

# 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* <sup>1</sup>  
concernant la mise en œuvre jusqu'au 30 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*

## Résumé du chapitre 8 sur l'Allemagne

par Susanne Baer <sup>2</sup>

traduit de l'anglais

---

<sup>1</sup> Le Groupe européen d'Experts dans le domaine de la Lutte contre la Discrimination fondée sur l'Orientation sexuelle ([www.emmeijers.nl/experts](http://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](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](http://www.emmeijers.nl/experts).

<sup>2</sup> S. Baer, LL.M. ([baer@rewi.hu-berlin.de](mailto:baer@rewi.hu-berlin.de)) est professeur de droit public et d'études sur le genre à l'Université Humboldt de Berlin, chef du programme d'études sur le genre et directrice du "Centre fédéral de compétences sur le genre" à l'Université Humboldt.

## Introduction

Au moment où j'écris ces lignes, en juin 2004, il n'y a pas encore d'ébauche de législation pour transposer la Directive 2000/43/CE (ci-après: la "Directive") dans le droit national.

En Allemagne, la protection juridique contre la discrimination est basée sur quelques lois générales, certaines visant les actes discriminatoires et d'autres assurant des procédures anti-discriminatoires (par exemple pour l'engagement de personnel). Il y a des lois spécifiques contre la discrimination fondée sur le sexe ainsi que des lois d'action positive pour le sexe sous-représenté dans certains secteurs d'emploi, pour les hommes qui ont servi dans l'armée et pour les personnes handicapées. Il y a quelques actes de droit criminel contre les discours racistes et antisémites.

En ce qui concerne le droit du travail, il n'y a qu'une seule clause anti-discriminatoire nationale, dans le droit collectif du travail, couvrant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Toutes les autres lois qui ne mentionnent pas explicitement l'orientation sexuelle ne s'appliquent pas dans les cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité sexuelle. A part la clause du droit collectif du travail, il n'y a aucune loi fédérale et presque aucune loi régionale contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les domaines public, privé, commercial et autres.

Toutes les lois anti-discriminatoires générales découlent du droit constitutionnel fédéral à l'égalité, qui est directement contraignant pour les acteurs publics, y compris le pouvoir législatif. Suite à la réunification de l'Allemagne, une proposition d'amendement de ce droit constitutionnel visant à y inclure la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle a été présentée, mais rejetée. Par contre, les constitutions de certains *länder* protègent contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.<sup>3</sup>

Concernant la mise en œuvre de différentes Directives anti-discriminatoires, la discussion en Allemagne est principalement axée sur la Directive 2000/78/CE (ci après : la 'Directive sur la race'). La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle n'est pas discutée autant.

La nécessité d'une législation en vue de lutter contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle soulève un scepticisme considérable, ce qui est principalement dû à un manque d'information et basé sur le stéréotype très répandu selon lequel les gays en particulier, ainsi que les lesbiennes, sont en moyenne aisés et ne sont pas discriminés. Cela a constitué une partie du raisonnement du ministère de la Justice et cela se reflète dans le projet de loi contre la discrimination en matière de contrats et de services. Il y a en outre une tendance à considérer la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle comme ne concernant que le respect des partenariats homosexuels, ce qui entrave sévèrement les efforts de mise en œuvre.

---

<sup>3</sup> Des exemples de protection explicite contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle peuvent être trouvés dans les constitutions de Thuringe, de Berlin et du Brandebourg.

## Interdiction de discriminer

La Constitution fédérale (*Grundgesetz*) est la loi suprême; elle énonce les droits fondamentaux que fait respecter la cour constitutionnelle fédérale et tous les acteurs publics doivent y adhérer, y compris les tribunaux généraux et inférieurs, conformément à ce qu'on appelle le "*Drittwirkung*" (effet tripartite). En se fondant sur la doctrine de la tierce partie, les droits fondamentaux doivent être pris en compte par tous les acteurs publics, y compris tous les tribunaux, lors de l'interprétation de toutes les lois du pays (fédérales comme d'État).

