

Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi: législation dans quinze États membres de l'UE

Rapport du *Groupe européen d'Experts dans le domaine
de la Lutte contre la Discrimination fondée sur l'Orientation sexuelle*¹
concernant la mise en œuvre jusqu'en avril 2004 de la
*Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur
de l'égalité du traitement en matière d'emploi et de travail*

19 Analyse comparative

par Kees Waaldijk²

traduit de l'anglais

¹ Le Groupe européen d'Experts dans le domaine de la Lutte contre la Discrimination fondée sur l'Orientation sexuelle (www.emmeijers.nl/experts) a été établi et créé par la Commission européenne dans le cadre du Programme d'Action Communautaire de Lutte contre la discrimination 2001-2006 (http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/index_fr.htm). Le contenu du rapport du Groupe ne reflète pas nécessairement l'opinion ou la position des autorités nationales ou de la Commission européenne. Le rapport, soumis en novembre 2004, vise à représenter le droit tel qu'il était fin avril 2004; seulement quelques développements postérieurs ont été pris en considération. Le texte intégral du rapport (y compris des versions anglaises des 20 chapitres et des versions françaises de la plupart des chapitres, ainsi que des résumés de tous les chapitres en anglais et français) sera édité sur le site web indiqué ci-dessus et les liens vers la page seront indiqués sur www.emmeijers.nl/experts.

² Dr. C. Waaldijk (c.waaldijk@law.leidenuniv.nl ; www.emmeijers.nl/waaldijk) est maître de conférences à l'Institut d'études juridiques E.M. Meijers de l'Universiteit Leiden, et aussi le coordinateur du Groupe européen d'Experts dans le domaine de la Lutte contre la Discrimination fondée sur l'Orientation sexuelle. Je suis reconnaissant à Dr. Matteo Bonini-Baraldi (assistant-coordonateur du même groupe d'experts) pour l'assistance qu'il m'a apportée lors de la rédaction de ce chapitre, et particulièrement pour ses contributions aux paragraphes 19.4 et 19.5. Le chapitre 20 contient un résumé du chapitre 19.

19.1 Cadre juridique général

La Directive 2000/78/EC portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité du traitement en matière d'emploi et de travail (ci-après: la Directive) requiert une législation explicite et spécifique interdisant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Elle n'exige pas une harmonisation complète du droit anti-discriminatoire national, mais l'adoption de la Directive signifie que tous les États membres ont dû soit amender des lois existantes, soit en introduire de nouvelles.

Les États membres (alors au nombre de quinze) avaient jusqu'au 2 décembre 2003 pour mettre en œuvre la Directive (par une législation préexistante ou par une nouvelle législation).³ Or, la législation visant à mettre en œuvre la Directive n'a été plus ou moins complétée avant cette date qu'en BEL, FRA, ITA, PRT, SWE et UK.

Au DNK, FIN, NLD et ESP, les mesures de mise en œuvre sont entrées en vigueur au début 2004, et en AUS et IRL pendant l'été de 2004 (ainsi que les propositions complémentaires au PRT). Une proposition de mise en œuvre de la Directive au LUX attend encore d'être débattue au Parlement. En DEU et GRC, les propositions gouvernementales définitives de mise en œuvre de la Directive doivent encore être publiées.

Ce chapitre (à partir du paragraphe 19.2) donne un aperçu de la situation actuelle de la mise en œuvre en ce qui concerne chacune des exigences (explicites ou implicites) des art. 1 à 4, 7 à 11, 16 et 17 de la Directive,⁴ qui ont été analysés au chapitre 2 ("droit européen") du présent rapport.

L'autre base principale de cette vue d'ensemble comparative est la législation nationale et parfois régionale adoptée ou proposée dans les quinze États membres et qui est décrite dans les quinze chapitres nationaux qui précèdent.⁵

³ Les dix pays qui ont intégré l'Union européenne le 1^{er} mai 2004 devaient mettre en œuvre la Directive avant cette date. Le présent rapport ne discute pas la mise en œuvre dans ces dix nouveaux États membres.

⁴ Il est trop tôt pour dire quoi que ce soit de substantiel au sujet des art. 12, 13, 14 et 19, et les art. 5, 6 et 15 ne sont pas pertinents en ce qui concerne l'orientation sexuelle.

⁵ Bien souvent, les références à ces chapitres sont silencieuses, c'est-à-dire que la mention d'un pays particulier dans un paragraphe spécifique ou au chapitre 19 signifie que l'information concernant ce pays est basée sur ce qui est écrit au paragraphe correspondant du chapitre consacré à ce pays (la numérotation des paragraphes est standardisée pour tous les chapitres). Parfois, on fait explicitement référence à des paragraphes spécifiques de ces autres chapitres. Voir aussi la liste des références à la fin du chapitre 19.

Les chapitres auxquels il est fait référence sont les suivants (avec les noms des États membres en abrégé):

2	Droit européen	par Bonini-Baraldi
3	AUS (l'Autriche)	par Graupner
4	BEL (la Belgique)	par De Schutter
5	DNK (le Danemark)	par Baatrup
6	FIN (la Finlande)	par Hiltunen
7	FRA (la France)	par Borrillo
8	DEU (l'Allemagne)	par Baer
9	GRC (la Grèce)	par Peponas
10	IRL (l'Irlande)	par Bell
11	ITA (l'Italie)	par Fabeni
12	LUX (le Luxembourg)	par Weyembergh
13	NLD (les Pays-Bas)	par Waaldijk
14	PRT (le Portugal)	par Freitas
15	ESP (l'Espagne)	par Rubio-Marin

Nous allons d'abord esquisser la situation générale dans laquelle cette mise en œuvre prend place ou a pris place.

L'exigence de la Communauté européenne, contenue dans la Directive, d'interdire la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi n'est pas arrivée dans un vide juridique. Dans chacun des quinze États membres, il y avait déjà toutes sortes de lois – et d'attitudes sociales – concernant l'orientation sexuelle, la discrimination et l'emploi. En ce qui concerne ces trois sujets, les États membres ont beaucoup de choses en commun, tout en faisant preuve d'une grande diversité.

A l'égard de l'orientation sexuelle, des changements considérables ont eu lieu au cours des dernières décennies dans tous les États membres. Il reste néanmoins entre eux de grandes différences, tant sociales que juridiques. La *European Values Study* [Étude européenne des valeurs] nous donne un aperçu de l'idée que les populations des différents pays de l'Union européenne se font de l'homosexualité.

16 SWE (la Suède) par Ytterberg
17 UK (le Royaume-Uni) par Wintemute
18 Aperçu comparatif par Bonini-Baraldi.

Le chapitre 20 (en fait un résumé du chapitre 19) renferme les principales conclusions de tous les chapitres.

Tableau 10: Données provenant de l'European Values Study Survey 1999/2000⁶

Les pays sont énumérés ici dans le même ordre qu'au tableau 11 (voir ci-dessous).

	Pourcentage de personnes interrogées ayant répondu qu'elles n'aimeraient pas avoir des <i>homosexuels</i> pour voisins ⁷	Réponse moyenne à la question: l' <i>homosexualité</i> peut-elle toujours se justifier, jamais ou parfois (10 = toujours, 0 = jamais) ⁸
SWE	6	7,7
DNK	8	6,6
ESP	16	5,5
NLD	6	7,8
LUX	19	5,9
UK (Grande-Bretagne)	24	4,9
UK (Irlande du Nord)	35	4,0
FRA	16	5,3
ITA	29	4,8
BEL	18	5,2
IRL	27	4,4
PRT	25	3,2
FIN	21	4,9
AUS	25	5,4
GRC	42	3,4
DEU	13	5,7

Ces chiffres suggèrent une grande diversité dans le degré d'acceptation sociale de l'orientation homosexuelle. Il faut cependant se souvenir que, au cours des dernières décennies, presque tous les pays européens ont vu un accroissement considérable du niveau de tolérance et d'acceptation sociale de la préférence homosexuelle, du comportement homosexuel et des relations homosexuelles. Il paraît raisonnable de s'attendre à ce que cette tendance se poursuive, également dans les pays où les valeurs d'une large frange de la population ne sont pas encore très positives à l'égard des personnes lesbiennes, gaies et bisexuelles (ci-après: LGB). Vus sous cette perspective, les développements sociaux autour de l'homosexualité sont assez semblables dans les quinze États membres. Cela se dégage aussi du fait qu'un mouvement lesbien et gay socialement et politiquement actif s'est établi dans chacun de ces pays. Les organisations issues de ces mouvements ont souvent eu une grande influence dans l'accélération des changements sociaux (et

⁶ Halman, 2001. Cette étude est basée sur des enquêtes menées en 1999 et en 2000 au sein de la population de 32 pays européens. Chaque question a reçu quelque 900 à 2.000 réponses valides. Vous trouverez plus de détails au sujet de la *European Values Study* à l'adresse www.europeanvalues.nl (y compris le texte complet du livre-source de 2001 par Halman).

⁷ Halman, 2001, 42.

⁸ Halman, 2001, 223.

juridiques). Simultanément, le nombre de femmes et d'hommes décidant de se déclarer (devant leur famille, leurs amis, leurs collègues, leur employeur etc.) lesbiennes, gays ou bisexuels a aussi augmenté de façon notable à travers toute l'Union européenne, bien que ce soit encore une étape difficile et parfois risquée pour les individus en beaucoup d'endroits. La disponibilité d'informations concernant l'homosexualité (livres, films, télévision, Internet etc.) a également progressé considérablement.

Ces développements sociaux et divers autres, qui leur sont liés, ont conduit de nombreux citoyens (de toute orientation sexuelle et incluant manifestement des hommes et femmes politiques, des juges etc.) à conclure que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle devait être combattue au même titre que la discrimination pour d'autres motifs (voir tableau 11 ci-dessous). Et cela a également contribué à la prise de séries de décisions politiques visant à supprimer les formes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle qui pouvaient être trouvées *dans la législation* (principalement dans le droit criminel et dans le droit familial)⁹ et à lutter contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle au sein de la société en général, souvent *par le biais de la législation*.¹⁰ Il semble probable que cette diminution de la discrimination juridique et cet accroissement de la protection juridique contre la discrimination sociale renforcent, à leur tour, les développements sociaux que l'on vient de mentionner. On pourrait s'attendre spécifiquement à la poursuite de l'augmentation du nombre d'hommes et de femmes qui se sentent libres de se déclarer lesbiennes, gays ou bisexuels.

Les données provenant du 57^e Eurobaromètre, effectué au printemps 2002, donnent une certaine indication des attitudes des citoyens européens face à la discrimination pour divers motifs.¹¹

⁹ Le paragraphe 19.1.9 ci-dessous contient un tableau montrant les années au cours desquelles les quinze États membres ont franchi des étapes législatives majeures en vue de décriminaliser les actions sexuelles homosexuelles et de reconnaître les partenaires de même sexe.

¹⁰ Voir §§ 19.1.5 et 19.1.8.

¹¹ Voir *Discrimination in Europe (Rapport A & Rapport B)* par Marsh & Sahin-Dikmen, 2002 (le *Rapport B* est disponible à l'adresse http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/publi/pubs_fr.htm; les résultats par pays donnés dans les tableaux de ce chapitre font partie des annexes au *Rapport A*).

Tableau 11: Données sur les attitudes envers la discrimination provenant de l'Eurobaromètre 2002¹²

Les pays sont repris ici en fonction des réponses à la première question. Pour les deux premières colonnes, un score de 100 signifie que toutes les personnes de l'échantillon pensent que la discrimination pour le ou les motif(s) donné(s) est "mauvaise" en toutes circonstances. Pour les deux dernières colonnes, un score de 100 signifie que toutes les personnes de l'échantillon pensent que "en général les gens considèrent mauvais" de discriminer pour le ou les motif(s) donné(s). Les scores sont les résultats combinés de questions relatives à quatre domaines de discrimination: la recherche d'emploi ou la formation, la promotion au travail, la recherche d'un logement et les services publics comme les restaurants, les banques etc.¹³

	Opposition à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ¹⁴	Opposition à la discrimination pour tous les motifs ¹⁵	Perception de l'opposition d'autrui à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ¹⁶	Perception de l'opposition d'autrui à la discrimination pour tous les motifs ¹⁷
SWE	92	86	75	73
DNK	91	87	75	72
ESP	90	89	72	72
NLD	90	84	77	72
LUX	89	88	75	75
UK	88	87	76	76
FRA	87	85	73	72
ITA	86	85	65	67
BEL	85	81	74	70
IRL	84	82	76	75
PRT	83	85	72	75
FIN	82	83	68	70
AUS	78	78	64	65
GRC	77	82	64	69
DEU (est)	71	71	65	65
DEU (ouest)	69	68	60	61

Les données du même Eurobaromètre indiquent également qu'une véritable discrimination fondée sur l'orientation sexuelle existe bel et bien dans tous les États membres (voir tableau 12 ci-dessous).

¹² Idem.

¹³ Voir Marsh & Sahin-Dikmen, 2002, p. 27.

¹⁴ Graphique 78 du Rapport A de Marsh & Sahin Dikmen.

¹⁵ Graphique 79 du Rapport A de Marsh & Sahin Dikmen. "Tous les motifs" inclut la race ou l'ethnie, la religion ou les convictions, le handicap physique ou mental, l'âge et l'orientation sexuelle.

¹⁶ Graphique 78 du Rapport A de Marsh & Sahin Dikmen.

¹⁷ Graphique 79 du Rapport A de Marsh & Sahin Dikmen. "Tous les motifs" inclut la race ou l'ethnie, la religion ou les convictions, le handicap physique ou mental, l'âge et l'orientation sexuelle.

Tableau 12: Données sur l'étendue de la perception de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle d'après l'Eurobaromètre 2002¹⁸

Les pays sont cités ici dans le même ordre qu'au tableau 11 ci-dessus. Les scores des deux premières colonnes sont le résultat combiné de questions relatives à sept domaines de discrimination: au travail, lors de la recherche d'un emploi, à l'école primaire, à l'école secondaire, à l'université, lors de la recherche d'un logement et pour l'accès aux services publics et commerciaux.¹⁹

	Pourcentage de personnes interrogées annonçant qu'elles ont vécu la discrimination ou le harcèlement fondé(e) sur l'orientation sexuelle ²⁰	Pourcentage de personnes interrogées annonçant qu'elles ont assisté à une discrimination ou à un harcèlement fondé(e) sur l'orientation sexuelle ²¹	Pourcentage de répondants qui pensent que, à talents ou qualifications égaux, "un homosexuel (une personne gaie ou lesbienne)" aurait <i>moins de chances</i> que quelqu'un d'autre d'accéder à un emploi, à une formation ou à une promotion ²²
SWE	< 0,5	10	43
DNK	< 0,5	4	26
ESP	< 0,5	3	45
NLD	> 1,0 et < 1,5	11	24
LUX	> 0,5 et < 1,0	8	37
UK	> 0,5 et < 1,0	6	28
FRA	> 0,5 et < 1,0	6	33
ITA	< 0,5	3	39
BEL	> 0,5 et < 1,0	5	26
IRL	< 0,5	2	22
PRT	< 0,5	3	44
FIN	< 0,5	9	56
AUS	< 0,5	5	34
GRC	> 0,5 et < 1,0	4	54
DEU (est)	> 0,5 et < 1,0	5	32
DEU (ouest)	> 0,5 et < 1,0	6	39

¹⁸ Voir la note jointe au tableau 11 ci-dessus.

¹⁹ Voir Marsh & Sahin Dikmen, 2002, p. 10 et 17.

²⁰ Graphique 7 du Rapport A de Marsh & Sahin Dikmen. Dans leur rapport B (2002, p. 14), ils écrivent: "Dans tous les pays, à l'exception des Pays-Bas, moins de 1 % des personnes interrogées ont mentionné des cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Les différences entre pays sont trop faibles pour permettre une comparaison pertinente, même s'il est intéressant d'observer que les Pays-Bas (...) comptent le plus grand nombre de personnes interrogées ayant fait l'objet d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Il se peut que ce taux de discrimination supérieur soit davantage le reflet d'une ouverture culturelle sur la question qu'une indication des taux d'incidents réels comparativement supérieurs". On pourrait ajouter que le fait qu'il y ait davantage d'hommes gays et de femmes lesbiennes faisant leur "coming out" aux Pays-Bas que dans plusieurs autres pays pourrait entraîner pour eux un risque accru d'être confrontés à la discrimination fondée sur leur orientation.

²¹ Graphique 39 du Rapport A de Marsh & Sahin Dikmen. Voir leur Rapport B, 2002, p. 17-21.

²² Graphique 71 du Rapport A de Marsh & Sahin Dikmen. Voir leur Rapport B, 2002, p. 25.

Le fait que, en moyenne, moins de 1 % des personnes interrogées dans tous les pays (soit 81 personnes sur un total d'environ 16.000 répondants) aient expérimenté la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle²³ doit être mis en parallèle avec la supposition que seuls environ 5 % des adultes s'identifient comme gays ou lesbiennes et qu'un pourcentage moindre encore se déclare tels. Il est à remarquer que le pourcentage de personnes interrogées rapportant avoir expérimenté la discrimination fondée sur la race ou l'ethnie (3 %), la religion ou les convictions (2 %), le handicap physique (2 %), des difficultés d'apprentissage ou une maladie mentale (2 %) ou sur l'âge (5 %) n'est que légèrement supérieur.²⁴ Il faut également noter que ces chiffres ne donnent pas nécessairement une image fidèle de l'étendue totale de la discrimination réelle qui a lieu.

Les développements sociaux et juridiques indiqués ci-dessus, qui se renforcent mutuellement, ne se produisent pas seulement dans les États membres, mais aussi au niveau européen. L'inclusion de l'orientation sexuelle à l'art. 13 du Traité CE en 1999 et dans la Directive en 2000 peut être considérée comme un produit de ces développements. Pour huit États membres, cette Directive a signifié que des ajouts devaient être faits à la législation déjà existante interdisant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi (DNK, ESP, FIN, FRA, IRL, LUX, NLD, SWE); pour les sept autres États membres, la Directive a signifié que, pour la première fois, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi devait faire l'objet d'une législation nationale (BEL, AUS, DEU, GRC, ITA, PRT, UK). En se basant sur les quinze chapitres nationaux qui le précèdent dans le présent rapport, ce chapitre va fournir une analyse comparative de la législation pré-existante, récemment adoptée ou en projet destinée à mettre en œuvre la Directive dans les quinze États membres.

Étant donné ces points de départ social et juridique plutôt différents en ce qui concerne l'orientation sexuelle, il n'y a rien d'étonnant à ce que les lois existantes et en projet dans les États membres diffèrent elles aussi considérablement. Cette variation peut également être attribuée en partie aux différences de tradition et de structure qui caractérisent les lois existantes des États membres relatives à l'emploi en général et à la non-discrimination en ce qui concerne d'autres motifs que l'orientation sexuelle. En droit du travail et/ou en droit anti-discriminatoire, par exemple, la pertinence juridique des constitutions, conventions collectives de travail ou activités législatives judiciaires varie de pays à pays.²⁵

19.1.1 *Protection constitutionnelle contre les discriminations*

En théorie, tous les citoyens de l'Union européenne jouissent d'une certaine protection constitutionnelle contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi, du moins en matière d'emploi *public*. Cela n'est cependant seulement énoncé dans une Constitution nationale. Dans les autres États membres la protection constitutionnelle peut dériver soit d'un texte plus

²³ Voir Marsh & Sahin-Dikmen, 2002, p. 13.

²⁴ Voir graphique 1 du Rapport A de Marsh & Sahin Dikmen.

²⁵ Voir §§ 19.1.1, 19.1.2, 19.1.3, 19.1.4 et 19.1.7.

général dans la Constitution nationale, soit de la Convention européenne des droits de l'homme.

Jusqu'ici, le droit de l'Union européenne ne fournit pas de réelle protection constitutionnelle en cette matière: l'art. 13 du Traité CE manque d'effet direct et il reste à voir quel sera le statut juridique du principe de non-discrimination énoncé par l'art. 21(1) de la Charte UE des droits fondamentaux. L'inclusion explicite de l'orientation sexuelle dans l'art. 13 CE et dans l'art. 21(1) de la Charte UE aide cependant à renforcer l'idée que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle doit être considérée comme anticonstitutionnelle. Cela a été rendu encore plus évident par l'incorporation de ces deux dispositions dans le texte convenu pour la Constitution européenne, maintenant sous forme des art. III-8 (remplaçant l'art. 13 CE) et II-21 (remplaçant l'art. 21 de la Charte UE), et par l'introduction dans ce texte d'un nouvel art. III-3 sur le but combattre la discrimination dans les politiques de l'UE (voir § 2.1.1).²⁶

Au PRT, un amendement constitutionnel ajoutant "l'orientation sexuelle" à l'interdiction de discriminer énoncée à l'art. 13 de la Constitution portugaise est entré en vigueur le 31 juillet 2004.²⁷

En ce qui concerne les autres Constitutions nationales,²⁸ les mots "orientation sexuelle" n'ont jusqu'ici pu être retrouvés que dans l'un des instruments constitutionnels de SWE, mais ce pays est l'un des rares pays (avec DNK, LUX et UK) dépourvu d'une interdiction constitutionnelle générale de la discrimination. La disposition suédoise (qui n'est pas juridiquement contraignante) oblige simplement le Parlement, le gouvernement et d'autres organismes publics à entreprendre une action contre la discrimination fondée sur plusieurs motifs, y compris l'orientation sexuelle (voir § 16.1.1). Une injonction de lutter contre la discrimination en général peut aussi être trouvée dans certaines autres Constitutions (ITA, PRT, ESP).

Dans les onze États membres qui ont une interdiction constitutionnelle de la discrimination fondée sur de nombreux motifs (AUS, BEL, FIN, FRA, DEU, GRC, IRL, ITA, NLD, PRT, ESP), cette interdiction est (très probablement) au

²⁶ Dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe de 29 octobre 2004, les trois dispositions référant de manière explicite à l'orientation sexuelle sont renumérotées et rédigées comme suit:
Art. II-81(1) (ancien II-21) Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

Art. III-118 (ancien III-3) Dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions visées à la présente partie, l'Union cherche à combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

Art. III-124 (ancien III-8) (1) Sans préjudice des autres dispositions de la Constitution et dans les limites des compétences que celle-ci attribue à l'Union, une loi ou loi-cadre européenne du Conseil peut établir les mesures nécessaires pour combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Le Conseil statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen.

(2) Par dérogation au paragraphe 1, la loi ou loi-cadre européenne peut établir les principes de base des mesures d'encouragement de l'Union et définir de telles mesures pour appuyer les actions des États membres entreprises pour contribuer à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1, à l'exclusion de toute harmonisation de leurs dispositions législatives et réglementaires.

Le texte intégral de la Constitution peut être trouvé à: www.europa.eu.int/constitution/constitution_fr.htm.

²⁷ Loi constitutionnelle 1/2004. À Madère et aux Açores, cet amendement est entré en vigueur le 10 août 2004.

²⁸ L'orientation sexuelle est mentionnée explicitement dans des dispositions anti-discriminatoires de Constitutions régionales de quelques *Länder* en DEU.

moins contraignante pour le pouvoir législatif²⁹ et pour les employeurs publics. Dans certains pays (FRA, DEU, GRC et IRL), on ne voit pas encore clairement si elle est couverte, mais, dans six pays (AUS, BEL, FIN, ITA, NLD, ESP), il y a suffisamment de références (dans la jurisprudence, dans la doctrine ou dans les travaux préparatoires) pour considérer que l'orientation sexuelle est implicitement couverte comme un motif interdit de discrimination.

Particulièrement pour les neuf pays où la protection constitutionnelle nationale contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est peu claire ou absente, il est pertinent de voir si on y a remédié par une applicabilité directe de la Convention européenne des droits de l'homme. Depuis la fin 2003, la Convention est en effet devenue directement applicable dans tous les États membres de l'UE³⁰ (alors au nombre de quinze), bien que, dans les tribunaux de certains d'entre eux (DEU, IRL, UK et peut-être ITA), la Convention ne prime pas sur la législation parlementaire.

La Convention européenne des droits de l'homme lie ses États parties – et par conséquent toutes les pouvoirs législatifs et tous les employeurs publics. Cela a été reconnu dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, plus particulièrement dans les affaires où elle a déclaré que l'exclusion britannique des gays et lesbiennes des forces armées violait l'art. 8 de la Convention (respect de la vie privée).³¹ L'art. 14 de la Convention interdit la discrimination fondée sur de nombreux motifs en ce qui concerne la jouissance des autres droits et libertés qu'elle garantit. La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi tombe presque toujours dans le champ d'application de l'un de ces autres droits, particulièrement le droit au respect de la vie privée. Cela provient du fait que la Cour européenne des droits de l'homme considère au moins trois des principaux aspects de l'orientation sexuelle comme des aspects (très intimes) de la vie privée: le comportement sexuel,³² la préférence sexuelle³³ et les relations.³⁴ Quant à savoir si la Cour considérera aussi le *coming out* comme un aspect de la vie privée, cela reste à voir, mais on pourrait aussi estimer que cela tombe dans le champ d'application de la liberté d'expression (art. 10).³⁵ Certains cas de discrimination tomberont dans le champ d'application du droit à la propriété (art. 1^{er} du Premier protocole à la Convention). Jusqu'ici, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré cinq fois illicite la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle,³⁶ dans les seuls cas de discrimination supposée en

²⁹ Avec la restriction, en NLD, que les lois ne peuvent pas être déclarées anticonstitutionnelles par les tribunaux néerlandais (voir § 13.1.1).

³⁰ Le dernier État membre à rendre la Convention directement applicable fut IRL (en 2003); voir § 10.1.1.

³¹ CEDH, 27 septembre 1999, *Lustig-Prean et Beckett c. UK*, appl. 31417/96; *Smith et Grady c. UK*, appl. 32377/96; 22 octobre 2002, *Beck, Copp et Bazeley c. UK*, appl. 48535-48537/99.

³² CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. UK*, appl. 7525/76; 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, appl. 10581/83; 22 avril 1993, *Modinos c. Chypre*, appl. 15070/89; 31 juillet 2000, *A.D.T. c. UK*, appl. 35765/97; 9 janvier 2003 *S.L. c. Autriche*, appl. 45330/99; *L. & V. c. Autriche*, appl. 39392/98 et 39829/98; 10 février 2004, *B.B. c. UK*, appl. 53760/00.

³³ CEDH, 27 septembre 1999, *Lustig-Prean et Beckett c. UK*, appl. 31417/96; *Smith et Grady c. UK*, appl. 32377/96; 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, appl. 33290/96; 26 février 2002, appl. 36515/97, *Fretté c. France*; 22 octobre 2002, *Beck, Copp et Bazeley c. UK*, appl. 48535-48537/99.

³⁴ CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, appl. 40016/98.

³⁵ Voir la Commission européenne des droits de l'homme, 3 mai 1988, *Morrissens c. Belgique*, appl. 11389/85.

