embauché grâce aux procédures "sélectives" qu'il a introduites dans la procédure de recrutement. Un tel comportement sera considéré comme un délit tel que défini à l'article 6(1) de la loi, et les associations ou organisations énumérées à l'article 31 seront considérées comme ayant un intérêt à déposer plainte pour déclencher des poursuites.

et au vingt-cinquième considérant de la directive, dans la mesure où elle a entraîné une baisse des ressources dont dispose l'organisme spécialisé et une diminution de l'aide offerte aux victimes. En Estonie, le Chancelier des affaires juridiques pourrait éprouver des difficultés à agir dans des domaines autres que la discrimination en matière d'emploi, dans la mesure où les autres motifs de discrimination n'ont pas encore fait l'objet d'une réglementation détaillée. Il est préoccupant de constater que certains organismes spécialisés sont trop proches du gouvernement, ce qui risque de nuire à l'indépendance de leurs activités. Le Bureau italien est situé dans les locaux du ministère de l'Égalité des chances et relève de la responsabilité politique du ministre pour l'Égalité des chances. En Espagne, le futur Conseil pour la promotion de l'égalité de traitement pour toutes les personnes sans discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique sera rattaché au ministère de l'Emploi et des Affaires sociales et sera doté d'une structure essentiellement gouvernementale. En outre, les dispositions légales énumérant ses fonctions ne mentionnent pas le terme « indépendant ».



Chapitre 9

Mise en œuvre et conformité

A. Diffusion de l'information, dialogue social et dialogue avec la société civile

Les articles relatifs à la diffusion de l'information, au dialogue social et au dialogue avec la société civile sont les dispositions des directives qui ont été transposées de la manière la moins formelle par les États membres et qui ont probablement donné lieu à la mise en place des mécanismes les plus variés. Cette situation s'explique notamment par le libellé assez vague des dispositions et par le fait que certains gouvernements ont estimé qu'ils n'étaient pas tenus de les transposer en droit interne et qu'il leur appartenait simplement de prendre des mesures en vue d'atteindre les objectifs qui y sont mentionnés. Au Danemark, par exemple, le comité chargé de se pencher sur la mise en œuvre de l'article 13 des directives est parvenu à la conclusion que la législation interne ne devait pas faire référence à ces dispositions, dans la mesure où elles étaient déjà appliquées de manière satisfaisante. L'impression qui se dégage est que ces dispositions n'ont pas été correctement transposées en Autriche, en Belgique, à Chypre, en Estonie, en Grèce, en Lettonie, au Luxembourg, en Pologne, en Slovaquie, en Espagne et, en ce qui concerne particulièrement la directive 2000/78/CEE, au Portugal et en Italie au moins.

Certaines activités de diffusion d'informations sont jugées satisfaisantes. On peut notamment citer les publications des pouvoirs publics qui contiennent des informations fondamentales sur le principe de l'égalité de traitement, ainsi que les initiatives des pouvoirs publics visant à informer les magistrats et les avocats sur les nouvelles lois, comme c'est le cas en Autriche, ainsi que l'organisation par les médias de débats sur le droit à l'égalité de traitement et l'accès en ligne gratuit à la législation et aux projets de lois, comme c'est le cas en Lituanie. La France a récemment mené des campagnes contre la discrimination fondée sur la race et sur le handicap et a attribué le label « grande cause nationale » à la lutte contre la discrimination raciste en 2002 et à la lutte contre la discrimination fondée sur le handicap en 2003. En Irlande, le gouvernement a lancé un Programme d'action national contre le racisme et une Stratégie nationale en faveur des personnes handicapées. En vertu de l'article 31 de la loi hongroise sur l'égalité de traitement, un Programme national en faveur de l'égalité des chances sera adopté tous les deux ans pour prévenir toute discrimination et promouvoir l'égalité des chances. Le gouvernement examinera la proposition de programme avec les organisations sociales, les organisations représentatives d'intérêts, les syndicats et les organisations d'employeurs avant de la soumettre au Parlement pour approbation.