Plusieurs clauses protègent l'individu de la discrimination. Le droit à la dignité humaine (article 1) est souvent utilisé comme base générale. L'article 3 de la Constitution fédérale proclame, en particulier, que tous les individus sont égaux devant la loi (section 1), ce qui couvre la discrimination fondée sur le sexe (section 2) et interdit la discrimination fondée sur plusieurs motifs énumérés (section 3). Une référence explicite à l'orientation sexuelle a été rejetée par l'assemblée constitutionnelle au cours des débats sur la réforme constitutionnelle avant 1994. Art. 33 (section 2) interdit la discrimination quant à l'accès aux services publics. Plusieurs motifs y sont énumérés, y compris le genre, mais l'orientation sexuelle n'y figure pas.

L'article 75 de la loi relative aux Relations industrielles (*Betriebsverfassungsgesetz*) oblige les employeurs privés et les conseils des travailleurs à lutter contre la discrimination fondée sur, entre autres choses, l'orientation sexuelle en matière d'emploi dans les grandes entreprises privées.

La loi relative au Travail privé individuel ne comprend aucune disposition explicite sur l'orientation sexuelle. Dans la loi relative à la Fonction publique, certains États garantissent l'égalité fondée sur l'identité et/ou l'orientation sexuelle. A Hambourg, par exemple, les postulants à un emploi de la fonction publique doivent être désignés sans considération de leur orientation sexuelle (§7 de la loi relative à la Fonction publique (*Landesbeamten-gesetz*)).

Au niveau national, plusieurs mesures ont été prises en vue de la mise en œuvre de la Directive. Un projet présenté par le ministère de la Justice et visant à amender le Code civil (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*) de façon à interdire, entre autres choses, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations contractuelles privées, a rencontré de sévères critiques. Le projet a en tout cas été abandonné en vertu du principe de discontinuité après la tenue d'élections fédérales en 2002. Bien que le gouvernement fût fermement décidé à combattre toute forme de discrimination, ce projet n'a pas été reproposé.

Après ces élections nationales et la constitution du gouvernement, il a fallu plusieurs mois pour redistribuer les portefeuilles entre les ministères. En général, le besoin d'une législation en Allemagne a été et est toujours sujet à débat. Toutes les ONG, le parti Vert et la plupart des membres du parti social-démocrate reconnaissent le besoin de légiférer. Pourtant, l'actuel ministre de la Justice, comme de nombreux membres des partis qui gouvernent au Parlement fédéral, rejette ces demandes. Dans des déclarations publiques, le ministre affirme qu'il n'est pas nécessaire de légiférer contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et que seuls des efforts limités sont nécessaires pour transposer la Directive sur la race. Au sein de la société civile, les opinions

différent également. Une organisation d'employeurs gays, la *Völklinger Kreis*, a publiquement annoncé qu'elle ne voyait pas la nécessité d'une législation contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. En règle générale, il n'y a guère de lobbying sur le sujet, et pratiquement pas de couverture médiatique.

Jusqu'en juin 2004, le gouvernement a omis de publier une ébauche de projet de loi de transposition de la Directive, en ce qui concerne l'orientation sexuelle. Le texte résumé qui suit se base sur des indications sérieuses de ce qui a été fait ou sera fait pour mettre en œuvre la Directive.

## Exceptions

A la lumière du fait qu'il n'y a actuellement pas de proposition de mise en œuvre de la Directive, les informations sur ce point sont extrêmement limitées. Dans le passé, les tribunaux allemands ont accepté que des organismes religieux puissent discriminer à l'encontre des homosexuels, ce qui peut être considéré comme une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en soi. Les décisions des tribunaux ont toutefois accordé de moins en moins de liberté pour ce faire et ils n'acceptent la discrimination que pour les positions dans lesquelles les individus doivent activement adhérer à une foi. La Directive exige que le droit national soit clarifié sur ce point, puisque les organisations religieuses ne sont explicitement pas autorisées à discriminer pour d'autres motifs que la religion ou les convictions. La Directive autorise les organisations religieuses à exiger de leurs employés qu'ils soient loyaux à leur éthique. Les autorités de l'Église allemande ont interprété cela comme n'autorisant que la seule exclusion des individus dont le comportement ("*Verhalten*") est contraire à l'éthique de l'Église allemande, mais cela se limite à des cas où ils représenteraient l'Église et annonceraient ses convictions religieuses avec autorité.