³⁶ Dans les affaires *Salgueiro, S.L., L. & V., Karner et B.B.* (voir notes précédentes).

matière d'emploi pour ce motif, la Cour a choisi de fonder directement sa décision sur l'art. 8.³⁷

La réponse à la question de savoir s'il existe également une certaine protection constitutionnelle contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi privé est moins certaine dans la plupart des pays. La Convention européenne des droits de l'homme ne joue ici un rôle qu'en ce qui concerne les décisions des tribunaux et la législation relative à l'emploi privé: ces décisions et cette législation doivent être non-discriminatoires.

Pour une victime ordinaire de discrimination en matière d'emploi (et pour son avocat ordinaire), il n'est pas facile d'invoquer une disposition exprimée de manière générale et figurant dans une Constitution nationale ou dans la Convention européenne des droits de l'homme. Une législation plus spécifique est par conséquent nécessaire (voir § 19.1.5 ci-dessous), particulièrement dans le domaine de l'emploi privé, où la protection constitutionnelle est très limitée. Mais il y a aussi une autre raison pour laquelle le peu de protection constitutionnelle pouvant exister n'est pas suffisant: les principes et concepts d'égalité utilisés en droit constitutionnel sont souvent vagues et susceptibles de différentes applications et ils autorisent davantage de justifications que ce qui est acceptable en vertu de la Directive (voir ci-dessous).

19.1.2 Principes généraux et concepts d'égalité

Longtemps avant l'adoption de la Directive, l'existence d'un principe général de non-discrimination était reconnue par la Cour de justice des Communautés européennes. Lors de l'application de ce principe, la Cour utilise souvent un critère de situation similaire, mais elle se contente aussi parfois de vérifier si une décision dépend d'un certain motif (discriminatoire).³⁸ Les deux éléments peuvent être trouvés dans la définition que donne la Directive de la discrimination directe.³⁹

Plus tôt encore, la Cour européenne des droits de l'homme avait eu l'occasion de donner des précisions sur l'interdiction de discriminer contenue à l'art. 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour considère qu'une distinction est discriminatoire si elle manque d'une justification objective et raisonnable. En ce qui concerne des motifs aussi "suspects" que l'orientation sexuelle, elle a précisé qu'une telle justification requiert des raisons particulièrement sérieuses et qu'il faut pouvoir démontrer que la distinction est à la fois proportionnée à l'objectif légitime recherché et nécessaire pour réaliser cet objectif.⁴⁰

On a donné de la plupart des dispositions constitutionnelles nationales sur l'égalité des interprétations plus ou moins similaires, ou d'autres interprétations consistant en critères qui ne sont que le point de départ de toute discussion sur la question de savoir si une distinction particulière est ou non justifiée. On peut par conséquent dire que la Directive, de même que la législation de mise en œuvre qu'elle a inspirée, opère aussi de manière à donner davantage de

³⁷ Dans les affaires *Lustig-Prean et Beckett*, *Smith et Grady* et *Beck, Copp et Bazeley* (voir notes précédentes).

³⁸ Voir § 2.1.2.

³⁹ Voir § 19.2.3.

⁴⁰ CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, appl. 40016/98 (voir aussi §§ 2.1.2 et 19.1.1).

certitude juridique à ceux qui, autrement, devraient se fier à un principe de non-discrimination constitutionnel énoncé de manière très générale ou même non écrit.

19.1.3 Répartition des compétences législatives concernant les discriminations dans l'emploi

Dans tous les États membres, une législation de mise en œuvre de la Directive est requise au niveau national. En UK, une législation (nationale) séparée de mise en œuvre a été adoptée pour la Grande-Bretagne (c'est-à-dire l'Écosse, l'Angleterre et le Pays de Galles), pour l'Irlande du Nord et pour Gibraltar.⁴¹ En plus de la législation nationale, une certaine législation régionale est nécessaire en AUS (principalement en ce qui concerne les employés du secteur public et les travailleurs agricoles), BEL (en ce qui concerne l'emploi public et l'orientation et la formation professionnelles) et DEU (en ce qui concerne l'emploi public).⁴² Dans certains pays, la mise en œuvre de la Directive peut être accomplie (sur la base de la délégation) par décret gouvernemental (GRC, ITA, UK), alors que, dans les autres pays, une législation parlementaire primaire est nécessaire.

19.1.4 Structure générale du droit du travail

Dans la plupart des pays, le droit du travail est réglé par un grand nombre de sources législatives et autres, dont les Codes du travail, Codes civils, lois générales relatives à l'emploi, lois spécifiques relatives à l'emploi, décrets gouvernementaux, conventions collectives etc. La plupart des pays font la distinction entre l'emploi privé, l'emploi public, les activités non salariées et, parfois, d'autres formes de travail.

19.1.5 Dispositions relatives aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans le travail et l'emploi

Depuis les années quatre-vingt, des mesures législatives et autres ont graduellement été prises par les États membres et les institutions des Communautés européennes afin de lutter *explicitement* contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle *en matière d'emploi* (et de travail).⁴³ La liste (non exhaustive) qui suit démontre à la fois la vitesse croissante de ce processus et le rôle d'accélérateur que semblent avoir joué les institutions des Communautés européennes.⁴⁴ Il semblerait qu'il y ait une certaine corrélation entre la chronologie des données juridiques de cette liste et les données sur les valeurs et attitudes reprises aux tableaux 10 et 11 ci-dessus.

⁴¹ Voir §§ 17.1.3, 17.1.5 et 17.2.1.

⁴² Voir §§ 3.1.3, 4.1.3 et 8.1.3, respectivement.

⁴³ Pour la législation nationale, l'année d'entrée en vigueur est donnée; des citations complètes peuvent être trouvées aux paragraphes 1.5 et 2.1 de chaque chapitre national. Pour la législation régionale sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi en Belgique, en Allemagne et en Espagne, voir les chapitres nationaux pertinents (4, 8 et 15). Pour un aperçu plus détaillé de la législation utilisée pour mettre en œuvre la Directive, voir § 19.2.1 ci-dessous. Pour un bref aperçu des lois contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelles dans d'autres domaines, voir § 19.1.8 ci-dessous.

⁴⁴ Voir aussi le chapitre 2.

1984	Parlement européen	<i>Résolution sur la discrimination sexuelle sur le lieu de travail</i>
1985	FRA	Code pénal (utilisant “mœurs” pour couvrir l'orientation sexuelle)
1986	FRA	Code du travail (utilisant aussi le terme “mœurs”)
1987	-	-
1988	-	-
1989	-	-
1990	-	-
1991	Commission CE	<i>Recommandation sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail, y compris le Code de pratique visant à combattre le harcèlement sexuel</i>
1992	NLD	Code pénal
1993	IRL	Loi de 1977 sur les Licenciements abusifs
1994	NLD	Loi générale d'Égalité de traitement
1995	ESP	Code pénal
	FIN	Code pénal
1996	DNK	Loi relative à la Discrimination
1997	LUX	Code pénal
1998	Conseil CE	<i>Statut des fonctionnaires des Communautés européennes</i> (art. 1a, notamment) ainsi que le <i>Régime applicable aux autres agents de ces Communautés</i> (art. 83, notamment)
	Cour de justice CE	<i>Grant c. South West Trains Ltd.</i> (considérant un désavantage basé sur le sexe du partenaire d'un employé comme étant de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, mais laissant aux États membres et au Conseil le soin de légiférer contre cela)
1999	IRL	Loi de 1998 relative à l'Égalité dans l'emploi
	États membres UE	<i>Art. 13 CE</i> (inséré dans le Traité EC le 1 ^{er} mai 1999 par le Traité d'Amsterdam du 2 février 1997)
	BEL	Convention collective (rendue contraignante par Décret royal)
	SWE	Loi sur la Discrimination d'orientation sexuelle
2000	Conseil CE	<i>Directive 2000/78/EC portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité du traitement en matière d'emploi et de travail</i>
2001	FIN	Loi relative aux Contrats d'emploi
	FRA	Inclusion des mots “orientation sexuelle” dans les dispositions du Code pénal et du Code du travail
	FRA	Amendement de la loi 83-634 portant droits et obligations des fonctionnaires
	DEU	Loi relative aux Relations industrielles
2002	SWE	Loi relative à l'égalité de traitement des étudiants dans les universités
2003	BEL	Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination
	SWE	Loi d'Interdiction de la discrimination
	SWE	Amendement de la loi sur la Discrimination d'orientation sexuelle
	SWE	Amendement de la loi relative à l'égalité de traitement des étudiants dans les universités
	ITA	Décret législatif de mise en œuvre de la Directive
	UK	Règlement sur l'égalité dans l'emploi (Orientation sexuelle) 2003
	UK	Règlement sur l'égalité dans l'emploi (Orientation sexuelle) (Irlande du Nord) 2003
	PRT	Code du droit du travail
	Conseil CE	<i>Date limite de mise en œuvre de la Directive 2000/78/EC</i> (2 décembre)
2004	ESP	Loi 62/2003 (amendant également le Statut des travailleurs et la loi 45/1999 relative au transfert des travailleurs dans le cadre d'une relation de travail contractuelle transnationale)
	FIN	Loi 26/2004 sur l'égalité (amendant également la loi sur les Contrats de travail)

FIN	Loi relative aux titulaires d'une fonction municipale, telle qu'amendée par la loi sur l'égalité
UK	Ordonnance sur l'égalité des chances, 2004 (Gibraltar)
NLD	Amendement de la loi générale d'Égalité de traitement
DNK	Amendement de la loi relative à la Discrimination
Conseil CE	<i>Statut des fonctionnaires des Communautés européennes</i> (art. 1d, notamment) ainsi que le <i>Régime applicable aux autres agents de ces Communautés</i> (art. 124, notamment)
AUS	Loi d'égalité de traitement Loi fédérale relative à la Commission d'égalité de traitement et à l'Agence d'égalité de traitement Loi fédérale d'égalité de traitement
PRT	Loi 35/2004 contenant des dispositions complémentaires au Code du droit du travail
IRL	Loi de 2004 sur l'Égalité, amendant la loi de 1998 relative à l'Égalité dans l'emploi
IRL	Loi de 1990 sur les Pensions, telle qu'amendée par la loi de 2004 relative au Bien-être social (pas encore en vigueur)

L'adoption d'une proposition législative pendante en vue de (poursuivre) la mise en œuvre de la Directive est attendue en 2005 au LUX. Des propositions gouvernementales de mise en œuvre de la Directive sont attendues en DEU et GRC.⁴⁵

Jusqu'à quel point peut-on dire que la législation citée met pleinement en œuvre la Directive? C'est ce que l'on va examiner aux paragraphes 2 à 6 de ce chapitre.

Il faut noter que plusieurs États membres interdisent aussi la discrimination en matière d'emploi fondée sur un ou plusieurs motifs liés, comme l'état civil (NLD, BEL, PRT),⁴⁶ le statut familial (IRL), la situation familiale (FRA, LUX, PRT), les relations familiales (FIN), et les *mœurs* (FRA et LUX).

19.1.6 *Jurisprudence relative aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans le travail et l'emploi*

Dès avant l'existence d'une législation explicite interdisant une telle discrimination, certains tribunaux nationaux, ainsi que les principaux tribunaux européens, avaient dû statuer sur des cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi. Ils acceptaient parfois la plainte et parfois la rejetaient.

Parmi la jurisprudence signalée dans les chapitres nationaux de ce rapport, on dénombre moins que dix cas pour lesquels le plaignant a obtenu raison. Et ce nombre inclut deux affaires françaises dont le prononcé a eu lieu après l'entrée en vigueur des dispositions anti-discriminatoires françaises: en 1991, la Cour de cassation a estimé discriminatoire le licenciement par une église d'un homme gay qui y travaillait comme bedeau et, en 2002, un tribunal de première

⁴⁵ En GRC, en mai 2004, l'opposition au Parlement a introduit un projet de loi en vue de mettre en œuvre la Directive. Il est très peu probable que ce projet de loi de l'opposition devienne une loi. Lorsque l'actuelle opposition était encore au gouvernement, avant les élections de mars 2004, le gouvernement d'alors avait introduit un projet de loi de mise en œuvre, mais ce projet de loi est "mort" à cause des élections (voir chapitre 9).

⁴⁶ L'expression "situation matrimoniale" est utilisée en ESP et IRL, mais ne couvre pas le statut des personnes *non* mariées (voir § 10.3.3); de même, il y a en UK des interdictions de discriminer contre les "personnes mariées" (voir § 17.1.5).

instance a ordonné à une société de verser 130.000 EUR à un employé qui avait été victime de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et de harcèlement moral (voir § 7.1.6).

La plus ancienne décision condamnant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle qui ait été signalée dans les chapitres nationaux du présent rapport remonte à 1978, lorsqu'un tribunal du travail de Grande-Bretagne a statué que le licenciement fondé sur l'orientation homosexuelle était abusif; il n'a pas été fait appel de cette décision. Cependant, dans tous les cas similaires où il a été fait appel, les tribunaux britanniques supérieurs ont rejeté la plainte de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (voir § 17.1.6). De même, le tribunal central du travail d'Espagne a estimé en 1986 que le licenciement d'un travailleur en raison de son homosexualité relevait d'une discrimination inacceptable; mais, en droit espagnol, cette décision d'un tribunal intermédiaire n'a pas établi de précédent (voir § 15.1.6). Ainsi, avant l'entrée en vigueur de la législation anti-discriminatoire, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle n'était pas davantage interdite par la jurisprudence en Grande-Bretagne qu'en Espagne.

La première décision d'une cour supérieure estimant qu'il y avait effectivement eu discrimination illicite fondée sur l'orientation sexuelle est tombée en 1982, lorsque la plus haute cour des Pays-Bas pour les affaires d'emploi public a jugé qu'un homme avait été abusivement licencié de son travail aux forces armées en vertu du seul fait de son orientation homosexuelle (voir § 13.1.6). Plus récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a statué en 1999 contre l'interdiction britannique d'employer des homosexuels au sein des forces armées.⁴⁷ Et en 2002, le tribunal administratif fédéral allemand a décidé que la force armée n'avait pas le droit de différencier en se fondant sur l'orientation sexuelle (voir § 8.1.6).

Le cas néerlandais permet de conclure qu'une telle discrimination était déjà illicite (au moins dans les forces armées et *a fortiori* dans d'autres secteurs d'emploi public) en 1982, c'est-à-dire dix ans avant la première législation anti-discriminatoire explicite. De même, le cas allemand de 2002 indique qu'une telle discrimination dans le domaine de l'emploi public est aussi déjà illicite en Allemagne, alors même que la première législation anti-discriminatoire explicite n'est attendue que pour 2005 ou 2006. Mais les jugements de 1999 de la Cour européenne des droits de l'homme autorisent une conclusion plus large, surtout depuis que la Cour a ensuite statué que "l'orientation sexuelle"⁴⁸ et trois de ses aspects principaux (la préférence,⁴⁹ le comportement⁵⁰ et les relations⁵¹) sont bel et bien couverts par l'interdiction de discriminer de l'art. 14 de la Convention européenne. On peut maintenant soutenir que, depuis 1999, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière *d'emploi militaire et d'autres emplois publics* est illicite dans tous les États parties à la Convention

⁴⁷ CEDH, 27 septembre 1999, *Lustig-Prean et Beckett c. UK*, appl. 31417/96; *Smith et Grady c. UK*, appl. 32377/96.

⁴⁸ CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, appl. 33290/96.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ CEDH, 9 janvier 2003, *S.L. c. Autriche*, appl. 45330/99; *L. & V. c. Autriche*, appl. 39392/98 et 39829/98; 10 février 2004, *B.B. c. UK*, appl. 53760/00.

⁵¹ CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, appl. 40016/98.

européenne des droits de l'homme, et par conséquent à travers toute l'Union européenne.

En ce qui concerne *l'emploi privé*, le peu de jurisprudence existante semble moins utile. La Cour européenne des droits de l'homme ne peut pas se prononcer sur la discrimination par des employeurs privés, parce que la Convention européenne ne lie que les États parties. La Cour de justice des Communautés européennes n'a jusqu'ici été confrontée qu'à un seul cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi privé, à savoir *Grant c. South West Trains Ltd.*, et elle a décidé de laisser le soin aux États membres et au Conseil de légiférer à ce sujet.⁵² Mis à part les deux importantes affaires françaises mentionnées plus haut, la jurisprudence nationale a été soit:

- *négative*: UK jusque très récemment (voir ci-dessus et § 17.1.6); FRA avant l'introduction des *Pacs*⁵³ et la reconnaissance du concubinage de personnes de même sexe; NLD avant l'adoption de la législation anti-discriminatoire; et IRL,⁵⁴ soit
- *non contraignante*: ESP (voir ci-dessus et § 15.1.6), soit
- *non existante*: dans la plupart des chapitres du présent rapport, on a indiqué une absence complète de jurisprudence rapportée: AUS, BEL, DNK, GRC, ITA, LUX, PRT et SWE.

L'absence de jurisprudence ne signifie pas qu'il n'y a pas de cas. En effet, tout spécialement dans les pays où une législation anti-discriminatoire est déjà en vigueur, les cas peuvent être réglés avant d'aller devant les tribunaux; des exemples de tels cas sont donnés aux chapitres consacrés à DNK (§ 5.1.6), FIN (§ 6.1.6) et SWE (§ 16.1.6). Pour des exemples de cas qui n'ont été ni réglés ni plaidés (probablement pour cause d'absence de législation), voyez les chapitres sur GRC (§ 9.1.6) et ITA (§ 11.1.6). Le fait que de nombreux cas n'arrivent pas jusqu'aux tribunaux peut aussi être déduit des chiffres concernant les organismes spécialisés établis dans trois pays afin de traiter les cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (voir § 19.5.2 ci-dessous):

- En Irlande, en quatre ans depuis 2000, le tribunal d'égalité (*Equality Tribunal*) a reçu 15 plaintes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi, et en deux ans depuis 2001, le service d'égalité (*Equality Authority*) a travaillé sur un total de 17 cas d'une telle discrimination (voir § 10.1.6).
- En Suède, en cinq ans depuis 1999, l'*Ombudsman contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle* a dû traiter plus de 60 plaintes en relation avec l'emploi (voir § 16.1.6).
- Aux Pays-Bas, en neuf ans depuis 1995, la *Commission pour l'égalité de traitement* a délivré 29 opinions à propos de prétendue discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi. En plus de cela, les membres de cette Commission répondent par téléphone aux questions sur

⁵² CJCE, 17 février 1998, C-249/96, *Grant c. South West Trains*; voir § 2.1.6.

⁵³ *Pacte Civil de Solidarité*, la forme française de partenariat enregistré introduite en 1999.

⁵⁴ Voir §§ 7.1.6, 13.1.6 et 10.1.6.

la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle: 18 fois au cours de l'année 2002 (voir § 13.1.6).

Il faut enfin souligner que, dans plusieurs pays, il y a eu de nombreux cas concernant le refus de certains avantages maritaux à des employés gays ou lesbiennes pour la raison qu'ils n'étaient pas mariés à leur partenaire. Pour la plupart, ces cas ont été présentés ou lus comme des cas de discrimination fondée sur l'état civil (par exemple en ESP, voir § 15.1.6, et NLD, voir § 13.3.3). Le deuxième cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle à être arrivé devant la Cour de justice des Communautés européennes, à savoir *D. et Suède c. Conseil*,⁵⁵ tombe aussi dans cette catégorie: la Cour a choisi de traiter la distinction entre le partenariat enregistré (personnes du même sexe) et le mariage (personnes de sexes différents) comme impliquant l'état civil et a rejeté la plainte de l'employé suédois du Conseil UE, qui réclamait une allocation de foyer pour son partenaire enregistré. Quant à savoir si un cas similaire impliquant un employeur privé ou public d'un État membre serait ou pourrait être traité différemment, nous en discutons au § 19.3.3 ci-dessous.

19.1.7 *Dispositions relatives aux discriminations dans le travail et l'emploi qui ne comprennent pas (encore) l'orientation sexuelle*

Depuis plusieurs décennies déjà, la discrimination en matière d'emploi fondée sur la race et le sexe a fait l'objet de plus de règles internationales et européennes que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Il n'est donc pas surprenant que la plupart des États membres disposent de règles nationales sur la discrimination en matière d'emploi plus anciennes et plus larges pour ces autres motifs (voir les chapitres nationaux pour des exemples). Il faut cependant garder à l'esprit que (à part des sujets spécifiques comme la sécurité sociale, la grossesse et les organismes de répression) le niveau réel de protection exigé par la Directive en ce qui concerne la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi est à peine inférieur aux niveaux de protection exigés par la Directive sur la Race et les diverses Directives sur l'égalité de traitement des hommes et des femmes (voir § 2.1.7). Il y a aussi le fait que, pour des raisons de clarté juridique et pour des raisons visant à promouvoir la compréhension et l'acceptation du droit anti-discriminatoire au sein de la population générale et parmi les hommes de loi et autres personnes appelées à donner un avis sur le sujet, il est vraiment très indésirable de choisir différents contenus et/ou différents mots pour des règles concernant différents motifs.

A chaque nation de juger si différents motifs de discrimination doivent être abordés dans (les mêmes articles dans) les mêmes lois. Mais la question de savoir si toute différence entre les règles relatives à l'orientation sexuelle et les règles relatives à d'autres motifs sont inacceptables à la lumière des Directives pertinentes et/ou sont inutilement déroutantes pour toutes les personnes concernées est assurément un sujet qui mérite l'attention de la Commission des Communautés européennes. Par conséquent, à un stade ultérieur, il serait utile d'effectuer des comparaisons détaillées entre les règles nationales traitant les différents motifs de discrimination dans le domaine de l'emploi.

⁵⁵ CJCE 31 mai 2001, *D. et Suède c. Conseil*, affaires C-122/99 P et C-125/99 P, Rec. 2001, I-4319.

19.1.8 Dispositions relatives aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans d'autres domaines que le travail et l'emploi

La plupart des États membres n'ont pas seulement interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le domaine de l'emploi, mais aussi dans d'autres domaines, qui tombent clairement en dehors du champ d'application de la Directive. Il importe cependant, pour plusieurs raisons, de noter l'existence de telles dispositions anti-discriminatoires dans d'autres domaines:

- Premièrement, la frontière entre l'emploi et d'autres domaines n'est pas toujours clairement définie. C'est particulièrement vrai pour les domaines de la formation professionnelle, de l'orientation professionnelle, des activités non salariées et des avantages accordés par des organisations de travailleurs, d'employeurs ou toute organisation dont les membres exercent une profession donnée (tous couverts par l'art. 3(1) de la Directive). Chacun de ces domaines déborde sur celui des biens et services. Il est donc heureux que la fourniture de biens et services soit soumise à une interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la plupart des États membres: BEL, DNK, FIN, FRA, IRL, LUX, NLD, ESP et SWE.
- Deuxièmement, pour des raisons de clarté juridique et pour des raisons visant à promouvoir la compréhension et l'acceptation du droit anti-discriminatoire au sein de la population générale et parmi les hommes de loi et autres personnes appelées à donner un avis sur le sujet, il peut être utile que la norme anti-discriminatoire soit une norme *générale* et pas simplement une norme applicable à certains domaines soigneusement délimités.
- Troisièmement, la perception des domaines qui sont au centre du problème de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle varie d'un pays à l'autre. En DEU⁵⁶ et ESP⁵⁷, par exemple, la plus grande partie de l'attention s'est portée sur la reconnaissance des partenaires de même sexe dans le droit familial et au-delà, alors qu'en NLD, le sujet de l'incitation à la haine a reçu récemment beaucoup d'attention.

Comme au § 19.1.5 ci-dessus, une liste chronologique (incomplète) de mesures signalées dans les chapitres nationaux indique la prévalence croissante d'interdictions nationales explicites de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle au-delà du domaine de l'emploi:

1985	FRA	Code pénal (fourniture de biens et services)
1986	NLD	Loi sur les Allocations aux victimes de persécution entre 1940 et 1945
1987	DNK	Code pénal (incitation à la haine)
	DNK	Loi sur la Discrimination raciale (amendée de façon à couvrir aussi l'orientation sexuelle)
	SWE	Code pénal (fourniture de biens et services)
1988	NLD	Loi relative à l'Enregistrement des données
	SWE	Loi relative aux Cohabitants homosexuels
1989	DNK	Loi de Partenariat enregistré
1990	-	-
1991	-	-

⁵⁶ Voir § 8.1.

⁵⁷ Voir § 15.1.6.

1992	NLD	Code pénal (discrimination par une entreprise, par un professionnel ou par un fonctionnaire; incitation à la haine par quiconque)
1993	AUS	Code de conduite des agents de police
1994	NLD	Loi générale d'égalité de traitement (fourniture de biens et services)
	ESP	Loi sur le Logement urbain
	SWE	Code pénal (l'orientation sexuelle comme circonstance aggravante de crimes)
1995	FIN	Code pénal (fourniture de services)
	ESP	Code pénal (fourniture de services; incitation à la haine)
	SWE	Loi de Partenariat enregistré
1996	-	-
1997	BEL	Circulaire relative à l'Immigration
	LUX	Code pénal (fourniture de biens et services; incitation à la haine)
	NLD	Décret royal sur la Formation des médecins
1998	NLD	Code civil (partenariat enregistré)
	UK	Loi de 1998 pour l'Irlande du Nord (devoir de promouvoir l'égalité)
1999	UK	<i>Greater London Authority Act</i> (devoir de promouvoir l'égalité)
	FRA	Code civil (partenariat enregistré: <i>Pacs</i> ; et reconnaissance du <i>concubinage</i> entre personnes du même sexe)
2000	AUS	Loi de Protection des données
	BEL	Loi instaurant la Cohabitation légale
	IRL	Loi d'égalité de statut 2000 (fourniture de biens et services)
2001	DEU	Loi visant la Fin de la discrimination contre les unions de même sexe: partenariats de vie
	NLD	Code civil (mariage civil)
	PRT	Loi sur les couples <i>de facto</i>
2002	SWE	Loi relative à l'égalité de traitement des étudiants dans les universités
	SWE	Code pénal (l'orientation sexuelle comme circonstance aggravante de crimes)
	FRA	Loi 2002-73 (location de logements)
	ESP	Loi relative aux partis politiques
	FIN	Loi de Partenariat enregistré
2003	SWE	Instrument du gouvernement
	SWE	Loi interdisant la Discrimination (fourniture de biens et services)
	SWE	Code pénal (incitation à la haine)
	SWE	Loi de Cohabitation
	FRA	Code pénal (l'orientation sexuelle comme circonstance aggravante de crimes)
	BEL	Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination (fourniture de biens et services)
	BEL	Code civil (mariage civil)
2004	FRA	Code pénal (l'orientation sexuelle comme circonstance aggravante de plus de crimes)
	LUX	Loi sur les effets légaux de certains partenariats
	PRT	Constitution

19.1.9 Autres aspects de l'arrière-plan juridique

Bien que la Directive n'exige pas de législation en dehors du domaine de la discrimination dans l'emploi, il semble approprié d'inclure un tableau donnant une brève indication de la situation juridique de l'homosexualité dans chaque État membre dans deux des autres domaines de droit les plus pertinents: le droit criminel et le droit familial (voir tableau 13 ci-dessous). Les développements dans ces domaines ont forcément un impact sur l'adoption, l'interprétation et l'application de la législation anti-discriminatoire en ce qui concerne l'orientation sexuelle. Les effets du droit criminel et familial peuvent aussi occasionnellement se faire sentir dans le domaine de l'emploi, comme on en discutera aux paragraphes 19.3.3 et 19.3.7.

