

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*

13 Pays-Bas

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 Matteo Bonini-Baraldi, Daniel Borrillo, Alan Littler, Wout Morra, Manthos Peponas et Hans Ytterberg pour leurs commentaires sur des versions antérieures de ce chapitre. Le texte complet de la version mise à jour de la législation en vigueur aux Pays-Bas peut être trouvé, en néerlandais, à l'adresse <http://wetten.overheid.nl>. Une traduction inofficielle en anglais de la loi générale d'Égalité de traitement (ci-après : loi GET), comme amendé en 2004, se trouve à l'adresse www.cgb.nl/english. Tous les avis de la *Commissie gelijke behandeling* (Commission pour l'Égalité de traitement, ci-après : Commission ET) peuvent être consultés sur www.cgb.nl ("oordelen"). Les décisions récentes des tribunaux peuvent être trouvées à l'adresse www.rechtspraak.nl.

13.1 Cadre juridique général

13.1.1 Protection constitutionnelle contre les discriminations

Depuis 1983, la Constitution [*Grondwet*] du royaume des Pays-Bas contient une clause anti-discriminatoire (deuxième phrase de l'art. 1) : *Nulle discrimination n'est permise, qu'elle se fonde sur la religion, les convictions, les convictions, les opinions politiques, la race ou le sexe, ou tout autre motif.*³

Les mots “ou tout autre motif” ont été insérés lors des débats parlementaires qui ont mené à l'adoption de cette clause ; la proposition gouvernementale initiale ne contenait qu'une liste exhaustive des cinq motifs explicitement cités. La raison principale pour insérer les mots “ou tout autre motif” fut le souhait, au Parlement, de couvrir également la discrimination homophobe.⁴ La jurisprudence a confirmé que les “autres motifs” incluent effectivement l'orientation sexuelle.⁵

Bien que la clause anti-discriminatoire soit la première d'un chapitre de 23 articles garantissant divers droits de l'homme civils, politiques et sociaux (y compris le droit, pour tous les citoyens néerlandais, d'être éligibles à un poste dans la fonction publique “sur un pied d'égalité” ; art. 3), elle n'est généralement pas considérée comme plus importante que d'autres droits. On a cependant argué que l'interdiction de discriminer a davantage d'effets horizontaux que la plupart des autres droits constitutionnels.⁶ Cela n'a guère été testé en justice, car il existe maintenant une législation ordinaire extensive et détaillée qui interdit la discrimination pour de nombreux motifs dans la sphère privée, y compris l'emploi (voir § 13.1.5 ci-dessous). Il est indiscutable que la Constitution lie l'administration, également en sa qualité d'employeur public.

Une des raisons de l'adoption de divers actes de législation ordinaire spécifiant la signification de l'interdiction de discriminer pour des domaines sociaux spécifiques repose sur le caractère vague du concept constitutionnel de discrimination. Le terme n'est pas défini dans la Constitution. En doctrine juridique, il est généralement entendu que les types de différences de traitement basées sur les motifs couverts par la clause constitutionnelle ne doivent pas tous être considérés comme une discrimination illicite. Une différence de traitement ne s'apparente à la *discrimination* que si elle désavantage quelqu'un sur la base d'un critère sans objet⁷ ou, en d'autres mots, si la différence de traitement désavantageuse ne peut pas être justifiée par des raisons spécifiques.⁸

Le principal intérêt de la disposition anti-discriminatoire de l'art. 1 repose sur son utilisation dans des débats politiques et législatifs. D'une part, elle est invoquée comme un principe contre la discrimination législative et, d'autre part,

³ Art. 1 phrase 2 *Grondwet* : “*Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.*” En vigueur depuis le 17 février 1983 (*Staatsblad* 1983, n° 70).

⁴ Voir Waaldijk, 1986/1987, 59-60.

⁵ *Gerechtshof* [Cour d'appel] Amsterdam, 10 décembre 1987, *NJCM-Bulletin* 1989, 305 à 315 (La NJCM est la section néerlandaise de la Commission internationale de juristes).

⁶ Akkermans, 1992, 57-58 ; Bijsterveld, 2000, 69.

⁷ Akkermans, 1992, 46.

⁸ Hirsch Ballin, 1988, 140.

elle inspire et légitimise l'adoption par le pouvoir législatif de nombreuses dispositions anti-discriminatoires (voir ci-dessous). Bien que l'art. 1 ne s'énonce pas comme une obligation, pour le pouvoir législatif, d'adopter une législation anti-discriminatoire, il a fonctionné de cette manière (en même temps, bien sûr, que les directives CE relatives à l'Égalité de traitement et les conventions sur l'Élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et de discrimination raciale.

Bien que la Constitution soit contraignante par rapport au pouvoir législatif, les tribunaux néerlandais n'ont pas le pouvoir d'annuler la législation parlementaire qui viole la Constitution,⁹ et les procès au cours desquels une législation secondaire ou une action administrative est supposée anticonstitutionnelle sont rares. La Commission pour l'Égalité de traitement n'est pas compétente pour examiner les questions de constitutionnalité.

Les tribunaux néerlandais ont toutefois le pouvoir d'annuler la législation parlementaire qui viole toute disposition directement applicable du droit international.¹⁰ En ce qui concerne la discrimination, les tribunaux néerlandais doivent souvent déterminer si un acte législatif viole l'art. 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'art. 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou une autre disposition anti-discriminatoire internationale ou européenne.

13.1.2 Principes généraux et concepts d'égalité

Dès avant qu'il ait trouvé sa place dans la Constitution, un principe général d'égalité était reconnu par le droit néerlandais, particulièrement par le droit administratif. Ce principe a été codifié en 1983 en première phrase de l'art. 1 de la Constitution : *Tous ceux qui se trouvent aux Pays-Bas sont, dans des cas égaux, traités de façon égale.*¹¹ L'interdiction de discriminer discutée plus haut, qui forme la deuxième phrase de l'art. 1 de la Constitution, est généralement considérée comme une spécification de ce principe général : tout traitement différent de cas similaires doit être justifié (de manière raisonnable et objective).¹²

En dépit de la tradition néerlandaise de fournir aux différentes minorités un "espace" législatif ou administratif spécifique, la jurisprudence et la doctrine néerlandaises accordent peu de reconnaissance explicite au *principe d'égalité inversé* : l'exigence que des personnes se trouvant dans des circonstances différentes soient traitées différemment.¹³ La Commission pour l'Égalité de traitement a néanmoins utilisé cette formulation, à la fois en ce qui concerne les cas de grossesse et dans d'autres contextes.¹⁴ Certains aspects matériels (par

⁹ Cela est prévu à l'art. 120 de la Constitution. Le contrôle de la constitutionnalité de la législation est confié au Parlement et au gouvernement eux-mêmes.

¹⁰ Art. 93 et 94 de la Constitution.

¹¹ Art. 1, première phrase Grondwet : *"Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld."* En vigueur depuis le 17 février 1983.

¹² Akkermans, 1992, p. 45 ; Bijsterveld, 2000, 65.

¹³ Comme l'a reconnu la Cour de justice des Communautés européennes dans une longue série d'arrêts depuis le 17 juillet 1963 : affaire 13/63 (*Italie c. Commission*), ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme, 6 avril 2000 (*Thlimmenos c. Grèce*).

¹⁴ Voir par exemple *Commissie gelijke behandeling* [Commission pour l'Égalité de traitement, ci-après : Commission ET], 8 décembre 1998, opinion 98-131 ; 20 novembre 2002, opinion 02-188 ; et 31 mars 2003, opinion 03-47.

opposition à formels) du principe d'égalité ont été reconnus de façon plus générale de deux autres manières. Tout d'abord, la "*discrimination*" positive n'est pas considérée comme une forme de discrimination illicite (constitutionnellement ou autrement), mais comme une forme de différenciation pouvant être justifiée sous certaines circonstances. En ce qui concerne l'art. 1 de la Constitution (voir ci-dessus) ou l'art. 429*quater* du Code pénal (voir § 13.1.5 ci-dessous), cela fait partie de l'interprétation du concept de discrimination. La loi générale d'Égalité de traitement (ci-après : loi GET) énonce d'autre part une exception explicite pour l'action positive, mais seulement en ce qui concerne les femmes et les minorités ethniques ou culturelles.¹⁵ Il n'y a aucune obligation législative, pour les employeurs ou d'autres, d'adopter une stratégie d'action positive. Deuxièmement, la *discrimination indirecte* est également couverte par les interdictions constitutionnelle et législative.¹⁶

Mis à part ces aspects matériels, il semble y avoir maintenant, en gros, quatre concepts juridiques d'égalité en vigueur aux Pays-Bas :

- a. Le principe général contre le *traitement différent injustifié* dans des circonstances égales (première phrase de l'art. 1 de la Constitution, voir ci-dessus).
- b. L'interdiction de discriminer (pour quelque motif que ce soit) comme *traitement différent désavantageux injustifié* (deuxième phrase de l'art. 1 de la Constitution, voir ci-dessus).
- c. L'interdiction de *toute distinction* (fondée sur la religion, les convictions, les opinions politiques, la race, la nationalité, le sexe, l'état civil, l'orientation hétérosexuelle ou homosexuelle, le handicap ou une maladie chronique¹⁷ ou encore l'âge¹⁸) non couverte par une exception législative explicite (loi GET et quelques statuts apparentés, voir ci-dessous).
- d. L'interdiction de discrimination (fondée sur la race, la religion, les convictions, le sexe ou l'orientation hétérosexuelle ou homosexuelle) comme "*toute forme de distinction ou tout acte d'exclusion, de restriction ou de préférence ayant pour but ou pouvant avoir comme résultat de détruire ou d'enfreindre l'exercice, la jouissance ou la reconnaissance égalitaire des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le domaine politique, économique, social ou culturel ou dans tout autre domaine de la société*" (art. 90*quater* du Code pénal, voir ci-dessous).

La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est couverte par les quatre concepts. Avec l'arrivée de nouvelles bases de discrimination maintenant couvertes par la législation anti-discriminatoire néerlandaise (comme l'âge, le

¹⁵ Art. 2(3) de la *Algemene wet gelijke behandeling* du 2 mars 1994 (*Staatsblad* 1994, n° 230). Une disposition similaire peut être trouvée à l'art. 3(b) de la *Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte* [loi pour l'Égalité de traitement sur les bases du handicap et d'une maladie chronique] du 3 avril 2003 (*Staatsblad* 2003, n° 206 ; en vigueur depuis le 1^{er} décembre 2003).

¹⁶ Voir par exemple l'art. 1(c) de la loi GET.

¹⁷ *Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte* [loi pour l'Égalité de traitement sur les bases du handicap et d'une maladie chronique] du 3 avril 2003 (*Staatsblad* 2003, n° 206 ; en vigueur depuis le 1^{er} décembre 2003, *Staatsblad* 2003, n° 329).

¹⁸ *Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid* [loi pour l'Égalité de traitement sur la base de l'âge dans l'emploi] du 17 décembre 2003 (*Staatsblad* 2004, n° 30 ; en vigueur depuis le 1^{er} mai 2004, *Staatsblad* 2003, n° 90).

handicap, une maladie chronique et le fait qu'une personne travaille à plein temps ou à temps partiel), il y a un certain malaise à propos de cette prolifération – source de confusion – de concepts égalitaires, de même qu'à propos du nombre croissant de statuts traitant de l'anti-discrimination.¹⁹ Le gouvernement néerlandais a annoncé qu'il examinerait ces problèmes en vue de légiférer à leur sujet après la mise en œuvre de la Directive-cadre 2000/78/CE et de la Directive sur la race 2000/43/CE.²⁰

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

Le pouvoir de légiférer contre la discrimination dans l'emploi et le travail est confié au pouvoir législatif parlementaire national, qui peut déléguer le règlement de certains détails au gouvernement. Les organismes régulateurs de certaines professions sont en outre compétents pour édicter des règles anti-discriminatoires.

13.1.4 *Structure générale du droit du travail*

Les contrats d'emploi privés sont régis par le Livre 7 du Code civil [*Burgerlijk Wetboek*], certains statuts additionnels spécifiques (y compris la loi GET) et les conventions collectives de travail (par secteur ou employeur). Certains employés du secteur public ont un contrat de travail privé avec leur employeur gouvernemental, mais l'emploi de la plupart des salariés du secteur public est régi par la loi sur les Fonctionnaires [*Ambtenarenwet*] et par certains statuts additionnels spécifiques (y compris la loi GET). Il y a normalement aussi, pour chaque secteur d'emploi public, une convention collective de travail.

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

La discrimination fondée sur "l'orientation hétérosexuelle ou homosexuelle" dans le domaine de l'emploi et du travail est explicitement interdite dans deux statuts différents : le Code pénal depuis 1992²¹ et la loi générale d'Égalité de traitement de 1994 (ci-après : loi GET).²² Cette dernière a été amendée par la *EG-implementatiewet Awgb* du 21 février 2004 (ci-après : loi de Mise en œuvre).²³

En vertu de l'article 429*quater* du Code pénal, "discriminer contre des personnes en se fondant sur leur race, leur religion, leurs convictions, leur sexe ou leur orientation hétérosexuelle ou homosexuelle" est une infraction criminelle, mais seulement si une personne le fait "dans l'exercice d'une

¹⁹ Voir Holtmaat 2000.

²⁰ Voir *Kamerstukken II* [Documents parlementaires de la Chambre basse, ci-après : *documents parlementaires II*], 2002/2003, 28770, n° A, p. 4-5.

²¹ Art. 90*quater* et 429*quater* du *Wetboek van Strafrecht* (Code pénal), tels qu'amendés le 1^{er} février 1992 par la loi du 14 novembre 1991 (*Staatsblad* 1991, n° 623).

²² La *Algemene wet gelijke behandeling* du 2 mars 1994 (*Staatsblad* 1994, n° 230) est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1994 et a été amendée à plusieurs reprises depuis.

²³ La loi de Mise en œuvre a été publiée au *Staatsblad* 2004, n° 119 et est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004 (tel que prévu au *Staatsblad* 2004, n° 120). "EG" est l'abréviation néerlandaise des Communautés européennes et "Awgb" l'abréviation de *Algemene wet gelijke behandeling* (loi GET).

profession ou d'un commerce ou à titre officiel", ²⁴ la plupart des employeurs étant repris dans l'une de ces trois catégories. Aux fins de cette disposition, l'art. 90^{quater} du Code définit la *discrimination* comme "toute forme de distinction ou tout acte d'exclusion, de restriction ou de préférence ayant pour but ou pouvant avoir comme résultat de détruire ou d'enfreindre l'exercice, la jouissance ou la reconnaissance égalitaire des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le domaine politique, économique, social ou culturel ou dans tout autre domaine de la société". ²⁵

La loi GET interdit toute "distinction (directe ou indirecte) entre des personnes sur la base de la religion, des convictions, des opinions politiques, de la race, du sexe, de la nationalité, de l'orientation hétérosexuelle ou homosexuelle ou de l'état civil" (art. 1), dans le domaine de l'emploi salarié (art. 5), dans le domaine des professions libérales (art. 6), par les organisations d'employés, d'employeurs ou professionnelles (art. 6a) et pour tout ce qui concerne l'orientation éducative, professionnelle et de carrière (art. 7). ²⁶ Aux art. 2, 3, 4, 5, 6a et 7, la loi prévoit diverses exceptions à cette interdiction générale de *distinction*. La loi crée aussi la Commission pour L'Égalité de traitement (ci-après : Commission ET) et ses tâches quasi-judiciaires non contraignantes (art. 11 à 21). Davantage de détails sur la Commission ET seront donnés ci-dessous, aux §§ 13.5.1 et 13.5.2.