Les informations doivent être diffusées dans un format accessible à toutes les personnes handicapées et dans des langues comprises par les minorités du pays concerné. En Finlande, par exemple, une brochure sur la loi d'antidiscrimination produite par le ministère de l'Emploi et le projet SEIS¹³¹ a été publiée en braille, en version imprimée et en ligne en finnois, en suédois, en anglais, en sami, en russe, en arabe et en espagnol. Les campagnes et sites internet des télévisions françaises sont adaptés aux personnes malvoyantes et malentendantes. Par contre, les informations diffusées en Autriche, en République tchèque, en Hongrie, en Lettonie, au Portugal ou en Slovaquie ne semblent pas tenir compte des besoins des personnes handicapées. À Chypre, les informations n'ont jamais été produites dans une langue autre que le grec.

¹³¹ Brochure intitulée "STOP - Finland Forward without Discrimination", financée par le Programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination

En ce qui concerne les activités de sensibilisation, la plupart des États membres font référence au mandat de leur organisme spécialisé, comme c'est le cas au Danemark, en Estonie, en Irlande, en Suède et au Royaume-Uni. Toutefois, lorsque cet organisme n'est compétent qu'en matière de discrimination fondée sur la race et l'origine ethnique, d'autres mesures doivent être prises pour la discrimination fondée sur la religion et les convictions, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle. Une telle lacune existe en Italie, où le Bureau national contre la discrimination raciale a commencé à diffuser des informations, mais où aucune mesure spécifique n'est prévue pour les autres formes de discrimination.

Quelques États seulement, notamment Malte, la Pologne et le Portugal, imposent aux employeurs l'obligation légale d'informer les travailleurs sur les lois d'antidiscrimination. Malte étend cette exigence à « toute personne ou organisation à laquelle la présente réglementation est applicable » et l'oblige à porter les dispositions légales à l'attention des membres de l'organisation ou toute autre personne susceptible d'être affectée par les actes de l'organisation¹³². Au Portugal, la non-communication d'informations sur les droits des travailleurs en matière d'égalité de traitement constitue un « délit mineur ». En Pologne, l'application de cette obligation aux employeurs sera surveillée par l'Inspection nationale du travail en coopération avec le Plénipotentiaire du gouvernement pour l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

Enfin, il convient de mentionner la contribution apportée par les campagnes et le financement de l'Union européenne aux actions de sensibilisation entreprises dans bon nombre d'États membres. C'est notamment le cas de la campagne « Pour la diversité, contre la discrimination » menée par la Commission, qui a été au cœur des efforts dans de nombreux pays, des aides financières accordées aux États membres par la Direction générale de l'emploi et des affaires sociales de la Commission européenne pour promouvoir la mise en œuvre des directives, et de l'initiative communautaire EQUAL.

Dans le cadre du processus de transposition, certains États membres ont consulté des organisations non gouvernementales et les partenaires sociaux. En Hongrie, l'exposé des motifs et le projet de loi ont été transmis aux organisations non gouvernementales et ont été publiés sur le site web du ministère de la Justice, accompagnés d'une invitation à formuler des observations. En Irlande, le ministère de la Justice, de l'Égalité et de la Réforme législative a élaboré un document de réflexion sur les questions en matière d'emploi qui découlent des directives et a invité les autres ministères, les partenaires sociaux, le tribunal pour l'égalité de chances et l'Autorité pour l'égalité des chances à émettre un avis. Au Royaume-Uni, une bonne dizaine de milliers d'exemplaires d'un premier document d'information ont été envoyés à un vaste éventail d'organisations, notamment à des organisations d'employeurs, des employeurs du secteur public et privé, des syndicats, des organisations non gouvernementales, des associations de juristes, des universités, etc. Des documents d'information ont été publiés sur le site web du gouvernement, qui comporte des liens vers les versions en arabe, en hindi, en chinois et en gujarati, ainsi que vers une version destinée aux personnes éprouvant des difficultés d'apprentissage. Ces documents ont également été publiés en braille, en lettres de grande taille et sur cassettes audio. Cette situation est sans commune mesure avec ce qui s'est produit en Espagne, où le processus de

¹³² Règle 12 de la note juridique 461 de 2004

transposition a été sévèrement critiqué pour son manque de transparence, de concertation et de débat parlementaire, pour l'absence de déclarations ministérielles et pour le court-circuitage du Conseil d'État et du Conseil économique et social. Un problème différent a surgi au Danemark et en Finlande, où l'absence de débat public était imputable au fait que les parties prenantes qui auraient pu susciter une telle réflexion siégeaient dans les comités chargés de se prononcer sur la mise en œuvre des directives et estimaient qu'elles ne pouvaient évoquer ces questions tant que ce (long) processus était en cours.