Tableau 13: Décriminalisation de l'homosexualité et reconnaissance législative des partenaires de même sexe^a

Les pays sont énumérés ici dans le même ordre qu'au tableau 11 (voir ci-dessus).

	Décriminalisation des actes sexuels entre hommes adultes (et femmes adultes)	Égalisation des limites d'âge dans le droit relatif aux délits sexuels	Première reconnaissance législative de la cohabitation de partenaires de même sexe non enregistrés	Introduction d'une forme de partenariat enregistré	Autorisation de l'adoption par un couple ou second parent de même sexe	Ouverture du mariage civil aux couples de même sexe
SWE	1944	1978	1988	1995	2003	en préparation
DNK	1930	1976	1986 ^b	1989	1999	—
ESP	1822 ^c	1822	1994 ^d	en préparation ^e	— ^f	en préparation
NLD	1811	1971	1979 ^g	1998	2001	2001
LUX	1792	1992	—	2004 ^h	—	—
UK	1967, 1980, 1982 ⁱ	2001	2000 ^j	en préparation	2005 ^k	—
FRA	1791	1982	1993	1999	—	—
ITA	1889 ^l	1889	—	—	—	—
BEL	1792	1985	1996	2000 ^m	en préparation	2003 ⁿ
IRL	1993	— ^o	1995 ^p	—	—	—
PRT	1945	— ^q	2001	—	—	—
FIN	1971	1998		2002	—	—
AUS	1971	2002	1998 ^r	—	—	—
GRC	1950	— ^s	—	—	—	—
DEU	1968, 1969 ^t	1989, 1994	2001	2001	en préparation	—

^a Les années citées sont celles au cours desquelles la législation nationale est entrée en vigueur. Ce tableau est une version abrégée et mise à jour d'une annexe à: Waaldijk, 2003, 84-95 (voir aussi l'Aperçu chronologique à l'adresse www.emmeijers.nl/waaldijk).

- ^b Le partenaire de même sexe survivant paie les mêmes droits de succession qu'un époux survivant (Loi du 4 juin 1986, n° 339, abrogée par la loi de Partenariat enregistré du 7 juin 1989, n° 372).
- ^c Bien que les âges limites officiels pour les actes hétérosexuel et homosexuel aient été égalisés au moment de la décriminalisation des actes homosexuels en 1822, dans la pratique, les actes homosexuels avec des mineurs ont continué à être pénalisés jusqu'en 1988 en vertu d'une disposition générale contre "le scandale sérieux et l'indécence" (voir Graupner 1997, 665-666).
- ^d Loi sur le Logement urbain du 24 novembre 1994.
- ^e La législation sur le partenariat a jusqu'ici été adoptée dans la plupart des régions autonomes: Catalogne (1998), Aragon (1999), Navarre (2000), Valence (2001), îles Baléares (2002), Asturies (2002), Madrid (2002), Andalousie (2002), îles Canaries (2003), Estrémadure (2003) et Pays Basques (2003). Voir § 15.3.3. Ces régimes législatifs n'impliquent pas tous une forme de partenariat *enregistré*: certains ne prévoient que la reconnaissance de la cohabitation *de facto*.
- ^f Uniquement en Navarre (2000), dans les Pays Basques (2003) et en Aragon (2004). Les dispositions sur l'adoption conjointe par des couples non mariés de sexes différents et de même sexe ont été suspendues en Navarre en attendant un recours mettant en question la compétence du pouvoir législatif de Navarre (à l'opposé du pouvoir législatif national) de les adopter (voir Pérez Cánovas, 2001, 503).
- ^g La cohabitation non enregistrée (des couples de même sexe comme de ceux de sexes différents) a d'abord été reconnue par la législation allemande dans la loi du 21 juin 1979 (amendant l'art. 7A:1623h du Code civil, en ce qui concerne la loi sur les loyers), suivie par la loi du 17 décembre 1980 sur les droits de succession dus par le partenaire survivant d'un "ménage conjoint". Depuis lors, beaucoup d'autres lois ont été amendées de façon à reconnaître la cohabitation dans une multitude de buts, y compris la sécurité sociale, les impôts, la citoyenneté et l'autorité parentale.
- ^h Loi du 9 juillet 2004 sur les effets légaux de certains partenariats, publiée dans le *Mémorial A*, no. 143, de 6 août 2004, en vigueur le 1^{er} novembre 2004.
- ⁱ La décriminalisation de la plupart des activités sexuelles entre deux hommes de plus de 21 ans a eu lieu en Angleterre et au Pays de Galles en 1967, en Ecosse en 1980 et en Irlande du Nord en 1982 (voir Graupner, 1997, 711, 727, 739).
- ^j Le gouvernement a introduit en 1997 une "concession hors des *Règles d'immigration*" permettant aux partenaires cohabitants de longue durée qui ne pouvaient pas se marier (par exemple parce qu'ils sont de même sexe), de se porter candidats au permis d'entrée/de séjour en Grande-Bretagne; en 2000, cette concession a été incorporée aux *Règles d'immigration* (paragraphe 295A-295O). La première loi parlementaire reconnaissant les partenaires de même sexe a été adoptée en 2000 par le Parlement écossais: *Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000* (section 87(2)) [loi relative aux Adultes frappés d'incapacité]. En 1999 et 2004, une législation plus ancienne avait été interprétée de manière à couvrir également les cohabitants de même sexe. Voir les jugements de la Chambre des lords du 28 octobre 1999, *Fitzpatrick c. Sterling Housing Association* [1999] 4 All ER 707, et du 21 juin 2004, *Ghaidan c. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30.
- ^k Quand elle entrera en vigueur en septembre 2005 (date attendue), l'*Adoption and Children Act 2002* [loi de 2002 relative à l'Adoption et aux enfants] autorisera aux partenaires de même sexe l'adoption conjointe et l'adoption par le second parent.
- ^l Dans plusieurs régions d'Italie, la sexualité entre hommes a été décriminalisée (et à certains endroits, ensuite, re-criminalisée) avant la décriminalisation générale de 1889. Voir Graupner, 1997, 505 et Leroy-Forgeot, 1997, 66.
- ^m On pourrait argumenter que la "*cohabitation légale*" introduite en 2000 par la loi sur la Cohabitation légale est soit une forme de partenariat enregistré, soit une forme de cohabitation non enregistrée.
- ⁿ La loi belge du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe (*Moniteur belge*, 28 février 2003, Ed. 3, p. 9880) est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2003.
- ^o L'âge minimum pour tout acte sexuel entre hommes est plus élevé (17 ans) que pour un acte sexuel oral ou sans pénétration entre un homme et une femme, un rapport vaginal d'une femme avec un jeune homme ou de tout acte sexuel entre femmes (15 ans chaque fois). L'âge minimum pour les relations sexuelles anales entre un homme et une femme, ainsi que pour les rapports vaginaux entre un homme et une jeune fille est toutefois également fixé à 17 ans. Voir Graupner, 1997, 481 et 487.
- ^p *Domestic Violence Act* [loi relative à la Violence conjugale], 1995, and *Powers of Attorney Act* [loi sur les Procurations], 1995 (see Flynn, 2001, 596).
- ^q Entre 1945 et 1995, l'âge minimum était le même. Voir Graupner, 1997, 597-598.
- ^r Plusieurs aspects du droit criminel relatif aux partenaires, y compris le droit de refuser de témoigner contre votre partenaire dans un tribunal pénal (voir Graupner, 2001, 557-559).
- ^s Dans les cas de "séduction", l'âge minimum pour les relations sexuelles entre hommes est plus élevé (17 ans) que pour les relations sexuelles lesbiennes ou hétérosexuelles (15 ans). Voir Graupner, 1997, 466.
- ^t Dans l'ancienne République démocratique allemande (Allemagne de l'Est), les actes homosexuels entre hommes avaient été décriminalisés en 1968, et l'âge minimum égalisé en 1989. Dans la République fédérale d'Allemagne (Allemagne de l'Ouest avant la réunification), les dates furent 1969 et 1994. Voir Graupner, 1997, 407-410.

19.2 L'interdiction de discrimination exigée par la Directive

19.2.1 *Instrument juridique utilisé pour transposer la Directive dans l'État membre*

Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, les dispositions d'une directive doivent être mises en œuvre avec "la spécificité, la précision et la clarté nécessaires pour satisfaire aux exigences de certitude juridique".⁵⁸ Cela signifie que tous les éléments de la Directive 2000/788/CE doivent être explicitement mis en œuvre, s'ils ne sont pas déjà explicitement couverts par le droit existant. La Cour de justice a aussi décidé que les dispositions d'une Constitution ne peuvent pas être considérées comme un moyen approprié de mise en œuvre.⁵⁹

Justqu'en août 2004, la Directive du 27 novembre 2000 avait été mise en œuvre de façon plus ou moins complète dans douze États membres. Ce sont, dans l'ordre chronologique de leur législation de mise en œuvre: FRA, BEL, SWE, ITA, UK, PRT, ESP, FIN, NLD, DNK, AUS et IRL. Dans les six derniers pays, la mise en œuvre a été complétée après la date limite de mise en œuvre de la Directive du 2 décembre 2003. Les principaux instruments utilisés sont les suivants:⁶⁰

- FRA Code pénal (art. 225-1, 225-2 et 432-7), tel qu'amendé en 1985, 2001 et 2002;
Code du travail (art. L122-35, L122-45, L122-46, L122-47, L122-49, L122-52 et L122-54), tel qu'amendé en 1986, 1992, 2001 et 2002;
Loi 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (art. 6 et 6 quinquies), tel qu'amendée en 2001 et 2002.⁶¹
- BEL Loi fédérale du 25 février 2003 tendant à lutter contre la Discrimination, en vigueur depuis le 27 mars 2003;
Décret du gouvernement flamand du 8 mai 2002 relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi, en vigueur dans la Région flamande depuis le 29 juin 2003;
Ordonnance du 26 juin 2003 relative à la gestion mixte du marché de l'emploi dans la région de Bruxelles-Capitale, en vigueur depuis le 9 août 2003;
Décret du 19 mai 2004 relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement, en vigueur dans la Communauté française depuis le 17 juin 2004;
Décret du 27 mai 2004 relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle, en vigueur dans la Région wallonne depuis le 3 juillet 2004;
Décret du 17 mai 2004 relatif à la garantie de l'égalité de traitement sur le marché du travail, en vigueur depuis le 13 août 2004.⁶²
- SWE Code pénal (art. 9(4) du chapitre 16, relatif à la discrimination illicite), tel qu'amendé en 1987;

⁵⁸ Voir jurisprudence citée au § 2.2.1.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Pour un aperçu chronologique, voir § 19.1.5 ci-dessus.

⁶¹ Dans les deux Codes, la Directive a d'abord été mise en œuvre par la loi 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, ensuite par la loi 2002-73 du 17 janvier 2002 (dite loi de modernisation sociale) traitant notamment du harcèlement moral au travail; la loi 2001-1066 a également introduit une interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la loi 83-634, dans laquelle la loi 2002-73 a introduit une interdiction du harcèlement moral. Voir §§ 7.1.5 et 7.2.1.

⁶² Voir § 4.2.1.

- Loi de 1999 sur la Discrimination d'orientation sexuelle, telle qu'amendée le 1^{er} juillet 2003;
- Loi de 2003 d'interdiction de la discrimination, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2003;
- Loi de 2001 d'égalité de traitement des étudiants dans les universités, telle qu'amendée le 1^{er} juillet 2003.⁶³
- ITA Décret législatif 216 du 9 juillet 2003, en vigueur depuis le 28 août 2003;
- Statuts des travailleurs (art. 15), tels qu'amendés le 28 août 2003 par le décret législatif du 9 juillet 2003;
- Décret législatif 276 du 10 septembre 2003 (art. 10, relatif aux agences intérim), en vigueur depuis le 24 octobre 2003.⁶⁴
- UK Règlement sur l'égalité dans l'emploi (Orientation sexuelle) 2003, en vigueur depuis le 1^{er} décembre 2003;
- Règlement sur l'égalité dans l'emploi (Orientation sexuelle) (Irlande du Nord) 2003, en vigueur depuis le 2 décembre 2003;
- Ordonnance de 2004 sur l'égalité des chances (Gibraltar), en vigueur depuis le 11 mars 2004.⁶⁵
- PRT Code du droit du travail (art. 22-24), en vigueur depuis le 1^{er} décembre 2003;
- Loi 35/2004 contenant des dispositions complémentaires au Code du droit du travail, en vigueur depuis le 29 août 2004.⁶⁶
- ESP Code pénal (art. 314), tel qu'amendé en 1995;
- Loi 62/2003 sur les mesures fiscales, administratives et sociales, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2004;
- Statuts des travailleurs (art. 4, 16 et 17), tels qu'amendés le 1^{er} janvier 2004 par la loi 62/2003;
- Loi 45/1999 (art. 3) relative au transfert des travailleurs dans le cadre d'une relation de travail contractuelle transnationale, telle qu'amendée le 1^{er} janvier 2004 par la loi 62/2003.⁶⁷
- FIN Code pénal (art. 3 du chapitre 47), tel qu'amendé en 1995;
- Loi de 2001 sur les contrats de travail (art. 2 du chapitre 2), telle qu'amendée le 1^{er} février 2004;
- Loi d'égalité 21/2004, en vigueur depuis le 1^{er} février 2004;
- Loi relative aux titulaires d'une fonction municipale (art. 12), telle qu'amendée le 1^{er} février 2004;
- Loi relative aux Fonctionnaires (art. 11), telle qu'amendée le 1^{er} février 2004;
- Loi relative aux Marins (art. 15), telle qu'amendée le 1^{er} février 2004.⁶⁸
- NLD Code pénal (art. 90^{quater} et 429^{quater}), tel qu'amendé en 1992;
- Loi générale d'égalité de traitement de 1994, telle qu'amendée le 1^{er} avril 2004 par la loi d'implémentation du 21 février 2004.⁶⁹
- DNK Loi de 1996 relative à la Discrimination, telle qu'amendée le 8 avril 2004 par la loi 253 du 7 avril 2004.⁷⁰

⁶³ Voir §§ 16.1.5 et 16.2.1.

⁶⁴ Voir § 11.2.1.

⁶⁵ Voir § 17.1.5.

⁶⁶ Voir § 14.2.1.

⁶⁷ Voir §§ 15.1.5 et 15.2.1.

⁶⁸ Voir §§ 6.1.5 et 6.2.1.

⁶⁹ Voir § 13.2.1.

⁷⁰ Voir § 5.2.1.

- AUS Loi d'égalité de traitement (couvrant l'emploi privé), en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2004;
Loi fédérale relative à la Commission d'égalité de traitement et à l'Agence d'égalité de traitement (couvrant également l'emploi privé), en vigueur (sous ce nom) depuis le 1^{er} juillet 2004;
Loi fédérale d'égalité de traitement (couvrant l'emploi public), proposée en novembre 2003, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2004;
en ce qui concerne l'exigence de mise en œuvre au niveau régional, la législation n'a été adoptée ou proposée que dans cinq des neuf États confédérés d'AUS.⁷¹
- IRL Loi de 1977 sur les Licenciements abusifs (art. 6(2)(e)), telle qu'amendée en 1993;
Loi de 1998 relative à l'égalité dans l'emploi, telle qu'amendée le 18 juillet 2004 par la loi de 2004 sur l'Égalité;
Loi de 1990 sur les Pensions, telle qu'amendée par la loi de 2004 relative au Bien-être social (pas encore en vigueur).⁷²

Dans un pays la Directive est déjà en partie mise en œuvre par une législation préexistante qui interdit explicitement la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi; un projet de loi visant à compléter la mise en œuvre a été présenté :

- LUX Code pénal (art. 454 et suivants), tel qu'amendé en 1997;
Projet de loi visant à mettre en œuvre la Directive, soumis au Parlement le 10 novembre 2003 (il ne se transformera pas en loi avant 2005).⁷³

Dans les deux pays restants (DEU et GRC), la Directive n'a pas encore été mise en œuvre du tout.

En DEU, on s'attend à ce que des propositions de mise en œuvre de la Directive au niveau national soient publiées plus tard en 2004.⁷⁴ Au niveau régional, il n'y a pas encore d'activités de mise en œuvre; les *Länder* attendent que le gouvernement fédéral agisse d'abord.

En GRC, une proposition de décret présidentiel de mise en œuvre de la Directive a d'abord été présentée en 2003. Cette proposition a été abandonnée quand un projet de loi proposant de mettre en œuvre la Directive par une loi a été publié en novembre 2003 et présenté au Parlement en janvier 2004. Ce projet de loi n'a guère vécu, car le Parlement a été dissous en vue des élections de mars 2004. Le nouveau gouvernement n'a pas encore annoncé ses projets de mise en œuvre. En mai 2004, l'opposition a réintroduit l'ancien projet de loi gouvernemental de mise en œuvre, mais ce projet de loi présenté par l'opposition a peu de chances d'être adopté.

La **conclusion** est que, jusqu'en août 2004, seuls douze États membres avaient plus ou moins pleinement mis en œuvre la Directive. Parmi ces douze, six l'ont fait après l'expiration de la date limite de mise en œuvre du 2 décembre 2003 (ESP, FIN, NLD, DNK, AUS et IRL). La proposition d'une telle

⁷¹ Des ébauches de projets de loi de mise en œuvre régionale ont été adoptés ou proposés dans cinq des neuf États fédérés autrichiens (Vienne, Haute-Autriche, Basse-Autriche, Styrie et Carinthie). Voir § 3.2.1 plus l'addendum qui précède le § 3.1.

⁷² Voir §§ 10.1.5 et 10.2.1.

⁷³ Voir § 12.1.5. Le 4 juillet 2002, on a proposé un projet de loi (n° 4979) visant à lutter contre le harcèlement moral (voir § 12.2.5).

⁷⁴ Certaines formes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans l'emploi *public* avaient déjà été interdites dans quatre des *Länder* allemands (Hambourg, Basse-Saxe, Sarre et Saxe-Anhalt).

législation doit encore être adoptée au LUX, et des propositions définitives de mise en œuvre doivent encore être publiées en DEU et GRC.

19.2.2 Notion d'orientation sexuelle (art. 1 Directive)

Jusqu'ici, treize États membres utilisent, dans leur législation anti-discriminatoire existante ou en projet, des mots explicites pour faire référence à l'orientation sexuelle. La plupart d'entre eux utilisent des équivalents plus ou moins directs du français "orientation sexuelle", mais dans certains pays on a ajouté des pronoms possessifs dans une ou plusieurs lois:

ITA	<i>orientamento sessuale</i> ⁷⁵
PRT	<i>orientação sexual</i>
ESP	<i>orientación sexual</i> (loi de mise en œuvre de 2003) <i>su orientación sexual</i> (Code pénal)
LUX	<i>orientation sexuelle</i> (projet de loi de mise en œuvre de 2003) <i>leur orientation sexuelle</i> (Code pénal)
UK	<i>orientation sexuelle</i>
IRL	<i>orientation sexuelle</i>
DNK	<i>seksuel orientering</i>
FRA	<i>son / leur orientation sexuelle</i>

Dans les autres pays, des mots légèrement différents sont utilisés:

AUS	<i>sexuelle Orientierung</i> (lois fédérales) <i>sexuelle Ausrichtung</i> (lois et propositions régionales) ⁷⁶
FIN	<i>sukupuolinen suuntautuminen</i> (Code pénal et loi relative aux titulaires d'une fonction municipale) <i>sukupuolinen suuntautuneisuus</i> (loi relative aux Contrats de travail) ⁷⁷ <i>raison comparable</i> (Loi relative aux Fonctionnaires et loi relative aux Marins) ⁷⁸
NLD	<i>hetero- of homoseksuele gerichtheid</i> (orientation hétérosexuelle ou homosexuelle) (loi générale d'égalité de traitement) ⁷⁹ <i>hun hetero- of homoseksuele gerichtheid</i> (leur orientation hétérosexuelle ou homosexuelle) (Code pénal)
BEL	<i>orientation sexuelle / seksuele geaardheid</i> ⁸⁰ / <i>sexuelle Ausrichtung</i>
SWE	<i>sexuell läggning</i> (disposition sexuelle)

L'utilisation d'un pronom possessif devant "orientation sexuelle" dans la législation de mise en œuvre en FRA (et dans les Codes pénaux de LUX, NLD et ESP) ne semble pas être en conformité avec la Directive. La définition que donne la Directive de la discrimination directe ne se limite pas à un traitement moins favorable fondé sur l'orientation sexuelle *propre à la victime*. Le pronom possessif semble exclure la protection dans les cas où la discrimination est

⁷⁵ La version italienne de la Directive et de l'art. 13 CE utilise un terme moins heureux: *tendenze sessuali* (tendances sexuelles; voir § 11.2.2).

⁷⁶ Ces derniers mots sont aussi utilisés dans la version allemande de la Directive.

⁷⁷ Voir § 6.2.2 pour une discussion de la légère différence entre les deux termes. La version finnoise de la Directive et de l'art. 13 CE utilise le premier terme.

⁷⁸ Voir §§ 6.1.5, 6.1.2 et 6.2.2.

⁷⁹ La version néerlandaise de la Directive et de l'art. 13 CE utilise le terme *seksuele geaardheid* (inclinaison sexuelle), moins heureux. Le mot *gerichtheid* semble une meilleure traduction d'"orientation" (voir § 13.2.2).

⁸⁰ Idem.

fondée sur l'orientation sexuelle d'autrui,⁸¹ sur une supposition erronée de l'orientation sexuelle de la victime⁸² ou encore sur l'enjeu d'un groupe ou d'une manifestation ou d'une information à orientation sexuelle.⁸³

L'absence en FIN, dans deux des cinq lois de mise en œuvre, d'une référence explicite à l'orientation sexuelle n'est pas compatible avec la Directive et les exigences de "spécificité, précision et clarté" (voir § 19.2.1 ci-dessus).

La restriction aux orientations hétérosexuelle et homosexuelle dans la législation des NLD semble exclure l'orientation bisexuelle. Dans les travaux préparatoires, le gouvernement néerlandais a argué que la bisexualité est couverte, puisqu'elle consiste en sentiments, expressions et relations homosexuels et hétérosexuels. On pourrait argumenter que l'interdiction néerlandaise implicite de la discrimination fondée sur la bisexualité manque des "spécificité, précision et clarté" exigées pour la mise en œuvre de la Directive (voir § 19.2.1 ci-dessus).

En SWE, le mot *läggning* (comme le mot *geaardheid* utilisé dans la version néerlandaise de la Directive et dans la version néerlandaise de la législation de mise en œuvre en BEL) pourrait donner l'impression que les aspects comportementaux de l'orientation sexuelle ne sont pas couverts, mais ce n'est pas le cas (voir § 19.3.1).

Il n'y a qu'en IRL, SWE et UK que le terme utilisé est assorti d'une définition juridique: les orientations homosexuelle, bisexuelle et hétérosexuelle sont couvertes. La même définition se retrouve dans les travaux préparatoires en AUS et NLD, et est considérée comme l'interprétation probable par les auteurs des chapitres sur BEL, FIN, FRA, ITA et PRT. Il n'y a aucune indication que davantage (ou moins) d'orientations (autres que homosexuelle, bisexuelle et hétérosexuelle) seraient couvertes par les termes utilisés au LUX et en ESP. Au DNK, cependant, la doctrine considère que d'autres sortes d'orientations sont également couvertes par le concept d'orientation sexuelle, y compris le travestisme.⁸⁴ En DEU, une ébauche de projet de loi – qui a plus tard été retirée – utilisait les mots "*sexuelle Identität*" (identité sexuelle), une expression qui couvrirait les identités homosexuelle, transsexuelle et intersexuelle (mais pas hétérosexuelle et bisexuelle).⁸⁵

Dans certains pays, la discrimination fondée sur certains motifs liés est interdite; ce n'est pas exigé par la Directive. En FRA et LUX, par exemple, la discrimination est également interdite quand elle est fondée sur les "*mœurs*".⁸⁶ Cela couvrirait la discrimination fondée sur d'autres pratiques sexuelles légales (comme le sadomasochisme et l'échangisme).⁸⁷ La discrimination fondée sur l'état civil est interdite en BEL, NLD et PRT.

La question est de savoir si les divers choix des États membres décrits ci-dessus sont compatibles avec la Directive. Les États membres sont

⁸¹ Voir §§ 19.3.4 et 19.3.5.

⁸² Voir § 19.3.1.

⁸³ Voir §§ 19.3.4 et 19.3.5.

⁸⁴ Voir § 5.2.2.

⁸⁵ Voir § 8.2.2.

⁸⁶ En France, entre 1985 et 2001, le mot "*mœurs*" était aussi utilisé pour couvrir l'orientation sexuelle, car ce dernier terme n'a été inséré dans les diverses dispositions anti-discriminatoires qu'en 2001.

⁸⁷ Les exemples sont donnés pour la France en haut du paragraphe 7.2.

manifestement libres de donner une large interprétation du concept d'orientation sexuelle ou de l'accompagner d'autres concepts, de façon à interdire davantage de formes de discrimination que réellement exigé par la Directive. Il n'est pas facile de dire quelles formes la Directive entend couvrir, car le concept d'orientation sexuelle n'a pas été défini dans la Directive, pas plus que d'une manière complète ou convaincante dans aucun des travaux préparatoires.⁸⁸ Un point de départ de l'interprétation pourrait par conséquent être une analyse des mots "orientation sexuelle" utilisés dans la Directive.

Le mot "sexuel" en général a au moins deux significations distinctes: il se réfère d'une part au sexe en tant que genre (le sexe que vous avez) et d'autre part au sexe en tant qu'érotisme (le sexe que vous pratiquez). Dans l'expression "orientation sexuelle" – et bien sûr aussi dans les mots "homosexuel", "hétérosexuel" et "bisexuel" – il fait généralement référence aux deux significations simultanément: il peut être utilisé pour désigner les (sentiments, comportement ou relations de) personnes qui pratiquent (ou préfèrent pratiquer) des relations sexuelles et d'autres formes d'intimité avec quelqu'un du même sexe, du sexe opposé ou de l'un ou l'autre sexe. Il semble probable que le Conseil, quand il a adopté la Directive, utilisait le concept d'"orientation sexuelle" de la même manière. Dans cette interprétation, la Directive n'exigerait que l'interdiction de la discrimination fondée sur les orientations homosexuelle, hétérosexuelle ou bisexuelle. Une telle interprétation serait aussi conforme à la compréhension que l'on a de la notion d'orientation sexuelle dans la plupart des pays qui ont légiféré à ce sujet (voir ci-dessus).

Dans l'affaire *P. c. S. & Cornwall County Council*, la Cour de justice CE a choisi de classer la discrimination fondée sur la transsexualité comme une forme de discrimination fondée sur le sexe.⁸⁹ Il ne serait par conséquent pas approprié ou nécessaire d'inclure la transsexualité dans le concept d'orientation sexuelle. La Cour classerait probablement aussi comme discrimination fondée sur le sexe d'autres formes de discrimination fondées sur les identités, les préférences et les pratiques principalement liées au sexe en tant que genre: le travestissement, le transgendrisme, l'intersexualité etc. Le droit serait plus pertinent si ces motifs potentiels de discrimination étaient traités de la même façon que la transsexualité.