En plus de ces interdictions fondamentales, plusieurs statuts prévoient que certains organismes doivent protéger de la discrimination dans l'emploi quel qu'en soit le motif (y compris l'orientation sexuelle). Cela s'applique :

- aux Centres pour le travail et les revenus (à qui un employeur doit souvent demander la permission de mettre fin à un contrat de travail) ; ²⁷
- au conseil du travail ou à l'organisme de participation des employés dans les sociétés, écoles, universités et autres organisations ; ²⁸
- à la commission des plaintes dans toute école primaire ou secondaire ; ²⁹
- à l'Organisation centrale du travail et des revenus et à son Conseil des clients ; ³⁰

²⁴ Le texte complet de l'art. 429^{quater} du Code pénal s'énonce comme suit : "Hij die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf personen discrimineert wegens hun ras, hun godsdienst, hun levensovertuiging, hun geslacht of hun hetero- of homoseksuele gerichtheid wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste twee maanden of geldboete van de derde categorie".

²⁵ Le texte complet de l'art 90^{quater} du Code pénal s'énonce comme suit : "Onder discriminatie of discrimineren wordt verstaan elke vorm van onderscheid, elke uitsluiting, beperking of voorkeur, die ten doel heeft of ten gevolge kan hebben dat de erkenning, het genot of de uitoefening op voet van gelijkheid van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel terrein of op andere terreinen van het maatschappelijk leven, wordt teniet gedaan of aangetast".

²⁶ L'art. 7 couvre également la fourniture de tous biens et services n'étant pas reliés à un emploi (voir plus bas).

²⁷ Art. 7 :1 de la *Ontslagbesluit* (Règlement des licenciements du ministre de l'Emploi du 7 décembre 1998, *Staatscourant* 1998, n° 238).

²⁸ Art. 28 de la *Wet op de ondermingsraden* (loi sur les Conseils du travail, *Staatsblad* 1971, n° 54), tel qu'inséré par la loi du 5 juillet 1979, *Staatsblad* 1979, n° 448), art. 5 de la *Wet medezeggenschap onderwijs* 1992 (loi de 1992 sur la Participation des salariés à l'enseignement, *Staatsblad* 1992, n° 663) et art. 9.32 de la *Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek* (loi sur l'Enseignement supérieur et la recherche scientifique, *Staatsblad* 1992, n° 593).

²⁹ Art. 14 de la *Wet op het primair onderwijs* (loi régissant l'Enseignement primaire, *Staatsblad* 1994, n° 620) et art. 143 de la *Wet op het voortgezet onderwijs* (loi régissant l'Enseignement secondaire, *Staatsblad* 1993, n° 666), toutes deux telles qu'amendées par la loi du 18 juin 1998 (*Staatsblad* 1998, n° 398).

- à l'Institut exécutif d'assurance sociale pour les employés.³¹

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

Les premières mentions de jurisprudence néerlandaise au sujet de licenciements pour motif d'orientation sexuelle (dans le sens d'une caractéristique individuelle ou d'entretenir une relation avec une personne du même sexe) datent des années cinquante et du début des années soixante-dix.³² Dans chacun de ces cas, le tribunal n'a pas considéré le licenciement comme étant contraire à toute règle non écrite.

Dans deux cas sur lesquels on a statué dans les années quatre-vingt (donc avant l'entrée en vigueur de la législation anti-discriminatoire), les tribunaux ont évité d'avoir à parler de l'acceptabilité de la supposée discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Les deux cas traitaient du non-renouvellement, dans l'enseignement catholique, du contrat de travail temporaire de professeurs très ouverts à propos de leur orientation lesbienne ou gaie. Dans le premier cas, le tribunal a considéré que l'école n'était pas forcée de donner la raison du non-renouvellement ; dans le second, le tribunal n'a pas estimé pertinent que l'école ait basé sa décision de non-renouvellement sur le fait que l'enseignant vivait ouvertement une relation homosexuelle.³³

La première décision positive d'un tribunal néerlandais à propos d'une plainte de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans l'emploi est tombée en 1982 (soit avant même l'entrée en vigueur de l'interdiction constitutionnelle de discriminer).³⁴ L'affaire était présentée par un homme gay qui avait été réformé de l'armée pour motif "d'inaptitude pour cause de maladie". En fait, les autorités militaires s'étaient basés fortement sur l'homosexualité de l'homme pour conclure qu'il était "malade". Le tribunal a jugé que "l'inaptitude pour cause de maladie" ne pouvait pas être déduite du simple fait de l'orientation sexuelle.³⁵

A partir des années quatre-vingt-dix, le rôle des tribunaux s'est déplacé vers des problèmes de partenariat de même sexe et de responsabilités parentales (une tendance qui avait débuté dans les années soixante-dix).

Depuis 1995, la Commission ET a délivré 29 opinions (non contraignantes) au sujet d'une prétendue discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans

³⁰ Art. 22 et 12 de la *Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen* (loi sur l'Administration du travail et des revenus, *Staatsblad* 2001, n° 624). L'Organisation centrale est chargée de plusieurs tâches dans le domaine de l'emploi et de la sécurité sociale.

³¹ Idem, art. 31.

³² *Kantonrechter* [Tribunal de canton] Rotterdam, 14 novembre 1950 (*Nederlandse Jurisprudentie* 1951, 355) ; *Kantonrechter* Utrecht, 29 juillet 1955 (*Nederlandse Jurisprudentie* 1971, n° 137) ; *Kantonrechter* Haarlem, 12 avril 1957 (*Nederlandse Jurisprudentie* 1957, n° 458) ; *President Rechtbank* [Président du tribunal de district] Arnhem, 28 mai 1970 (*Nederlandse Jurisprudentie* 1970, n° 424) ; *Kantonrechter* Leeuwarden, 29 février 1972 (*Nederlandse Jurisprudentie* 1972, n° 356). La décision de 1955 du *Kantonrechter* d'Utrecht a plus tard été contestée devant le *Hoge Raad* [cour de cassation] comme étant un acte judiciaire dommageable, pour lequel l'Etat aurait à verser des indemnités ; Le *Hoge Raad* [cour de cassation] a toutefois révoqué cette action le 3 décembre 1971 (*Nederlandse Jurisprudentie* 1971, n° 137).

³³ *President Rechtbank* Den Bosch, 16 juillet 1982 (*NJCM-Bulletin* 1982, 334) ; *Rechtbank* Maastricht, 21 mai 1987 (affaire 2401/1985, non publiée).

³⁴ *Centrale Raad van Beroep* [Cour d'appel centrale, le tribunal le plus élevé pour les affaires concernant l'emploi dans le secteur public], 17 juin 1982 (*Militair Rechterlijk Tijdschrift*, 1982, 300).

³⁵ Voir Mattijssen, 1992, 21.

l'emploi (voir plus bas), ainsi que 18 opinions au sujet d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en ce qui concerne les biens et services.³⁶ Quatre opinions au total traitaient de l'orientation hétérosexuelle,³⁷ les 43 autres de l'orientation homosexuelle.

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

Pratiquement tous les aspects de la discrimination dans l'emploi sont couverts par la loi GET, sans différenciation entre l'orientation sexuelle d'une part et la race, le sexe, la religion ou les convictions de l'autre. La loi contient toutefois, en ce qui concerne les motifs de race et de sexe, plusieurs exceptions (par exemple sur l'action positive et sur les exigences professionnelles essentielles)³⁸ qui ne s'appliquent pas à l'orientation sexuelle.

De plus, l'interdiction de la discrimination liée au sexe est répétée dans un plus grand nombre d'autres statuts que l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. L'interdiction de faire la distinction entre hommes et femmes dans le domaine de l'emploi, par exemple, se retrouve également dans le Code civil³⁹ et dans la loi pour l'Égalité de traitement des hommes et des femmes.⁴⁰ Cependant, à part des dispositions spécifiques concernant la grossesse, la maternité et l'égalité des salaires, ces autres statuts n'apportent pas une plus grande protection contre la discrimination liée au sexe que celle qu'apporte la loi GET contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La protection offerte par les lois contre la discrimination dans l'emploi sur base du handicap, d'une maladie chronique et de l'âge⁴¹ est également comparable.

La loi de Mise en œuvre de 2004 a étendu la loi GET au domaine de la protection sociale, de la sécurité sociale et des avantages sociaux, mais la nouvelle interdiction (art. 7a) se limite aux distinctions dans ce domaine fondées sur la race. Quand il s'agit d'autres motifs, ce domaine reste uniquement soumis aux interdictions constitutionnelle et internationale de discrimination.

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

La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est interdite par plusieurs autres promulgations, notamment à l'art. 7 de la loi GET, en ce qui concerne la fourniture de biens et services, y compris l'enseignement, les services de santé, le logement, etc.

Etre capable d'avoir une "attitude impartiale, compréhensive et fiable envers les patients quels que soient leur sexe, leur race, leur âge, leur richesse, leur

³⁶ Toutes les opinions peuvent être retrouvées sur le site Internet de la Commission pour l'Égalité de traitement : www.cgb.nl, et une liste (en néerlandais) de toutes les opinions concernant l'orientation sexuelle sur le site : www.emmeijers.nl/waaldijk.

³⁷ Commission ET, 3 février 1999, opinion 99-13 ; 18 décembre 2000, opinion 00-90 ; 8 mai 2003, opinion 03-57 ; et 27 janvier 2004, opinion 04-07.

³⁸ Voir l'art. 2 de la loi GET.

³⁹ Art. 646 et 647 du Livre 7 du Code civil.

⁴⁰ *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen* (Staatsblad 1980, n° 86).

⁴¹ Voir § 13.1.2 ci-dessus.

niveau d'éducation, leur culture, leur orientation sexuelle ou leurs convictions” est l'une des exigences législatives de la formation des médecins.⁴²

Plusieurs lois générales et spécifiques sur la protection des données limitent sévèrement la possibilité d'enregistrer des données concernant la “vie sexuelle” (parfois appelée “sexualité”) d'une personne.⁴³

La loi sur les Allocations aux victimes de persécution entre 1940 et 1945 précise que la persécution fondée sur l'homosexualité est couverte.⁴⁴

Enfin, d'après le Code pénal, “faire publiquement, que ce soit oralement, par écrit ou en image, et intentionnellement une déclaration diffamatoire au sujet d'un groupe de personnes” en se fondant sur leur “orientation hétérosexuelle ou homosexuelle” est une infraction criminelle.⁴⁵ De même, “inciter publiquement à la haine, à la discrimination ou à la violence” envers des personnes en raison de leur orientation sexuelle⁴⁶ ou “participer ou apporter un appui financier ou matériel autre à des activités visant à discriminer des personnes en raison de leur orientation hétérosexuelle ou homosexuelle” est également une infraction criminelle.⁴⁷

13.2 L'interdiction de discrimination exigée par la Directive

13.2.1 Instrument juridique utilisé pour transposer la directive dans l'Etat membre

Le gouvernement néerlandais a estimé que la Directive était déjà largement mise en œuvre par l'existence de la loi GET et d'autres législations anti-discriminatoires existantes (voir plus haut).⁴⁸ On a néanmoins considéré nécessaire, pour une complète transposition de la Directive-cadre et de la Directive sur la race, d'amender la loi GET. A cette fin, le gouvernement a présenté le 28 janvier 2003 au Parlement un projet de loi⁴⁹ qui est devenu le *EG-implementatiewet Awgb* du 21 février 2004 (ci-après : loi de Mise en œuvre).⁵⁰ Cette loi a ajouté plusieurs nouveaux articles à la loi GET (1a sur le harcèlement, 6a sur l'appartenance à des organisations, 7a sur la protection

⁴² Art. 3 du *Besluit opleidingseisen arts* (décret royal sur la Formation des médecins, *Staatsblad* 1997, n° 379).

⁴³ Voir par exemple l'art. 16 de la *Wet bescherming persoonsgegevens* (loi relative à la Protection des données, *Staatsblad* 2000, n° 302), qui a été précédée par la *Wet persoonsregistraties* (loi relative à l'Enregistrement des données, *Staatsblad* 1988, n° 665), qui contient une disposition similaire à l'art. 7.

⁴⁴ Art. 2 de la *Wet uitkeringen vervolgingsslachtoffers 1940-1945* (*Staatsblad* 1972, n° 669), telle qu'amendée par la loi du 11 juin 1986 (*Staatsblad* 1986, n° 355 ; en vigueur depuis le 4 juillet 1986).

⁴⁵ Art. 137c et 137e du *Wetboek van Strafrecht*, tel qu'amendé le 1^{er} février 1992 par la loi du 14 novembre 1991 (*Staatsblad* 1991, n° 623).

⁴⁶ Art. 137d et 137e, idem (voir aussi art. 90*quater*, cité plus haut).

⁴⁷ Art. 137f, idem.

⁴⁸ *Documents parlementaires II*, 2002/2003, 28770, n° 3, p. 1.

⁴⁹ Le projet de loi (visant aussi la mise en œuvre de la Directive sur la race) a été publié dans les *Documents parlementaires II*, 2002/2003, 28770, n° 2 (texte du projet de loi) et n° 3 (exposé de l'objet du projet de loi). Il a été approuvé sans amendement significatif par la chambre basse le 9 octobre 2003 et par la chambre haute le 10 février 2004 et ensuite promulgué en loi le 21 février 2004. Une législation séparée a été édictée en 2003 pour couvrir les motifs d'âge, de handicap et de maladie chronique, qui jusque-là n'étaient pas encore couverts par la législation anti-discriminatoire néerlandaise (voir § 13.1.2).

⁵⁰ La loi de Mise en œuvre a été publiée au *Staatsblad* 2004, n° 119, et est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004 (comme prévu au *Staatsblad* 2004, n° 120). “EG” est l'abréviation néerlandaise des Communautés européennes et “Awgb” l'abréviation de *Algemene wet gelijke behandeling* (loi GET).

sociale et les avantages sociaux, 8a sur la rétorsion et 10 sur la charge de la preuve) et contient des amendements aux art. 1, 2, 4, 5, 7 et 8.

Le gouvernement n'a pas estimé nécessaire de proposer également des amendements à l'art. 1 de la Constitution ou à l'art. 429*quater* du Code pénal. Cela peut être critiqué, car ces deux dispositions anti-discriminatoires couvrent également la discrimination dans l'emploi. Il serait par conséquent judicieux de considérer la Directive (et, bien sûr, l'art. 13 CE) comme une bonne raison de rendre explicites les motifs de l'âge, du handicap et de l'orientation sexuelle dans la liste des motifs interdits de l'art. 1 de la Constitution. En ce qui concerne l'interdiction criminelle de discriminer, il serait judicieux d'amender le texte de l'art. 429*quater* de façon à s'assurer que tout employeur est couvert, plutôt que simplement ceux dont on peut dire qu'ils "exercent une profession ou un commerce ou agissent à titre officiel" (ce qui semble exclure la plupart des employeurs à but non lucratif). Cela alignerait mieux la disposition criminelle sur la loi GET et rendrait le droit un peu plus transparent.

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

La majeure partie de la législation néerlandaise (voir § 3.1.5 plus haut) utilise l'expression "*hétéro- of homoseksuele gerichtheid*" pour faire référence à ce que la Directive appelle en français "orientation sexuelle". Or, il n'y a pas de définition législative de cette expression. Le Code pénal utilise un pronom possessif ("leur"), mais, conformément à la Directive, la loi GET ne le fait pas : elle fait simplement référence à toute "distinction entre des personnes sur la base de (...) l'orientation hétérosexuelle ou homosexuelle" (art. 1(b)).