Rares sont les États membres qui ont mis en place des structures permanentes spécifiquement chargées d'entamer un dialogue sur les questions liées à l'égalité avec la société civile et les partenaires sociaux. En France, au niveau local, la Commission pour la promotion de l'égalité des chances (COPEC) réunit tous les acteurs locaux qui se trouvent sous l'autorité du représentant de l'État dans la région (département) en vue de susciter une coopération et un dialogue. En Slovénie, la législation oblige le gouvernement et les ministères compétents à coopérer avec les organisations non gouvernementales œuvrant en faveur de l'égalité de traitement, ainsi qu'avec les partenaires sociaux (article 8 de la loi portant application du principe de l'égalité de traitement). À cet égard, la situation devrait s'améliorer avec la création du Conseil pour l'application du principe de l'égalité de traitement. La Finlande se distingue par de bonnes pratiques de coopération avec les organisations non gouvernementales et les partenaires sociaux, notamment par l'intermédiaire de comités consultatifs pour les questions intéressant la jeunesse, pour les personnes handicapées, pour la réintégration et pour la communauté rom. Un nouvel organisme spécialisé dans les questions liées aux minorités est en cours de création et comptera parmi ses membres des représentants de ministères, des partenaires sociaux et des organisations non gouvernementales. Aux Pays-Bas, le ministère des Affaires sociales et de l'Emploi a créé en 2003 le réseau (informel) « Égalité de traitement », qui comprend des représentants d'organisations non gouvernementales, des partenaires sociaux et des ministères compétents. Les membres du réseau se réunissent deux fois par an afin d'échanger des informations sur l'égalité de traitement. En outre, le ministère des Affaires sociales et de l'Emploi gère un « Projet Article 13 », qui organise des formations destinées aux petites et moyennes entreprises, diffuse des informations dans des revues spécialisées notamment et réalise des enquêtes sur l'égalité de traitement dans de grandes entreprises. Enfin, ce même ministère finance le projet « Age et Emploi » géré par le Bureau national pour la lutte contre la discrimination en vue de d'amener les comités d'entreprise, les employeurs, les syndicats, les directeurs des ressources humaines et les médiateurs pour l'emploi à développer des connaissances spécialisées dans ce domaine. Des échanges informels ont eu lieu en Belgique, où le Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale s'est efforcé de coordonner l'action de toutes les parties prenantes dans ce domaine.

La mise en place d'un dialogue structuré semble plus fréquente pour la discrimination fondée sur le handicap que pour les autres formes de discrimination. En Lettonie, le Conseil national des personnes handicapées réunit des représentants d'organisations non gouvernementales et de pouvoirs publics dans le but d'encourager l'intégration pleine et entière des personnes handicapées dans la vie politique, économique et sociale conformément au principe de l'égalité de traitement. En Lituanie, le Conseil pour les personnes handicapées, composé d'organisations non gouvernementales nationales œuvrant en faveur des personnes handicapées et de représentants des pouvoirs publics (avec l'approbation du gouvernement, sur proposition du ministre de la Sécurité sociale et de l'Emploi), coordonne la réadaptation médicale et l'intégration professionnelle et sociale des personnes

handicapées. Les structures de concertation espagnoles sont la Commission consultative pour la liberté religieuse, ainsi que le Conseil national des personnes handicapées, qui représente des associations œuvrant en faveur des personnes atteintes de divers types de handicaps. Ce dernier a notamment pour mission d'élaborer des rapports sur les projets de loi ayant une incidence sur l'égalité des chances, le principe de non-discrimination et l'accessibilité à tous. En France, il existe une Commission nationale consultative des personnes handicapées.