Il reste les formes de discrimination fondées sur les identités, préférences et pratiques principalement liées au sexe en tant qu'érotisme. Il est difficile d'imaginer, et assurément déraisonnable d'attendre, que la Cour de justice des Communautés européennes étendrait la protection de l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi afin de couvrir (une préférence pour) des pratiques sexuelles illicites (comme la pédophilie). En ce qui concerne les préférences sexuelles licites (comme le sadomasochisme), une telle extension serait moins improbable, et pas indésirable. Il est toutefois difficile, pour le moment, d'affirmer que la Directive exige de chaque État membre qu'il offre explicitement une protection contre la discrimination fondée sur d'autres identités, préférences et pratiques sexuelles licites que l'homosexualité, l'hétérosexualité et la bisexualité. Il va falloir attendre les développements dans les États membres au sujet d'autres

⁸⁸ Voir § 2.2.2.

⁸⁹ CJCE, 30 avril 1996, *P. c. S. and Cornwall County Council*, affaire C-13/94.

“orientations”.⁹⁰ Il y a des signes indiquant qu’une protection sera accordée sous d’autres intitulés, comme l’interdiction de la discrimination fondée sur les *mœurs* en FRA et LUX,⁹¹ et les dispositions générales relatives au respect de la vie privée des employés et candidats à un emploi.

On peut dire en **conclusion** que le choix des mots en FRA et NLD, et dans deux des cinq lois en FIN, signifie que la mise en œuvre de la Directive ne se fait pas correctement.⁹² Dans les dix autres pays où quelques textes législatifs ont été adoptés ou proposés, les mots choisis couvrent clairement les discriminations fondées sur l’orientation homosexuelle, hétérosexuelle ou bisexuelle (que ce soit ou non l’orientation de la victime de discrimination), ce qui correspond à ce qu’exige la Directive. Certains pays couvrent aussi d’autres “orientations”, ce que n’exige pas la Directive.

La question de savoir à quel degré les relations et autres formes de comportements intimes sont couvertes par le concept d’orientation sexuelle est discutée aux paragraphes 19.3.1 à 19.3.3 ci-dessous.

19.2.3 Discrimination directe (art. 2(2)(a) Directive)

Dans tous les pays où une législation a été adoptée ou proposée, on fait la distinction, comme l’exige la Directive, entre la discrimination (fondée sur l’orientation sexuelle) directe et indirecte.⁹³ Tous les pays n’utilisent cependant pas chacun des trois éléments de la définition de la discrimination directe fondée sur l’orientation sexuelle contenue dans la Directive:

- *une personne est traitée de manière moins favorable qu’une autre ne l’est, ne l’a été ou ne le serait*

En ESP, les mots “ne le serait” sont absents et, au PRT, ils sont remplacés par “ne le sera”. Les deux variations semblent incompatibles avec la Directive.

En BEL, la phrase entière est remplacée par “différence de traitement”⁹⁴ et, en FRA et NLD, par “distinction entre les personnes”, ce qui paraît acceptable. Toutefois, le fait que la distinction ou la différence puisse aussi concerner le traitement hypothétique d’une autre (hypothétique) personne (désignée dans la Directive par les mots “ou le serait”) est moins clair dans ces quatre pays. Il importe que les phrases utilisées ici reçoivent une interprétation conforme à la Directive.

- *dans une situation comparable*

Cette phrase est absente en BEL, FRA et NLD (ce qui, à l’occasion, pourrait rendre moins difficile de prouver la discrimination). En UK, on utilise une phrase similaire: “*the relevant circumstances in the one case*

⁹⁰ Il ne semble pas y avoir de consensus sur la question de savoir si le sadomasochisme (etc.) pourrait à proprement parler être qualifié d’“orientation”.

⁹¹ Voir §§ 7.2 (introduction) et 12.1.5.

⁹² A part DEU et GRC (et la plupart des États confédérés d’AUS), qui ne disposent jusqu’ici d’aucune proposition définitive de mise en œuvre.

⁹³ Une exception est l’ordonnance de la Région belge de Bruxelles-Capitale (voir § 4.2.3).

⁹⁴ La définition belge de la discrimination directe comprend également l’exception pour exigences professionnelles essentielles (voir §§ 4.2.3 et 19.4.4). La définition de la discrimination directe dans les communautés régionales et linguistiques de BEL est celle de la Directive (voir § 4.2.3).

are the same, or not materially different, in the other [les circonstances pertinentes dans un cas sont les mêmes que dans l'autre ou n'en diffèrent pas matériellement]. Les deux variations paraissent acceptables.⁹⁵

- *sur la base de l'orientation sexuelle*

En FRA le pronom possessif est utilisés devant l'orientation sexuelle; cette limitation à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle propre à la victime n'est pas compatible avec la Directive.⁹⁶

En SWE, on utilise une autre phrase: "lié à" l'orientation sexuelle. Cette variation par rapport à la définition de la Directive est acceptable, et même bienvenue: il sera quelquefois plus facile de prouver qu'un traitement est *lié* à un motif particulier plutôt que *fondé* sur lui.

Pour l'application de la loi dans la pratique, l'élément qui est probablement le plus difficile dans la plupart des définitions de la discrimination directe est l'élément "*sur la base de*". Il suggère que l'orientation sexuelle doit avoir constitué une *raison* pour le discriminateur de traiter la victime d'une manière particulière, ou un *critère* dans une règle discriminatoire. La Directive n'autorise pas que l'on exige que la victime prouve qu'il existait une intention de la désavantager. Prouver que l'orientation sexuelle réelle ou supposée de la victime ou de n'importe qui d'autre était une raison sera souvent très difficile (à moins que cette raison ne figure dans une explication écrite ou enregistrée de la décision, ou qu'elle fasse partie d'une règle écrite). C'est précisément pour traiter cette difficulté qu'un transfert de la charge de la preuve sera souvent très utile à la victime.⁹⁷ Il importe également de noter que la définition de la Directive n'exige pas que l'orientation sexuelle soit *la seule* raison, mais seulement que l'orientation sexuelle ait joué un rôle comme *l'une des* raisons du traitement. Cela a été reconnu dans les opinions de la Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement⁹⁸ et rendu explicite dans l'usage suédois des mots "*lié à*" (voir ci-dessus).

La **conclusion** qui s'impose est que les définitions de la discrimination directe dans la législation de mise en œuvre au PRT et en ESP restent en deçà des exigences minimales de la Directive.⁹⁹

19.2.4 Discrimination indirecte (art. 2(2)(b) Directive)

Une interdiction explicite de la discrimination indirecte peut être trouvée dans tous les pays qui ont adopté ou proposé une législation sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi. Il n'y a qu'en FRA qu'il n'y a pas de définition législative du concept de discrimination indirecte, ce qui n'est pas conforme à la Directive.

⁹⁵ La limitation de la discrimination directe à un désavantage "sans justification raisonnable", que l'on trouve dans une ébauche de projet de loi de la région autrichienne de Vienne, est clairement incompatible avec la Directive (voir § 3.2.3).

⁹⁶ Voir § 19.2.2 ci-dessus.

⁹⁷ Voir § 19.5.8.

⁹⁸ Voir § 13.2.3.

⁹⁹ Même remarque pour l'ébauche de proposition dans l'État confédéré de Vienne en AUS.

La définition que donne la Directive de la discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle consiste en plusieurs éléments, qui ne sont pas tous utilisés dans les neuf définitions nationales. En plus de la clause de justification (art. 2(2)b(i), voir ci-dessous), la définition de la Directive consiste en trois éléments cumulatifs:

- *une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre*

Cet élément est absent en NLD (voir ci-dessous). Il est exprimé différemment en UK (*“a provision, criterion or practice which (...) would apply equally to persons not of the same sexual orientation”* [une disposition, un critère ou une pratique qui (...) s'appliquerait également à des personnes n'étant pas de la même orientation sexuelle]), en IRL (aucune mention de “critère ou pratique”) et en ESP (limitée à des dispositions, clauses, accords et décisions apparemment neutres). Il importe que ces phrases alternatives reçoivent une interprétation conforme à la Directive.¹⁰⁰

- *susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une orientation sexuelle donnée*

Cet élément est absent en NLD et UK (voir ci-dessous).

- *par rapport à d'autres personnes*

Cet élément est absent en NLD et dans la législation fédérale de BEL. En IRL, il est spécifié que la comparaison doit se faire avec “d'autres employés”.

A présent, les alternatives et éléments additionnels suivants peuvent être trouvés dans les définitions nationales de la discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle:

- *toute distinction fondée sur d'autres caractéristiques ou comportements que ceux auxquels il est fait référence dans [l'interdiction de discrimination directe], qui résultent en une distinction entre des personnes fondée sur l'orientation sexuelle (NLD)*

Cette formulation est plus restrictive que celle de la Directive. La définition néerlandaise exclut les dispositions et pratiques qui ne font pas la moindre distinction, pour quelque motif que ce soit.¹⁰¹ Il semble raisonnable de dire que ce n'est pas autorisé en vertu de la Directive.

- *la disposition causerait à des personnes de la même orientation sexuelle [que la personne affectée] un désavantage particulier et cause ce désavantage pour [la personne affectée] (UK)*

Cette limitation aux personnes de la même orientation sexuelle que le plaignant exclut les plaintes de personnes ne souhaitant pas ou n'étant pas capables de dévoiler leur orientation homosexuelle, ou qui sont hétérosexuelles.¹⁰² Cela n'est pas compatible avec la Directive. Il faut

¹⁰⁰ Cela s'applique également à une ébauche de projet de loi dans la région autrichienne de Vienne (voir § 3.2.4).

¹⁰¹ Voir § 13.2.4.

¹⁰² Voir § 17.2.4. Un problème similaire s'attache à la définition dans une ébauche de projet de loi de la région autrichienne de Vienne (voir § 3.2.4).

aussi noter que, alors que la version anglaise de la Directive utilise “*would put*” [entraînerait] dans la définition de la discrimination indirecte, les versions allemande et française utilisent des mots équivalents à “*can put*” [peut entraîner].¹⁰³ Voilà une raison supplémentaire pour ne pas rendre cette exigence trop étroite.

La clause de justification de la discrimination indirecte contenue dans la Directive consiste également en trois éléments cumulatifs, chacun d’eux se retrouvant dans toutes les définitions, à l’exception de celles de BEL et UK:

- *la disposition, le critère ou la pratique est objectivement justifié par un objectif légitime;*
- *les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés;*
- *les moyens de réaliser cet objectif sont nécessaires.*

Dans deux pays, l’énoncé de la clause de justification est plus simple, et par conséquent trop large:

- *la disposition (...) repose sur une justification objective et raisonnable (BEL)*¹⁰⁴

Cela omet les critères de la Directive d’un *objectif légitime* et de *moyens nécessaires*, et remplace le critère de la Directive de *l’aspect approprié* par un critère encore plus vague de *l’aspect raisonnable*. Étant donné le caractère complexe et controversé de la discrimination indirecte, on ne peut pas dire que l’énoncé belge a “la spécificité, la précision et la clarté” nécessaires à une mise en œuvre correcte de la Directive.¹⁰⁵

- *on peut montrer que la disposition (...) est un moyen proportionné d’atteindre un objectif légitime (UK)*

Ici, il semblerait qu’on ait omis les critères de *justification objective* et de *moyens nécessaires*, bien que, dans ses travaux préparatoires, le gouvernement britannique ait argué que les moyens nécessaires sont implicites dans le mot “*proportionné*”.¹⁰⁶ Si la justification objective est implicite dans un autre mot, on ne sait pas très bien lequel. Par conséquent, et à cause de la différence entre les concepts de proportionnalité et de nécessité dans le droit anti-discriminatoire,¹⁰⁷ il semble raisonnable de dire que l’énoncé britannique, lui non plus, ne répond pas aux exigences de la Directive.

La **conclusion** qui s’impose est que la Directive n’est pas mise en œuvre de manière appropriée en FRA, à cause de l’absence d’une définition de la discrimination indirecte fondée sur l’orientation sexuelle, et en BEL, NLD et UK,

¹⁰³ En allemand “*können*” et en français “*susceptible d’entraîner*”.

¹⁰⁴ La définition de la discrimination indirecte dans la plus grande partie de la législation régionale en BEL est celle de la Directive (voir § 4.2.4).

¹⁰⁵ Le même problème s’attache à la définition dans une ébauche de projet de loi de la région autrichienne de Vienne (voir § 3.2.4).

¹⁰⁶ Voir § 17.4.1.

¹⁰⁷ Voir CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, appl. 40016/98.

à cause de la formulation imparfaite d'une telle définition dans la législation de mise en œuvre.¹⁰⁸

Voir aussi § 19.3.3 pour ce qui concerne la discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle envers des partenaires de même sexe.

19.2.5 Interdiction et concept de harcèlement (art. 2, 3 Directive)

Au contraire de certaines législations nationales, la Directive ne fait pas la distinction entre le harcèlement sexuel et d'autres formes de harcèlement. La Directive s'inquiète de ce qu'on pourrait appeler un *harcèlement discriminatoire*, qu'il soit de nature sexuelle ou non.

Dans certains pays, des interdictions préexistantes de "harcèlement sexuel" couvrent aussi (implicitement) le harcèlement sexuel lié à l'orientation sexuelle (BEL, FRA, NLD et SWE, et peut-être aussi AUS,¹⁰⁹ DNK, DEU,¹¹⁰ ITA,¹¹¹ LUX,¹¹² et ESP¹¹³). Dans quelques pays, il y a également une interdiction du harcèlement en général (BEL et FIN), ou de ce qu'on appelle le "harcèlement moral" (BEL, FRA, ITA, proposée au LUX).

L'art. 2(3) exige que le harcèlement lié à l'orientation sexuelle soit "considéré comme une forme de discrimination [fondée sur l'orientation sexuelle]". C'est déjà le cas dans la législation existante ou en projet en AUS,¹¹⁴ BEL,¹¹⁵ DNK, FIN, IRL, ITA, LUX, NLD, PRT, ESP et SWE, mais pas (encore) en FRA, DEU, GRC et UK.

Tout en laissant un certain champ pour définir le harcèlement "conformément aux législations et pratiques nationales des États membres", la Directive définit le harcèlement en utilisant les cinq éléments suivants, qui ont été incorporés dans la législation (adoptée ou en projet) de mise en œuvre de plusieurs pays (AUS, BEL, DNK, FIN, IRL, ITA, LUX, NLD, PRT, ESP, SWE et UK), et dont certains peuvent être trouvés dans une autre législation existante en FRA,¹¹⁶ tout cela avec quelques variations:

- *un comportement indésirable*

En FRA, le comportement doit consister en "agissements répétés", ce qui signifie qu'un unique acte de comportement indésirable ne peut pas être qualifié de harcèlement interdit.¹¹⁷ Les définitions de NLD, FIN, SWE et Gibraltar passent sous silence la limitation et la clarification impliquées par le mot "indésirable", ce qui semble acceptable à la lumière de la Directive.

- *lié à l'un des motifs visés à l'art. 1^{er} de la Directive*

¹⁰⁸ C'est également vrai de l'ébauche de proposition dans l'État confédéré de Vienne en AUS et dans la Région wallonne en BEL.

¹⁰⁹ Voir § 3.1.7.

¹¹⁰ Seul le harcèlement sexuel intentionnel est interdit en Allemagne (voir § 8.2.5).

¹¹¹ Voir § 11.2.5.

¹¹² Voir § 12.2.5.

¹¹³ Voir § 15.2.5.

¹¹⁴ Mais pas dans une proposition de la région de Haute-Autriche. Voir § 3.2.5.

¹¹⁵ Bien que, en Région flamande, le décret du 8 mai 2002 considère – de manière déroutante – le harcèlement comme une violation du principe de l'égalité de traitement, qui se distingue de la discrimination directe ou indirecte. Voir § 4.2.5

¹¹⁶ Mais pas encore en DEU et GRC.

¹¹⁷ Voir § 7.2.5.

Au lieu de “lié à”, la législation britannique utilise l’expression un peu plus stricte “fondé sur”. Une relation avec un motif particulier n’est jusqu’ici pas exigée en FRA.

- *qui a pour objet ou pour effet*

Les définitions en AUS¹¹⁸ et SWE sont un peu plus restrictives, en ce sens qu’elles exigent toujours un effet. Dans ces pays, un “objet” sans “effet” ne suffit pas.

- *de porter atteinte à la dignité d'une personne*

En FRA, l’objet ou l’effet doit affecter les droits et la dignité de la victime, sa santé physique ou mentale ou encore son avenir professionnel.¹¹⁹

- *et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant*

Ce n’est pas exigé en FRA, SWE, PRT et UK.¹²⁰ Dans ces deux derniers pays, l’exigence de créer un environnement intimidant etc. ne sert que d’alternative à l’exigence de porter atteinte à la dignité d’une personne (“ou” au lieu de “et”).

En **conclusion**, on peut dire que six États membres ne rencontrent pas les exigences de la Directive d’interdire le harcèlement lié à l’orientation sexuelle *comme une forme de discrimination* (FRA, DEU, GRC et UK, plus AUS et BEL au niveau régional). De plus, quatre États membres ont adopté une définition du harcèlement qui, sous certains aspects, est légèrement plus limitée que celle de la Directive (AUS, FRA, SWE et UK), mais il reste à voir si la Cour de justice des Communautés européennes les trouverait acceptables en vertu de la deuxième phrase de l’art. 2(3) de la Directive: “conformément aux législations et pratiques nationales”.

19.2.6 *Injonction de discriminer (art. 2(4) Directive)*

Une interdiction générale explicite de l’injonction de discrimination fondée sur l’orientation sexuelle dans le domaine de l’emploi a été adoptée en AUS, BEL, DNK, FIN, IRL, ITA, NLD et ESP et proposée au LUX. Au PRT, il y a une interdiction plus limitée, réduite à l’injonction “en vue de désavantager” quelqu’un pour le motif de l’orientation sexuelle; il semblerait que cette phrase ne couvre pas l’injonction envers quelqu’un de faire quelque chose s’apparentant à de la discrimination indirecte. En SWE, il y a plusieurs interdictions spécifiques de ce type, mais, comme elles sont limitées à certaines situations, certains injecteurs et certains enjoins, plusieurs formes d’injonction ne sont pas couvertes par les interdictions.¹²¹

Une interdiction de l’injonction de discriminer est absente de la législation de mise en œuvre de FRA et UK (à l’exception de Gibraltar).

¹¹⁸ Dans les projets de loi fédéraux et dans une proposition de la région de Vienne. Voir § 3.2.5.

¹¹⁹ Voir § 7.2.5.

¹²⁰ Ni dans une proposition de la région de Vienne. Voir § 3.2.5.

¹²¹ Voir § 16.2.6.

La **conclusion** qui s'impose est que la législation de FRA, PRT, SWE et UK n'est pas conforme à l'art. 2(4) de la Directive.¹²²

19.2.7 *Champ d'application matériel de l'interdiction (art. 3 Directive)*

Conformément aux mots d'introduction de l'art. 3(1) de la Directive, l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne doit pas seulement couvrir tous les secteurs privés, mais aussi tous les secteurs publics.¹²³ Seule la législation proposée au LUX ne couvre pas l'emploi dans le secteur public.¹²⁴

Il découle des mots d'introduction de l'art. 3(1), comme du titre complet de la Directive, qui fait référence à "l'emploi et le travail", que les secteurs des activités non salariées doivent aussi être couverts. Cela est rendu explicite dans les parties (a) et (d) de l'art. 3(1), mais l'énoncé très général des parties (b) et (c) semble aussi inclure les activités non salariées (l'art. 3(1)(c) parle par exemple de "conditions d'emploi et de travail", voir ci-dessous).

Les activités non salariées [*self-employment* dans la version anglaise de la Directive] sont explicitement mentionnées (bien que pas toujours complètement couvertes, voir ci-dessous) en AUS, BEL, DNK, FIN, IRL, ITA, ESP, SWE,¹²⁵ NLD (utilisant le terme un peu restrictif de "professions libérales")¹²⁶ et UK (seulement des dispositions spécifiques concernant le respect des professions juridiques, des partenaires et partenaires potentiels dans des firmes et des personnes candidates à ou titulaires de qualifications pour une profession ou un métier particulier).¹²⁷ En FRA, les activités non salariées semblent être partiellement couvertes par l'interdiction générale d'entrave discriminatoire de toute activité économique. Il n'est pas certain que les activités non salariées seront couvertes par la proposition au LUX. Les activités non salariées ne sont pas couvertes au PRT.

A partir du texte de la Directive, on ne voit pas très clairement quelles formes de "*travail*" autres que les activités non salariées peuvent être distinguées. Il paraît raisonnable de supposer que les formes suivantes de travail, au moins, devraient aussi être couvertes par l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle:

- le service militaire obligatoire ou le service civil (exclus, par exemple, en FIN, SWE et AUS);
- les travailleurs sous contrat (des personnes employées par une agence d'intérim ou par tout autre employeur que l'organisation où et pour qui elles travaillent effectivement); les travailleurs sous contrat sont explicitement couverts en UK,¹²⁸ mais pas complètement, par exemple, en SWE;

¹²² A part DEU et GRC (et la plupart des États confédérés d'AUS), qui ne disposent jusqu'ici d'aucune proposition définitive de mise en œuvre.

¹²³ Y compris les organismes publics.

¹²⁴ La législation couvrant le secteur public régional et local (et certains autres secteurs comme l'agriculture) n'a pas encore été introduite dans tous les États confédérés d'AUS. Les aspects de la législation régionale en AUS ne seront pas discutés dans ce sous-paragraphe.

¹²⁵ Depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2003 interdisant la Discrimination; voir § 16.2.7.

¹²⁶ Voir § 13.2.7.

¹²⁷ Voir § 17.2.7.

¹²⁸ Voir § 17.2.7.

- les agences d'intérim (uniquement couvertes de façon explicite en AUS, ITA, NLD, ESP, SWE et UK).

Les mots utilisés dans les versions en anglais (*occupation*) et en français (*travail*) de l'art. 3(1)(a) suggèrent que l'accès à un travail bénévole (comparable à un emploi) devrait aussi être couvert, mais le mot utilisé dans la version allemande (*Erwerbstätigkeit*) suggère le contraire. Les mots très généraux utilisés dans le titre de la Directive et en introduction à l'art. 3(1) ainsi qu'aux art. 3(1)(b) et 3(1)(c) semblent impliquer qu'à tout le moins les conditions d'emploi et de travail dans une activité bénévole, ainsi que les possibilités de formation et de formation permanente dans ce secteur, devraient être couvertes. Si cette interprétation est exacte, la législation de plusieurs pays (y compris FRA et SWE, où les activités bénévoles ne sont pas couvertes) ne répondrait pas aux exigences de la Directive.

L'art. 3(1) contient également une longue liste d'aspects de l'emploi et du travail qui doivent être couverts par l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (voir les cinq points ci-dessous). Si plusieurs pays couvrent explicitement de nombreux aspects de cette liste, il y en a cependant quelques-uns dans lesquels certains aspects ne sont pas, pas complètement ou pas explicitement mentionnés. Dans les treize pays où des dispositions explicites sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi sont en vigueur ou en projet, la situation pose problème en ce qui concerne les aspects suivants:

- *conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées et au travail, y compris la promotion* (art. 3(1)(a))¹²⁹

L'accès à l'emploi est couvert dans les treize pays. L'important aspect de la promotion est aussi explicitement couvert dans tous, comme exigé pour une mise en œuvre "spécifique, précise et claire" de la Directive.

L'accès aux activités non salariées n'est pas couvert au PRT (et peut-être pas non plus au LUX). En UK, seul est couvert l'accès aux activités non salariées dans certaines professions (voir ci-dessus) et en NLD, uniquement l'accès à une "profession libérale". De telles interprétations limitées de l'expression "activités non salariées" de la Directive pourraient dériver de la supposition erronée que la plupart des autres personnes qui sont (ou qui espèrent devenir) indépendantes (comme les fournisseurs de service, journalistes, artistes etc. free-lance) ne sont pas dans une position où elles peuvent être discriminées en rapport avec les conditions d'accès à ces activités non salariées. Au moins en UK, il faudrait des termes plus généraux pour couvrir les activités non salariées.

- *l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle* (art. 3(1)(b))

L'orientation professionnelle ne semble pas être couverte en FRA et ESP. La législation fédérale en AUS ne couvre que l'orientation professionnelle qui concerne l'emploi privé.

- *l'accès à tous les types et à tous les niveaux de formation professionnelle* (art. 3(1)(b))¹³⁰

¹²⁹ Y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activités et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle.

En BEL, la formation professionnelle n'est pas encore couverte dans la Région de Bruxelles-Capitale.¹³¹ La législation fédérale en AUS ne couvre que la formation professionnelle concernant l'emploi privé. En ESP, seule la formation professionnelle des travailleurs est couverte, mais il est difficile de dire si cela couvrirait aussi les personnes espérant être engagées. En UK, la formation professionnelle fournie par "une école" est exclue (bien que la formation fournie par une université ou par une institution d'enseignement complémentaire ou supérieur soit couverte) ; il reste à voir si c'est acceptable (peut-être en vertu des mots d'introduction de l'art. 3(1) de la Directive: "Dans les limites des compétences conférées à la Communauté").¹³²

- *l'emploi et les conditions de travail, y compris le licenciement et le salaire* (art. 3(1)(c))

La plupart des pays mentionnent à la fois les *conditions d'emploi* et les *conditions de travail*. En FRA et SWE, cependant, les conditions de travail ne sont pas mentionnées séparément du salaire et des conditions d'emploi. Cela semble incompatible avec la Directive, parce que les termes utilisés ne paraissent pas couvrir clairement à la fois les *conditions formelles d'emploi* (comme le salaire)¹³³ et les *conditions de travail réelles* (dans le sens de l'environnement de travail, ce qui inclurait un lieu de travail sans harcèlement). La Directive exige à tout le moins que les termes utilisés soient interprétés de façon à couvrir également les conditions réelles sur le lieu de travail. En UK, on le réalise en faisant référence non seulement à la discrimination relative aux "modalités d'emploi", mais aussi à "tout autre avantage" et à "tout autre détriment".

La Directive considère le *licenciement* comme étant une "condition de travail". Ce choix de mots peut paraître curieux. En conséquence, il paraît raisonnable de supposer que, pour une mise en œuvre "spécifique, précise et claire", le *licenciement* doit être mentionné explicitement. Ce n'est pas le cas en FIN et en ESP, bien que ce soit très probablement implicite. Quant à savoir si les régimes de pensions d'entreprises, qui font partie du salaire,¹³⁴ sont couverts en ESP, cela reste obscur.

Il faut en outre noter que la législation en AUS, FRA, ITA, PRT, ESP, SWE et UK ne couvre pas (ou ne semble pas couvrir) les conditions de travail des activités non salariées, comme l'exige pourtant la Directive (voir ci-dessus). On ne spécifie ni n'exclut qu'elles soient couvertes en BEL, DNK, FIN, LUX et NLD.