Pendant l'adoption de la loi GET, le gouvernement a dit que l'expression fait référence à l'orientation d'une personne dans ses sentiments sexuels et affectueux, dans ses expressions sexuelles et affectueuses et dans ses relations sexuelles et affectueuses.⁵¹ (Il n'est pas nécessaire que cette "personne" soit la personne victime de discrimination.) Le gouvernement a aussi spécifié que, s'il avait opté pour le terme *gerichtheid* [orientation] plutôt que *voorkeur* [préférence], c'était parce que le premier ne couvrirait pas seulement les sentiments, mais aussi les expressions verbales et non verbales qui découlent de la préférence (hétérosexuelle ou homosexuelle) de quelqu'un.⁵² Selon le gouvernement, l'expression "orientation hétérosexuelle ou homosexuelle" couvre également l'orientation bisexuelle, puisque la bisexualité consiste en sentiments, expressions et relations homosexuels et hétérosexuels.⁵³ La raison principale pour ne pas utiliser simplement "orientation sexuelle" semble avoir été la volonté d'exclure l'orientation pédophile.⁵⁴ La terminologie choisie exclut également la transsexualité et le

⁵¹ "*Seksuele gerichtheid ziet op de gerichtheid van een persoon in seksuele en liefdesgevoelens, -uitingen en -relaties.*" (*Documents parlementaires II*, 1990/1991, 22014, n° 3, p. 13).

⁵² *Documents parlementaires II*, 1991/1992, 22014 n° 5, p. 21.

⁵³ *Idem*, n° 10, p. 13.

⁵⁴ Pour un rare cas de discrimination supposée sur la base de l'orientation pédophile, en ce qui concerne l'accès à une piste de patinage sur glace, voir *Hoge Raad* [cour de cassation], 10 janvier 1992 (affaire 14.453, non publiée).

travestisme.⁵⁵ La discrimination envers les transsexuels ou les travestis est considérée comme une discrimination fondée sur le sexe.⁵⁶

Une certaine confusion commence maintenant à émerger du fait que les versions en langue néerlandaise de l'art. 13 CE et de la Directive utilisent toutes deux l'expression "*seksuele geaardheid*" plutôt que "*seksuele gerichtheid*". A mon avis, il s'agit d'une mauvaise traduction malheureuse du terme "orientation sexuelle". En français, la signification du mot néerlandais "*geaardheid*" est plus proche de "nature", "inclinaison" ou "tendance", alors que le mot français "orientation" et le terme néerlandais "*gerichtheid*" ont davantage le sens de "position relative" et tiennent plus facilement compte des idées d'aimer quelqu'un (du même sexe ou du sexe opposé) et d'être engagé dans une relation (homosexuelle ou hétérosexuelle). La Cour de justice des Communautés européennes, dans l'affaire *Grant*, a par conséquent pu considérer la discrimination basée sur le fait que le partenaire d'une personne soit du même sexe comme un exemple de "discrimination fondée sur l'orientation sexuelle".⁵⁷

Pour la mise en œuvre de la Directive, le gouvernement néerlandais faisait face à deux questions :

Tout d'abord, devrait-il remplacer le mot "*gerichtheid*" dans la législation existante par le mot "*geaardheid*" de la Directive? Le gouvernement n'a pas proposé de le faire, parce qu'il considère "*gerichtheid*" comme étant celui des deux qui a le sens le plus large, couvrant également les "expressions concrètes".⁵⁸ Cela paraît être le bon choix, bien que j'argumenterais que le terme "*geaardheid*" de la Directive devrait se voir donner un sens tout aussi large à cause des versions en d'autres langues de la Directive (et du jugement *Grant*, voir ci-dessus).

Deuxièmement, le pouvoir législatif néerlandais devrait-il remplacer les mots "*hetero- of homoseksuele*" de la législation existante par le simple mot "*seksuele*" de la Directive? Le gouvernement n'a pas proposé de le faire, mais sans expliquer ses raisons. Cela peut être acceptable, car, dans le contexte de la Directive, l'expression "orientation sexuelle" semble ne faire référence qu'aux orientations hétérosexuelle, homosexuelle et bisexuelle (c'est-à-dire des orientations définies en termes du sexe du partenaire d'une personne). Toutes trois sont couvertes par la terminologie néerlandaise actuelle (voir ci-dessus). De plus, bien que l'on ait suggéré que les mots "orientation sexuelle" de la Directive peuvent être interprétés comme incluant aussi d'autres préférences érotiques,⁵⁹ il ne faut pas s'attendre à une telle interprétation non intentionnée de la part de la Cour de justice des Communautés européennes.

⁵⁵ Asscher-Vonk & Monster, 2002, 47.

⁵⁶ *Gerechtshof* [Cour d'appel] Leeuwarden, 13 janvier 1995, *Nederlandse Jurisprudentie* 1995, n° 243 ; et (par exemple) Commission ET, 17 février 1998, opinion 98-12 ; et 7 novembre 2000, opinion 00-73.

⁵⁷ Cour de justice CE, 17 février 1998, C-249/96 (*Grant c. South West Trains*), particulièrement les §§ 24, 42 et 48.

⁵⁸ *Documents parlementaires II*, 2002/2003, 28770, n° 3, p. 3.

⁵⁹ Selon un auteur, les orientations pédophile et travestie, au moins, sont couvertes par la Directive (Asscher-Vonk, 2001, 194).

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

La loi GET utilise “distinction” [“*onderscheid*”] comme concept central. Le terme est défini comme “une distinction directe ou indirecte, ainsi que l’injonction de la faire” (art. 1(a)). Le Conseil d’Etat a préconisé d’abandonner le concept “neutre” de “distinction” et de commencer à utiliser le terme “discrimination”, plus normatif.⁶⁰ Le gouvernement, toutefois, ne voyait aucune raison de le faire. Il a fait observer qu’aucun problème ne s’est présenté dans la jurisprudence et que la Commission européenne n’a pas indiqué que le fait d’utiliser le concept néerlandais pour mettre en œuvre les différentes directives d’égalité de traitement posait problème.⁶¹ Il a souligné aussi que l’utilisation du concept neutre de “distinction” fournit davantage de certitude juridique et, par conséquent, davantage de protection juridique.⁶² Il a néanmoins promis de réexaminer la question de la terminologie.⁶³ De plus, l’art. 2 de la Directive définit le concept de “discrimination directe” dans des termes assez neutres (“moins favorablement”, “situation comparable”). Quoi qu’il en soit, le concept néerlandais de “distinction” est plus large que celui de “discrimination” de la Directive ; par conséquent, la transposition néerlandaise semble acceptable.

L’art. 1(b) de la loi GET définit la “distinction directe” comme une “distinction entre des personnes fondée sur la religion, les convictions, les opinions politiques, la race, le sexe, la nationalité, l’orientation hétérosexuelle ou homosexuelle ou l’état civil”.⁶⁴ Cette définition est beaucoup plus courte que celle de l’art. 2(a) de la Directive et elle ne se limite pas à un traitement *moins favorable*. La Commission ET considère néanmoins qu’un désavantage réel et personnel est une exigence pour présenter un cas avec succès en vertu de la loi GET.⁶⁵ Cela découle également du droit procédural.⁶⁶ Il serait souhaitable, pour des raisons de clarté, d’incorporer à la définition néerlandaise de “distinction directe” l’exigence de “traitement moins favorable”.

Les autres éléments de la définition de la Directive (“une personne”, “traitée”, “qu’une autre ne l’est, ne l’a été ou ne le serait”, “dans une situation comparable”) semblent tous être sous-entendus par les mots “distinction entre des personnes” de la définition néerlandaise. Néanmoins, la définition de la Directive étant beaucoup plus claire pour le lecteur inhabitué, elle aurait ma préférence pour une future législation néerlandaise.

En vue d’établir si une distinction est effectivement *basée sur* un motif particulier, la Commission ET a toujours considéré suffisant que l’orientation sexuelle, par exemple, ait “joué un rôle” dans le traitement désavantageux. Il n’est pas nécessaire d’établir que l’orientation sexuelle était la seule raison, ou la raison décisive, de ce traitement.⁶⁷

⁶⁰ Documents parlementaires II, 2002/2003, 28770, n° A, p. 3.

⁶¹ Idem, n° A, p. 5.

⁶² Idem, n° 3, p. 4.

⁶³ Idem.

⁶⁴ L’art. 1(b) de la loi GET s’énonce comme suit : “*In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder : (...) (b) onderscheid : onderscheid tussen personen op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat*”.

⁶⁵ Voir Gerards & Heringa, 2003, 43-44.

⁶⁶ Voir par exemple l’art. 12(2) de la loi GET, qui restreint le droit des individus d’exiger une enquête par la Commission ET aux personnes ayant été désavantagées par une distinction interdite.

⁶⁷ Voir Gerards & Heringa, 2003, 44-45.

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

L'article 1(c) de la loi GET définit une "distinction indirecte" comme toute "distinction sur la base d'autres caractéristiques ou comportements que ceux dont il est fait référence à l'art. 1(b), qui résulte en une distinction directe".⁶⁸ Cette définition ne semble pas concorder pleinement avec la définition que donne la Directive de la discrimination indirecte : "une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre" entraînant pour des personnes d'un groupe protégé "un désavantage particulier (...) par rapport à d'autres personnes" (art. 2(b)).

Comme c'est le cas en ce qui concerne la distinction directe, la définition néerlandaise de la distinction indirecte n'exige pas que des personnes d'un groupe protégé soient désavantagées, et encore moins *particulièrement* désavantagées. Mais, encore une fois, la législation néerlandaise utilise un concept plus large de distinction indirecte que la Directive, ce qui est autorisé. Ce qui est plus problématique, c'est que la large énumération, dans la Directive, de "une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre" se limite dans le texte néerlandais à une "distinction sur base d'autres caractéristiques ou comportements" que ceux énoncés. En d'autres mots, en droit néerlandais, une distinction indirecte illicite ne peut naître que d'une disposition ou d'une pratique faisant déjà une certaine distinction sur la base d'un motif non interdit, alors qu'en vertu de la Directive, la discrimination indirecte peut aussi naître d'une disposition ou d'une pratique générale (non distinctive).⁶⁹ Il semblerait que cette dérogation limitative au texte de la Directive ne soit pas permise. Je recommande donc, plus vivement encore qu'en ce qui concerne la distinction directe, que le pouvoir législatif néerlandais adopte la définition de discrimination indirecte de la Directive.

Pour la justification de la discrimination indirecte, voir § 13.4.1 ci-dessous.

La discrimination indirecte est, elle aussi, déjà couverte par les dispositions criminelles sur la discrimination, bien que de manière implicite. L'art. 90*quater* du Code pénal reconnaît également comme "discrimination" toute distinction "pouvant avoir comme résultat de détruire ou d'enfreindre l'exercice, la jouissance ou la reconnaissance égalitaire des droits de l'homme et des libertés fondamentales" (voir § 3.1.5 plus haut).

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

Jusqu'en avril 2004, le pouvoir législatif néerlandais n'avait pas traité le harcèlement comme une forme de discrimination.⁷⁰ Le harcèlement, défini comme une "intimidation sexuelle", ne se retrouvait que dans deux actes législatifs : la loi de 1998 sur les Conditions de travail⁷¹ et la loi d'Inspection

⁶⁸ L'art. 1(c) de la loi GET s'énonce comme suit : "*In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder : (...) (c) indirect onderscheid : onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dan die bedoeld in onderdeel b, dat direct onderscheid tot gevolg heeft*". L'art. 2(1) contient une exception pour les distinctions indirectes qui sont objectivement justifiées (voir § 13.4.1 ci-dessous).

⁶⁹ On pourrait aussi dire que la définition de la Directive permet de considérer le traitement *égal* (dans des situations différentes) comme une discrimination. Comme indiqué plus haut (§ 13.1.2), cette formulation inverse du principe d'égalité a été reconnue par le droit européen.

⁷⁰ Holtmaat, 1999, 25 ; Asscher-Vonk & Monster, 2002, 164.

⁷¹ La *Arbeidsomstandighedenwet 1998* (*Staatsblad* 1999, n° 184), qui était précédée de la *Arbeidsomstandighedenwet* (*Staatsblad* 1980, n° 664) qui depuis le 1^{er} septembre 1994 (*Staatsblad* 1994, n° 536) a contenu des dispositions comparables.

des écoles.⁷² Dans chacune, la notion d'intimidation n'est pas liée à un motif particulier. Le mot "sexuel" est utilisé dans son sens érotique plutôt que dans son sens de genre, de sorte que cela n'exclut pas les formes sexuelles du harcèlement homophobe. En fait, la définition ne se limite même pas aux formes sexuelles de harcèlement, car l'art. 1(3) de la loi de 1998 sur les Conditions de travail définit comme "intimidation sexuelle" les avances sexuelles non souhaitées, les demandes de faveurs sexuelles et tout autre comportement verbal, non verbal ou physique lorsque s'applique l'une de six conditions :

- la sujétion à un tel comportement est explicitement ou implicitement utilisée comme une condition pour engager quelqu'un ;
- la sujétion à un tel comportement ou son refus par une personne est utilisé comme une base de décisions concernant le travail de cette personne ;
- un tel comportement vise à nuire aux performances de travail de quelqu'un ;
- un tel comportement a pour résultat de nuire aux performances de travail de quelqu'un ;
- un tel comportement vise à créer un environnement de travail intimidant, hostile ou déplaisant ;
- un tel comportement résulte en la création d'un environnement de travail intimidant, hostile ou déplaisant.⁷³

En dépit de cette quantité limitée de législation, la Commission ET a déjà reconnu que le harcèlement (fondé sur le sexe, la race, l'orientation sexuelle, etc.) est une forme de discrimination et couvert en tant que tel par les interdictions de la loi GET.⁷⁴ Selon la Commission ET, cela engendre pour les employeurs un devoir de vigilance à combattre le harcèlement,⁷⁵ notamment en protégeant les employés et en fournissant une procédure adéquate pour traiter les plaintes.⁷⁶ La Commission ET a conclu que le refus d'un employeur d'enquêter au sujet des plaintes de harcèlement d'une employée lesbienne équivalait à une distinction directe illicite fondée sur l'orientation homosexuelle.⁷⁷ Le devoir de vigilance s'étend au harcèlement par les clients.⁷⁸

⁷² Wet op het onderwijstoezicht du 20 juin 2002 (Staatsblad 2002, n° 387).

⁷³ L'art. 1(3)(e) de la Arbeidsomstandighedenwet 1998 s'énonce comme suit :

"In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder : (...)

(e) seksuele intimidatie : ongewenste seksuele toenadering, verzoeken om seksuele gunsten of ander verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag waarbij tevens sprake is van een van de volgende punten :

1° onderwerping aan dergelijk gedrag wordt hetzij expliciet hetzij impliciet gehanteerd als voorwaarde voor de tewerkstelling van een persoon ;

2° onderwerping aan of afwijzing van dergelijk gedrag door een persoon wordt gebruikt als basis voor beslissingen die het werk van deze persoon raken ;

3° dergelijk gedrag heeft het doel de werkprestaties van een persoon aan te tasten en/of een intimiderende, vijandige of onaangename werkomgeving te creëren, dan wel heeft tot gevolg dat de werkprestaties van een persoon worden aangetast en/of een intimiderende, vijandige of onaangename werkomgeving wordt gecreëerd" (...).