Comme pour la diffusion des informations, c'est souvent l'organisme spécialisé en matière d'égalité de traitement qui alimente le dialogue avec les partenaires sociaux et la société civile. C'est le cas du Chancelier des affaires juridiques en Estonie, de l'Autorité pour l'égalité de traitement en Irlande, du Bureau national pour la lutte contre la discrimination raciale en Italie (uniquement en ce qui concerne la discrimination fondée sur l'origine raciale et ethnique - il n'y a aucun projet de concertation pour les autres formes de discrimination) et le Plénipotentiaire pour l'égalité entre hommes et femmes en Pologne (pour toutes les formes de discrimination). En France, le nouvel organisme spécialisé est appelé à jouer un rôle dans ce domaine en venant compléter l'action de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, organe chargé de conseiller le Premier ministre et composé de représentants de toutes les grandes organisations non gouvernementales actives dans le domaine des droits de l'homme et de la lutte contre le racisme, des syndicats représentatifs et de certaines branches du secteur public.

En République tchèque, au Danemark, en Lituanie, à Malte, en Pologne, au Portugal, en Slovaquie, en Suède et au Royaume-Uni, le dialogue sur les questions d'égalité de traitement peut se dérouler au sein des instances chargées de la concertation sociale. En Slovaquie et au Royaume-Uni, la coopération des agences gouvernementales ou des départements ministériels avec les organisations non gouvernementales est jugée très satisfaisante.

B. Mise en conformité

L'article 14 de la directive relative à l'égalité raciale et l'article 16 de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi obligent les États membres à veiller à ce que leurs dispositions légales soient conformes aux directives, en exigeant, d'une part, « que soient supprimées les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement » et, d'autre part, « que soient ou puissent être déclarées nulles et non avenues ou soient modifiées les dispositions contraires au principe de l'égalité de traitement qui figurent dans les contrats ou les conventions collectives, dans les règlements intérieurs des entreprises ainsi que dans les règles régissant les associations à but lucratif ou non lucratif, les professions indépendantes et les organisations de travailleurs et d'employeurs ». Il ressort du libellé de ces dispositions que les dispositions légales discriminatoires doivent être systématiquement supprimées, tandis qu'une marge de manœuvre plus importante est accordée aux États membres en ce qui concerne l'annulation des dispositions contractuelles et leur mise en conformité avec les directives.

Rares sont les pays qui ont systématiquement veillé à mettre l'ensemble de leur législation en conformité avec le principe de l'égalité de traitement. Lors du processus de transposition des directives, seuls les ministères finlandais concernés semblent avoir

examiné la législation applicable dans leurs domaines de compétence respectifs. Aucune disposition législative, réglementaire ou administrative discriminatoire n'a été décelée, de sorte qu'aucune disposition légale n'a dû être supprimée.

Dans d'autres pays, des experts non gouvernementaux ont toutefois découvert des lois contraires au principe de l'égalité de traitement. C'est par exemple le cas du Statut général des fonctionnaires de l'État au Luxembourg, qui fixe une limite d'âge (45 ans) pour le recrutement, et de l'article 175 du code pénal portugais, qui réprime les actes homosexuels commis sur des personnes âgées de 14 à 16 ans, ainsi que tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de commettre de tels actes, alors que des actes similaires ne sont pas réprimés si les victimes âgées de 14 à 16 ans sont de sexe différent. L'expert belge souligne que l'évaluation de la conformité des textes aux directives exigera une interprétation subtile des directives et que seules les dispositions les plus manifestement discriminatoires pourront être identifiées dans le cadre d'un tel examen.

Dans la plupart des pays, la suppression des dispositions légales discriminatoires interviendra donc plutôt à la suite d'une procédure judiciaire. Dans la grande majorité des États membres, le principe d'égalité consacré par la Constitution permet d'ores et déjà d'écarter les dispositions discriminatoires, la Cour constitutionnelle ayant le pouvoir de proclamer la nullité de toute disposition contraire à la Constitution. Toutefois, les procédures engagées à cette fin sont parfois longues et exigent l'épuisement préalable de toutes les autres voies de recours, de sorte que l'on peut se demander si elles suffiront à garantir l'exécution des dispositions des directives. Outre les dispositions constitutionnelles, il existe souvent des dispositions législatives sur lesquelles les juridictions inférieures peuvent se baser pour déclarer la nullité des dispositions législatives contraires au principe de l'égalité de traitement. En France, par exemple, la Constitution, le code civil et le code du travail garantissent tous la nullité de toute disposition ou clause contraire au « principe suprême » d'égalité. En Lituanie, le code du travail prévoit que les juridictions peuvent déclarer invalides les réglementations contraires à la loi adoptées par les pouvoirs publics, les municipalités ou des fonctionnaires individuels.