- *l'affiliation à, et l'engagement dans, une organisation de travailleurs ou d'employeurs, ou toute organisation dont les membres exercent une profession donnée* (art. 3(1)(d))¹³⁵

En UK "l'engagement" n'est pas explicitement mentionné, bien que la discrimination relative à l'engagement puisse être couverte par l'interdiction,

¹³⁰ Y compris l'acquisition d'une expérience pratique, le perfectionnement et la formation de reconversion.

¹³¹ Voir §§ 4.1.3 et 4.2.7.

¹³² Voir § 17.2.7.

¹³³ Voir aussi l'annexe au présent Rapport, présentant une étude thématique sur les *Avantages discriminatoires pour le partenaire*.

¹³⁴ Voir § 2.2.7.

¹³⁵ Y compris les avantages procurés par ce type d'organisations.

pour de telles organisations, de “tout autre détriment”.¹³⁶ Il est permis de douter que ce soit suffisamment explicite.

La **conclusion** qui s'impose est que le champ d'application matériel de la législation préexistante ou de mise en œuvre s'avère trop limité dans presque tous les treize États membres disposant d'un texte législatif traitant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.¹³⁷

- le secteur public de l'emploi n'est pas couvert au LUX ;
- plusieurs autres formes de travail que l'emploi et les activités non salariées ne sont pas couvertes en AUS, FIN et SWE (et peut-être pas non plus dans d'autres pays) ;
- l'accès à l'emploi est couvert dans tous les pays, mais l'accès aux activités non salariées n'est pas ou pas complètement couvert au PRT et en UK (et peut-être pas non plus au LUX et en NLD) ;
- l'orientation professionnelle n'est pas ou pas complètement couverte en AUS, FRA et ESP ;
- la formation professionnelle n'est pas ou pas complètement couverte en AUS et BEL (et peut-être pas non plus en ESP et UK) ;
- le licenciement n'est pas explicitement couvert en FIN et ESP ;
- les régimes de pensions d'entreprises pourraient ne pas être couverts en ESP ;
- les conditions réelles de travail des employés ne sont pas couvertes en FRA et SWE ;
- les conditions réelles de travail des personnes exerçant des activités non salariées ne sont pas couvertes en AUS, FRA, ITA, PRT, ESP, SWE et UK (et peut-être pas davantage dans d'autres pays) ;
- l'affiliation à des organisations de travailleurs ou d'employeurs ou à toute organisation dont les membres exercent une profession donnée est couverte dans tous les pays, mais l'engagement dans ces organisations pourrait ne pas être couvert en UK.

19.2.8 *Champ d'application personnel: personnes physiques et personnes morales dont les actions sont l'objet de l'interdiction*

Conformément à son art. 3(1), la Directive s'applique “à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne” divers aspects de l'emploi, des activités non salariées et du travail. La référence à toutes les personnes inclut manifestement à la fois les personnes physiques et les personnes morales.¹³⁸ Cela signifie que la Directive s'applique au minimum à tous les employeurs (qui

¹³⁶ Voir § 17.2.7.

¹³⁷ A part en DEU et GRC (et dans la plupart des États confédérés en AUS), où aucune proposition définitive de mise en œuvre n'est jusqu'à présent disponible.

¹³⁸ Voir § 2.2.8.

peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales).¹³⁹ Comme indiqué ci-dessus, seule la législation en projet au LUX ne couvre pas le secteur public de l'emploi.¹⁴⁰

La Directive ne spécifie pas quelles autres personnes que les employeurs sont couvertes par les mots “toutes les personnes”. Il paraît raisonnable de prendre ces mots littéralement et de supposer qu'en effet, toute personne (y compris les agences d'intérim, les formateurs professionnels, les supérieurs hiérarchiques, les directeurs et autres employés, étudiants et autres clients, travailleurs free-lance, organisations commerciales etc.) est couverte,¹⁴¹ pour autant qu'elle accomplisse des choses “qui concernent” n'importe lequel des aspects du champ d'application matériel cités à l'art. 3(1). Les conditions de travail réelles de nombreuses personnes, par exemple, dépendent du comportement (non discriminatoire) de collègues, clients et autres. Leur employeur a évidemment une importante responsabilité en ce qui concerne leurs conditions de travail en général et pour empêcher le harcèlement en particulier, mais il n'y a rien dans la Directive suggérant que le harcèlement et tout autre comportement discriminatoire de collègues, clients et autres ne devrait pas être interdit.

Il est cependant moins évident de savoir si les États membres, dans leur législation de mise en œuvre, devront couvrir explicitement toutes ces catégories de personnes non explicitement citées dans la Directive. Une telle clarté juridique aiderait assurément les personnes affectées par l'interdiction de discrimination, ainsi que celles responsables de la faire respecter. Mais il serait déraisonnable de s'attendre à ce que la législation nationale soit à ce point plus claire que la Directive. D'un autre côté, si un État membre choisit de limiter sa mise en œuvre à certaines catégories de personnes, ou d'exclure certaines catégories de sa législation anti-discriminatoire, cela ne peut pas être considéré comme une mise en œuvre correcte de la Directive. C'est avec cela à l'esprit qu'est faite la brève évaluation suivante de la législation nationale existante et en projet (à l'exception des lois pénales, parce que les diverses traditions des États membres imposent des limites à l'applicabilité de la législation pénale).

Aucune restriction du champ d'application personnel n'a été rapportée en AUS (au niveau national), BEL, FRA, ITA et ESP. Parmi ces pays, seule la législation en AUS interdit explicitement le harcèlement par un collègue ou par une autre tierce partie. Cette bonne pratique mérite d'être suivie dans d'autres États membres.

En NLD, les dispositions anti-discriminatoires ne limitent pas le champ d'application personnel de la législation, bien que le gouvernement ait suggéré, dans les travaux préparatoires, que la loi générale d'égalité de traitement ne s'applique pas entre travailleurs. La législation en FIN et PRT s'applique probablement à la fois aux employeurs et aux employés, mais probablement pas aux clients. En UK, les employés et autres tierces parties peuvent être liés

¹³⁹ Certains employeurs peuvent être exclus à cause des mots “dans les limites des compétences conférées à la Communauté”, en début d'art.3(1). Cela pourrait par exemple vouloir dire que l'emploi au sein de (certaines?) organisations internationales sort du champ d'application de la Directive. Voir § 13.4.7 pour un exemple.

¹⁴⁰ La législation couvrant le secteur public régional et local (et certains autres secteurs comme l'agriculture) n'a pas encore été introduite dans toutes les régions en AUS. Les aspects de la législation régionale en AUS ne seront pas discutés dans ce sous-paragraphe.

¹⁴¹ Voir § 2.2.8.

par la législation de mise en œuvre, mais seulement si leurs actions se traduisent par le fait d'aider un employeur à discriminer. La législation en DNK et IRL semble ne s'appliquer qu'aux employeurs (et à leurs représentants). A quelques exceptions près, on peut dire la même chose de la législation de SWE.

La **conclusion** qui s'impose est que, probablement, au moins DNK, IRL, LUX, SWE et UK¹⁴² – et peut-être d'autres États membres – ne respectent pas les exigences minimales de la Directive en ce qui concerne le champ d'application personnel.¹⁴³ Il y a un urgent besoin de clarification plus poussée des règles européennes et nationales sur ce point.

19.3 Dans le domaine de l'emploi, quelles formes de comportement se trouvent-elles prohibées en tant que discriminations fondées sur l'orientation sexuelle?

Dans ce paragraphe, DEU et GRC ne sont pas prises en compte, parce qu'elles ne disposent pas encore de propositions définitives de mise en œuvre. Étant donné la non-disponibilité de textes définitifs dans la plupart des États confédérés d'AUS, celles-ci ne sont pas non plus discutées.

19.3.1 Discriminations sur la base d'une préférence ou d'un comportement hétérosexuel, homosexuel ou bisexuel, vrai ou supposé

Le concept d'orientation sexuelle utilisé par la Directive et les divers termes utilisés par les États membres pour exprimer ce concept ont été discutés au § 19.2.2 ci-dessus. Il est déjà apparu que le concept d'orientation sexuelle n'est pas limité à la *préférence* pour le sexe/l'érotisme et d'autres formes d'intimité avec des personnes du même sexe, du sexe opposé ou des deux sexes. Il s'étend au *comportement* sexuel/érotique et à d'autre comportement intime avec des personnes du même sexe, du sexe opposé ou des deux sexes. Cela signifie que, selon la Directive, la législation nationale ne doit pas seulement couvrir la discrimination entre individus aux préférences homosexuelles ou bisexuelles et individus aux préférences hétérosexuelles, mais aussi la discrimination entre des personnes qui s'engagent dans un comportement homosexuel et des personnes qui s'engagent dans un comportement hétérosexuel. Cette interprétation de la Directive est fortement confirmée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a condamné non seulement la discrimination contre la préférence homosexuelle,¹⁴⁴ mais aussi la discrimination contre la conduite homosexuelle¹⁴⁵ et contre les relations entre personnes de même sexe.¹⁴⁶ La Cour de justice des Communautés européennes a aussi classé la discrimination envers les relations entre personnes de même sexe comme une forme de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.¹⁴⁷ Sans une telle interprétation, l'interdiction de la

¹⁴² Et AUS au niveau régional.

¹⁴³ A part DEU et GRC, où aucune proposition définitive de mise en œuvre n'est jusqu'ici disponible.

¹⁴⁴ CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, appl. 33290/96.

¹⁴⁵ CEDH, 9 janvier 2003 *S.L. c. Autriche*, appl. 45330/99; *L. & V. c. Autriche*, appl. 39392/98 et 39829/98; 10 février 2004, *B.B. c. UK*, appl. 53760/00.

¹⁴⁶ CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, appl. 40016/98.

¹⁴⁷ CJCE, 17 février 1998, C-249/96, *Grant c. South West Trains*, § 47.

discrimination fondée sur l'orientation sexuelle serait presque dénuée de sens, parce qu'elle n'accorderait pas aux personnes lesbiennes, gaies et bisexuelles la même liberté qu'aux hétérosexuels de vivre conformément à leurs préférences sexuelles.

Dans chacun des chapitres consacrés aux treize États membres disposant d'une certaine législation (existante ou en projet) sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, il a été rapporté qu'il faut s'attendre à ce que les tribunaux nationaux considèrent effectivement la discrimination entre des comportements homosexuel et hétérosexuel comme étant couverte par l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (AUS, BEL, DNK, FIN, IRL, ITA, LUX, NLD, PRT, ESP, SWE et UK). En SWE et NLD, cela est même rendu explicite dans les travaux préparatoires. En FIN et ESP, il y a des décisions de tribunaux reconnaissant qu'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle se produit lorsqu'un restaurant ou une discothèque qui permet que des personnes de sexes opposés s'embrassent dans ses locaux, interdit aux personnes de même sexe de le faire.¹⁴⁸ En IRL, le même principe a été appliqué aux baisers entre personnes de même sexe au travail.¹⁴⁹ Il découle de la Directive que les employés de tous les États membres ne peuvent pas être victimes de discrimination en raison de la nature homosexuelle de toute affection dont ils font preuve au travail ou en dehors du travail. Cela devrait s'appliquer à tous les secteurs de l'emploi.¹⁵⁰

La définition que donne la Directive de la discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle ne se limite pas à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle réelle de la victime. Au contraire: pour qu'un traitement puisse être qualifié de discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle, il suffit que ce traitement soit fondé sur "des motifs d'orientation sexuelle". Cela signifie que la discrimination fondée sur une supposition erronée de l'orientation sexuelle de la victime doit être couverte par l'interdiction nationale de discriminer. Cela découle de l'absence de pronoms possessifs devant les mots "orientation sexuelle" à l'art. 1^{er} de la Directive.¹⁵¹

L'énoncé de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en FRA (avec un pronom possessif devant "orientation sexuelle") semble néanmoins impliquer que seule la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle réelle de la victime est couverte,¹⁵² ce qui n'est pas compatible avec la Directive. Dans les autres États membres, les mots utilisés permettent de couvrir la discrimination fondée sur une supposition erronée, le plus explicitement en SWE (où une formulation qui semblait faire référence à la propre orientation sexuelle de la victime a été remplacée en 2003 par "discrimination liée à l'orientation sexuelle"¹⁵³) et en IRL (où il est statué que les situations où une orientation sexuelle "est attribuée" à quelqu'un sont couvertes aussi¹⁵⁴). Le fait que la discrimination fondée sur une supposition

¹⁴⁸ Voir §§ 6.3.1 et 15.3.1.

¹⁴⁹ Voir § 10.3.1.

¹⁵⁰ En ESP, le Statut sur le régime disciplinaire destiné aux forces armées parle de "relations sexuelles qui offensent la dignité militaire" (voir § 15.3.1). Il serait contraire à la Directive de faire la distinction entre les relations homosexuelles et les relations hétérosexuelles lors de l'application de cette règle.

¹⁵¹ Voir § 2.3.1.

¹⁵² Voir § 19.2.2 ci-dessus.

¹⁵³ Voir § 16.3.1.

¹⁵⁴ Voir l'Addendum en haut du chapitre 10.

erronée soit effectivement couverte a été rendu explicite dans les travaux préparatoires en UK.¹⁵⁵

En ce qui concerne les dispositions de FRA et LUX sur la discrimination raciale, il a été spécifié que tant la “race” réelle que supposée est couverte, mais pas en ce qui concerne les dispositions relatives à “l'orientation sexuelle”. Aux NLD, dans le contexte de la discrimination fondée sur l'opinion politique, la Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement a tracé un parallèle avec l'art. 1^{er} de la Convention relative au statut des réfugiés, qui (du moins conformément à la jurisprudence de la Cour suprême des Pays-Bas) s'applique aussi à la persécution d'une personne à laquelle on a attribué une opinion politique qui n'était pas la sienne.¹⁵⁶

Si on prenait une approche différente en ce qui concerne l'orientation sexuelle, toute victime d'une supposée discrimination fondée sur l'orientation sexuelle serait forcée d'annoncer (ou même de prouver) son orientation sexuelle, ce qui entrerait en conflit avec le respect de la vie privée, garanti constitutionnellement et internationalement.

On peut donc dire en **conclusion** que la législation existante ou en projet des treize États membres semble couvrir la discrimination fondée sur le comportement hétérosexuel, homosexuel ou bisexuel d'une personne,¹⁵⁷ et que la législation dans la plupart de ces États membres semble couvrir la discrimination fondée sur une supposition erronée de l'orientation sexuelle de quelqu'un. Seule FRA (en plaçant un pronom possessif devant les mots “orientation sexuelle”) a jusqu'ici omis d'inclure cet important élément, exigé par la Directive.

19.3.2 *Discriminations sur la base de la déclaration, ou de l'absence d'occultation, de l'orientation sexuelle*

Il découle des mots très généraux utilisés aux articles 1^{er} et 2 de la Directive (voir § 19.3.1 ci-dessus) que la discrimination fondée sur la franchise d'une personne à propos de son orientation sexuelle doit être considérée comme une forme de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Ne pas le faire laisserait sans réponse une large part de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. L'un des objectifs principaux de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est, après tout, de donner aux femmes lesbiennes, aux hommes gays et aux hommes et femmes bisexuels l'occasion de se montrer aussi ouverts, au sujet de leur orientation sexuelle, que les hétérosexuels. Ce “droit au coming out” peut aussi être dérivé de la liberté d'expression, telle que garantie dans des Constitutions et des traités.

On rapporte, des treize États membres disposant d'une législation (existante ou en projet) relative à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, que la discrimination fondée sur le fait de se montrer ouvert à propos de son orientation sexuelle serait très probablement considérée comme une forme de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

¹⁵⁵ Voir § 17.3.1.

¹⁵⁶ Voir § 13.3.1.

¹⁵⁷ A part DEU et GRC (et la plupart des États confédérés en AUS), qui ne disposent jusqu'ici d'aucune proposition définitive de mise en œuvre.

La **conclusion** qu'on peut en tirer est qu'il y a peu de doute que la discrimination fondée sur le "coming out" d'une personne sera couverte dans ces treize États membres.¹⁵⁸

19.3.3 Discriminations entre couples de même sexe et couples de sexes différents

Tout particulièrement dans le domaine du salaire et d'autres conditions d'emploi (comme le congé d'accompagnement de membres de la famille, les pensions de survie et d'autres avantages pour le partenaire d'un employé ou pour les enfants de ce partenaire), la discrimination entre partenaires du même sexe et partenaires de sexes différents est l'une des formes les plus fréquentes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.¹⁵⁹ Une telle discrimination est souvent explicitement prévue dans les conventions collectives ou même dans la législation.¹⁶⁰ L'impact d'une telle discrimination sur l'employé et sa famille est souvent considérable (financièrement ou autrement). En raison de la tendance croissante, dans la plupart des États membres, à reconnaître légalement les couples de même sexe (en leur ouvrant le mariage, en introduisant le partenariat enregistré et/ou en reconnaissant les cohabitants *de facto*), ce sont aussi des sujets qui reçoivent une grande part d'attention lors des débats publics.

Il ne serait pas surprenant que les premiers cas liés à l'orientation sexuelle en matière d'emploi à être présentés devant la Cour de justice des Communautés européennes en vertu de la Directive concernant cette forme de discrimination.¹⁶¹

Cette forme de discrimination est souvent (mais pas toujours) liée à l'état civil, parce que beaucoup de conditions d'emploi ne s'appliquent qu'aux employés mariés et que, dans la plupart des États membres, les couples de même sexe n'ont pas le droit de se marier.¹⁶² L'état civil n'est pas un motif interdit de discrimination dans la Directive; mais son considérant 22 non contraignant précise que la "Directive est sans préjudice des lois nationales relatives à l'état civil et des prestations qui en dépendent". La question est de savoir quelle sera la signification de ce considérant pour l'interprétation de la Directive. Il semble raisonnable de supposer que le considérant 22 ne peut jouer un rôle qu'en ce qui concerne la discrimination *indirecte* fondée sur l'orientation sexuelle.¹⁶³ Cela parce que la Directive ne laisse place à la justification objective que dans le cas d'une prétendue discrimination *indirecte*; l'assertion du considérant 22 peut être l'un des facteurs permettant de déterminer, dans les mots de l'art. 2(2)(b)(i), si "une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre" sert un "objectif légitime" et si les moyens de réaliser cet objectif sont "appropriés et nécessaires".¹⁶⁴

¹⁵⁸ A part DEU et GRC (et la plupart des États confédérés en AUS), qui ne disposent jusqu'ici d'aucune proposition définitive de mise en œuvre.

¹⁵⁹ Voir par exemple §§ 13.3.3 et 15.3.3.

¹⁶⁰ Voir par exemple §§ 6.3.3, 10.3.3, 11.3.3 et 15.3.3. Voir aussi §. 19.6 ci-dessous.

¹⁶¹ En fait, les seuls cas liés à l'orientation sexuelle à avoir jusqu'ici atteint la CJCE concernent les avantages destinés aux partenaires: CJCE, 17 février 1998, C-249/96, *Grant c. South West Trains*; CJCE, 31 mai 2001, C-122/99 P & C-125/99 P, *D. & Suède c. Conseil*.

¹⁶² Les deux États membres qui ont ouvert le mariage sont BEL (2003) et NLD (2001).

¹⁶³ Voir § 2.3.3.

¹⁶⁴ Voir § 2.3.3.

En dehors des situations encore plus complexes où un employeur est confronté à un employé qui, dans un autre pays, a obtenu un statut (par exemple comme partenaire enregistré) qui n'est pas disponible dans le pays de l'employeur, ou encore où un employeur discrimine en ne fournissant pas certains avantages aux enfants du partenaire de même sexe d'un employé, il semble utile de distinguer *cinq types de situations* dans lesquelles les partenaires de même sexe risquent d'être discriminés. Toutes les situations types ne se retrouvent pas dans tous les États membres, parce que ceux-ci n'ont pas tous adopté (quand ils l'ont fait) le même type de législation visant à reconnaître juridiquement les couples de même sexe.¹⁶⁵

- *La discrimination entre cohabitants de même sexe et cohabitants de sexes différents*

Cette situation n'a rien à voir avec l'état civil et n'est donc pas influencée par le considérant 22. La situation peut se produire dans chaque État membre.¹⁶⁶ Il y a une abondante jurisprudence européenne et internationale pour confirmer que cette forme de discrimination est bien de la discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle.¹⁶⁷ Elle est considérée comme telle dans au moins neuf États membres (AUS, BEL, DNK, FIN, IRL, NLD, PRT, SWE et UK). Dans certains autres, cette conclusion n'est pas certaine (FRA, ITA, LUX et ESP), bien que la Directive l'exige clairement.

- *La discrimination entre partenaires enregistrés du même sexe et partenaires enregistrés de sexes différents*

Cette discrimination n'est pas non plus basée sur l'état civil, mais seulement sur l'orientation sexuelle. La situation ne peut se produire que dans les pays qui ont introduit une forme de partenariat enregistré ouvert à la fois aux couples de même sexe et aux couples de sexes différents (c'est-à-dire en BEL, FRA, LUX, NLD et dans certaines parties d'ESP). En BEL et NLD, ce serait certainement considéré comme une forme de discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle; en FRA, LUX et ESP, ce n'est pas certain, bien que la Directive l'exige clairement.

- *La discrimination entre époux mariés de même sexe et époux mariés de sexes différents*

Cette situation ne peut se produire que dans les deux pays ayant ouvert le mariage aux couples de même sexe (BEL et NLD). Dans les deux, ce serait considéré comme une forme de discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle.

- *La discrimination entre cohabitants de même sexe et époux mariés de sexes différents*

¹⁶⁵ Le mariage a été ouvert aux couples de même sexe en BEL et NLD, le partenariat enregistré pour couples de même sexe a été introduit en DNK, SWE, FIN et DEU et celui pour couples de sexes différents en BEL, FRA et NLD. Plusieurs États membres ont reconnu les cohabitants de même sexe *de facto* dans un nombre plus ou moins grand de finalités.

¹⁶⁶ Voir aussi l'annexe au présent Rapport, présentant une étude thématique sur les *Avantages discriminatoires pour le partenaire*.

¹⁶⁷ CJCE, 17 février 1998, C-249/96, *Grant c. South West Trains*; CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, appl. 40016/98; Comité des droits de l'homme (des Nations Unies), 29 août 2003, *Young c. Australie*, CCPR/C/78/D/941/2000.

Dans les pays où le mariage n'a pas été ouvert aux couples de même sexe, on peut arguer que ce type de discrimination est une forme de discrimination *indirecte* fondée sur l'orientation sexuelle, parce que le fait de ne fournir un avantage qu'aux seuls époux mariés entraînerait clairement un désavantage particulier pour les partenaires de même sexe.¹⁶⁸ La question serait alors de savoir si l'usage de la situation matrimoniale comme critère "neutre" est objectivement justifié en vertu de l'art. 2(2)(b)(i) de la Directive (également à la lumière de son considérant 22). En IRL, ITA et UK, les tribunaux nationaux sont empêchés de faire cette évaluation, parce que la législation anti-discriminatoire contient une exception explicite pour les avantages qui dépendent de l'état civil.¹⁶⁹ On peut soutenir que ce n'est pas permis en vertu du droit européen, car une évaluation correcte de la nécessité et du caractère approprié des moyens de réaliser un objectif légitime ne peut se faire qu'à la lumière de toutes les circonstances du cas concret (voir §§ 2.3.3 et 17.3.3).

Quant à savoir si l'argument (selon lequel ce type de discrimination est une forme de discrimination *indirecte* fondée sur l'orientation sexuelle) peut être présenté avec succès, c'est incertain en AUS, FRA, LUX, PRT et ESP. La même remarque s'applique en DNK, FIN et SWE, mais, ici, la situation ne se présenterait qu'en ce qui concerne les avantages qui ne sont pas mis à la disposition des partenaires *enregistrés* de même sexe (parce que les partenaires de même sexe peuvent choisir de faire enregistrer leur partenariat).

En BEL et NLD, la situation ne se présenterait pas comme une forme de discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle, parce que les couples de même sexe peuvent se marier. Les deux pays interdisent en tout cas aussi la discrimination en matière d'emploi fondée sur l'état civil (c'est également le cas au PRT, mais il reste à voir si cela incitera les tribunaux à trancher contre la discrimination entre cohabitants de même sexe et époux mariés de sexes différents).¹⁷⁰

- *La discrimination entre partenaires enregistrés de même sexe et époux mariés de sexes différents*

Comme forme potentielle de discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle, cette situation ne peut se produire que dans les pays où le mariage n'est pas ouvert aux couples de même sexe, mais bien le partenariat enregistré (DNK, DEU, FIN, FRA, LUX, SWE, parties d'ESP, et probablement bientôt en UK). En SWE, ce serait certainement considéré comme une forme de discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle (et peut-être même comme une forme de discrimination *directe* fondée sur l'orientation sexuelle, parce que le statut de partenaire enregistré est essentiellement équivalent au statut d'homme ou de femme marié(e)).¹⁷¹ Il est moins certain que ce serait

¹⁶⁸ Par analogie avec la classification de la discrimination fondée sur la grossesse comme une forme de discrimination *directe* fondée sur le sexe, on peut aussi argumenter qu'il s'agit d'une forme de discrimination *directe* fondée sur l'orientation sexuelle (voir §§ 2.3.3 et 17.3.3). La Directive considère cependant probablement cela comme une discrimination *indirecte*, sinon le considérant 22 serait en totale contradiction avec la partie applicable de la Directive.

¹⁶⁹ Voir §§ 10.3.3, 11.3.3 et 17.3.3; une déclaration semblable peut être trouvée dans les travaux préparatoires en AUS (voir § 3.3.3). Voir aussi CJCE, 7 janvier 2004, affaire C-117/01, *KB c. National Health Service Pensions Agency*, en particulier § 28 (au sujet de ce jugement, voir aussi §§ 2.1.9 et 17.3.3).

¹⁷⁰ Voir § 4.3.3, 13.3.3 and 14.3.3.

¹⁷¹ Voir § 16.3.3.

aussi le cas en DNK, DEU, FIN, FRA, LUX, ESP et UK, bien qu'il découle de la Directive que cette situation doit au moins être évaluée comme une forme de discrimination indirecte. Dans ce contexte, le considérant 22 permet de conclure, par exemple, que l'objectif de protéger le mariage est légitime, mais il sera extrêmement difficile pour un employeur de démontrer qu'il est vraiment approprié et nécessaire (au sens de l'art. 2(2)(b) de la Directive) d'appliquer des conditions d'emploi différentes pour les employés mariés et pour les employés en partenariat enregistré.

La **conclusion** qui s'impose est que, en ce qui concerne la discrimination *directe* entre partenaires de sexes différents et partenaires de même sexe, il n'est pas certain qu'elle sera couverte par l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en FRA, ITA, LUX et ESP, bien que la Directive l'exige clairement.¹⁷² En ce qui concerne l'exigence de la Directive d'interdire également la discrimination *indirecte* envers les partenaires de même sexe, trois États membres ne la respectent probablement pas (IRL, ITA et UK).¹⁷³ On pourrait dire la même chose pour AUS, DNK, FIN, FRA, LUX et ESP, mais cela dépend de l'interprétation qui sera donnée de leur législation de mise en œuvre.