Cette question intéresse clairement certains couples de personnes de même sexe en Allemagne. En 2003, par exemple, un tribunal a rejeté une plainte selon laquelle une église locale avait le droit de refuser d'honorer un contrat avec un couple d'homosexuels qui avaient loué les bâtiments de l'Église pour leur cérémonie de partenariat. Les médias ont en outre rapporté que des lesbiennes, employées comme travailleuses sociales en puériculture, ont été licenciées par l'Église catholique en raison de leur orientation sexuelle.

## Application du droit

En règle générale, les voies de droit contre la discrimination sont très inadéquates, à supposer que les cas de discrimination arrivent jusqu'aux tribunaux. Dans la culture juridique allemande, la discrimination est considérée comme une question de moralité plutôt que de tort.

Dans le droit du travail général, des garde-fous contre la discrimination sont prévus par des dispositions de conventions collectives et par l'obligation générale de protéger les individus sur le lieu de travail, à moins que l'individu

ne dispose du droit de contester un traitement injuste de la part de son employeur.

Alors qu'il y a des tribunaux du travail spécifiques, disposant de trois instances (*Arbeitsgericht, Landesarbeitsgericht, Bundesarbeitsgericht*), il n'y a pas d'organismes d'exécution spécifiques pour combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Dans les organismes généraux, des indicateurs montrent un manque de conscience et de sensibilité à propos de ce sujet, dû en partie au fait que le droit anti-discriminatoire ne fait pas partie de l'enseignement juridique général et que le personnel des tribunaux ne reçoit pas de formation en ce sens.

En se fondant sur la législation récente (*Arbeitsgerichtsgesetz*), les gens doivent chercher des solutions avant de se présenter devant les tribunaux en une procédure de conciliation, ou "*Schiedsverfahren*". Il n'existe toutefois pas de procédure permettant de traiter spécifiquement la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Les membres des syndicats ont droit à des conseils juridiques gratuits et les syndicats emploient des avocats dans ce but. Les études indiquent cependant qu'ils ne sont pas spécialisés et souvent pas sensibilisés aux questions de discrimination, à quelques exceptions près, qui concernent la discrimination fondée sur le sexe. Suite à un manque général de conscience, on note une tendance à ne pas se pencher sur les questions entourant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

### **Observations conclusives**

Une étude de 2002 montre que près d'un tiers des citoyens allemands ont une attitude négative à l'égard des homosexuels. Les modifications de la loi devront donc s'accompagner de modifications dans l'application du droit si on veut qu'elles soient efficaces dans la lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

De plus, l'état actuel de la culture juridique allemande soulève l'inquiétude en ce qui concerne la mise en œuvre de la Directive. On constate dans la société comme dans les cercles juridiques, un manque sévère de sensibilité et de conscience en ce qui concerne la question de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, avec pour résultat que la législation anti-discriminatoire n'a pas été transposée. Tout en reconnaissant les difficultés auxquelles fait face le gouvernement pour légiférer dans ce domaine, il faudra plus qu'une législation couvrant explicitement la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle pour assurer une protection efficace contre la discrimination. Ce dont il faut notamment s'occuper, c'est:

- l'approche compartimentalisée, qui tend à établir une hiérarchie entre différents motifs de discrimination et ignore donc le fait que ces motifs n'établissent pas des groupes, mais qu'ils sont des facteurs de discrimination pour les individus dans des circonstances de vie très différentes;
- la tendance de ne pas accorder aux victimes le droit à un dédommagement, ce qui peut être vu comme une violation de l'exigence de lutter efficacement

contre la discrimination et ce qui indique un manque de compréhension du tort causé par la discrimination;

- les discussions problématiques entourant un organisme indépendant, où il faut s'inquiéter de la qualification du personnel et de l'accessibilité pour les personnes dans le besoin;
- le manque de formation et d'enseignement juridique concernant ce domaine.