⁷⁴ Voir par exemple Commission ET, 21 octobre 1996, opinion 96-88 (race), ET, 21 janvier 1997, opinion 97-07 (sexe) et 12 avril 2001, opinion 01-35 (orientation sexuelle).

⁷⁵ Un devoir similaire découle de l'art. 4(2) de la loi de 1998 sur les Conditions de travail.

⁷⁶ Asscher-Vonk & Monster, 2002, 164-165.

⁷⁷ Commission ET, 12 avril 2001, opinion 01-35.

⁷⁸ Commission ET, 28 mai 1997, opinion 97-82.

En conséquence de la loi de Mise en œuvre, un nouvel art. 1a de la loi GET prévoit maintenant explicitement que “*intimidatie*” [le harcèlement] fondé sur l'un quelconque des motifs couverts est une forme de distinction illicite. L'art. 1a(2) donne une définition qui est presque identique à celle de l'art. 2(3) de la Directive : “un comportement lié à l'un quelconque des motifs (...) et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant”. Le seul mot de la définition de la Directive qui a été omis est “indésirable” (derrière “comportement”). Cet écart du texte de la Directive est acceptable pour deux raisons : à l'art. 2(3) la Directive autorise explicitement les définitions nationales de harcèlement et l'omission du mot ne fait qu'élargir la définition. Si le gouvernement a choisi d'omettre le mot, c'est afin d'alléger la charge de la preuve pour toute victime.⁷⁹ En supprimant le mot, le gouvernement a également évité d'avoir à choisir entre ses significations objective et subjective (comme dans “indésirable” et “indésiré”). La raison pour laquelle la définition du harcèlement de la loi GET n'incorpore pas les premières quatre alternatives énoncées dans la définition de la loi de 1998 sur les Conditions de travail (citée plus haut) n'est pas claire, en dépit du fait que la Directive autorise une définition nationale.⁸⁰

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

L'injonction de discriminer était déjà implicitement couverte par la loi GET.⁸¹ En réponse à la Directive, cela a été rendu explicite dans la définition du concept central de “distinction”, qui est maintenant défini comme “une distinction directe ou indirecte, ainsi que l'injonction de discriminer” (art. 1(a)).⁸²

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

L'article 5 de la loi GET couvre :

- l'offre d'un emploi,
- le fait de pourvoir un poste vacant,
- la recherche d'emploi (ajouté par la loi de Mise en œuvre),
- le début d'une relation de travail,
- la fin d'une relation de travail,
- l'engagement d'un fonctionnaire,
- la fin de l'engagement d'un fonctionnaire,
- les termes et conditions de l'emploi (qui incluent le salaire),
- l'enseignement ou la formation pendant ou avant une relation de travail,
- la promotion,
- les conditions de travail (ajoutées par la loi de Mise en œuvre).

⁷⁹ Documents parlementaires II, 2002/2003, 28770, n° A, p. 14-15.

⁸⁰ Voir Holtmaat, 2001, 118.

⁸¹ Documents parlementaires II, 2002/2003, 28770, n° 3, p. 7.

⁸² Art. 1(a) de la loi GET : “*direct en indirect onderscheid, alsmede de opdracht daartoe*”.

L'art. 6 de la loi GET couvre les professions libérales [*"het vrije beroep"*], et en particulier les conditions pour ces professions, leur accès, les opportunités de les poursuivre et les opportunités de développement en leur sein. L'art. 6a (ajouté par la loi de Mise en œuvre) couvre l'appartenance à et l'implication dans des organisations d'employés, d'employeurs ou professionnelles et les avantages qui y sont liés. L'art. 7 couvre la fourniture de biens et services (y compris tout l'enseignement), la transmission d'informations ou de conseils à propos du choix des études ou du choix d'un travail et la fourniture d'un accompagnement de carrière.⁸³

Il semble que le champ d'application matériel de la Directive soit adéquatement couvert. La question de savoir si toutes les activités "non salariées" (art. 3(1)(a) de la Directive) est convenablement couvert par l'utilisation de l'expression néerlandaise désignant les professions libérales : *"het vrije beroep"* pourrait se poser. Ce problème peut cependant être résolu en donnant une large interprétation du dernier terme, de manière à inclure tout indépendant ou entrepreneur (et pas seulement les médecins, avocats, architectes, etc.).⁸⁴

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

Tout comme la Directive elle-même, la loi GET évite de spécifier à qui s'appliquent les interdictions. Par conséquent, elles ne s'appliquent pas seulement à tous les employeurs privés et publics, mais aussi aux organisations d'employeurs, organisations d'employés, offices pour l'emploi, agences d'intérim, fonds de pension, certains conseillers externes, professionnels (libéraux), organismes de professionnels libéraux, institutions de formation, écoles, universités, etc.⁸⁵

Quant à savoir si la loi s'applique également aux collègues et/ou aux clients, cela reste obscur. Bien que la Directive "s'applique à toutes les personnes (...) en ce qui concerne ." (entre autres choses) "les conditions d'emploi et de travail" (art. 3(1)(c)), le gouvernement néerlandais a adopté (dans les travaux préparatoires) la position selon laquelle la loi GET ne doit pas nécessairement s'appliquer entre collègues (puisque'il n'y a entre eux ni contrat ni relation d'autorité).⁸⁶ C'est particulièrement problématique en ce qui concerne le harcèlement, car le harcèlement d'un salarié n'est que rarement le fait de l'employeur formel. Dans la plupart des cas, le harcèlement est le fait d'un supérieur hiérarchique ou d'un collègue, ou même d'un client, ou encore d'un groupe de collègues ou de clients. Etant donné le devoir de vigilance de l'employeur pour éviter le harcèlement, cela peut alors impliquer la responsabilité de l'employeur (voir ci-dessus). Mais à la lumière du texte de l'art. 3(1) de la Directive, il semble inapproprié de rejeter la responsabilité de chaque employé en ce qui concerne les conditions de travail de ses collègues. Je pense, par conséquent, que les tribunaux et la Commission ET ne devraient pas suivre l'interprétation limitative donnée dans les travaux préparatoires. On pourrait argumenter de la même façon en ce qui concerne les clients qui harcèlent les salariés.

⁸³ "Accompagnement de carrière" fut ajouté, de façon un peu superflue, par la loi de Mise en œuvre.

⁸⁴ Voir Asscher-Vonk & Monster, 2002, 26.

⁸⁵ Idem, 23-24 et 27 ; Gerards & Heringa, 2003, 60.

⁸⁶ *Documents parlementaires II*, 2002/2003, 28770, n° 5, p. 28.

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

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

Il ne fait aucun doute, dans le droit néerlandais, que la discrimination fondée sur la préférence/l'inclinaison hétérosexuelle, homosexuelle ou bisexuelle d'une personne ("le fait de l'être") est interdite. Parmi les 47 cas de prétendue discrimination fondée sur l'orientation sexuelle qui ont jusqu'ici été traités par la Commission ET, il n'y en a toutefois aucun dont l'enjeu était clairement la simple préférence ou inclinaison du plaignant.

La définition de l'orientation (hétéro ou homo)sexuelle donnée dans les travaux préparatoires du projet de loi général d'Égalité de traitement (*l'orientation d'une personne dans ses sentiments sexuels et affectueux, dans ses expressions sexuelles et affectueuses et dans ses relations sexuelles et affectueuses*⁸⁷), couvre clairement aussi le contact intime avec une personne du même sexe. Conformément à deux récentes opinions de la Commission ET, le "comportement concret" est protégé par l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, si ce comportement est "généralement considéré comme le résultat de l'orientation sexuelle de quelqu'un".⁸⁸ Dans certains cas plus anciens, la Commission ET a pourtant traité comme distinctions *indirectes* (justifiées) certaines règles qui distinguent directement entre des hommes ayant eu et des hommes n'ayant pas eu de relations sexuelles avec d'autres hommes. Dans chacun de ces cas (controversés), la raison de la distinction était médicale : les hommes ayant eu des relations sexuelles avec d'autres hommes étaient refusés comme donneurs de sang⁸⁹ ou de sperme⁹⁰ et les hommes n'ayant pas eu de relations sexuelles avec d'autres hommes n'étaient pas inclus dans un programme expérimental gratuit de vaccination contre l'hépatite B.⁹¹ On pourrait soupçonner que la Commission ET a choisi de traiter ces cas comme exemples de distinction *indirecte* pour les besoins de la cause, parce que la loi GET n'autorise pas de justification (médicale ou autrement objective) de la distinction *directe* fondée sur l'orientation sexuelle. Il est, par conséquent, difficile d'établir si, en dehors du contexte médical, la Commission considérerait aussi de telles distinctions comme seulement indirectes. J'imagine, par exemple, qu'une règle interdisant les baisers entre personnes de même sexe au travail tout en autorisant les baisers entre personnes de sexes différents doit être considérée comme faisant une distinction *directe* fondée sur l'orientation sexuelle.⁹²

Selon le gouvernement, l'expression "orientation hétérosexuelle ou homosexuelle" couvre également l'orientation bisexuelle, car, de son point de

⁸⁷ "Seksuele gerichtheid ziet op de gerichtheid van een persoon in seksuele en liefdesgevoelens, -uitingen en -relaties." (*Documents parlementaires II*, 1990/1991, 22014, n° 3, p. 13).

⁸⁸ Commission ET, 12 août 2002, opinion 03-113 et 15 décembre 2003, opinion 03-150.

⁸⁹ Commission ET, 15 décembre 1998, opinion 98-137.

⁹⁰ Idem, opinion 98-139.

⁹¹ Commission ET, 18 décembre 2000, opinion 00-90.

⁹² Voir Hendriks & Waaldijk, 2001, 58-59.

vue, la bisexualité consiste en sentiments, expressions et relations homosexuelles et hétérosexuelles.⁹³

L'énoncé de l'art. 1(b) de la loi GET n'exige pas qu'une distinction fondée sur l'orientation hétérosexuelle ou homosexuelle soit en fait basée sur l'orientation sexuelle *de la personne affectée par la distinction*. Par conséquent, la discrimination fondée sur la supposition erronée de l'orientation sexuelle est également interdite par la loi.⁹⁴ Le fait de considérer une telle discrimination comme étant *non* couverte créerait d'inacceptables problèmes de respect de la vie privée, parce que chaque plaignant devrait déclarer (ou même prouver) son orientation sexuelle. Or, l'art. 10(1) de la Constitution garantit le droit de chacun au respect de sa vie privée, ce qui lie également les acteurs privés.⁹⁵ Dans un cas concernant une prétendue discrimination fondée sur les opinions politiques, la Commission ET a statué qu'une telle discrimination est interdite même si les opinions politiques en question ont été erronément attribuées à la victime.⁹⁶ La Commission a fondé cette interprétation sur un jugement de la cour de cassation, qui a donné une interprétation similaire aux mots "pour motif d'opinions politiques" à l'art. 1 de la Convention relative au statut des réfugiés.⁹⁷

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

Etant donné la large définition de l'orientation homosexuelle (voir § 13.2.2 ci-dessus), toute discrimination suite à l'aveu que fait une personne de sa qualité de gay, lesbienne ou bisexuel (vis-vis de collègues, de clients, dans les médias, etc.) serait très probablement couverte par l'interdiction de distinction directe de la loi GET. Selon les opinions de la Commission ET, cela ne signifie pas pour autant qu'un employé peut parler sans la moindre limite de sa vie intime (homosexuelle ou hétérosexuelle).⁹⁸

13.3.3 *Discriminations entre couples de même sexe et couples de sexes différents*

Les distinctions fondées sur le sexe du partenaire d'une personne sont considérées comme des distinctions fondées sur l'orientation sexuelle. Cela découle de la définition de l'orientation sexuelle donnée au cours des débats parlementaires qui ont conduit à la loi GET (qui parle de "*relations sexuelles et affectueuses*"⁹⁹), confirmée par la Commission ET.¹⁰⁰ Il est, par conséquent, illicite de faire la distinction entre des partenaires de même sexe et des partenaires de sexes différents ayant le même état civil.

Dans deux cas (à propos de biens et services) datant d'avant le jugement de la Cour de justice CE dans *Grant*,¹⁰¹ la Commission ET a pourtant refusé de

⁹³ *Documents parlementaires II*, 1991/1992, 22014, n° 10, p. 13.

⁹⁴ Voir aussi Waaldijk, 1997, 117 ; Wentholt, 1999, 13.

⁹⁵ *Hoge Raad* [cour de cassation] 9 janvier 1987, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1987, n° 928.

⁹⁶ Commission ET, 9 juillet 2002, opinion 02-84.

⁹⁷ *Hoge Raad* [cour de cassation], 26 janvier 1993, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1993, n° 507.

⁹⁸ Voir par exemple : Commission ET, 22 novembre 1996, opinion 97-108 ; et 12 avril 2001, opinion 01-35.

⁹⁹ Voir § 13.2.2 ci-dessus.

¹⁰⁰ Commission ET, 23 avril 1997, opinions 97-47 et 97-48 ; 2 février 1999, opinion 99-08 ; et 3 février 1999, 99-13.

¹⁰¹ Cour de justice CE, 17 février 1998, C-249/96 (*Grant c. South West Trains*).

qualifier de discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle une distinction entre des partenaires de même sexe et des partenaires de sexes différents. Le premier cas avait été initié par un organisateur de compétitions de danses de salon, qui voulait savoir s'il pouvait continuer à exclure les couples de même sexe de ses compétitions. La Commission a estimé que l'exclusion équivalait à une distinction directe illicite fondée sur le sexe et à une distinction indirecte injustifiée fondée sur l'orientation sexuelle.¹⁰² Le second cas concernait l'exclusion de partenaires de même sexe d'un bloc d'appartements avec services réservés aux personnes âgées. Ici, la Commission a estimé que l'exclusion équivalait à une discrimination directe illicite fondée sur le sexe et, si elle ne s'est pas intéressée à la question de l'orientation sexuelle, c'est peut-être parce que le plaignant n'avait pas révélé si son partenaire masculin et lui étaient engagés dans une relation homosexuelle.¹⁰³ Ces deux cas mettent en lumière un intéressant dilemme : la législation anti-discriminatoire devrait-elle faire la distinction entre les relations entre personnes de même sexe perçues comme étant de nature sexuelle et les relations entre personnes de même sexe qui ne le sont pas en combattant la discrimination contre la première catégorie comme une discrimination fondée sur l'*orientation sexuelle* et la discrimination contre la deuxième catégorie comme une discrimination *fondée sur le sexe*? Ou les deux catégories devraient-elles être protégées sous la rubrique orientation sexuelle? Les deux solutions soulèvent des questions liées au respect de la vie privée, de sorte qu'il est difficile de prédire laquelle sera choisie dans l'avenir.

La discrimination entre partenaires mariés et non mariés est une discrimination directe fondée sur l'état civil [*burgerlijke staat*]. Dans le domaine de l'emploi, c'est interdit par la loi GET de 1994. Cependant, en ce qui concerne les pensions de survie, cette loi prévoit une exception pour les distinctions fondées sur l'état civil (art. 5(6)). C'est pour cette raison, et pour des raisons symboliques, que certains partenaires (non mariés) de même sexe ont essayé de faire requalifier des cas de discrimination *directe fondée sur l'état civil* en discrimination *indirecte fondée sur l'orientation sexuelle*. C'est logique, parce que, jusqu'au 1^{er} avril 2001, les couples de même sexe ne pouvaient pas conclure de mariage civil aux Pays-Bas. Par conséquent, jusqu'à cette date, toute discrimination contre des employés non mariés résultait en un désavantage particulier pour tout employé engagé dans une relation homosexuelle. Une telle discrimination directe fondée sur l'état civil peut aussi être qualifiée de discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle, comme l'ont reconnu les tribunaux¹⁰⁴ et la Commission ET,¹⁰⁵ également en ce qui concerne les pensions.¹⁰⁶

¹⁰² Commission ET, 1^{er} avril 1997, opinion 97-29.