19.3.4 *Discriminations sur la base de l'association avec des personnes, événements ou organisations lesbiens, gays, bisexuels ou hétérosexuels*

Puisque la Directive n'utilise pas de pronoms possessifs devant l'expression "orientation sexuelle", la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle d'autrui doit également être interdite. Cette exigence ne semble cependant pas être respectée dans les pays qui utilisent ou suggèrent des pronoms possessifs dans leur législation nationale (FRA et, en ce qui concerne la seule discrimination indirecte, UK).¹⁷⁴ Dans d'autres pays, la discrimination fondée sur l'association d'une personne avec un individu LGB semble être couverte par la législation adoptée ou en projet (AUS, DNK, IRL, ITA, LUX, NLD, PRT, SWE, BEL au niveau national seulement, et, en ce qui concerne la seule discrimination directe, UK; et peut-être aussi en FIN, où elle serait au moins couverte comme discrimination fondée sur "une autre raison relative à sa personne").

Pour plusieurs pays, la conclusion qu'il faut aussi considérer la discrimination fondée sur l'association d'une personne avec un événement ou une organisation LGB comme une forme de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle s'appuie sur des arguments en rapport avec les libertés de rassemblement et d'association (BEL, DNK, ITA, LUX et PRT).

On peut dire en **conclusion** qu'au moins FRA, UK et peut-être BEL et FIN ont négligé d'étendre complètement l'interdiction de discrimination fondée sur

¹⁷² A part DEU et GRC (et la plupart des États confédérés en AUS), qui ne disposent jusqu'ici d'aucune proposition définitive de mise en œuvre.

¹⁷³ Idem.

¹⁷⁴ Voir § 19.2.2 and 19.2.3.

l'orientation sexuelle à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle d'autrui.¹⁷⁵

19.3.5 Discriminations contre les groupes, les organisations, les événements ou les informations par/pour/sur les lesbiennes, gays ou bisexuels

Puisque la Directive s'applique aux "personnes" sans la moindre limitation, il paraît raisonnable d'exiger que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle envers des personnes morales, des groupes et même des événements et des informations soit aussi interdite.¹⁷⁶ Les arguments relatifs aux libertés d'association, de rassemblement et d'expression viennent à l'appui d'une telle interprétation. Pourtant, cette exigence n'est pas encore rencontrée dans les pays qui utilisent ou suggèrent des pronoms possessifs (FRA et, en ce qui concerne la seule discrimination indirecte, UK),¹⁷⁷ quoique le droit pénal en FRA protège aussi les personnes morales contre quelques discrimination fondées sur l'orientation sexuelle de ses membres. Certains autres pays ne protègent que les personnes physiques de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (DNK, FIN, IRL et SWE). Jusqu'ici, il semble que la discrimination à l'emploi envers les organisations etc. LGB ne soit couverte par la législation adoptée ou en projet qu'en AUS, BEL, LUX, NLD et peut-être en FRA, IRL, ITA, PRT et ESP.

On peut dire en **conclusion** que DNK, FIN, SWE et UK (et, peut-être, FRA, IRL, ITA, PRT et ESP) ont négligé d'étendre suffisamment l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle à la discrimination contre les organisations et les groupes LGB.¹⁷⁸

19.3.6 Discriminations à l'encontre d'une personne qui a refusé de répondre, ou a répondu inexactement, à une question sur l'orientation sexuelle

Dans tous les pays, on considérerait presque toujours qu'il est déplacé et/ou discriminatoire – et par conséquent illégal – d'interroger un candidat à un emploi sur son orientation sexuelle.¹⁷⁹ Dans certains pays, cela est renforcé par une protection législative de la vie privée des (futurs) employés (BEL, FRA, FIN, ITA, LUX, PRT et ESP),¹⁸⁰ ou même par une interdiction explicite, dans la loi relative à la Discrimination "de demander, d'enquêter sur ou de recevoir et d'utiliser des informations concernant" l'orientation sexuelle d'un candidat à un emploi ou d'un employé (DNK). On considère par conséquent, dans tous les pays, qu'il est illégal de priver d'un emploi une personne qui a refusé de répondre (de façon exacte) à une telle question illicite.

¹⁷⁵ A part DEU et GRC (et la plupart des États confédérés en AUS), qui ne disposent jusqu'ici d'aucune proposition définitive de mise en œuvre.

¹⁷⁶ Voir § 2.3.5.

¹⁷⁷ Voir §§ 19.2.2 et 19.2.3.

¹⁷⁸ A part DEU et GRC (et la plupart des États confédérés en AUS), qui ne disposent jusqu'ici d'aucune proposition définitive de mise en œuvre.

¹⁷⁹ Pour une possible exception, voir § 17.3.6.

¹⁸⁰ Cela arriverait en tête de la protection de la vie privée, qui dérive de la Convention européenne des droits de l'homme (voir § 2.3.6).

En mettant cela en parallèle avec des situations dans lesquelles une candidate à un emploi n'a pas informé son employeur potentiel qu'elle était enceinte (voir § 2.3.6), il semble raisonnable de supposer que la Directive exige que soit classé comme discrimination tout refus d'un emploi à quelqu'un pour le motif qu'il n'a pas accepté de fournir une réponse (exacte) à une question sur l'orientation sexuelle. Au moins dans certains pays, un tel refus d'emploi serait très probablement considéré comme violant l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (AUS, DNK, IRL, NLD, SWE et UK). Il faut regretter que cela ne semble pas aussi certain dans d'autres États membres, puisque, normalement, seule la classification de ce type de situations comme discrimination déclencherait un transfert de la charge de la preuve et d'autres règles additionnelles d'exécution (voir § 19.5.8 ci-dessous).

On peut dire en **conclusion** qu'il serait souhaitable que d'autres États membres suivent l'exemple de DNK en classant spécifiquement le fait de poser des questions sur l'orientation sexuelle dans une procédure d'embauche comme une forme de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

19.3.7 *Discrimination sur la base d'une condamnation pénale antérieure relative à un "délit d'homosexualité" sans équivalent hétérosexuel*

Du fait que plusieurs États membres ont encore (GRC, IRL et PRT) ou avaient encore jusque récemment (AUS, FIN, DEU et UK) des sanctions pénales pour délits sexuels homosexuels sans équivalents hétérosexuels,¹⁸¹ il est tout à fait possible qu'une personne ayant encouru une condamnation pénale antérieure pour un tel délit rencontre des difficultés face à des employeurs qui ne souhaitent pas engager de personnes ayant un casier judiciaire. Dans un cas comme celui-là, on peut argumenter que l'employeur applique un critère apparemment neutre qui met les homosexuels dans une situation particulièrement désavantageuse. Dans certains pays (par exemple en AUS, NLD et UK) ce ne serait très probablement pas considéré comme objectivement justifié, mais dans d'autres pays, c'est moins certain (par exemple en FIN et PRT).

19.3.8 *Harcèlement*

Pour les diverses interdictions et définitions nationales, existantes et en projet, du harcèlement à orientation sexuelle, voir § 19.2.5 ci-dessus. La question ici est de savoir si certaines formes communes de comportement anti-homosexuel seraient effectivement considérées comme du harcèlement.

Des formes sexuelles de harcèlement (comme des avances sexuelles non désirées persistantes) sont souvent considérées, dans la plupart des pays, comme un harcèlement à *orientation sexuelle*, mais seulement si on peut dire que le harcèlement est lié à des motifs d'orientation sexuelle. Si ce dernier élément ne peut pas être établi, cela pourrait encore compter comme harcèlement *sexuel*.

Les insultes homophobes peuvent aussi être considérées comme une forme de harcèlement à orientation sexuelle, à moins qu'on ne les estime pas suffisamment sérieuses pour correspondre au critère de "porter atteinte à la

¹⁸¹ Voir § 19.1.9.

dignité d'une personne" et de "créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant" (ou quels que soient les mots utilisés dans la législation nationale). Beaucoup dépendra de l'appréciation des divers tribunaux et autres défenseurs de la loi. En FRA et PRT, il semble moins certain (que par exemple en FIN, ITA et NLD) que les tribunaux soient prêts à considérer occasionnellement que ces critères sont atteints.

Dans de rares cas, l'expression (non injurieuse) d'opinions antihomosexuelles pourrait aussi être telle qu'elle réponde aux critères de la définition de harcèlement, mais même alors, il faudra mettre cela en balance avec les exigences de la liberté d'expression (comme signalé aux chapitres consacré à FIN, ITA, LUX, NLD, SWE et UK).

Dans plusieurs pays (y compris FIN, ITA, NLD, SWE et UK), le fait de révéler l'orientation sexuelle de quelqu'un contre sa volonté peut être reconnu comme une autre forme possible de harcèlement à orientation sexuelle. Cela peut aussi être considéré comme une violation de la vie privée (par exemple en NLD, PRT et ESP) ou comme "soumettre (quelqu'un) à tout autre détriment" (UK).

On peut dire en **conclusion** que beaucoup dépendra de l'attitude des tribunaux envers les formes de comportement antihomosexuel pouvant être considérées comme des formes de harcèlement à orientation sexuelle. Un élément spécial bien pratique de la législation en UK est l'interdiction (en plus de celles de discrimination et de harcèlement) de soumettre quelqu'un à "tout autre détriment".

19.4 Exceptions à l'interdiction de discriminer

Dans ce paragraphe, nous ne discuterons pas de DEU et GRC, qui ne disposent pas encore de propositions définitives de mise en œuvre. Comme on ne dispose pas de textes définitifs pour la plupart des États confédérés d'AUS, ceux-ci ne seront pas non plus discutés.

19.4.1 Désavantages indirects objectivement justifiés (art. 2 (2)(b)(I) Directive)

L'interdiction de la discrimination indirecte telle que définie à l'art. 2(2)(b) n'affecte pas tous les désavantages particuliers pour les personnes d'une orientation sexuelle donnée qui leur sont causés par une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre. Ne sont pas interdits les avantages causés par une disposition, un critère ou une pratique objectivement justifié par un objectif légitime, pourvu que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires. Bien que ces conditions en vertu desquelles la justification est autorisée soient clairement énoncées à l'art. 2(2)(b)(i) de la Directive, les définitions utilisées dans deux États membres (BEL et UK) diffèrent considérablement de ce critère. En FRA, il n'y a pas du tout de définition législative de la discrimination indirecte. Le critère de justification est

aligné avec la Directive dans la législation existante ou en projet en AUS (au niveau national), DNK, FIN, IRL, ITA, LUX, NLD, PRT, ESP et SWE.¹⁸²

La forme principale de discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle est causée par l'usage de l'état civil comme critère. La législation en AUS, IRL, ITA et UK s'efforce d'exempter cette forme de discrimination indirecte des critères de justification objective, objectif légitime et moyens appropriés et nécessaires. En IRL, ITA et UK, cela est réalisé par une exception explicite pour les avantages qui dépendent de la situation matrimoniale; en AUS, on trouve une mention similaire dans les travaux préparatoires.¹⁸³ Ce n'est probablement pas conforme à la Directive.¹⁸⁴

La **conclusion** qui s'impose est que les lois de BEL, FRA et UK, et probablement celles d'IRL et ITA, ne mettent pas correctement en œuvre cette partie de la Directive.¹⁸⁵

19.4.2 Mesures nécessaires à la sécurité publique, à la protection des droits d'autrui etc., (art. 2(5) Directive)

La législation de mise en œuvre en UK renferme une exception pour les actions justifiées par l'objectif de sauvegarder la sécurité nationale, et en ce qui concerne l'Irlande du Nord, également de protéger la sécurité publique et l'ordre public.¹⁸⁶ La législation en ITA contient une telle exception pour les dispositions existantes qui concernent la sécurité publique, l'ordre public, la prévention des crimes et la protection de la santé. En ITA et UK, l'exigence de la Directive que les mesures soient "nécessaires dans une société démocratique" n'est pas explicitement incorporée à la clause d'exception. De plus, ces dispositions ne précisent pas quelles mesures nationales priment sur l'interdiction de discrimination.

Peut-être on peut faire les mêmes critiques à propos de la législation en BEL,¹⁸⁷ où une exception générale existe pour les droits et libertés fondamentaux tels que garantis par la Constitution belge et les traités internationaux. D'un autre côté, l'exception en BEL est limitée à certaines catégories de droits *fondamentaux*. En ce sens, l'exception belge pourrait être pratiquement redondante, car les traités comme la Convention européenne des droits de l'homme priment de toute façon sur la législation nationale (et indirectement sur la Directive).

Des exceptions plus spécifiques peuvent être trouvées en IRL (pour l'emploi dans un ménage privé et pour les candidats à un emploi qui, selon des "informations fiables" s'engagent ou ont "une propension à s'engager dans toute forme de comportement sexuel illicite"),¹⁸⁸ en ITA (pour l'emploi, dans le domaine "des soins, de l'assistance ou de l'éducation de mineurs" de

¹⁸² Voir § 19.2.4 ci-dessus.

¹⁸³ Voir § 19.3.3 ci-dessus.

¹⁸⁴ Voir §§ 19.3.3 et 2.3.3.

¹⁸⁵ A part DEU et GRC (et la plupart des États confédérés en AUS), qui ne disposent jusqu'ici d'aucune proposition définitive de mise en œuvre.

¹⁸⁶ A Gibraltar, l'exception est même plus large: "toute disposition législative ou règle de loi *relative* à la sécurité publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des délits criminels, à la protection de la santé ou à la protection des droits et libertés d'autrui" est exemptée (l'italique est ajouté); voir § 17.4.2.

¹⁸⁷ Voir § 4.4.2.

¹⁸⁸ Voir § 10.4.7.

personnes qui ont été “condamnées pour des délits liés à la liberté sexuelle de mineurs ou à la pornographie infantile”),¹⁸⁹ et en NLD (pour les organisations politiques, pour l'emploi ayant un “caractère privé” et pour les affaires internes des Églises et autres congrégations spirituelles, tout spécialement les professions de prêtre, rabbin, imam etc.).

De toutes ces exceptions, seules celles en faveur des organisations politiques en NLD sont explicitement limitées aux formes “nécessaires” de discrimination.¹⁹⁰ L'exception néerlandaise pour l'emploi à caractère privé est limitée aux exigences qui “peuvent raisonnablement être imposées”, dont on pourrait peut-être dire qu'elles impliquent un critère de nécessité. Pour autant que l'exception en ITA permette de faire la distinction entre les contrevenants homosexuels et hétérosexuels (parce que les cas mentionnés sont exemptés de l'application du principe de l'égalité de traitement), elle ne semble pas compatible avec la Directive. Les deux exceptions en IRL et l'exception pour les affaires internes des Églises etc. en NLD semblent elles aussi incompatibles avec la Directive, parce qu'elles ne sont en aucune façon explicitement limitées aux formes de discrimination “nécessaires dans une société démocratique”, comme exigé à l'art. 2(5) de la Directive.

En ce qui concerne la dernière exception, c'est aussi parce que la Directive a clairement choisi de traiter le statut spécial des Églises et des organisations confessionnelles dans sa disposition spécifique de l'art. 4(2). Cela est confirmé par le considérant 24. Par conséquent, il ne semble pas y avoir la moindre raison d'utiliser l'art. 2(5) de la Directive pour faire une exception en faveur des Églises etc. Au § 19.4.4 ci-dessous, nous argumenterons que l'exception en NDL et une exception en UK un peu semblable en faveur de l'emploi religieux¹⁹¹ ne sont pas compatibles avec l'art. 4(2) de la Directive.

La **conclusion** qui s'impose est que IRL, ITA, NLD et UK ont adopté ou proposé des exceptions qui ne sont pas ou pas complètement justifiées par l'art. 2(5) de la Directive. Quand à savoir si l'exception de BEL énoncée de manière très générale est pleinement justifiée, cela dépendra probablement de son application.

19.4.3 Sécurité sociale et bénéfices similaires (art. 3(3) Directive)

Conformément à l'art. 3(3) de la Directive, le respect du principe de l'égalité de traitement “ne s'applique pas aux versements de toute nature effectués par les régimes publics ou assimilés, y compris les régimes publics de sécurité sociale ou de protection sociale”. En plus, le considérant 13 défend le point de vue selon lequel la Directive ne s'applique pas “aux régimes de protection sociale dont les avantages ne sont pas assimilés à une rémunération au sens donné à ce terme pour l'application de l'article 141 du traité CE, ni aux versements de toute nature effectués par l'État qui ont pour objectif l'accès à l'emploi ou le maintien dans l'emploi”. Alors que, dans de nombreux pays, chaque citoyen jouit d'un droit individuel à la sécurité sociale (quelle que soit son orientation

¹⁸⁹ Voir § 11.4.1.

¹⁹⁰ Il n'est pas certain que l'exception soit nécessaire, parce qu'elle n'est destinée qu'à couvrir les organisations politiques également fondées sur la religion. Voir § 13.4.2.

¹⁹¹ Le gouvernement UK n'a pas essayé de justifier son exception controversée en faveur de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle par les employeurs religieux aux termes de l'art. 2(5); voir § 17.4.5.

sexuelle), il y a des cas concernant le traitement de partenaires de même sexe de travailleurs pour lesquels la discrimination pourrait avoir lieu (par exemple des compensations en cas de décès ou de maladie lié(e) au travail, des allocations de chômage pour les personnes à responsabilités familiales etc.); ceux-ci ne tombent cependant pas dans le champ d'application de la Directive s'ils sont considérés comme versements de sécurité sociale ou assimilés.

Les pensions professionnelles des employés privés ou publics, en revanche, doivent être considérées comme tombant dans le champ d'application matériel de la Directive (comme tout avantage ou versement qui, à la lumière de la jurisprudence CJCE, doit être traité comme un "revenu" lié au travail). De tels régimes de pension ne sont pas exemptés par l'art. 3(3) de la Directive et font partie du salaire.¹⁹² On ne voit pas clairement si ces pensions professionnelles sont couvertes en ESP.¹⁹³

La législation relative à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi ne couvre pas explicitement les régimes de sécurité sociale en AUS, BEL, FIN, FRA, IRL, NLD, PRT, ESP, SWE¹⁹⁴ et UK. La Directive n'exige d'ailleurs pas que la sécurité sociale soit couverte. Dans certains pays, l'égalité de traitement en ce qui concerne la législation et la discrétion administrative dans le domaine de la sécurité sociale est néanmoins exigée par les principes constitutionnels et/ou administratifs existants comme par l'interdiction, dans le Code pénal, de la discrimination par les fonctionnaires (par exemple en NLD et SWE). Au DNK, d'autre part, la discrimination dans la sécurité sociale est explicitement couverte par la loi sur la Discrimination raciale (qui s'applique aussi à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle); en SWE, le gouvernement a publié une proposition pour une telle interdiction explicite. En revanche, une exception pour la sécurité sociale est explicitement mentionnée en ITA et LUX.

On peut dire en **conclusion** que l'ESP doit peut-être encore interdire la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en ce qui concerne les pensions professionnelles. L'interdiction explicite de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la sécurité sociale au DNK (proposée en SWE) peut être considérée comme une bonne pratique, non exigée par la Directive.

19.4.4 Exigences professionnelles (art. 4(1) Directive)

Il est difficile d'imaginer de nombreux emplois pour lesquels une orientation sexuelle donnée peut à proprement parler être qualifiée d'exigence professionnelle essentielle et déterminante, proportionnée à un objectif légitime. Les seuls exemples donnés (uniquement aux chapitres consacrés à SWE et UK) concernent les organisations LGB qui pourraient avoir besoin d'un individu LGB pour un travail spécifique (par exemple dans le domaine de la guidance).¹⁹⁵ Cela explique peut-être pourquoi, dans certains pays (FRA et NLD), il n'y a pas la moindre exception générale (à l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle) en faveur des exigences

¹⁹² Voir § 2.2.7.

¹⁹³ Voir § 19.2.7.

¹⁹⁴ Seule la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en ce qui concerne le versement de bourses aux étudiants en post-graduat est explicitement interdite; voir § 16.4.3.

¹⁹⁵ Voir §§ 16.4.4 et 17.4.4.

professionnelles. Même une exception formulée de manière aussi conditionnelle que l'exige l'art. 4(1) de la Directive risquerait de suggérer que l'orientation sexuelle peut aussi être considérée comme une exigence professionnelle à cause de coutumes religieuses, historiques, morales ou sociales.¹⁹⁶ Les exigences professionnelles des employeurs religieux sont spécifiquement traitées à l'art. 4(2), qui n'autorise qu'une exception limitée à l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion ou les convictions – et non fondée sur l'orientation sexuelle (voir § 19.4.5 ci-dessous).

Six pays (AUS, BEL, IRL, LUX, ESP et SWE) ont adopté ou proposé une exception pour exigences professionnelles qui soit entièrement conforme à l'énoncé de l'art. 4(1) de la Directive. En SWE, cependant, cela n'a été fait que dans la partie principale de la législation; une autre partie de la législation de mise en œuvre contient encore une exception beaucoup plus large ("des intérêts qui sont manifestement d'une importance supérieure").¹⁹⁷

Les exceptions pour exigences professionnelles essentielles et déterminantes ont aussi été adoptées en FIN, ITA et UK, mais sans au moins une des conditions limitatives énoncées à l'art. 4(1) de la Directive:

- *l'objectif doit être légitime*
(condition manquante en FIN et ITA)
- *l'exigence doit être proportionnée*
(condition manquante en FIN et UK)

Une exception également trop large peut être trouvée au PRT (ou le mot "essentiel" a été remplacé par "justifiable", plus faible) et au DNK (où "en relation judicieuse avec l'activité", il doit être "de grande importance que quelqu'un soit d'une orientation sexuelle donnée"). Un aspect intéressant de l'exception danoise, toutefois, est qu'elle ne peut être invoquée qu'après consultation du ministre du Travail. Tout aussi incompatible avec l'art. 4(1) de la Directive est l'addition, en ITA, à l'exception pour exigences professionnelles, du fait que prendre en compte l'orientation sexuelle n'est pas un acte discriminatoire lorsque l'orientation sexuelle est "pertinente face à la capacité d'exercer les fonctions que les forces armées, la police et les services carcéraux ou d'urgences peuvent être appelés à exercer". Ceci est exprimé d'une façon beaucoup plus lâche que ce qu'autorise la Directive et semble suggérer que l'orientation sexuelle pourrait d'une certaine façon compromettre la capacité à prendre part de manière appropriée aux services militaire, de police, carcéraux ou d'urgence.¹⁹⁸ Cette même double critique peut être faite au sujet de l'exception qui concerne les agences d'intérim etc. pour les situations dans lesquelles l'orientation sexuelle "aurait affecté l'exécution de l'activité de travail".¹⁹⁹ L'exception générale en ITA en faveur des dispositions établissant "des tests d'aptitude au travail" pour des emplois spécifiques semble en contradiction avec les exigences de la Directive.²⁰⁰

¹⁹⁶ Voir § 14.4.4.

¹⁹⁷ Voir § 16.4.4.

¹⁹⁸ Voir § 11.4.7.

¹⁹⁹ Voir § 11.4.4. Pour d'autres dispositions italiennes plaçant certaines formes de lois relatives à l'emploi en dehors du champ d'application de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, voir § 19.4.2 ci-dessus.

²⁰⁰ Voir § 11.4.7.

La **conclusion** qui s'impose est que, jusqu'ici, la mise en œuvre en DNK, FIN, ITA, PRT, SWE et UK ne respecte pas les limitations établies à l'art. 4(1).²⁰¹

19.4.5 *Loyauté à l'éthique des organisations fondées sur la religion ou les convictions (art. 4(2) Directive)*

L'article 4(2) est l'un des plus difficiles à lire de toute la Directive. Il est constitué de deux parties, la deuxième tirant une conclusion spécifique de la première; cela découle du mot "donc" de la seconde partie [*"thus"* dans la version anglaise de la Directive]. Il paraît dès lors préférable de lire la disposition comme un tout.

L'article 4(2) s'inspire bien sûr de la liberté de religion garantie par les Constitutions nationales et les traités internationaux (voir aussi le considérant 24 de la Directive); son texte semble être plus ou moins fondé sur des dispositions préexistantes du même type en IRL et NLD. Jusqu'ici, aucun de ces pays ne propose de modifier sa formulation nationale afin de la rendre plus similaire à celle de la Directive. Seuls certains des autres États membres ont proposé ou adopté une exception en ce qui concerne les exigences professionnelles des employeurs religieux. Alors qu'en AUS, ITA et LUX l'exception qui concerne les emplois à base religieuse suit plus ou moins le texte de l'art. 4(2), UK et DNK ont choisi une approche assez différente (voir ci-dessous). En NLD, il y a aussi une exception sans réserves pour les affaires internes des Églises et autres congrégations spirituelles (voir § 19.4.2 ci-dessus). Aucune législation sur ce point n'a été adoptée ou proposée en BEL, FIN, FRA, PRT, ESP et SWE. Mais, même dans les États membres sans exception législative, une règle similaire a parfois été prononcée dans la jurisprudence (par exemple en FRA), dans la doctrine (par exemple en ESP et PRT) ou dans les travaux préparatoires (FIN).

L'art. 4(2) limite de plusieurs manières le rayon d'action des États membres pour autoriser certaines exigences professionnelles (y compris l'exigence, pour un travailleur, d'avoir "une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation"). Jusqu'ici, ces limitations ne sont pas toutes respectées dans les règles nationales. Il y a six limitations:

- *Seule est acceptable l'exception qui se trouve déjà dans la législation nationale en vigueur à la date d'adoption de la Directive, ou reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la Directive.*

Cette restriction pourrait avoir été omise en FIN, où les travaux préparatoires du projet de loi de mise en œuvre décrivaient l'exception plus largement que celle contenue dans la loi existante relative à l'Église.²⁰²

- *L'exception ne peut concerner que des activités professionnelles d'Églises et d'autres organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions.*

Cela ne se retrouve pas dans la législation d'ITA, qui parle simplement des "églises ou autres organisations publiques ou privées". Au DNK, l'exception

²⁰¹ A part DEU et GRC (et la plupart des États confédérés en AUS), qui ne disposent jusqu'ici d'aucune proposition définitive de mise en œuvre.

²⁰² Voir § 6.4.5.

s'étend aux organisations politiques. En NLD, l'énoncé de l'exception s'étend à toutes les écoles libres, y compris les écoles qui ne sont fondées ni sur la religion ni sur les convictions, et il y a une exception similaire pour les organisations fondées sur l'opinion politique (voir § 19.4.2). L'exception en faveur des écoles libres en NLD ne se limite pas aux "activités professionnelles", mais couvre aussi l'offre d'une formation professionnelle.²⁰³

- *Il ne peut y avoir d'exception pour des différences de traitement fondées sur la religion ou les convictions d'une personne et celles-ci ne doivent pas justifier des discriminations fondées sur un autre motif.*

L'exception adoptée en UK s'étend explicitement à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

En NLD, l'exception générale en faveur des employeurs de base religieuse et l'exception spécifique pour les affaires internes des Églises etc. ne sont pas explicitement liées aux motifs de religion et de convictions; et seule l'exception générale précise que les exigences peuvent ne pas mener à une distinction fondée sur "le seul fait de" l'orientation sexuelle. Même chose pour l'exception de jurisprudence reconnue en FRA par la Cour de cassation. Si la règle néerlandaise suggère qu'une différence de traitement serait acceptable dans le cas de "circonstances additionnelles", la règle française considérerait une telle différence de traitement acceptable s'il y avait preuve de "trouble caractérisé".²⁰⁴

La deuxième partie de l'exception en IRL (traitant de l'action visant à empêcher les employés "de miner l'éthique religieuse de l'institution") n'est pas explicitement liée à une action fondée sur la religion ou les convictions.