L'article 26 de la nouvelle loi grecque d'antidiscrimination dispose que « dès son entrée en vigueur, la présente loi abroge toute disposition législative ou réglementaire et toute disposition contraire au principe de l'égalité de traitement tel que défini dans la présente loi, qui figure dans des contrats, des conventions collectives, des conditions générales, des règlements intérieurs d'entreprises, des règles régissant les associations à but lucratif ou non lucratif, les professions indépendantes et les organisations de travailleurs ou d'employeurs ».

À Chypre, contrairement au principe de l'abrogation tacite, les lois incompatibles avec la législation d'antidiscrimination doivent être abrogées, même si elles sont adoptées à une date ultérieure. Il semble qu'une recommandation formulée par le Commissaire à l'administration (médiateur et organisme spécialisé) au terme d'une enquête concluant à l'existence de législations ou de pratiques discriminatoires puisse entraîner l'abrogation des dispositions discriminatoires. Au Royaume-Uni, la loi sur les relations entre les races, l'ordonnance sur les relations entre les races et l'ordonnance sur l'égalité en matière d'emploi et l'égalité de traitement disposaient, avant la transposition des directives, que le principe de non-discrimination n'était pas applicable aux actes

accomplis en conformité avec d'autres lois adoptées avant ou après ces dispositions. Conformément aux exigences de l'article 14 de la directive relative à l'égalité raciale et de l'article 16 de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi, la réglementation de 2003 a supprimé l'exception figurant dans ces lois, sans toutefois abroger toute disposition législative incompatible. La loi contre la discrimination des personnes handicapées a conservé une exception pour les actes spécifiquement autorisés par la loi. En Irlande, il est préoccupant de constater que la loi de 2000 2004 relative à l'égalité de traitement reste subordonnée à d'autres lois, dans la mesure où son article 14(a)(i) prévoit qu'aucune de ses dispositions n'interdira tout acte accompli en vertu de tout texte législatif.

Dans les États membres, on trouve plus fréquemment des dispositions légales permettant d'annuler les clauses discriminatoires figurant dans les contrats ou les conventions collectives, dans les règlements intérieurs des entreprises ou dans les règles régissant les professions indépendantes et les organisations de travailleurs et d'employeurs. De nombreux pays invoquent à cet effet les dispositions générales du droit du travail. C'est notamment le cas de la Hongrie, où les articles 8 et 13 du code du travail prévoient la nullité de tout contrat ou de toute convention collective contraire à la législation du travail. S'il est annulé ou contesté avec succès, le contrat sera invalide (article 9) et si cette invalidité entraîne un préjudice, celui-ci sera dédommagé (article 10). Les législations du travail lettonne (article 6 de la loi sur le travail), polonaise (article 9.2 du code du travail) et estonienne (articles 16 et 125(1) de la loi sur les contrats d'emploi) contiennent des dispositions générales similaires.

Certains États membres ont adopté des dispositions qui prévoient expressément la nullité des clauses discriminatoires figurant dans les contrats, les conventions collectives, etc. En Espagne, l'article 17.1 de la loi portant statut des travailleurs proclame la nullité de toute disposition discriminatoire figurant dans les conventions collectives, les contrats et les décisions unilatérales prises par des employeurs pratiquant la discrimination. En Finlande, la loi d'antidiscrimination dispose qu'un tribunal peut, dans le cadre d'une affaire dont il est saisi, modifier ou ignorer les conditions figurant dans des contrats ou des conventions collectives qui enfreignent l'interdiction visée à l'article 6 (concernant la discrimination) ou à l'article 8 (concernant les mesures de rétorsion) de la loi (article 10). La loi sur les contrats d'emploi contient également une disposition spécifique précisant que les termes d'un contrat d'emploi qui sont manifestement discriminatoires doivent être considérés comme invalides (article 9:2).