¹⁰³ Commission ET, 12 février 1998, opinion 98-10.

¹⁰⁴ *Hoge Raad* [cour de cassation], 19 octobre 1990 (*Nederlandse Jurisprudentie*, 1992, n° 119 ; *obiter dictum* concernant la plainte de deux femmes qui voulaient se marier entre elles ; *Gerechtshof* [cour d'appel] Amsterdam, 6 mai 1993 (*Nederlandse Jurisprudentie*, 1994, n° 681 ; concernant le droit de propriété familiale) ; *Rechtbank* [tribunal de district] La Haye, 23 octobre 1997 (*Migrantenrecht*, 1997, n° 130-131 ; concernant la législation relative à l'immigration).

¹⁰⁵ Commission ET, 20 juin 1996, opinion 96-52 (confirmée par la *Gerechtshof* [cour d'appel] d'Amsterdam, 2 octobre 1997, *Rechtspraak Nemesis*, 1998, n° 822) ; cette affaire concernait les voyages internationaux gratuits en train pour les partenaires non mariés des employés des chemins de fer néerlandais.

¹⁰⁶ Commission ET, 7 octobre 1998, opinion 98-110 et 19 octobre 1998, opinion 98-115.

Depuis l'ouverture du mariage aux couples de même sexe en 2001,¹⁰⁷ la discrimination directe envers des salariés non mariés ne peut plus que très rarement être attaquée comme étant indirectement discriminatoire envers les homosexuels.

Le partenariat enregistré a été introduit le 1^{er} janvier 1998, à la fois pour les couples de même sexe et pour les couples de sexes différents. Dans ses conséquences, il est presque identique au mariage.¹⁰⁸ Pendant l'adoption de la législation relative au partenariat enregistré, il est devenu clair que le fait d'être en partenariat enregistré compterait comme nouvel état civil.¹⁰⁹ De ce fait, toute distinction entre partenaires mariés et enregistrés (ou entre partenaires enregistrés et non enregistrés) équivaut maintenant à une discrimination directe fondée sur l'état civil, ce qui est interdit par la loi GET, ce qui a été confirmé par la Commission ET.¹¹⁰ La Commission a jugé que l'exception pour la discrimination fondée sur l'état civil en ce qui concerne les pensions de survie (voir ci-dessus) devait recevoir une interprétation étroite : les distinctions entre survivants mariés et enregistrés ne jouissent pas de l'exception d'interdiction.¹¹¹

Pendant la période comprise entre l'introduction du partenariat enregistré (1998) et l'ouverture du mariage aux couples de même sexe (2001), il était possible d'argumenter que faire la distinction entre les employés mariés et ceux qui étaient enregistrés équivalait aussi à une discrimination (indirecte ou même directe) fondée sur l'orientation sexuelle. Pour autant que je sache, cela n'a pas été tenté, ce qui peut s'expliquer par l'existence de l'interdiction de discrimination fondée sur l'état civil (voir ci-dessus), mais aussi par l'effet d'une disposition transitoire de la législation relative au partenariat enregistré : tous les contrats (y compris les conventions collectives de travail) et autres documents de droit privé d'avant le 1^{er} janvier 1998 qui faisaient référence au mariage devaient être considérés, à partir de cette date, comme faisant référence – exactement de la même manière – au partenariat enregistré.¹¹²

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

L'énoncé de l'art. 1(b) de la loi GET n'exige pas qu'une distinction fondée sur l'orientation hétérosexuelle ou homosexuelle soit en fait basée sur l'orientation sexuelle *de la personne affectée*. De ce fait, la discrimination fondée sur les liens de quelqu'un avec des personnes d'une orientation sexuelle particulière est également interdite par la loi.

¹⁰⁷ Art. 30 du livre 1^{er} du *Burgerlijk Wetboek* [code civil], tel qu'amendé par la *Wet openstelling huwelijk* (loi relative à l'Ouverture du mariage) du 21 décembre 2000 (*Staatsblad* 2001, n° 9 ; traduction sur www.emmeijers.nl/waaldijk).

¹⁰⁸ Art. 80a - 80e du Livre 1^{er} du *Burgerlijk Wetboek* [code civil], tel qu'amendé par la loi du 5 juillet 1997 (*Staatsblad* 1997, n° 324), et des centaines de dispositions dans d'autres lois, telles qu'amendées par la *Aanpassingswet geregistreerd partnerschap* (loi d'Ajustement concernant le partenariat enregistré) du 17 décembre 1997 (*Staatsblad* 1997, n° 660). Les deux lois sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1998.

¹⁰⁹ *Documents parlementaires II*, 1996/1997, 23761, n° 11, p. 3.

¹¹⁰ Commission ET, 3 février 1999, opinion 99-13 (exigeant le même nombre de jours de congé pour l'enregistrement du partenariat d'un employé que pour son mariage).

¹¹¹ Commission ET, 13 août 2002, opinions 02-111 et 02-113 (voir Waaldijk, 2003, 61-64).

¹¹² Art. V de la loi du 5 juillet 1997 (*Staatsblad* 1997, n° 324).

Pour la même raison, la discrimination fondée sur le fait que quelqu'un soit impliqué dans le mouvement homosexuel ou bisexuel est très probablement aussi interdite par la loi. L'affaire traitée par la Commission ET, à propos de sociétés d'exercices oratoires d'étudiants, le confirme (voir § 13.3.5 ci-dessous).¹¹³

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

C'est pour la même raison que celle décrite au paragraphe précédent que l'on ne doit pas s'étonner que la Commission ET ait statué en faveur de deux sociétés d'exercices oratoires d'étudiants (une lesbienne et un gay). Ils se plaignaient que leur université avait refusé d'accorder des crédits d'étude aux étudiants participant à leurs activités, alors que des étudiants pouvaient obtenir de tels crédits pour leurs activités dans toute autre société d'exercices oratoires de leur université.¹¹⁴

Les employés gays et lesbiennes de plusieurs employeurs se sont organisés en groupes sociaux et/ou politiques (avec ou sans personnalité morale), ou en sous-groupes de syndicats. La loi interdit à leurs employeurs – et, du fait de la loi de Mise en œuvre, aussi à leurs syndicats – de discriminer à l'encontre de tels groupes, par exemple en ce qui concerne les avantages (salles de réunion, congés, argent) offerts à d'autres groupes de salariés.

Pour la même raison, il semblerait qu'un employeur (ou un syndicat, etc.) ne puisse pas discriminer de manière licite en ce qui concerne l'information (par exemple sur la façon d'éviter le harcèlement ou de satisfaire les besoins de certains groupes de clients). L'affaire traitée par la Commission ET, à propos de sociétés d'exercices oratoires d'étudiants, le confirme.¹¹⁵

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

Le droit néerlandais considère illégal de demander à une candidate à l'emploi si elle est enceinte, car il est discriminatoire de rejeter une candidate pour cause de grossesse.¹¹⁶ On peut donc argumenter qu'il est tout autant interdit d'interroger un candidat à un emploi au sujet de son orientation sexuelle.¹¹⁷ C'est logique, car il y a très peu de situations dans lesquelles l'orientation sexuelle de quelqu'un peut être considérée comme pertinente pour toute décision liée à l'emploi (voir les exceptions à l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle traitées au § 13.4 ci-dessous).

Jusqu'ici, la Commission ET a seulement recommandé que les employeurs fassent preuve d'une grande retenue lorsqu'ils posent des questions sur des sujets pouvant mener à une discrimination consciente ou inconsciente. C'est ce qu'elle a fait dans une affaire où l'employeur utilisait un formulaire sur lequel

¹¹³ Commission ET, 19 décembre 1997, opinion 97-135.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ Hübner & Lenssen, 1996, 35 ; Asscher-Vonk & Monster, 2002, 156.

¹¹⁷ De Wit, 1992, 167 ; Mattijssen, 1992, 16-17.

chaque candidat à un emploi devait indiquer sa religion, sa nationalité, son état civil et le nom de son partenaire. Controversablement, la Commission a estimé ce formulaire acceptable, après avoir souligné qu'il ne contenait pas de question au sujet de l'orientation sexuelle et que les candidats n'étaient pas obligés d'indiquer le sexe ou le prénom complet de leur partenaire.¹¹⁸ Quant à savoir pourquoi la Commission a accepté la question directe relative à la religion, cela reste obscur. Poser une question directe au sujet de l'orientation sexuelle ou de la religion pourrait être considéré comme une violation de l'art. 10(1) de la Constitution garantissant le droit au respect de la vie privée, qui lie aussi les acteurs privés.¹¹⁹ La religion et la "vie sexuelle" sont toutes deux couvertes par la loi relative à la Protection des données (voir § 13.1.8 ci-dessus).

Les candidats à un emploi ne sont pas tenus de répondre aux questions qui ne peuvent pas être considérées comme pertinentes.¹²⁰ Or, c'est presque toujours le cas des questions relatives à l'orientation sexuelle. Discriminer quelqu'un pour le motif qu'il n'a pas répondu à une telle question serait très probablement interdit par la loi GET, également parce que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle supposée de quelqu'un est illicite (voir § 13.3.1 ci-dessus).

La loi autorise une candidate à un emploi à mentir au sujet de sa grossesse.¹²¹ Par conséquent, il semblerait qu'il soit également licite de mentir à propos de l'orientation sexuelle, lorsqu'un employeur pose une question non pertinente à ce sujet.¹²² En effet, si donner une réponse précise pourrait entraîner l'employeur à prendre (consciemment ou inconsciemment) une décision discriminatoire,¹²³ le fait de refuser de répondre à la question pourrait laisser supposer à l'employeur que l'on n'est pas hétérosexuel. Pour ces deux raisons, fournir une réponse inexacte pourrait bien être la seule option raisonnable restant aux candidats à l'emploi (ou aux salariés) gays, lesbiennes ou bisexuels afin de se protéger contre la discrimination illicite. Comme l'a souligné la Commission ET, le simple fait que l'on pose une question au sujet de l'orientation sexuelle donne l'impression que l'on tiendra compte de la réponse.¹²⁴

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

Si la question d'une condamnation pénale antérieure relative à un délit d'homosexualité ne s'est pas posée dans le droit néerlandais, c'est principalement parce que le dernier délit d'homosexualité a été aboli en 1971.¹²⁵ Le problème pourrait toutefois se poser en rapport avec une condamnation à l'étranger. Si une telle condamnation devait être utilisée, par

¹¹⁸ Commission ET, 13 novembre 1998, opinion 98-123.

¹¹⁹ *Hoge Raad* [cour de cassation] 9 janvier 1987, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1987, n° 928.

¹²⁰ Hübner & Lenssen, 1996, 35.

¹²¹ Hübner & Lenssen, 1996, 35 ; Asscher-Vonk & Monster, 2002, 156-157 (faisant référence à des déclarations en ce sens du gouvernement lors des travaux préparatoires de l'amendement de 1989 à la loi pour l'Égalité de traitement des hommes et des femmes).

¹²² De Wit, 1992, 167 ; Mattijssen, 1992, 16-17.

¹²³ Commission ET, 13 novembre 1998, opinion 98-123.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ Abrogation de l'art. 248bis du Code pénal, qui fixait un âge de consentement plus élevé pour le contact sexuel entre personnes du même sexe.

exemple, par un employeur néerlandais comme raison pour refuser un emploi, l'employeur serait en toute probabilité jugé coupable d'une distinction directe injustifiée illicite fondée sur l'orientation sexuelle.

13.3.8 *Harcèlement*

En fonction des circonstances exactes, les avances homosexuelles ou hétérosexuelles non souhaitées peuvent être considérées comme un harcèlement (sexuel) en vertu de la définition de la loi de 1998 sur les Conditions de travail (voir § 13.2.5 ci-dessus). En vertu de la définition insérée dans la loi GET par la loi de Mise en œuvre (voir § 13.2.5 ci-dessus), un tel comportement pourrait être du harcèlement s'il est fondé sur l'orientation sexuelle ou sur tout autre motif prohibé.

Les injures graves pourraient s'apparenter à du harcèlement (fondé sur l'orientation sexuelle), tant en vertu de la définition introduite par la loi de Mise en œuvre qu'en vertu de celle de la loi de 1998 sur les Conditions de travail. Avant que l'intimidation fondée sur l'orientation sexuelle ne devienne explicitement interdite en avril 2004, elle pouvait déjà être attaquée en vertu de l'interdiction générale de discriminer contenue dans la loi GET. La Commission ET a dû traiter plusieurs fois des plaintes portant sur une intimidation homophobe (verbale). Dans le cas d'un employé gay, la Commission a observé que l'employeur avait établi une procédure de plainte adéquate pour une telle intimidation et que l'employé ne l'avait jamais invoquée ; de ce fait, l'employeur n'avait pas violé la loi GET.¹²⁶ Dans le cas d'une employée lesbienne chez un autre employeur, la Commission a en revanche constaté que l'employée avait déposé une plainte formelle, mais que l'employeur n'avait pas entamé d'enquête au sujet de la plainte ; par conséquent, cet employeur n'avait pas respecté la loi.¹²⁷

En fonction des circonstances exactes, l'expression d'opinions homophobes très négatives dans le contexte de l'emploi peut aussi être considérée comme du harcèlement en vertu de la définition introduite par la loi de Mise en œuvre et en vertu de celle de la loi de 1998 sur les Conditions de travail. L'interdiction de harcèlement aurait toutefois besoin d'être interprétée à la lumière de la liberté d'expression et de la liberté de religion (garanties par la Constitution et par les traités internationaux des droits de l'homme). Cela découle de la jurisprudence au sujet de déclarations homophobes d'inspiration religieuse dans les médias.¹²⁸

La *révélation* non désirée de l'orientation sexuelle de quelqu'un serait une violation de l'art. 10(1) de la Constitution, qui accorde le droit au respect de la vie privée et lie également les acteurs privés.¹²⁹ Un tel comportement peut aussi être considéré comme du harcèlement, selon la définition introduite par la loi de Mise en œuvre et celle de la loi de 1998 sur les Conditions de travail. Le fait qu'un aspect très intime de votre vie privée soit révélé à vos collègues, ou à vos clients, pourrait bien avoir pour effet – ou même pour but – de violer votre dignité et de créer un environnement intimidant ou hostile. Ce serait très

¹²⁶ Commission ET, 20 décembre 2001, opinion 01-144.

¹²⁷ Commission ET, 12 avril 2001, opinion 01-35.

¹²⁸ Hoge Raad [cour de cassation], 9 janvier 2001, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2001, n° 203 et 204.

¹²⁹ Hoge Raad [cour de cassation], 9 janvier 1987, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1987, n° 928.

certainement le cas si les attitudes homophobes de collègues étaient la raison, pour l'employé gay, lesbien ou bisexuel, de ne pas faire son *coming out* au travail.