En DNK, ITA et LUX, on ne précise pas que la différence de traitement ne doit pas justifier des discriminations fondées sur un autre motif.

- *La religion ou les convictions de cette personne doivent constituer une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée, eu égard à l'éthique de l'organisation.*

La législation de certains États membres utilise un critère similaire, mais exprimé différemment: "nécessaire" dans l'exception générale en NLD, "raisonnable" ou "raisonnablement nécessaire" en IRL, "objectivement d'importance" au DNK. Le critère est absent de l'exception néerlandaise en faveur des affaires internes des Églises etc. et, en UK, de la législation (bien que mentionné dans les travaux préparatoires); dans ce dernier pays, l'exigence doit être appliquée "de façon à se conformer aux doctrines de la religion" ou "de façon à éviter d'aller à l'encontre des convictions religieuses profondément ancrées d'un nombre significatif des fidèles de la religion".

- *Et il faut qu'il en soit ainsi en raison de la nature des activités professionnelles ou du contexte dans lequel elles sont exercées.*

Ce critère n'est pas explicitement prévu en DNK et IRL, ni dans l'exception de NLD en faveur des affaires internes des Églises etc., pas plus que dans la première partie de l'exception en UK (qui traite des exigences "de façon à se

²⁰³ Voir § 13.4.5.

²⁰⁴ Voir §§ 13.4.5 et 7.4.5, respectivement.

conformer aux doctrines de la religion”), bien qu’il soit dit, dans les travaux préparatoires, que l’exception ne doit s’appliquer qu’aux “ministres du culte, plus un petit nombre de postes en dehors du clergé”.²⁰⁵

- *L’application de la différence de traitement doit tenir compte des dispositions constitutionnelles et principes nationaux, ainsi que des principes généraux du droit communautaire.*

Si ce n’est spécifiquement précisé dans aucun pays, c’est probablement parce qu’il est évident que ces dispositions et principes s’appliquent de toute façon. Selon le contexte de l’affaire, ils peuvent agir de manière à réduire ou à élargir le champ d’application des exceptions. Les principes constitutionnels et européens de vie privée, d’égalité et de liberté d’expression peuvent aider à réduire leur champ d’application, tandis que les principes de liberté de religion, d’enseignement et d’association peuvent conduire les tribunaux à l’élargir. Cela ne peut être totalement évité par une législation spécifique, car toute législation doit être appliquée à la lumière de normes supérieures.

La **conclusion** qui s’impose est que les exceptions législatives en faveur de l’emploi religieux adoptées en DNK, IRL, ITA, NLD et UK (et peut-être aussi l’exception proposée au LUX) ne sont pas entièrement compatibles avec la Directive. Dans tous les États membres, les tribunaux auront à jouer un important rôle d’équilibrage de l’interdiction de la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle avec d’autres droits fondamentaux.

19.4.6 Action positive (art. 7(1) Directive)

Faisant usage de la possibilité offerte à l’art. 7(1), les lois de certains États membres autorisent explicitement des mesures visant à “prévenir ou compenser des désavantages” liés aux motifs protégés. L’action positive est vue différemment dans les divers États membres, certains d’entre eux la considérant comme une exception à l’égalité et d’autres la voyant comme le véritable accomplissement de l’égalité.

Comme il a été dit au § 2.4.6, les actions positives au sens classique ne semblent pas particulièrement utiles pour le type d’inégalités frappant les gays, lesbiennes et bisexuels. Certains États membres incluent néanmoins le motif d’orientation sexuelle lorsqu’ils prévoient l’action positive. C’est le cas en AUS (pour l’emploi privé seulement), BEL, FIN, IRL et ESP, ainsi que dans les propositions au LUX. Les règlements en UK autorisent aussi explicitement les actions positives, mais uniquement lorsqu’il s’agit de fournir l’accès à des locaux d’entraînement et d’encourager les gens à “profiter d’opportunités d’exercer un travail donné” ou de devenir membres d’une organisation commerciale. Au PRT, l’orientation sexuelle est implicitement couverte dans une disposition générale consacrée à l’action positive. En DNK, FRA, ITA, NLD et SWE, l’orientation sexuelle n’est pas couverte dans la législation existante ou en projet relative à l’action positive.

On peut dire en **conclusion** que l’action positive en faveur de l’orientation sexuelle est explicitement autorisée en AUS, BEL, FIN, IRL, LUX, PRT, ESP et UK. La Directive n’exige pas que les autres pays suivent cet exemple.

²⁰⁵ Voir § 17.4.5.

19.4.7 *Exceptions qui vont au-delà de la directive*

Un cas récent présenté en NDL devant la Commission pour l'Égalité de traitement a fait apparaître que les interdictions exigées par la Directive sont limitées, dans leur effet et leur application, par des règles existantes sur l'immunité des organisations internationales. On peut supposer que d'autres États membres tiennent aussi compte de l'immunité des missions diplomatiques, institutions européennes, agences des Nations unies etc. Il est difficile de dire comment ces exceptions peuvent être conciliées avec la Directive, bien qu'il semble raisonnable de ne pas considérer de telles exceptions comme des violations de la Directive.

19.5 **Voies de recours et application du droit**

Dans ce paragraphe, nous ne discuterons pas de DEU et GRC, qui ne disposent pas encore de propositions définitives de mise en œuvre. La plupart des détails concernant la législation dans les États confédérés d'AUS et les régions et communautés linguistiques de BEL ne sont pas non plus couverts ici.

19.5.1 *Système de mise en œuvre du droit du travail en général*

Pour l'application de toute interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, les États membres s'appuient fortement sur la structure générale d'application du droit du travail. La plupart des pays confient l'application du droit du travail à des tribunaux du travail spécialisés; les exceptions sont GRC, ITA, NLD et ESP. On ne voit pas toujours clairement si ces tribunaux seraient également compétents lorsque la discrimination a lieu en dehors du contexte d'un contrat d'emploi (par exemple dans la phase de recrutement). En DNK et FIN, l'application du droit du travail est divisée entre des tribunaux du travail spécialisés et des tribunaux ordinaires.

En plus de tribunaux ordinaires et spécialisés, de nombreux États membres confient l'application du droit du travail en général (et parfois aussi les questions de discrimination en particulier) à d'autres organismes de répression, notamment l'Inspection du travail. Dans certains pays, l'Inspection du travail a (ou aura) explicitement une tâche spécifique en ce qui concerne le harcèlement et/ou d'autres formes de discrimination (par exemple en BEL, FIN, LUX et NLD). Dans d'autres États membres, ce n'est pas mentionné explicitement dans la législation, mais l'Inspection du travail jouit du pouvoir général de veiller au respect du droit du travail, y compris de la législation anti-discriminatoire (par exemple en PRT et ESP). Dans les pays qui ont fait de la discrimination un délit criminel (BEL, FIN, FRA, IRL, ITA, LUX, NLD, ESP et SWE), la police et le ministère public jouent également un rôle.

Voir aussi §§19.5.2 et 19.5.3 ci-dessous.

19.5.2 *Organismes spécifiques et/ou généraux chargés d'appliquer la loi*

En plus du rôle des tribunaux et d'autres organismes généraux de répression (voir ci-dessus), les lois anti-discriminatoires (habituellement fondées sur le sexe et/ou la race) d'un certain nombre de pays confient aussi certaines tâches

d'exécution à des organismes spécifiques.²⁰⁶ La compétence de la plupart de ceux-ci ne s'étend pas aux questions de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi.

Contrairement à la Directive sur la race, la Directive-cadre n'exige pas que l'on mette sur pied des organismes d'exécution spécialisés pour l'application du principe de l'égalité de traitement (voir § 2.5.2), bien que certains États aient choisi ou proposé de confier l'application de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi à un tel organisme. Cette excellente pratique se retrouve dans cinq États membres²⁰⁷ et a été proposée ou recommandée dans quelques autres États membres. Un seul État membre a mis en place un organisme d'exécution qui traite uniquement les questions de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle:

SWE Bureau de l'ombudsman contre la Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (depuis 1999)

Dans six autres États membres, des organismes d'application couvrant une multitude de motifs, y compris l'orientation sexuelle, ont été établis ou proposés:

IRL	Autorité d'égalité (depuis 1998) Tribunal d'égalité (depuis 1998) Commissaire aux droits (couvrant l'orientation sexuelle depuis 1993)
NLD	Commission pour l'égalité de traitement (depuis 1994)
BEL	Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (depuis 2003) ²⁰⁸
UK	Commission d'égalité, pour l'Irlande du Nord (couvrant l'orientation sexuelle depuis 2003) Commission d'égalité et des droits de l'homme, pour l'Écosse, l'Angleterre et le pays de Galles (proposé pour 2006)
AUS	Commission d'égalité de traitement, pour le secteur privé (2004) Commission d'égalité de traitement, pour le secteur public (2004) Ombudsman de l'égalité de traitement, pour le secteur privé (2004) des Commissaires à l'égalité de traitement, pour le secteur public (2004) ²⁰⁹
FRA	Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (législation attendue plus tard en 2004)

Voir § 19.5.3 pour plus de détails sur le fonctionnement des organismes spécialisés dans ces pays.

On peut dire en **conclusion** que AUS, BEL, IRL, NLD, SWE et UK ont adopté la bonne pratique de disposer d'un organisme spécialisé pour aider à lutter contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi.

19.5.3 Procédure civile, pénale, administrative et/ou voies de médiation et de conciliation (art.9(1) Directive)

La mise sur pied de procédures adéquates est clairement vue comme une étape importante vers l'accomplissement des exigences de la Directive, en particulier celles de l'art. 17, selon lequel les sanctions doivent être "effectives

²⁰⁶ Voir le Rapport *Specialised bodies to promote equality and/or discrimination* [Organismes spécialisés visant à promouvoir l'égalité et/ou la discrimination]. *Rapport final*, mai 2002 (disponible à l'adresse http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/publi/pubs_fr.htm).

²⁰⁷ Il y a aussi un organisme spécialisé traitant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle des les provinces basques (ESP); voir § 15.5.2.

²⁰⁸ Ce Centre est également responsable de l'application du décret flamand du 8 mai 2002 et sera peut-être rendu responsable de la mise en œuvre des autres instruments régionaux anti-discriminatoires; voir § 4.5.2.

²⁰⁹ Il y a aussi des propositions d'organismes spécialisés dans plusieurs États confédérés d'AUS.

et (...) dissuasives”. Conformément à l’art. 9 de la Directive, la défense des droits consiste avant tout en l’accessibilité de procédures d’application de l’interdiction explicite de la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle en matière d’emploi. Les procédures peuvent être judiciaires et/ou administratives et de conciliation lorsqu’elles sont appropriées.

Ce qui suit est un aperçu des procédures disponibles dans chaque pays (voir aussi § 19.5.4 sur les sanctions).

Des *procédures judiciaires* s’appliquent à la législation existante ou en projet des treize États membres. Les procédures judiciaires peuvent être:

- de caractère civil (partout),
- administratives (notamment en ce qui concerne les employés publics, par exemple en AUS, FRA, NLD et PRT) ou
- pénales (en BEL, FIN, FRA, IRL, ITA, LUX, NLD, ESP et SWE).²¹⁰

Les organismes spécialisés en BEL, NLD et SWE ont le pouvoir de *présenter un cas devant le tribunal*. Le Centre pour l’égalité des chances en BEL peut le faire tant pour le compte d’une victime identifiable que dans l’intérêt public. En NLD, la Commission pour l’égalité de traitement peut présenter un cas devant le tribunal, à moins que la victime de l’action discriminatoire ne s’y oppose. En SWE, l’Ombudsman peut plaider des cas individuels pour le compte de la victime.

Les *procédures administratives* non judiciaires sont un important aspect de l’application du droit du travail en PRT et ESP, où l’Inspection du travail peut imposer des amendes administratives pour violation des dispositions anti-discriminatoires (voir § 19.5.4 ci-dessous), et, dans une moindre mesure, en AUS et dans plusieurs autres pays. Dans plusieurs États membres, y compris AUS, PRT et NLD, des procédures administratives non judiciaires sont disponibles dans l’emploi public. Les procédures des organismes spécialisés relatives aux questions de discrimination (en AUS, BEL, IRL, NLD et SWE) peuvent aussi être classées comme “administratives”. Parmi ces organismes, seuls l’Autorité d’égalité et le Tribunal d’égalité en IRL peuvent prononcer des décisions *contraignantes*. L’Autorité d’égalité peut mener des enquêtes et émettre des “avis de non-discrimination” contraignants en cas de violation de la loi. Le Tribunal d’égalité se voit confier des tâches quasi-judiciaires et peut émettre des décisions contraignantes s’appliquant à des plaintes de parties. Le pouvoir de prendre des décisions *non contraignantes* dans des cas individuels (dans une procédure que les plaignants peuvent choisir soit à la place soit en plus des tribunaux ordinaires) est accordé au Commissaire aux droits en IRL, à l’Ombudsman contre la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle en SWE, à la Commission pour l’égalité de traitement en NLD et à deux Commissions d’égalité de traitement en AUS.

²¹⁰ En IRL, des sanctions pénales ne sont disponibles que dans certaines circonstances spécifiques; voir § 10.5.4. En SWE, les procédures pénales ne sont pas disponibles pour les cas de discrimination d’un employé par un employeur. Les procédures pénales ne peuvent être utilisées que dans les cas de discrimination envers un étudiant et dans les cas de fonctionnaires faisant preuve de discrimination envers une personne qui exerce des activités non salariées ou envisage de le faire; voir § 16.5.3.

En ce qui concerne la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi, des *procédures de conciliation* sont disponibles dans plusieurs États membres.²¹¹

Les organismes d'application spécifiques en AUS, BEL, IRL, NLD, SWE et Irlande du Nord (UK) ont aussi certaines *fonctions consultatives* (ils conseillent par exemple les possibles victimes de discrimination sur la valeur de leur cas, la manière de le traiter etc., ou le gouvernement sur les questions de politique).

Les organismes spécifiques d'exécution qui doivent s'attaquer à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi ne prévoient bien souvent pas de règles de procédure rigides; il est alors plus facile pour chaque possible victime de discrimination de présenter un cas. En plus des procédures judiciaires, administratives, de conciliation et consultatives indiquées ci-dessus, certains organismes spécifiques d'exécution jouissent de certains *autres pouvoirs*. En IRL, l'Autorité d'égalité peut promouvoir des révisions des stratégies égalitaires des entreprises ou industries. En AUS et NLD, les Commissions d'égalité de traitement peuvent enquêter de leur propre chef sur des discriminations structurelles. Et en SWE, l'Ombudsman peut promouvoir l'éducation et l'information dans la lutte contre l'homophobie. La Commission égalitaire d'Irlande du Nord (UK) et l'Ombudsmen de l'égalité de traitement et les Commissaires à l'égalité de traitement en AUS peuvent fournir une aide (qui inclut, en Irlande du Nord, une assistance financière) aux individus qui cherchent à appliquer l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

On peut dire en **conclusion** que des procédures judiciaires civiles sont disponibles ou en projet dans tous les pays.²¹² Aucune procédure pénale n'est prévue en AUS, DNK, PRT et UK. Des procédures administratives spécifiques résultant en des décisions contraignantes ne sont établies qu'en IRL, tandis que des procédures résultant en décisions non contraignantes sont proposées ou disponibles en AUS, BEL, IRL, NLD et SWE.

19.5.4 Sanctions civiles, pénales et/ou administratives (art. 17 Directive)

L'énoncé de la Directive résume sous bien des aspects l'évolution de la jurisprudence de la CJCE en matière de sanctions (voir § 2.5.4).

Conformément à l'art. 17, les sanctions choisies par les États membres doivent être "effectives, proportionnées et dissuasives" et les États membres doivent "prendre toute mesure nécessaire pour assurer leur mise en œuvre".

Alors que certains États membres avaient déjà un système de sanctions en place, d'autres ont dû créer un nouvel ensemble de règles.

Dans les pays qui prévoient des *sanctions pénales*, on a rapporté une remarquable sous-utilisation de ces sanctions. Ce phénomène pourrait être lié à plusieurs facteurs: souvent, seule la discrimination particulièrement sévère est punie, les procédures criminelles entraînent des coûts psychologiques plus élevés et la justice criminelle est généralement ressentie comme moins proche du citoyen. Il faut aussi rappeler que le droit criminel exige l'intention ou la

²¹¹ Voir par exemple §§ 4.5.3, 10.5.3, 11.5.3, 13.5.3, 14.5.3 et 16.5.3.

²¹² A part DEU et GRC (et la plupart des États confédérés en AUS), qui ne disposent jusqu'ici d'aucune proposition définitive de mise en œuvre.

volonté du contrevenant, une exigence assurément difficile à concilier avec les dispositions de la Directive sur la discrimination indirecte et sur le harcèlement; de plus, dans la procédure criminelle, la présomption d'innocence est la règle et, par conséquent, aucun transfert de la charge de la preuve ne s'applique.²¹³ En fait, on n'a rapporté aucune jurisprudence sur l'utilisation de ces sanctions pénales en FRA (depuis 1985), NLD (depuis 1992), FIN (depuis 1995), ESP (depuis 1995) et LUX (depuis 1997). Dans plusieurs États membres, on reconnaît que le droit criminel est d'un usage limité. Néanmoins, la disponibilité de sanctions pénales (en BEL, FIN, FRA, ITA, LUX, NLD et ESP, et dans des circonstances spécifiques en IRL et SWE) comme faisant partie d'un plus large répertoire de sanctions pourrait bien être la meilleure façon de garantir que la combinaison des sanctions est "effective, proportionnée et dissuasive", comme exigé à l'art. 17 de la Directive. Dans cette perspective, il est intéressant de noter que, en FRA, le Code pénal prévoit certaines mesures auxiliaires, comme la publication de la mesure, la fermeture de l'entreprise pour cinq ans ou plus ou même définitivement et l'exclusion des marchés publics.

Lorsqu'elles sont disponibles, les *sanctions civiles* peuvent aussi être problématiques:

- La récupération des dommages subis en conséquence d'actes discriminatoires est la mesure la plus répandue: elle est prévue dans les treize États membres. La seule exception rapportée concerne l'AUS, où aucune compensation ne peut être réclamée en cas de résiliation discriminatoire d'un emploi (le seul remède dans ce cas étant la réintégration). Des limites supérieures de compensation s'appliquent en AUS, FIN, IRL et SWE. Comme de telles limitations pourraient rendre la compensation moins que "effective, proportionnée et dissuasive", elles ne sont pas autorisées en vertu de l'art. 17 de la Directive comme en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice.²¹⁴
- Les contrats ou clauses de contrats discriminatoires sont frappés de nullités ou entachés de nullité relative en AUS, BEL, DNK, FIN, FRA, ITA, NLD, PRT, ESP, SWE et UK (et le seront au LUX). En IRL, la loi relative à l'égalité dans l'emploi prévoit que tous les contrats de travail doivent contenir une "clause d'égalité non discriminatoire" modifiant toute disposition du contrat qui, sinon, ferait naître une discrimination illicite; les dispositions discriminatoires des conventions collectives sont frappées de nullité en IRL.
- La réintégration est une mesure très utile grâce à sa capacité d'éliminer les conséquences d'un licenciement illicite. Pourtant, la réintégration après un licenciement discriminatoire fondé sur l'orientation sexuelle n'est prévue que dans certains pays: AUS, BEL, FRA, ITA, IRL, PRT et ESP. Dans certains autres pays (y compris NLD et SWE), on obtient le même effet par la nullité ou la non-validité du licenciement discriminatoire (qui s'applique aussi en FRA et ITA).
- On sait peu de choses des voies de droit disponibles dans les cas de discrimination envers un candidat à l'emploi. Il paraît raisonnable d'exiger

²¹³ Voir art. 10(3) de la Directive et § 19.5.8 ci-dessous, ainsi que §§ 4.5.8, 7.5.8, 9.5.8, 12.5.8 et 15.5.8.

²¹⁴ Voir § 2.5.4.

que, dans les cas où il aurait été engagé s'il n'avait pas été victime de discrimination, des sanctions plus spécifiques que la récupération des dommages soient disponibles. Des options pourraient être une ordonnance judiciaire d'entamer une nouvelle procédure de sélection ou une ordonnance judiciaire d'offrir l'emploi au candidat discriminé. Cette dernière option semble possible en ITA en vertu de la jurisprudence et, en ESP, en vertu de la doctrine académique. Les tribunaux de certains pays (y compris PRT, SWE et UK) n'ont apparemment pas le pouvoir d'ordonner qu'un candidat à un emploi soit engagé.

- En plus des dommages, de la nullité, de l'annulation et de la réintégration, certains pays prévoient une série de mesures non financières. En IRL, les tribunaux ont ordonné la création d'une stratégie d'égalité des chances, une nouvelle formation du personnel et la modification des procédures de recrutement. En ITA, le décret de mise en œuvre de la Directive autorise explicitement les tribunaux à ordonner un plan d'élimination des pratiques discriminatoires ou à ordonner la publication de la décision du tribunal dans un journal national.

Au PRT, il y a des *sanctions administratives* qui dérivent des règles générales sur les violations du Code de travail. Ces amendes administratives (allant jusqu'à 53.400 € pour les délits intentionnels par des personnes morales dont le chiffre d'affaires annuel est supérieur à 10.000.000 €) peuvent être imposées par l'Inspection du travail. En ESP aussi, des amendes administratives peuvent être imposées par l'Inspection du travail. En AUS, des amendes administratives (allant jusqu'à 360 €) s'appliquent pour les offres d'emploi discriminatoires dans le secteur privé. En AUS, les employeurs qui ne se plient pas au principe de l'égalité de traitement sont automatiquement exclus des subsides publics fédéraux. En ITA, les subsides publics et les contrats de marché public doivent être révoqués si une société à laquelle ils ont été accordés est judiciairement condamnée pour discrimination. Dans les cas sérieux, la société peut être exclue de tels subsides et de tels contrats pendant une période allant jusqu'à deux ans. Les opinions (contraignantes ou non) des organismes spécialisés d'application en AUS, IRL, NLD et SWE tombent aussi dans la catégorie des sanctions administratives (voir § 19.5.3 ci-dessus).

On pourrait argumenter que, en ne prévoyant que des sanctions qui doivent être imposées par les tribunaux (plutôt que par un organisme administratif), BEL, DNK, FRA, FIN, ITA, LUX et UK n'ont pas pris toute "mesure nécessaire pour assurer" que les sanctions seront appliquées (comme exigé à l'art. 17 de la Directive). De même, la disponibilité de sanctions administratives en AUS, IRL, NLD, PRT et SWE est peut-être plus qu'un simple bonne pratique bienvenue.

La **conclusion** qui s'impose est que, dans pratiquement aucun État membre, le répertoire complet des sanctions ne peut être considéré comme "effectif, proportionné et dissuasif":

- AUS peut être critiquée pour ne pas prévoir de dommages et intérêts compensatoires en cas de résiliation discriminatoire d'un emploi.
- AUS, FIN, IRL et SWE peuvent être critiquées à cause des limites supérieures qu'elles imposent à la compensation de dommages.

- BEL, DNK, FIN, LUX et UK pourraient être critiqués pour ne pas prévoir la nullité, l'annulation et/ou la réintégration en cas de résiliation discriminatoire de l'emploi.
- BEL, DNK, FRA, FIN, ITA, LUX et UK pourraient être critiqués pour ne prévoir que des sanctions imposables par un tribunal.

19.5.5 *Personnes physiques ou morales auxquelles peuvent s'appliquer les sanctions*

Les incertitudes qui entourent la définition du champ d'application personnel d'applicabilité de la Directive ont déjà été mises en lumière au § 19.2.8. Des incertitudes similaires refont surface quand il s'agit de déterminer qui sera soumis aux différents types de sanctions fournis dans les États membres, parce que la Directive ne pose pas les moindres conditions.

Il semble à tout le moins raisonnable d'exiger que des sanctions puissent être appliquées à l'employeur contractuel (et à l'employeur avec lequel le candidat à un emploi a une relation pré-contractuelle).²¹⁵ Les sanctions contractuelles comme l'invalidité de la mesure discriminatoire, la réintégration et/ou des dommages et intérêts contractuels peuvent et doivent être appliquées à l'employeur formel, indépendamment de la personne réelle qui a agi de façon discriminatoire. Lorsqu'un employeur est une personne morale, il peut y avoir un problème avec les sanctions pénales, car le droit de certains pays (y compris LUX et ITA) ne reconnaît pas la responsabilité criminelle des personnes morales.

Il y a cependant aussi des situations où la discrimination n'est pas réellement perpétrée par un employeur (ni par un représentant de l'employeur). Cela peut être le cas lorsque les travailleurs sont employés par une autre société ou organisation (par exemple une agence d'intérim) que là où ils travaillent effectivement, ou lorsque quelqu'un est harcelé ou discriminé d'une autre manière par un supérieur hiérarchique, un collègue ou un client. La question se pose alors de savoir si les sanctions peuvent (aussi) s'appliquer aux véritables perpétrateurs. Dans la plupart des pays, les règles sont formulées d'une manière qui n'empêche généralement pas l'application de sanctions à d'autres que l'employeur contractuel (AUS, BEL, FRA, IRL, ITA, LUX, NLD et PRT). En DNK, FIN, ESP et UK, en revanche, la plupart des sanctions ne peuvent s'appliquer qu'aux employeurs (ou à l'employeur qui utilise les employés d'une agence d'intérim, comme en FIN, ou aux complices des employeurs, comme en ESP et UK). Une telle limitation ne semble pas compatible avec la Directive: pour que les sanctions soient effectives et dissuasives, il faut au moins que quelques-unes soient applicables aux véritables perpétrateurs.

Quand l'employeur est responsable, cela inclut normalement la responsabilité des actions d'un employé ou d'un représentant de l'employeur. Alors que cela est explicitement énoncé en UK,²¹⁶ dans beaucoup d'autres pays, cela découle de règles générales, parfois avec des limitations substantielles (comme par

²¹⁵ Lorsqu'une organisation d'employeurs, de travailleurs ou toute organisation dont les membres exercent une profession donnée agit de manière discriminatoire, les sanctions peuvent s'appliquer à cette organisation, mais aucun État membre n'a ressenti le besoin de rendre cela explicite, puisque cela découle clairement des règles substantives et procédurales.

²¹⁶ Voir § 17.2.5.

exemple au PRT,²¹⁷ où les personnes morales ne s'exposent à des sanctions administratives pour la conduite d'un directeur ou d'un employé que si la discrimination a été légitimée par quelqu'un ayant le pouvoir d'agir en leur nom).