Il est intéressant de remarquer qu'en Irlande, la loi de 1998 2004 relative à l'égalité en matière d'emploi prévoit que tous les contrats d'emploi sont censés contenir une clause d'égalité ayant pour effet de transformer toute disposition contractuelle susceptible d'entraîner une discrimination prohibée (article 30). Toutes les dispositions discriminatoires des conventions collectives sont réputées invalides et il est impossible de conclure des contrats qui enfreignent la législation relative à l'égalité de traitement (article 9). S'il est un fait établi que les dispositions discriminatoires sont invalides, cette invalidité ne peut toutefois être établie que dans le cadre d'une action en justice. Lorsque le tribunal pour l'égalité des chances déclare qu'une disposition est contraire à la législation, la partie correspondante du contrat ou de la convention collective ne peut être exécutée et doit être modifiée.

À Malte, la règle 12 de la note juridique 461 de 2004 prévoit que toute disposition contraire au principe de l'égalité de traitement, qui figure dans les contrats ou les conventions collectives, dans les règlements intérieurs des entreprises ou dans les règles régissant les organisations doit être considérée comme frappée de nullité dès l'entrée en vigueur de cette réglementation. À Chypre, le Commissaire peut déclarer invalides ou modifier des clauses figurant dans les conventions, les contrats, etc. Au Royaume-Uni, des dispositions similaires sont contenues dans la législation relative à chaque motif de discrimination.

En Slovaquie, la loi d'antidiscrimination obligeait les employeurs et les syndicats concernés à mettre les clauses de leurs conventions collectives en conformité avec le principe de l'égalité de traitement avant le 1er janvier 2005. Les employeurs étaient soumis à cette même obligation en ce qui concerne les règlements intérieurs des entreprises. En outre, les règlements enregistrés par un service public (règles régissant les associations, les professions indépendantes, les organisations de travailleurs et d'employeurs et les associations sans but lucratif, etc.) ne doivent pas enfreindre le principe de l'égalité de traitement. Le service public compétent doit rejeter tout règlement contraire à ce principe qui lui est soumis pour enregistrement.

Les lacunes qui caractérisent les différentes législations nationales dans ce domaine sont les suivantes. En droit belge, la disposition qui affirme que sont nulles les clauses d'un contrat contraires à l'interdiction de discrimination (article 18 de la loi de 2003) omet de mentionner les autres types de dispositions énumérées aux articles 14 b) et 16 b) des directives. En Suède, la loi ne prévoit pas expressément que les dispositions discriminatoires figurant dans les règlements intérieurs des entreprises peuvent être modifiées ou déclarées nulles. Au Luxembourg, le projet de loi qui transpose l'article 16 b) de la directive 2000/78 ne fait pas mention des professions indépendantes (alors que le projet de loi relatif à la discrimination fondée sur l'origine raciale et ethnique s'inspire du libellé des directives et reproduit l'interdiction qui y figure, sans omettre les règles régissant les associations à but lucratif et non lucratif et les professions indépendantes).



Chapitre 10

Conclusion

La transposition de la directive relative à l'égalité raciale et de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi a considérablement renforcé le dispositif assurant une protection légale contre la discrimination fondée sur l'origine raciale et ethnique, la religion et les convictions, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne. Il est encourageant de constater à quel point la protection offerte par le droit interne va parfois bien au-delà de ce qui est prévu par le droit communautaire. Toutefois, le présent tour d'horizon a également révélé l'existence, dans la législation des États membres, de très nombreuses lacunes qui doivent être comblées. En dernière analyse, c'est aux juridictions qu'il appartiendra de se prononcer sur la conformité de la législation nationale au droit communautaire. Vu l'ambiguïté qui caractérise parfois le libellé des directives et, partant, de nombreuses dispositions de droit interne, l'exercice d'interprétation auquel se livreront les tribunaux permettra de mieux définir certaines limites importantes.

Bon nombre d'États membres sont confrontés au problème de l'application pratique des lois d'antidiscrimination. La plupart d'entre eux ont déjà interdit de longue date certaines formes de discrimination au moins, mais le nombre d'actions en justice introduites par des victimes désireuses de faire valoir leur droit à un traitement équitable reste assez réduit. On peut espérer que les dispositions détaillées qui ont été introduites dans la législation de nombreux pays, et plus particulièrement les droits procéduraux qui ont été intégrés à la réglementation concernant les voies de recours et l'application du droit, feront évoluer la situation. La diffusion efficace d'informations sur les lois d'antidiscrimination et le renforcement du dialogue entre les gouvernements, la société civile et les partenaires sociaux joueront également un rôle déterminant.