13.4 Exceptions à l'interdiction de discriminer

13.4.1 *Désavantages indirects objectivement justifiés (art. 2(2)(b)(i) Directive)*

L'article 2(1) de la loi GET de 1994, telle qu'amendée en 2004 par la loi de Mise en œuvre, prévoit qu'une distinction indirecte n'est pas interdite si "la distinction est objectivement justifiée par un objectif légitime et les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires"¹³⁰ (exactement les mêmes mots que dans la Directive). Depuis de nombreuses années déjà, la Commission ET a utilisé un critère similaire.¹³¹ En ce qui concerne l'orientation sexuelle, la Commission a identifié une distinction indirecte dans huit cas. Dans trois cas, elle a considéré la distinction justifiée, chaque fois pour des raisons médicales.¹³² Dans les cinq autres cas, elle n'a pas considéré cette distinction comme étant justifiée.¹³³

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

Jusqu'ici, le gouvernement néerlandais n'a invoqué l'art. 2(5) de la Directive qu'à l'appui de l'art. 5(2)(b) de la loi GET, qui contient une exception pour les organisations politiques. Son énoncé est similaire à celui de l'exception pour les organisations religieuses (voir § 13.4.8 ci-dessous), mais il ne peut pas se fonder sur l'art. 4(2) de la Directive, qui s'applique uniquement aux organisations fondées sur la religion ou les convictions. L'art. 5(2)(b) permet aux organisations politiques de poser des exigences qui "eu égard l'objectif de l'organisation, sont nécessaires pour l'exécution d'un travail", mais "ces exigences ne peuvent pas mener à une distinction fondée sur *le seul fait* de la race, du sexe, de la nationalité, de l'orientation hétérosexuelle ou homosexuelle ou de l'état civil". Quant à savoir si cette disposition est vraiment nécessaire pour la protection de la liberté d'association, comme le prétend le gouvernement,¹³⁴ on pourrait en débattre. Selon le gouvernement, l'exception

¹³⁰ L'art. 2(1) de la loi GET s'énonce comme suit : "*Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid geldt niet ten aanzien van indirect onderscheid indien dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.*"

¹³¹ Voir par exemple Commission ET, 7 février 2000, opinion 00-04, § 4.7.

¹³² Commission ET, 15 décembre 1998, opinions 98-137 et 98-139 (refus de donneurs de sang et de sperme ayant des contacts sexuels homme/homme) et 18 décembre 2000, opinion 00-95 (exclusion d'un homme sans contacts sexuels homme/homme d'une expérience de vaccination contre l'hépatite B).

¹³³ Commission ET, 1^{er} avril 1997, opinion 97-29 (exclusion de couples de même sexe de concours de danse) 7 octobre 1998 ; opinion 98-110 (fonds de pension exigeant que les partenaires non mariés vivent ensemble tout en autorisant les partenaires mariés à vivre séparément) ; 19 octobre 1998, opinion 98-115 (employeur introduisant un nouveau régime de pension supplémentaire réservé aux employés mariés) ; 7 février 2000, opinion 00-04 (hôpital refusant d'utiliser un donneur de sperme en traitement de fécondation in vitro) ; et 15 décembre 2003, opinion 03-150 (institut de recherche refusant d'admettre une femme lesbienne comme personne-test dans un test pharmaceutique parce qu'elle n'utilise pas de préservatifs ou de stérilet).

¹³⁴ *Documents parlementaires II*, 2002/2003, 28770, n° 5, p. 26.

est nécessaire parce qu'il y a des organisations politiques qui ont besoin de faire des distinctions fondées sur la religion ou les convictions.¹³⁵ Il me semble que de telles organisations politiques sont par la même occasion fondées sur la religion ou les convictions et donc couvertes par les exceptions accordées pour de telles organisations.

L'art. 6a(2)(b) de la loi GET (introduit par la loi de Mise en œuvre) contient une exception similaire pour les organisations politiques d'employeurs, d'employés ou professionnels. On peut faire une critique similaire de cette exception.

La loi GET contient deux autres exceptions qui, on pourrait dire, tombent dans le champ d'application de l'art. 2(5) de la Directive :

- L'art. 5(3) prévoit que l'interdiction de discrimination dans l'emploi ne couvre pas les "exigences qui, en vue du caractère privé de la relation de travail, peuvent raisonnablement être imposées à la relation de travail".¹³⁶
- L'art. 3 de la loi exempte les affaires internes des Églises et d'autres congrégations spirituelles, tout spécialement les professions de prêtre, rabbin, imam, etc.¹³⁷

La loi de Mise en œuvre n'a pas abrogé ou modifié ces exceptions. Les deux exceptions peuvent-elles être considérées comme "des mesures (...) qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à (...) la protection des droits et libertés d'autrui"? Le gouvernement ne les a pas explicitement mises en relation avec l'art. 2(5) de la Directive.

L'exemption pour l'emploi dans la sphère privée a déjà un énoncé limité ("des exigences (...) pouvant être raisonnablement imposées"). Le gouvernement a justifié cette exemption aux termes de l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme,¹³⁸ auquel l'art. 2(5) de la Directive se réfère bien sûr implicitement. Cela semble acceptable.

Le gouvernement avait d'abord choisi de justifier l'exemption en faveur des Églises, etc. aux termes de l'art. 4 de la Directive.¹³⁹ C'était toutefois problématique, parce que l'art. 4(2) dispose explicitement que toute exception en faveur des Églises et d'autres organisations fondées sur la religion ou les convictions "ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif" (que la religion ou les convictions). Le Conseil d'Etat a également critiqué le gouvernement sur ce point.¹⁴⁰ Plus tard, le gouvernement a choisi de justifier l'exemption comme étant "nécessaire à la protection de la liberté de religion", tout en se référant à la fois à l'art. 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'art. 6(1) UE.¹⁴¹ Cela ressemble davantage à une justification aux termes de l'art. 2(5) de la Directive. Cependant, contrairement à celle en faveur

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ L'art. 5(3) de la loi GET s'énonce comme suit : *"Het eerste lid is niet van toepassing op eisen, die, gelet op het privé-karakter van de werkverhouding in redelijkheid aan een werkverhouding kunnen worden gesteld"*.

¹³⁷ L'art. 3 de la loi GET s'énonce comme suit : *"Deze wet is niet van toepassing op :*

a. rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, alsmede binnen andere genootschappen op geestelijke grondslag ;

b. het geestelijk ambt".

¹³⁸ *Documents parlementaires II*, 2002/2003, 28770, n° 3, p. 5.

¹³⁹ Idem, p. 11.

¹⁴⁰ Idem, p. 9.

¹⁴¹ Idem, n° 5, p. 11.

de la sphère privée, l'exemption en faveur des affaires internes des Églises, etc. est inconditionnelle et, à mon avis, de ce fait trop large, parce que les formes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans ce contexte ne peuvent pas toutes être considérées comme "nécessaires" à la liberté de religion.

C'est particulièrement vrai pour le harcèlement. Les diverses exceptions à l'interdiction de distinction directe ou indirecte ne devraient pas s'appliquer à l'interdiction de harcèlement. Dans l'exposé de l'objet du projet de loi qui est devenu la loi de Mise en œuvre, le gouvernement en a convenu.¹⁴² Pourtant, dans le texte de la loi de Mise en œuvre, l'exception en faveur des Églises et des autres congrégations spirituelles s'applique aussi au harcèlement, sans que l'on donne de raisons spécifiques à cette applicabilité. Il est difficile de voir comment une exception en faveur du harcèlement dans les affaires internes des Églises, etc. pourrait être considérée comme "nécessaire" au sens de l'art. 2(5) de la Directive (ou comme impliquant une "exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée" au sens de l'art. 4(2) de la Directive ; voir § 13.4.5 ci-dessous).

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

La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle appliquée aux versements de sécurité sociale (qui ne semble pas se produire souvent) n'est pas interdite par la loi GET, bien qu'elle soit clairement illicite en regard de l'art. 1 de la Constitution et de l'art. 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Un nouvel art. 7a, inséré dans la loi GET par la loi de Mise en œuvre, ne couvre que la discrimination raciale en ce qui concerne la sécurité sociale (et d'autres formes de protection sociale ou de bénéfices sociaux).

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

La loi GET ne contient qu'une exception générale en faveur des exigences professionnelles en ce qui concerne le sexe et la race (art. 2), pas en ce qui concerne l'orientation sexuelle.

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

La Directive et la loi GET (art. 5(2)(a))¹⁴³ contiennent toutes deux des exceptions complexes autorisant les organisations fondées sur la religion ou les convictions de continuer à traiter les gens différemment en fonction de leur religion ou de leurs croyances. Il y a plusieurs différences entre l'énoncé de la disposition européenne et celui des dispositions néerlandaises, que la loi de Mise en œuvre n'amende pas.

Le critère-clé de la Directive est de savoir si (en ce qui concerne l'éthique de l'organisation) *la religion ou les convictions d'une personne* constitue(nt) une

¹⁴² Idem, n° 3, p. 8.

¹⁴³ L'art. 5(2)(a) de la loi GET s'énonce comme suit : "Het eerste lid laat onverlet :

a. de vrijheid van een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de vervulling van een functie, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat".

exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée, en raison de la nature des activités professionnelles ou du contexte dans lequel elles sont pratiquées. Cela contraste avec le critère néerlandais de savoir si (en ce qui concerne l'objectif de l'organisation) *les exigences de l'organisation sont nécessaires à l'exercice d'un travail*. Il est difficile de dire si (en conjonction avec les autres mots utilisés) "essentielle, légitime et justifiée" est un critère plus strict que "nécessaire", ou vice versa. Cette différence de terminologie peut être acceptable.

Le texte néerlandais suggère cependant que l'on pourrait établir des exigences autres qu'une religion ou des convictions particulière(s). Cette suggestion n'est pas en conformité avec la Directive. Cela découle également de la stipulation, à l'art. 4(2) de la Directive, que la différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions "ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif". La disposition néerlandaise contient aussi une telle stipulation, mais qui se lit comme suit : "ces exigences ne peuvent pas mener à une distinction fondée sur *le seul fait* des opinions politiques, de la race, du sexe, de la nationalité, de l'orientation hétérosexuelle ou homosexuelle ou de l'état civil". A mon avis, la combinaison de l'absence des mots "la religion ou les convictions d'une personne" (dans la première partie de la provision) et de la présence des mots "le seul fait" (dans la partie finale de la provision) signifie que l'exception néerlandaise est plus large que ce qu'autorise la Directive. L'exception néerlandaise permet que des "circonstances additionnelles" jouent un rôle. Cela traduit exactement l'intention du pouvoir législatif lorsqu'il a adopté la loi GET de 1994,¹⁴⁴ mais, en vertu de la Directive, les "circonstances additionnelles" ne sont acceptables que si elles font partie de la religion ou des convictions d'une personne, et non de l'orientation sexuelle de cette personne.

Jusqu'ici, seuls deux cas ont été présentés devant la Commission ET, mais aucun n'a donné beaucoup d'éclaircissements sur les exigences qui sont exemptées. L'exigence qu'un employé ne vive pas avec un partenaire de même sexe a été classée comme interdite en tant que distinction fondée sur "le seul fait de l'orientation homosexuelle".¹⁴⁵ L'exigence de signer une déclaration selon laquelle la cohabitation hors mariage et un style de vie homosexuel vont à l'encontre de la parole de Dieu pourrait probablement être acceptée par la Commission comme "circonstance additionnelle" admissible.¹⁴⁶ Cette dernière exigence (ou au moins l'exigence de promettre de ne préconiser qu'une telle vue de l'homosexualité) pourrait aussi être déclarée admissible en vertu de la Directive, tout spécialement à la lumière des derniers mots de son art. 4(2), qui permet aux organisations fondées sur la religion ou les convictions d'exiger que leurs employés "aient une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation".

Etant donné ces deux exemples, la différence matérielle entre la Directive et la législation néerlandaise sur ce point pourrait bien être faible.¹⁴⁷ Il serait néanmoins préférable, et certainement plus clair, que le texte néerlandais soit

¹⁴⁴ Pour une vue d'ensemble des travaux préparatoires concernant "le seul fait de" et "des circonstances additionnelles" [*bijkomende omstandigheden*], voir Commission ET, 29 avril 1999, opinion 99-38. Voir aussi Gerards & Heringa, 2003, 103-113.

¹⁴⁵ Commission ET, 29 avril 1999, opinion 99-38.

¹⁴⁶ Commission ET, 10 juin 1996, opinion 96-39.

¹⁴⁷ Voir Holtmaat, 2001, 119.

aligné sur le texte européen. La même chose s'applique à l'exception concernant les organisations religieuses d'employeurs, d'employés ou de professionnels, à l'art. 6a(2)(a) de la loi GET (introduit par la loi de Mise en œuvre). Le point de vue du gouvernement est toutefois que les mots "le seul fait de" doivent être maintenus dans la loi, parce qu'ils sont le résultat d'une longue et intensive concertation politique, sociale et juridique à propos de l'équilibre délicat entre le principe de non-discrimination et certaines libertés fondamentales.¹⁴⁸

L'art. 5(2)(c) de la loi GET contient une exception similaire pour les écoles libres. Son énoncé est légèrement différent, mais, à la lumière de la Directive, on peut émettre la même critique que celle donnée plus haut pour l'art. 5(2)(a). Il faut en outre noter que les écoles libres ne sont pas toutes fondées sur la religion ou les convictions. L'exception pour les écoles libres non religieuses viole clairement la Directive. Par conséquent, l'art. 5(2)(c) a besoin d'être circonscrit. Le gouvernement a proposé de le faire par le biais d'une interprétation, sans modifier le texte de l'art. 5(2)(c).¹⁴⁹ A l'appui du maintien des mots "le seul fait de", le gouvernement a également invoqué les art. 149(1) et 150(1) CE, qui prévoient que la Communauté européenne respectera la responsabilité des États membres en ce qui concerne le contenu et l'organisation de l'enseignement.¹⁵⁰

L'interdiction de discriminer pour ce qui concerne les biens et services, y compris l'enseignement, est aussi sujette à une exception pour les écoles libres (art. 7(2) de la loi GET). En ce qui concerne la formation professionnelle (art. 3(1)(c) de la Directive), cette exception est trop large, pour les mêmes raisons que l'exception similaire de l'art. 5(2)(c). De plus, l'art. 4(2) de la Directive ne semble autoriser que certaines exceptions concernant certaines "activités professionnelles" (d'employés), pas celles qui concernent les activités didactiques d'étudiants.

Comme indiqué plus haut, la loi GET contient aussi une exception pour les affaires internes des Églises et d'autres congrégations spirituelles et pour les professions de prêtre, rabbin, imam, etc. Etant donné que cette exception est inconditionnelle et puisqu'elle recouvre toutes les distinctions quel qu'en soit le motif, elle ne peut pas être basée sur l'art. 4(2) de la Directive, mais peut-être, dans une version amincie, sur l'art. 2(5) de la Directive (voir § 13.4.2 ci-dessus).

13.4.6 *Action positive (art. 7(1) Directive)*

La loi GET contient une exception pour l'action positive envers les femmes et les minorités ethniques et culturelles (art. 2), mais pas envers les homosexuels.

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

La loi de Mise en œuvre a abrogé l'art. 4(c) de la loi GET, qui exemptait les distinctions faites dans, ou en application de, une autre loi, antérieure à la loi GET de 1994. Cette exemption n'était en effet pas justifiable en vertu de la Directive. L'abrogation de l'art. 4(c) a sans doute représenté un changement

¹⁴⁸ Documents parlementaires II, 2002/2003, 28770, n° 5, p. 26.

¹⁴⁹ Idem, n° 5, p. 25.

¹⁵⁰ Idem, n° 5, p. 26.

important en ce qui concerne l'état civil, mais je n'ai pas connaissance de la moindre ancienne loi prévoyant encore la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en ce qui concerne l'emploi.