Dans le cas du harcèlement aussi, il paraît raisonnable d'exiger que des sanctions (au moins quelques-unes) puissent être applicables à la fois à la personne physique qui harcèle (par exemple un supérieur hiérarchique, collègue ou client) et à l'employeur formel (à moins que l'on ne puisse pas dire que le harcèlement qui a eu lieu "concernait" l'un quelconque des aspects du champ d'application matériel énumérés à l'art. 3(1) de la Directive). Cette double responsabilité n'est pas rendue explicite dans la législation de la plupart des pays, à l'exception de ESP et AUS. Cependant, en ESP, les sanctions administratives pour harcèlement par un collègue ou un directeur ne peuvent être imposées à l'employeur que si le comportement délictueux a eu lieu dans le domaine de compétences managériales de l'employeur ou si ce dernier était au courant du harcèlement et n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'empêcher. Et en AUS, la compensation pour harcèlement par des collègues ou des tiers ne peut être réclamée à l'employeur que si celui-ci, volontairement ou par négligence, n'a pas pris les mesures nécessaires pour empêcher le harcèlement. Sans double responsabilité, les sanctions pour harcèlement peuvent difficilement être considérées comme effectives et dissuasives.

On peut dire en **conclusion** qu'au moins AUS, DNK, FIN, ESP et UK semblent avoir défini de façon trop étroite le cercle des personnes auxquelles des sanctions peuvent être appliquées.

19.5.6 *Conscience des opérateurs de droit sur les questions relatives à l'orientation sexuelle*

Afin de promouvoir une application adéquate des interdictions de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, il peut être utile d'augmenter la conscience des questions d'orientation sexuelle parmi les représentants de l'ordre (par exemple police, ministère public, juges, membres des organismes d'égalité, conseillers etc.). Un exemple d'une telle bonne pratique peut être trouvé en SWE, où le ministère public comme les juges suivent régulièrement une formation assurée par le Bureau de l'ombudsman contre la Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Une conscience ainsi accrue stimulerait aussi la confiance des victimes dans l'efficacité des voies de recours judiciaires. Il règne en effet malheureusement, entre les victimes, une situation de réticence ou de méfiance, comme l'illustrent certains chapitres nationaux du présent rapport.²¹⁸ En IRL, NLD et SWE, il y a place pour une opinion moins pessimiste.

19.5.7 *Légitimation d'agir des groupes d'intérêt (art. 9(2) Directive et considérant 29 Directive)*

Conformément à l'art. 9(2) de la Directive, les États membres doivent s'assurer que "les associations, les organisations ou les personnes morales qui ont (...)

²¹⁷ Voir § 19.5.4 ci-dessus et § 14.5.4

²¹⁸ Voir §§ 7.5.6, 9.5.6, 11.5.6 et 14.5.6.

un intérêt légitime à assurer que les dispositions de la présente Directive sont respectées” peuvent jouer un rôle dans l’application des interdictions de discriminer. L’expression “associations, organisations ou personnes morales” est suffisamment large pour recouvrir non seulement les syndicats, mais aussi d’autres groupes d’intérêt comme les associations de défense d’une catégorie professionnelle particulière ou les associations de défense des droits LGB. La seule condition établie par la Directive est que de tels groupes doivent avoir un intérêt légitime (“conformément aux critères fixés par leur législation nationale”) d’assurer la mise en œuvre de la Directive. Il arrive souvent (par exemple au LUX) que le droit national exige que l’objectif de sauvegarde des intérêts concernés (par exemple les droits des travailleurs, les droits des gays etc.) soit précisé dans la charte fondatrice de l’association, ou même que le groupe soit reconnu par un organisme gouvernemental. Les pays qui ne permettent qu’aux syndicats de jouer un rôle (comme s’est le cas en ITA, PRT, ESP²¹⁹ et SWE), ne respectent pas les exigences minimales de la Directive. C’est aussi le cas en AUS, où une seule organisation non gouvernementale (de coordination) spécifique puisse jouer un rôle devant les tribunaux, et seulement en ce qui concerne l’emploi privé.

La légitimation d’agir des groupes d’intérêt est souvent un sujet controversé. La Directive ne va pas jusqu’à exiger que les groupes d’intérêt soient autorisés à prendre part aux procédures d’application d’un droit collectif, mais seulement qu’ils “puissent, pour le compte ou à l’appui du plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue pour faire respecter les obligations découlant de la présente Directive”. Bien que la légitimation autonome d’agir dans les cas de systèmes de discrimination, publicité discriminatoire ou conventions collectives discriminatoires soit la règle dans plusieurs États membres (FRA,²²⁰ ITA,²²¹ LUX, ESP,²²² SWE et NLD), cela ne peut pas être vu comme une exigence de la Directive.

L’énoncé de l’art. 10(2) (surtout, par exemple, dans la version française de la Directive) suggère que le choix entre engager une procédure “pour le compte” et “à l’appui” (du plaignant) doit être laissé aux groupes d’intérêt et aux plaignants eux-mêmes et ne doit pas être fait d’avance dans la législation. Cette interprétation est en outre supportée par le fait que, dans beaucoup d’États membres, “agir à l’appui” est déjà une option en vertu de règles générales de procédure. Si cette interprétation est correcte, les lois nationales qui n’autorisent les groupes d’intérêt qu’à agir “à l’appui de” (mais non pour le compte de) la victime ne répondent pas aux exigences de la Directive (c’est le cas en AUS, DNK, FIN et UK).²²³

²¹⁹ En ESP, seuls les syndicats peuvent agir au nom de membres individuels, mais d’autres groupes d’intérêt peuvent représenter des groupes de travailleurs non identifiés individuellement; voir §15.5.7.

²²⁰ En FRA la légitimation est accordée en vertu de l’art. 2-6 du Code de procédure criminelle (mais le pouvoir législatif a omis d’ajouter “orientation sexuelle” à “mœurs” dans cette disposition; et les interdictions criminelles ne couvrent pas, en France, tout le champ d’application matériel de la Directive), ainsi qu’en vertu de l’art. L411-11 du Code du travail (mais ce droit est réservé aux syndicats). Voir § 7.5.7.

²²¹ En ITA, seuls les syndicats ont la légitimation d’agir dans les cas de discrimination collective; voir § 11.5.7.

²²² En ESP, seulement en vertu de la jurisprudence; voir § 15.5.7.

²²³ Le considérant 29 prend pour point de vue que la légitimation d’agir des associations ou entités légales est “sans préjudice des règles de procédure nationales relatives à la représentation et à la

Dans certains autres pays (IRL, ESP et SWE) “engager pour le compte de” semble être compris dans le sens que la partie lésée est “représentée” par l’organisation d’intérêt, ce qui signifie que l’organisation agit comme conseiller juridique. Une telle interprétation minimaliste des mots “pour le compte de” ne semble pas compatible avec la Directive, parce que cela rendrait superflus les mots “avec son approbation” de l’art. 10(2). Le fait qu’une telle représentation ne soit pas possible en IRL devant les cours d’appel est également incompatible avec la Directive.

Dans les six autres États membres “engager pour le compte du plaignant” est (correctement) compris comme l’organisation d’intérêt elle-même devenant partie dans la procédure contre la personne accusée de discrimination (BEL, FRA, ITA,²²⁴ LUX, NLD et PRT²²⁵).

On peut dire en **conclusion** que AUS, et peut-être aussi DNK, FIN, IRL, ESP, SWE et UK, donnent aux groupes d’intérêt un rôle trop limité dans les procédures d’application, et que AUS, ITA, PRT, ESP et SWE violent la Directive en excluant de ce rôle la plupart des groupes d’intérêt.²²⁶

19.5.8 *Charge de la preuve de la discrimination (art. 10 Directive et considérants 15, 31 et 32 Directive)*

L’art. 10(1) de la Directive exige des mesures assurant que, lorsque des personnes qui se considèrent lésées “établissent (...) des faits qui permettent de présumer l’existence d’une discrimination directe ou indirecte” la partie défenderesse doit “prouver qu’il n’y a pas eu violation du principe de l’égalité de traitement”. Comme déjà précisé dans la discussion sur la difficulté de prouver que quelque chose a été fait “pour le motif” d’orientation sexuelle,²²⁷ le transfert de la charge de la preuve est une partie essentielle de l’application effective du principe de l’égalité de traitement. Un transfert de la charge de la preuve a maintenant été adopté ou proposé relativement à la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle dans les treize États membres, mais pas toujours en complète conformité avec la Directive:

- La législation en UK et PRT prévoit un transfert de la charge de la preuve, mais elle exige que la présumée victime “prouve” les faits, un énoncé qui pourrait être plus sévère que ce qu’autorise la Directive. Au PRT, la disposition sur la charge de la preuve exige également que la victime désigne “le ou les travailleur(s) par rapport à qui elle croit avoir été discriminée”; une telle exigence n’est pas conforme à l’art. 2(2)(a) de la Directive, qui utilise les mots “serait traitée”.
- En ITA, la disposition concernée est énoncée de manière très étroite et elle ne précise pas qu’il revient à la partie défenderesse de prouver qu’il n’y a pas eu de violation du principe de l’égalité de traitement. De même, en AUS, la partie défenderesse doit seulement établir les faits à partir desquels

défense devant les juridictions”. Il apparaît qu’au moins un État membre (FIN) se fie sur cette affirmation pour justifier un manque total de légitimation pour les groupes d’intérêt. Voir § 6.5.7.

²²⁴ Mais seulement pour les syndicats, voir ci-dessus.

²²⁵ Idem.

²²⁶ A part DEU et GRC (et la plupart des États confédérés en AUS), qui ne disposent jusqu’ici d’aucune proposition définitive de mise en œuvre.

²²⁷ Voir § 19.2.3 ci-dessus.

on peut présumer qu'il n'y a pas eu de discrimination, après quoi la charge de la preuve est de nouveau transférée à la victime.

- En FRA, le transfert de la charge de la preuve n'est jusqu'ici prévu que pour l'emploi privé, pas pour l'emploi public.

On peut dire en **conclusion** que AUS, FRA, ITA, PRT et peut-être UK n'ont pas mis correctement en œuvre le transfert de la charge de la preuve qu'exige la Directive.²²⁸

19.5.9 *Charge de la preuve de l'orientation sexuelle (considérant 31 Directive)*

Le considérant 31 soulève la question de savoir si le plaignant de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est tenu de dévoiler et de "prouver" une orientation sexuelle particulière. Comme indiqué au § 2.3.1 (et au § 19.3.1), cette question ne prend de sens que si l'on conclut – en contradiction avec une interprétation textuelle et fondée sur les objectifs de l'art. 2(2) de la Directive – que seule la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle propre à la victime doit être interdite. Le pronom possessif utilisé devant "orientation sexuelle" dans la législation de FRA semble impliquer le devoir d'alléguer (et peut-être "prouver") l'orientation sexuelle de la victime. Il découle de l'énoncé choisi en ce qui concerne la discrimination indirecte en UK que la victime peut avoir à alléguer son orientation sexuelle, sans pour autant être tenue de la "prouver". Au LUX, la suggestion que la victime pourrait avoir à "prouver" son orientation sexuelle se retrouve dans les travaux préparatoires (où est répété le texte déroutant du considérant 31 de la Directive et où le Code pénal utilise encore un pronom possessif devant "orientation sexuelle").

Outre l'incompatibilité de ces exigences avec la Directive, il serait presque toujours impossible à quelqu'un de "prouver" son orientation sexuelle; et exiger de quelqu'un qu'il révèle son orientation sexuelle se ferait presque toujours en violation du droit à la vie privée.

La **conclusion** qui s'impose est que, dans les procédures anti-discriminatoires de FRA, UK et peut-être LUX, la victime doit parfois dévoiler son orientation sexuelle.²²⁹ Ce n'est pas compatible avec l'art. 2(2) de la Directive.

19.5.10 *Rétorsions (art. 11 Directive)*

La protection des employés contre tout licenciement ou tout autre traitement défavorable "en réaction à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement" est une exigence claire établie à l'art. 11 de la Directive. Plusieurs États membres ne l'ont pourtant pas mise en œuvre correctement:

- En ITA, la rétorsion en tant que telle n'est pas explicitement interdite, mais si une action discriminatoire illicite a lieu en rétorsion à une plainte antérieure ou à une décision judiciaire concernant la discrimination, le juge doit prendre cela en compte lorsqu'il fixe le montant de la compensation

²²⁸ A part DEU et GRC (et la plupart des États confédérés en AUS), qui ne disposent jusqu'ici d'aucune proposition définitive de mise en œuvre.

²²⁹ A part DEU et GRC (et la plupart des États confédérés en AUS), qui ne disposent jusqu'ici d'aucune proposition définitive de mise en œuvre.

pour dommages non pécuniaires.²³⁰ En AUS, c'est la situation inverse qui s'applique: une interdiction de la rétorsion s'applique, mais sans sanctions prévues.²³¹

- Il s'avère de l'énoncé très large de l'art. 11 ("en réaction à *une* plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à *une* action en justice") que la protection devrait s'appliquer non seulement à l'employé lésé par des actes discriminatoires, mais aussi à d'autres employés liés d'une quelconque manière à une plainte ou une action en justice (comme un collègue souhaitant témoigner contre l'employeur ou même des employés qui ne prennent pas explicitement fait et cause pour l'employeur). La protection adoptée en BEL et DNK n'est néanmoins offerte qu'au seul plaignant; en FRA la protection se limite au plaignant et aux témoins,²³² et aux NLD au plaignant et aux employés qui l'ont soutenu.

La **conclusion** qui s'impose est qu'une protection adéquate contre la rétorsion n'est prévue ou en projet qu'en FIN, IRL, LUX, PRT, ESP, SWE et UK.

19.6 Réforme des lois et dispositions discriminatoires existantes

19.6.1 *Suppression des lois discriminatoires (art. 16(a) Directive)*

En plus d'introduire une interdiction adéquate de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, les États membres devaient aussi retirer de telles discriminations de la législation primaire et secondaire. Selon l'énoncé de l'art. 16(a) de la Directive, les États membres devaient prendre les "mesures nécessaires afin que soient supprimées les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement". L'expression "principe de l'égalité de traitement", définie à l'art. 2(1) de la Directive, fait référence à la discrimination à la fois directe et indirecte.

Aucun des États membres ne semble avoir pris des mesures en vue de se conformer à l'art. 16(a). Et on n'a rapporté pour aucun d'eux que l'on procédait à un examen systématique de la législation afin de découvrir quelles dispositions directement ou indirectement discriminatoires pouvaient encore être trouvées dans la législation dans le domaine de l'emploi et du travail.²³³

Toute disposition discriminatoire restante pourrait être abrogée ou amendée par l'organisme législatif ou administratif compétent. Dans la plupart des pays, les tribunaux sont également compétents pour traiter une telle disposition, en la déclarant illégale, nulle ou non contraignante, en l'annulant ou encore en l'interprétant d'une manière anti-discriminatoire. A cette fin, la plupart des tribunaux nationaux peuvent invoquer la Directive et/ou une clause anti-discriminatoire constitutionnelle ou internationale. Dans certains pays (y compris FRA), des dispositions discriminatoires pourraient avoir perdu leur

²³⁰ Voir § 11.5.10.

²³¹ Voir § 3.5.4.

²³² Voir § 7.5.10.

²³³ Voir par exemple § 16.6.2.

validité en vertu du principe que les lois ultérieures priment sur les lois plus anciennes.²³⁴

L'absence de toute mesure spécifique concernant les dispositions *directement* discriminatoires pourrait se justifier, dans la plupart des pays, par le fait (probable) que leur législation primaire et secondaire ne contient plus de telles dispositions. En ce qui concerne les cohabitants de même sexe et de sexes différents, la plupart des pays ne les reconnaissent pas du tout dans la législation relative au travail (par exemple GRC et ITA) ou ne font pas la distinction entre les cohabitants de même sexe et de sexes différents (par exemple en DNK, FRA, NLD et SWE). On a toutefois rapporté l'existence possible de dispositions législatives discriminant directement sur la base de l'orientation sexuelle (principalement entre des cohabitants de même sexe et de sexes différents) pour DEU et UK (voir § 19.6.4 ci-dessous). En FRA et SWE – qui jusqu'à récemment conservaient des différences entre le statut légal des cohabitants de même sexe et de sexes différents – les derniers exemples de discrimination directe ont été abolis en 1999 et 2003 respectivement.²³⁵ On s'attend à ce que la même chose se produise bientôt en UK.²³⁶

On trouve encore des exemples de dispositions législatives dont on peut dire qu'elles discriminent *indirectement* sur la base de l'orientation sexuelle dans la plupart des États membres, y compris AUS, DNK, DEU, IRL, ESP et UK (voir § 19.6.4 ci-dessous). Il n'y a que FIN, NLD et SWE pour lesquels on affirme que cette discrimination législative indirecte (dans le domaine de l'emploi) a été abolie de manière effective.²³⁷

Conclusion: Étant donné que des dispositions indirectement discriminatoires peuvent être justifiées en vertu de l'art. 2(2)(b) de la Directive, et puisqu'il n'est pas certain que des dispositions directement discriminatoires existent encore, il est difficile de dire dans combien États membres la législation primaire et secondaire est incompatible avec l'art. 16(a) de la Directive.

19.6.2 *Suppression des dispositions administratives discriminatoires (art. 16(a) Directive)*

Voir paragraphe 19.6.1.

19.6.3 *Mesures nécessaires pour assurer la nullité de dispositions discriminatoires figurant dans les contrats, les conventions collectives, les règlements intérieurs des entreprises, les statuts des professions indépendantes ainsi que dans les statuts des organisations de travailleurs et d'employeurs (art. 16(b) Directive)*

Afin de se conformer à l'art. 16(b), les treize États membres prévoient que les dispositions discriminatoires des conventions collectives et/ou autres contrats sont nulles et de nul effet,²³⁸ et/ou ils se fient aux règles de droit générales qui

²³⁴ Voir par exemple § 7.6.1.

²³⁵ Voir §§ 7.6.1 et 7.3.3, ainsi que § 16.6.2.

²³⁶ Voir §§ 17.6.1 et 17.3.3.

²³⁷ Voir §§ 13.6.4 et 16.6.2.

²³⁸ En BEL, ce n'est pas le cas de toutes les régions et communautés linguistiques.

entraînent la nullité.²³⁹ On ne peut pas toujours dire clairement si les règles internes discriminatoires, ou les règles discriminatoires gouvernant les professions ou organisations, sont également affectées par la nullité. Seule la législation en projet au LUX prévoit explicitement la nullité des dispositions discriminatoires dans tous les contrats, conventions et règles mentionnés à l'art. 16(b) de la Directive.

La plupart des États membres n'ont pris aucune mesure spécifique pour assurer l'amendement de telles dispositions discriminatoires. Ils se fient principalement sur les sanctions générales disponibles dans les cas de discrimination (voir § 19.5.4 ci-dessus), qui peuvent stimuler les employeurs et organisations concernés à amender leurs dispositions discriminatoires. La législation de quelques pays est cependant plus spécifique. En FIN, les tribunaux ont reçu le pouvoir de modifier ou d'ignorer les dispositions discriminatoires des contrats;²⁴⁰ en IRL, la loi relative à l'égalité dans l'emploi insère des clauses d'égalité dans chaque contrat de travail et ces clauses modifient toute clause discriminatoire des mêmes contrats;²⁴¹ et en SWE, un employé a le droit d'exiger que son employeur amende une disposition contractuelle discriminatoire.²⁴²

On ne connaît pas le nombre de contrats, conventions collectives, règles internes etc. contenant encore des dispositions discriminatoires (voir § 19.6.4 ci-dessous).

La **conclusion** qui s'impose est qu'il n'est pas certain que tous les États membres ont pris toutes les mesures nécessaires exigées par l'art. 16(b) de la Directive.

19.6.4 Lois et dispositions discriminatoires toujours en vigueur

La législation primaire et secondaire relative à l'emploi de la plupart des États membres ne contient plus de dispositions qui discriminent *directement* sur la base de l'orientation sexuelle. De telles dispositions (qui discriminent principalement entre les cohabitants de même sexe et de sexes différents) pourraient encore exister en DEU et UK.²⁴³

Un exemple d'une loi apparemment neutre qui, suite à son application, pourrait être indirectement discriminatoire sur la base de l'orientation sexuelle peut être trouvée en ESP, où le Statut relatif au régime disciplinaire prévoit que les relations sexuelles pratiquées sur le domaine militaire qui offensent la dignité militaire pourraient mériter une sanction disciplinaire.²⁴⁴

Dans plusieurs pays (y compris AUS, DEU, IRL, ITA, PRT, ESP et UK), la législation relative à l'emploi contient encore des dispositions qu'on pourrait dire indirectement discriminatoires parce qu'elles limitent certaines conditions d'emploi aux seuls partenaires mariés, excluant donc les partenaires de même

²³⁹ Au PRT, les dispositions discriminatoires des conventions collectives ne sont considérées comme nulles et de nul effet que si elles ne sont pas abrogées un an après l'adoption du Code du travail en décembre 2003. Voir § 14.6.3.

²⁴⁰ Voir § 6.6.3.

²⁴¹ Voir § 10.6.3.

²⁴² Voir § 16.6.3.

²⁴³ Voir §§ 8.6.4 et 17.6.1.

²⁴⁴ Voir § 15.6.4.

sexe. Il n'est pas certain qu'une telle exclusion puisse être justifiée en vertu de l'art. 2(2)(b) de la Directive.²⁴⁵

On peut dire la même chose des conditions de travail (comme le congé parental) qui ne sont accessibles qu'aux parents légaux, excluant donc de nombreux partenaires de même sexe qui ne peuvent pas adopter l'enfant de leur partenaire,²⁴⁶ ou qui n'ont pas encore pu le faire parce que la procédure d'adoption prend du temps.²⁴⁷

La discrimination directe dans la législation du droit familial n'est pas la seule à pouvoir entraîner une discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi. Les exemples restants de discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle dans la législation de droit criminel (en GRC, PRT et IRL) peuvent aussi entraîner une discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi.²⁴⁸

En ce qui concerne les contrats, conventions collectives et règles internes, il est presque impossible de savoir si l'un quelconque d'entre eux contient encore des dispositions directement ou indirectement discriminatoires. Aucun État membre n'a entrepris d'effort de contrôle systématique (effectué par le gouvernement, les employeurs ou toute autre organisation) afin de vérifier l'existence de telles dispositions discriminatoires. Dans la plupart des États membres, il y a probablement encore de nombreux exemples de discrimination indirecte dans des contrats, des conventions collectives et des règles internes. Dans certains pays, il y a même encore quelques exemples de discrimination directe dans de tels documents.²⁴⁹

On peut probablement dire la même chose des règles qui gouvernent les activités non salariées et les professions indépendantes, ainsi que des règles qui gouvernent les organisations de travailleurs et d'employeurs.

19.7 Observations conclusives

Le 2 décembre 2003, quinze États membres devaient avoir mis en œuvre la Directive. Ils sont partis de points de départ légal et social différents, comme on l'a décrit au début de ce chapitre. Avant l'adoption de la Directive en 2000, huit États membres disposaient déjà d'une certaine législation contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi, mais AUS, BEL,²⁵⁰ DEU,²⁵¹ GRC, ITA, PRT et UK n'en avaient pas.

Depuis 2000, douze États membres ont adopté une législation de mise en œuvre relative à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (BEL, FRA, ITA, PRT, SWE et UK l'ont fait pour la plus grande partie avant le 2 décembre 2003; DNK, FIN, NLD et ESP l'ont fait peu après cette date; et en AUS (au niveau fédéral) et IRL la législation de mise en œuvre est entrée en vigueur en juillet 2004). Au LUX, une proposition a été soumise au Parlement en 2003.

²⁴⁵ Voir aussi § 19.3.3.

²⁴⁶ Pour des exemples en ESP, voir § 15.6.4. Voir aussi § 19.1.9.

²⁴⁷ Pour un exemple au DNK, voir §§ 5.3.3 et 5.6.1.

²⁴⁸ Voir §§ 19.3.7 et 19.1.9.

²⁴⁹ Pour des exemples en AUS, voir § 3.6.4 et, pour un exemple en NLD, § 13.6.4. Voir aussi l'annexe au présent Rapport, contenant une étude thématique sur les *avantages discriminatoires au partenaire*.

²⁵⁰ Excepté une convention collective de 1999 rendue contraignante par décret royal; voir § 3.1.5.

²⁵¹ Sauf dans certains *Länder*; voir § 8.1.5.

Ce chapitre voulait vérifier si les exigences minimales de la Directive étaient rencontrées par la législation qui a été adoptée ou proposée dans ces *treize* pays. En DEU et GRC, aucune législation de ce type n'a encore été proposée par le gouvernement. La législation fait aussi encore défaut dans tous les *Länder* de DEU et dans la plupart des États confédérés d'AUS.

Les conclusions de cette ébauche d'évaluation de mise en œuvre peuvent être trouvées dans les divers paragraphes de ce chapitre. Il est apparu que, dans beaucoup d'États membres (six ou davantage), il semble y avoir des problèmes majeurs de mise en œuvre en ce qui concerne:

- la discrimination indirecte;
- le champ d'application matériel de l'interdiction de discriminer;
- les exigences professionnelles et les employeurs de base religieuse;
- le rôle des groupes d'intérêt dans les procédures d'application;
- les sanctions.

En ce qui concerne les autres aspects importants de la Directive, la mise en œuvre semble poser problème dans un nombre plus restreint d'États membres.

Les principales conclusions de ce chapitre ont été résumées au chapitre 20 (et dans son tableau 14). Les tableaux du chapitre 18 donnent un aperçu général de la législation anti-discriminatoire dans les quinze États membres.

Littérature citée dans les notes

Ce chapitre se base très largement sur les chapitres précédents, consacrés au droit européen et national. Les références à ces chapitres sont souvent silencieuses, c'est-à-dire que la mention d'un pays donné dans un paragraphe spécifique du chapitre 19 signifie que les informations concernant ce pays sont basées sur ce qui est écrit au paragraphe correspondant du chapitre consacré à ce pays (les numéros des paragraphes sont standardisés dans tous les chapitres). Il est parfois fait explicitement référence à des paragraphes spécifiques de ces autres chapitres. En plus de cela, on a encore utilisé d'autres références:

Flynn, Leo, "From Individual Protection to Recognition of Relationships? Same-Sex Couples and the Irish Experience of Orientation sexuelle Law Reform", in: Robert Wintemute & Mads Andenaes (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 591-604.

Graupner, Helmut, "The first will be the last: Legal Recognition of Same-Sex Partnerships in Austria", in: Robert Wintemute & Mads Andenaes (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 549-561.

Graupner, Helmut, *Sexualität, Jugendschutz und Menschenrechte*, partie 2, Francfort: P Lang, 1997.

Halman, Loek, *The European Values Study: A Third Wave. Source book of the 1999/2000 European Values Study Surveys*, Tilburg: WORC, Tilburg University, 2001.

Leroy-Forgeot, Flora, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

Marsh, Alan, & Sahin-Dikmen, Melahat, *Discrimination in Europe (Rapport A & Rapport B)*, Policy Studies Institute, London, 2002.

Pérez Cánovas, Nicolás, "Spain: The Heterosexual State Refuses to Disappear", in: Robert Wintemute & Mads Andenaes (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 493-504.

Waaldijk, Kees, "Taking same-sex partnerships seriously: European experiences as British perspectives", *International Family Law*, 2003, p. 84-95.