Un cas récent a mis en lumière qu'il y a une autre exception à la loi GET, celle-ci ne pouvant pas être retracée jusqu'à la Directive. Persuadé que c'était à cause de son orientation sexuelle, un homme gay dont la candidature à un emploi de traducteur au Tribunal international de La Haye sur l'ex-Yougoslavie avait été rejetée a présenté son cas devant la Commission ET. Le Tribunal sur l'ex-Yougoslavie a invoqué l'immunité, sur la base du traité de siège passé entre les Pays-Bas et les Nations Unies. La Commission a accepté la revendication du Tribunal, citant une lettre du Bureau des affaires juridiques du secrétariat des Nations Unies du 3 mars 1987, qui affirme que l'immunité des Nations Unies et d'autres organisations internationales s'étend à la "juridiction d'organismes quasi-judiciaires".¹⁵¹ Le degré auquel la législation anti-discriminatoire néerlandaise est contraignante vis-à-vis des diverses organisations internationales et européennes établies sur son territoire n'est par conséquent pas clair. Il semblerait à tout le moins que ces lois ne puissent pas leur être appliquées par les tribunaux néerlandais ou la Commission ET. Mais cela nous amène au sujet des voies de recours et application du droit, dont traite le paragraphe suivant de ce chapitre.

13.5 Voies de recours et application du droit

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

La juridiction dans les conflits émanant des contrats de travail de droit privé repose auprès des tribunaux de cantons [*Kantongerechten*], le plus souvent sans possibilité d'en appeler à une plus haute autorité. La juridiction sur les conflits d'emploi public repose auprès des chambres administratives des tribunaux de district [*Rechtbanken*], avec possibilité d'en appeler au conseil d'appel central [*Centrale Raad van Beroep*]. Les conflits concernant l'accès aux emplois publics ou privés peuvent être présentés devant les tribunaux de district.

Il peut être mis fin à un contrat de travail par le tribunal, ou par l'employeur avec la permission du Centre pour le travail et les revenus. Ce Centre s'intéresse tout particulièrement à de possibles requêtes de licenciement discriminatoires.¹⁵²

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

La supervision du respect de la loi GET, à la fois dans le domaine de l'emploi et en ce qui concerne la fourniture de biens et services, n'est pas seulement la tâche des tribunaux, mais aussi de la Commission ET (art. 16 de la loi GET). Toute personne qui se sent victime de discrimination peut normalement choisir

¹⁵¹ Commission ET, 9 juillet 2002, opinion 02-85, citant le *UN Juridical Yearbook 1987*, p. 206-208.

¹⁵² Asscher-Vonk & Monster, 2002, 112, faisant référence à l'art. 7 :1 de la *Ontslagbesluit* [Règlementation des licenciements] du ministère de l'Emploi du 7 décembre 1998, *Staatscourant* 1998, n° 238.

de présenter son cas devant les tribunaux, devant la Commission ou devant les deux. La Commission est composée de neuf membres (dont certains y travaillent à temps plein) et d'un certain nombre de membres suppléants, tous nommés par le gouvernement. Le président de la Commission et ses suppléants doivent être des juristes pleinement qualifiés. Pour les pouvoirs, voir § 13.5.3 ci-dessous.

Pour l'application de la loi de 1998 sur les Conditions de travail, il y a l'inspection du travail [*Arbeidsinspectie*], qui peut ordonner à un employeur de se conformer à une disposition de la loi (par exemple lorsqu'un employeur n'en fait pas suffisamment pour empêcher ou combattre le harcèlement sexuel). Elle peut aussi imposer une amende administrative.¹⁵³ L'inspection du travail dispose, dans chacune de ses six régions, d'un inspecteur spécialisé dans les questions de harcèlement sexuel, auquel les employés peuvent faire rapport, en toute confidentialité, de cas de harcèlement sexuel.¹⁵⁴

L'application des dispositions anti-discriminatoires du Code pénal (voir § 13.1.5 ci-dessus) est la tâche de la police, des services du ministère public – qui disposent de leur propre bureau d'expertise pour les cas de discrimination¹⁵⁵ – et des tribunaux criminels.

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

La loi GET ne prévoit pas de procédures judiciaires spécifiques : si la discrimination se produit dans le contexte d'un contrat de travail privé, c'est la procédure civile ordinaire qui s'applique. En ce qui concerne les emplois publics, ce sont les procédures ordinaires du droit administratif qui s'appliquent.

En plus de ces procédures judiciaires, la loi GET donne à la Commission ET le pouvoir d'émettre des opinions non contraignantes, fondées sur une enquête pour savoir si une distinction interdite par la loi est ou a été faite. La Commission peut agir à la demande écrite de :

- quelqu'un qui pense qu'une distinction interdite est ou a été faite à son désavantage ;
- des personnes physiques ou morales souhaitant savoir si elles-mêmes sont en train de faire une distinction interdite ;
- un tribunal ou un autre arbitre devant prononcer une décision au sujet d'une prétendue distinction interdite ;
- un conseil du travail ou un organisme de participation des employés qui pense qu'une distinction interdite est faite dans la société ou l'organisation en question ;
- une association ou une fondation promouvant les intérêts de personnes protégées par la loi.

La Commission peut enquêter de sa propre initiative pour savoir si les distinctions interdites sont *structurellement* faites dans un secteur particulier de

¹⁵³ Holtmaat, 1999, 35-36.

¹⁵⁴ Holtmaat, 1999, 35-36.

¹⁵⁵ "Landelijk Expertisecentrum Discriminatie Openbaar Ministerie" ; voir Loof, 2003, 69-70.

la société¹⁵⁶ et publier son opinion non contraignante sur cette question (art. 12). En ce qui concerne l'orientation sexuelle et l'état civil, la Commission l'a fait une fois, afin de vérifier l'accès au traitement par fécondation in vitro pour les femmes seules, les femmes en concubinage et/ou les lesbiennes.¹⁵⁷

La Commission peut réquisitionner toute information ou tout document raisonnablement nécessaire à son enquête et (en règle générale) tout le monde doit fournir ces informations et documents (art. 19).

Enfin, la Commission peut adresser une requête à un tribunal afin qu'il déclare une distinction illicite, qu'il l'interdise ou qu'il ordonne de remédier à ses conséquences négatives, à moins que la victime n'y fasse objection (art. 15). Il semble que, jusqu'ici, la Commission n'a pas fait usage de ce pouvoir.¹⁵⁸

De nombreuses recommandations ont été faites pour renforcer la position juridique de la Commission, y compris une extension de son pouvoir d'entamer des enquêtes de sa propre initiative, un pouvoir législatif de donner des conseils au sujet de la législation et une règle interdisant aux tribunaux d'ignorer une opinion de la Commission sans fournir de raisons spécifiques.¹⁵⁹ On a également recommandé que la Commission fasse davantage usage de ses pouvoirs pro-actifs, particulièrement son pouvoir de demander une décision du tribunal.¹⁶⁰

Dans la plupart des sociétés, écoles, universités et autres organisations, il faut obligatoirement un conseil du travail ou un organisme de participation des employés, dont l'une des tâches est de protéger de la discrimination dans tous les domaines.¹⁶¹

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

Les seules sanctions prévues par la loi GET sont l'effet nul de la résiliation d'un emploi par un employeur en violation de l'art. 5 de la loi (art. 8(1)) et la nullité de toute disposition contractuelle violant la loi (art. 9). La deuxième s'applique tant aux contrats individuels qu'aux conventions collectives de travail.¹⁶² Les règles internes d'employeurs qui violent la loi GET (ou toute autre législation) sont également nulles et de nul effet ; dans le cas de l'emploi privé, cela découle de la règle générale sur la nullité de l'art. 40(2) du Livre 3 du Code civil et, dans les emplois publics, cela découle du principe général selon lequel les règles les plus élevées surpassent les plus basses. Les décisions d'organes de personnes morales qui violent la loi GET (ou toute autre législation) sont également nulles et d'effet nul en vertu de l'art. 14 du Livre 2 du Code civil.

En plus de ces dispositions de nullité spécifiques et générales, les sanctions générales du droit administratif (dans le cas des emplois publics), du droit des contrats (dans le cas de l'emploi privé) et du droit des actes dommageables

¹⁵⁶ Le 21 novembre 2003, le gouvernement a adressé au Parlement une proposition de loi visant à modifier la loi GET sur différents points mineurs (*Documents parlementaires II*, 2003/2004, 29311, n° 2). Quand ce projet deviendra loi, la Commission ET aura également le pouvoir d'entamer une enquête de sa propre initiative, relativement à la discrimination structurelle de la part d'un employeur particulier.

¹⁵⁷ Commission ET, 7 février 2000, opinion 00-04.

¹⁵⁸ Asscher-Vonk & Monster, 2002, 119.

¹⁵⁹ Asscher-Vonk, 1999, 316.

¹⁶⁰ Idem, 319.

¹⁶¹ Voir § 13.1.5 ci-dessus.

¹⁶² Asscher-Vonk & Monster, 2002, 137.

(dans le cas d'un refus discriminatoire d'accès à l'emploi) s'appliquent. Elles incluent le paiement d'indemnités et des ordonnances de tribunal sous astreinte [*dwangsom*]. Dans des écrits académiques des spécialistes en droit ont exprimé des doutes sérieux quant au fait que le champ d'application des sanctions (pour la plupart générales) disponibles en ce qui concerne la loi GET satisfasse l'exigence de la Directive que les sanctions soient "effectives, proportionnées et dissuasives".¹⁶³ On a suggéré que l'on devrait prévoir des sanctions plus spécifiques, comme un ordre de mettre fin à une procédure de recrutement et d'entamer une nouvelle procédure, cette fois non discriminatoire.¹⁶⁴

L'art. 429^{quater} du Code pénal menace d'un emprisonnement pouvant aller jusqu'à deux mois ou d'une amende pouvant aller jusqu'à 4.500 euro quiconque (à titre officiel, au sein d'une profession ou dans un commerce) exerce une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (voir § 13.1.5 ci-dessus).

Certaines sanctions pénales sont liées à une violation de la loi de 1998 sur les Conditions de travail, qui autorise aussi l'imposition d'une amende administrative (art. 33).

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

Pour la plupart des sanctions décrites au paragraphe précédent, la loi ne limite pas leur application à l'employeur formel (qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale). Il en va bien sûr différemment des sanctions du droit des contrats, qui ne s'appliquent qu'aux parties contractantes. Par conséquent, en fonction des circonstances de l'affaire, la plupart des sanctions peuvent aussi s'appliquer à l'employeur, à un fonds de pension, à un syndicat, à une organisation professionnelle, à une agence d'intérim, etc., et peut-être même au supérieur hiérarchique, collègue ou client individuel (voir § 13.2.8 ci-dessus).

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

Il n'y a aucune exigence législative que (des membres de) la Commission ET dispose(nt) d'une connaissance spécifique de questions de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La Commission a cependant toujours compté au moins un membre ouvertement homosexuel. Plusieurs membres de la Commission ont publié des textes consacrés aux droits des gays et lesbiennes et/ou ont participé à des activités politiques tournant autour de ces sujets.

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

Les groupes d'intérêt ont non seulement le droit de demander à la Commission ET d'entamer une enquête,¹⁶⁵ mais aussi celui d'entreprendre une action

¹⁶³ Holtmaat, 2001, 121 ; voir aussi Asscher-Vonk, 1999, 233.

¹⁶⁴ Jaspers, 1994, 232-233.

¹⁶⁵ Art. 12(2)(e) de la loi GET (voir § 13.5.3 ci-dessus).

juridique devant les tribunaux.¹⁶⁶ Plusieurs groupes d'intérêt gays et lesbiens ont été reconnus comme ayant une légitimation¹⁶⁷ et ils offrent de temps en temps leur appui à des individus qui entament leur propre procédure.

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

Un nouvel art. 10 de la loi GET (inséré par la loi de Mise en œuvre) transfère la charge de la preuve une fois qu'ont été avancés les faits desquels on peut présumer qu'il y a eu une distinction interdite. Cela n'est prévu que pour les procédures civiles et administratives *judiciaires*, et non pas pour les procédures devant la Commission ET, parce que cette dernière n'est pas gouvernée par des règles strictes de preuve (et par conséquent l'exception de l'art. 10(5) de la Directive s'applique).¹⁶⁸ La Commission ET applique toutefois déjà volontairement le transfert de la charge de la preuve décrit à l'art. 10 de la Directive.¹⁶⁹ Il arrive pourtant souvent qu'un plaignant ne réussisse pas à convaincre la Commission qu'une distinction interdite fondée sur l'orientation sexuelle s'est bel et bien produite. Ce qu'il y a d'inquiétant, c'est que ce fut le cas dans six des sept cas concernant la résiliation d'une relation d'emploi.¹⁷⁰

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

Aux Pays-Bas, on n'a jamais pensé qu'il pourrait un jour être nécessaire pour l'une ou l'autre partie à une affaire de discrimination de prouver l'orientation sexuelle du plaignant. L'un des arguments les plus fréquents contre une disposition autorisant une action positive concernant les homosexuels est qu'une telle action exigerait la preuve de l'orientation sexuelle des personnes impliquées, ce qui serait indésirable (ou même impossible).

Comme c'est le cas de la loi sur les Réfugiés,¹⁷¹ la Commission ET n'exige pas la preuve que la victime a bel et bien les opinions politiques à cause desquelles elle se plaint de souffrir de discrimination.¹⁷² La même chose s'appliquerait en ce qui concerne l'orientation sexuelle.

13.5.10 *Rétorsions (art. 11 Directive)*

Avant la mise en œuvre de la Directive, la loi GET ne contenait qu'une clause limitée de rétorsion, disant que la résiliation d'un emploi par un employeur au motif que l'employé avait invoqué l'art. 5 de la loi est de nul effet (art. 8). La Directive requiert une interdiction plus générale de la rétorsion. C'est pourquoi

¹⁶⁶ Art. 305a et 305b du Livre 3 du *Burgerlijk Wetboek* [Code civil] et art. 1 :2(3) de la *Algemene wet bestuursrecht* [loi générale de Droit administratif].

¹⁶⁷ Commission ET, 19 décembre 1997, opinion 97-135, 15 décembre 1998, opinion 98-137 et 15 mars 2002, opinion 02-24.

¹⁶⁸ *Documents parlementaires II*, 2002/2003, 28770, n° 5, p. 34.

¹⁶⁹ Voir par exemple : Commission ET, 15 mai 1997, opinion 1997-50.

¹⁷⁰ Commission ET, 7 mai 1996, opinion 96-30 ; 22 novembre 1996, opinion 96-108 ; 30 septembre 1997, opinion 97-103 ; 19 janvier 1999, opinion 99-01 ; 12 avril 2001, opinion 01-35 ; et 20 décembre 2001, opinion 01-144. La seule exception a été tranchée par la Commission ET le 12 août 2003, opinion 03-113.

¹⁷¹ *Hoge Raad* [cour de cassation] 9 janvier 1987, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1987, n° 928 (voir § 13.3.7 ci-dessus).

¹⁷² Commission ET, 9 juillet 2002, opinion 02-84 (voir § 13.3.7 ci-dessus).

la loi de Mise en œuvre a introduit un nouvel art. 8a interdisant de “désavantager des personnes parce qu’elles ont invoqué la loi au tribunal ou ailleurs, ou parce qu’elles ont apporté leur soutien à quelqu’un d’autre en le faisant”.¹⁷³ La dernière phrase a maintenant aussi été ajoutée à la disposition de nullité de l’art. 8. On peut cependant douter que ce soit suffisant pour se conformer à la Directive, qui exige une disposition encore plus générale, indépendamment de qui a invoqué le principe d’égalité de traitement et de qui a apporté son appui à quelqu’un d’autre.

On peut également regretter que la disposition sur le transfert de la charge de la preuve (voir § 13.5.8 ci-dessus) ne s’applique pas aux cas de prétendue rétorsion, bien que la charge de la preuve puisse poser un tout aussi gros problème pour une victime de rétorsion que pour une victime de discrimination. Le gouvernement voit les choses différemment.¹⁷⁴

13.6 Réforme des lois et dispositions discriminatoires existantes

13.6.1 Suppression des lois discriminatoires (art. 16(a) Directive)

Etant donné que, en 2001, aucune législation dans le domaine de l’emploi ne discriminait sur la base de l’orientation sexuelle (voir § 13.6.4 ci-dessous), il n’a pas été nécessaire, du fait de la Directive, d’abroger ou d’amender une telle législation.

De plus, conformément à l’art. 94 de la Constitution, toute disposition législative qui viole une règle écrite directement applicable du droit international est non contraignante et ne doit pas être appliquée. Cela donne aux tribunaux néerlandais le pouvoir d’annuler de telles dispositions législatives. En ce qui concerne la législation contenant une discrimination fondée sur l’orientation sexuelle, les tribunaux pourraient se fonder sur l’interdiction générale de discrimination de l’art. 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que sur les dispositions de la Directive considérées comme ayant un effet direct.

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

Au moment où la Directive devait être mise en œuvre, il n’y avait plus aucune disposition administrative, dans le domaine de l’emploi, discriminant sur la base de l’orientation sexuelle.

¹⁷³ Art. 8a de la loi GET : “Het is verboden personen te benadelen wegens het feit dat zij in of buiten rechte een beroep hebben gedaan op deze wet of ter zake bijstand hebben verleend.”

¹⁷⁴ Documents parlementaires II, 2002/2003, 28770, n° 5, p. 35.

13.6.3 Mesures nécessaires pour assurer l'amendement ou 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)

L'art. 9 de la loi GET stipule que toute disposition contractuelle qui viole la loi GET est nulle et de nul effet. Cela s'applique tant aux contrats individuels qu'aux conventions collectives.¹⁷⁵ Les règles internes d'un employeur et les décisions d'un organisme ou d'une personne morale qui violent la loi GET sont également nulles et de nul effet.¹⁷⁶

Le ministre des Affaires sociales et de l'Emploi a le pouvoir de déclarer des dispositions d'une convention collective de nul effet (*onverbindend*) lorsque l'intérêt général l'exige.¹⁷⁷ En ce qui concerne certains professionnels, la Couronne a le pouvoir d'annuler les décisions de leurs organisations.¹⁷⁸ Ces pouvoirs peuvent être utilisés afin d'assurer le respect de la loi GET.

Comme les règles internes et les conventions collectives discriminant sur la base de l'orientation sexuelle ont été très rares ces dernières années aux Pays-Bas, employeurs et syndicats n'ont pratiquement pas entrepris d'activités spécifiques pour abroger ou amender les dispositions concernées.

13.6.4 Lois et dispositions discriminatoires toujours en vigueur

Dans le domaine de l'emploi (et dans presque tous les autres domaines), la législation néerlandaise ne discrimine pas directement sur la base de l'orientation sexuelle. Pratiquement aucun des divers arrangements législatifs destinés aux partenaires cohabitants de manière informelle ayant émergé depuis la fin des années soixante-dix n'a jamais fait une telle distinction.¹⁷⁹ On peut aujourd'hui dire la même chose de la législation qui concerne le partenariat enregistré et le mariage civil. C'est seulement en dehors du domaine de l'emploi qu'il reste quelques rares dispositions législatives faisant explicitement la distinction entre les partenaires de même sexe et de sexes différents.¹⁸⁰

Il est très probable que de telles distinctions directes sont aussi presque totalement absentes des conventions collectives, des règles internes des employeurs et des règles qui gouvernent le travail indépendant et les professions indépendantes, ainsi que les organisations d'employés et d'employeurs.

¹⁷⁵ Asscher-Vonk & Monster, 2002, 137.

¹⁷⁶ Voir § 13.5.4 ci-dessus.

¹⁷⁷ Art. 8 de la *loi portant Déclaration de conventions collectives de travail généralement contraignantes ou de nul effet*, de 1937.

¹⁷⁸ Voir par exemple l'art. 30 de la *Advocatenwet* [loi sur les Avocats] de 1952 et l'art. 92 de la *Wet op het notarisambt* [loi sur la Profession de notaire] de 1999.

¹⁷⁹ Voir par exemple les art. 629b (congé payé de courte durée en cas de décès d'une personne vivant dans la même maison que l'employé) et 674 (paiement d'un mois de salaire supplémentaire, après le décès d'un employé, à son ou sa conjoint(e), partenaire enregistré(e) ou cohabitant(e) informel(le)) du Livre 7 du Code civil.

¹⁸⁰ Je ne connais que deux exemples : les règles régissant la paternité et celles de l'adoption internationale.

Le seul exemple que je connaisse de règles d'emploi faisant explicitement une distinction fondée sur l'orientation sexuelle figure dans les règles du régime de pension des prêtres et employés pastoraux de la province néerlandaise de l'Église catholique romaine. Jusqu'en 2002, ces règles ne contenaient que des distinctions fondées sur l'état civil.¹⁸¹ Depuis 2002, pour des employés pastoraux, elles font également la distinction entre les mariages entre personnes de sexes différents et les mariages entre personnes de même sexe, refusant une pension de survie aux veufs/veuves de même sexe. Cela ne semble pas justifiable en vertu de l'art. 5(1) de la loi GET, pas plus qu'en vertu de l'art. 4(2) de la Directive. Il est tout à fait possible que certains autres employeurs à base religieuse aient également des règles internes discriminatoires.

Auparavant, il y avait beaucoup de règles qui (du fait de l'usage de l'état marital comme critère) exerçaient une discrimination indirecte envers les partenaires homosexuels. Toutefois, avec l'introduction du partenariat enregistré en 1998 et l'ouverture du mariage aux partenaires de même sexe en 2001, cette législation a cessé d'être discriminatoire sur la base de l'orientation sexuelle.

13.7 Observations conclusives

Dès avant la mise en œuvre de la Directive, le droit néerlandais interdisait déjà la plupart des formes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, aussi bien dans le domaine de l'emploi qu'au-delà. La loi de Mise en œuvre du 21 février 2004 est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004. Avec les amendements et additions de cette loi, la loi générale d'Égalité de traitement de 1994 rencontre la plupart des exigences de la Directive. A mon avis, cependant, la mise en œuvre dans cette loi GET n'est pas pleinement en accord avec la Directive sur certains points :

- La définition de la discrimination indirecte est limitée à des dispositions et pratiques apparemment neutres faisant une certaine distinction dans d'autres domaines que ceux qui sont interdits ; les dispositions et pratiques qui ne font absolument aucune distinction tombent en dehors du champ de cette définition, qui par conséquent est incompatible avec l'art. 2(2)(b) de la Directive (voir § 13.2.4).
- Les affaires internes des Églises et autres congrégations spirituelles, ainsi que les professions de prêtre, rabbin, imam, etc., sont complètement exemptées des dispositions de la loi GET ; cette exemption *inconditionnelle* du harcèlement et d'autres formes de discrimination est incompatible avec les art. 2(5), 4(1) et 4(2) de la Directive (voir §§ 13.4.2 et 13.4.5).
- Il y a des exceptions conditionnelles pour les organisations fondées sur la religion ou les convictions ; ces exceptions laissent du champ à la discrimination pour d'autres motifs que la religion ou les convictions, ce qui est incompatible avec l'art. 4(2) de la Directive (voir § 13.4.5).

¹⁸¹ Dont certaines ont été déclarées illicites par : Commission ET, 13 août 2002, opinion 02-113. Voir notes par Breaker (in *Pensioen Jurisprudentie*, 2002, 136) et par Vermeulen (in : De Wolff et al. (éd.), 2003, 235-237), ainsi que Waaldijk, 2003, 61-64.

- Il n'y a pas seulement des exceptions conditionnelles pour les organisations fondées sur la religion ou les convictions, mais aussi pour les organisations politiques ; or, il n'a pas été démontré que ces exceptions sont nécessaires à la protection de la liberté d'association au sens de l'art. 2(5) de la Directive (voir § 13.4.2).
- L'énoncé des exceptions conditionnelles pour les écoles libres inclut des écoles libres non basées sur la religion ou les convictions, ce qui n'est pas justifié en vertu de l'art. 4(2) de la Directive. De plus, l'exception pour les écoles libres s'étend au traitement des étudiants (en formation professionnelle), alors que l'art. 4(2) ne fait référence qu'à des "activités professionnelles" (voir § 13.4.5).

Sur certains autres points, le choix du vocabulaire des anciennes ou nouvelles dispositions de la loi GET risque d'entraîner une certaine confusion à la lumière de la Directive et peut-être l'incompatibilité de la loi GET avec la Directive. On peut donner comme exemples les mots utilisés pour l'orientation sexuelle (voir § 13.2.2), la définition de la discrimination directe (voir § 13.2.3), les mots utilisés pour le travail indépendant (voir § 13.2.7) et la disposition sur la rétorsion (voir § 13.5.10).

Littérature citée dans les notes

Akkermans, P.W.C., "Artikel 1", in : Akkermans, P.W.C., & Koekkoek, A.K., (éd.), *De Grondwet. Een artikelsgewijs commentaar* [La Constitution. Un commentaire par article], Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1992, 38-61.

Asscher-Vonk, I.P., "Sancties" [Sanctions] & "Conclusie juridische analyse" [Conclusions de l'analyse juridique], in : Asscher-Vonk, I.P., & Groenendijk, C.A., (éd.), *Gelijke behandeling : regels en realiteit* [Égalité de traitement : règles et réalité], La Haye, Sdu, 1999, 202-234 & 301-319.

Asscher-Vonk, I.P., "Gelijke behandeling, richtlijnen, de bomen en het bos" [Égalité de traitement, directives, les arbres et la forêt], in : *Sociaal Maandblad Arbeid*, 2001, 191-195.

Asscher-Vonk, I.P., & Monster, W.C., *Gelijke behandeling bij de arbeid* [Égalité de traitement dans l'emploi], Deventer, Kluwer, 2002.

Bijsterveld, S.C., "Artikel 1", in : Koekkoek, A.K., (éd.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar* [La Constitution. Un commentaire systématique par article], Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2000, 63-74.

Hendriks, A.C., & Waaldijk, C., "Hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat" [Orientation hétérosexuelle ou homosexuelle et état civil], in : Loenen, T., et al. (éd.), *Gelijke behandeling : oordelen en commentaar 2000* [Égalité de traitement : opinions et commentaires 2000], Deventer, Kluwer, 2001, 55-68.

Gerards, J.H., & Heringa, A.W., *Wetgeving gelijke behandeling* [Égalité de traitement Législation], Deventer, Kluwer, 2003.

Hirsch Ballin, E.M.H., "Staatsrecht en bestuursrecht : Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm" [Droit constitutionnel et administratif : L'article 1 de la Constitution comme norme constitutionnelle fondamentale], in : Maris, C.W., (éd.), *Gelijkheid en recht* [Égalité et droit], Deventer/Zwolle, Van Loghum Slaterus/W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, 127-156.

Holtmaat, R., *Seksuele intimidatie op de werkplek* [Harcèlement sexuel sur le lieu de travail], Nimègue, Ars Aequi Libri, 1999.

Holtmaat, R., 'De toekomst van gelijkheid' [L'avenir de l'égalité], in Holtmaat, R., (éd.), *De toekomst van gelijkheid*, Deventer, Kluwer, 2000, 253-267.

Holtmaat, R., "Uit de keuken van de Europese Unie : De gelijkebehandelingsrichtlijnen op grond van artikel 13 EG-Verdrag" [De la cuisine de l'Union européenne : Les directives d'égalité de traitement fondées sur l'art. 13 du Traité CE], in : Loenen, T., et al. (éd.), *Gelijke behandeling : oordelen en*

commentaar 2000 [Égalité de traitement : opinions et commentaires 2000], Deventer, Kluwer, 2001, 105-124.

Hübner, M.M., & Lenssen, G.L.M., *Ondernemen en gelijke behandeling* [L'entreprise et l'égalité de traitement], Deventer, Kluwer, 1996.

Jaspers, T., 'Sanctionering een vergeten terrein' [Sanctions – un terrain oublié], in : Vleuten, T. van, (éd.), *In concreto. Bijdragen over rechtsvorming gelijke behandeling* [Concrètement. Contributions sur le développement du droit de l'égalité de traitement], La Haye, ministère des Affaires sociales, 1994, 229-234.

Loof, J.-P., "Discriminatieverboden in Nederland : achtergronden en discussie", [Les interdictions de discrimination aux Pays-Bas : contexte et discussion] in : Loof, J.-P. (éd.), *Het discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet : nationale en internationale perspectieven* [L'interdiction de discrimination de l'article 1 de la Constitution : les perspectives nationales et internationales], Leyde, NJCM-Boekerij, 2003, p. 36-81.

Mattijssen, Astrid, "Wie niet waagt, die niet wint. Homodiscriminatie en civielrecht" [Qui ne tente rien, n'a rien. La discrimination homophobe et le droit privé], in : Moerings, M., & Mattijssen, A., (éd.), *Homoseksualiteit en recht* [Homosexualité et droit], Arnhem, Gouda Quint, 1992, 11-37.

Waaldijk, C., "Constitutional Protection Against Discrimination of Homosexuals" [La protection constitutionnelle contre la discrimination des homosexuels], in : *Journal of Homosexuality*, 1986/1987, Vol. 13-2/3, 57-68.

Waaldijk, C., "Onderscheid wegens geslachtsgelijkheid : burgerlijke staat, seksuele gerichtheid of geslacht als grond?" [Distinction fondée sur l'appartenance au même sexe : état civil, orientation sexuelle ou le sexe comme motif?], in : *Nemesis*, 1997, 117-120.

Waaldijk, C., "Hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat" [Orientation hétérosexuelle ou homosexuelle et état civil], in : Wolff, D.J.B. de, et al. (éd.), *Gelijke behandeling : oordelen en commentaar 2001* [Égalité de traitement : opinions et commentaires 2001], Deventer, Kluwer, 2002, 59-68.

Waaldijk, C., "Burgerlijke staat en seksuele gerichtheid" [Etat civil et orientation sexuelle], in : Wolff, D.J.B. de, et al. (éd.), *Gelijke behandeling : oordelen en commentaar 2002* [Égalité de traitement : opinions et commentaires 2002], Deventer, Kluwer, 2003, 59-70.

Wentholt, K., "Het verbod om onderscheid te maken" [L'interdiction de distinction], in : Asscher-Vonk, I.P., & Groenendijk, C.A., (éd.), *Gelijke behandeling : regels en realiteit* [Égalité de traitement : règles et réalité], La Haye, Sdu, 1999, 89-130.

Wit, R. de, "Discriminatie op grond van seksuele gerichtheid en burgerlijke staat" [Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'état civil], in : Jacobs, A.T.J.M., et al. (éd.), *Arbeid en discriminatie* [Emploi et discrimination], Deventer, Kluwer, 1992, 148-180.

Wolff, D.J.B. de, et al. (éd.), *Gelijke behandeling : oordelen en commentaar 2002* [Égalité de traitement : jugements et commentaires 2002], Deventer : Kluwer, 2003.